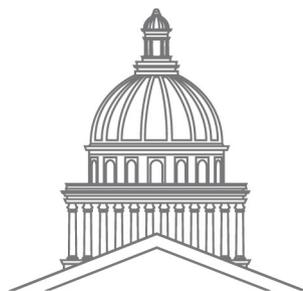


Thèse de doctorat en droit
soutenue le 15 septembre 2016

**LES SITUATIONS TRIANGULAIRES INTERNATIONALES EN
PRESENCE D'UN ETABLISSEMENT STABLE.**

Eliminer les doubles impositions sans favoriser les doubles exonérations



UNIVERSITÉ PARIS II
PANTHÉON - ASSAS

Thèse de Doctorat / septembre 2015

Auteur : Raphaël Coin

Sous la direction de :

Jean-Pierre Le Gall, Professeur à L'Université de Paris 2, Panthéon-Assas

Rapporteurs :

Olivier Debat, Professeur à l'Université de Toulouse 1

Olivier Negrin, Professeur à l'Université Aix- Marseille

Membres du jury :

Martin Collet, Professeur à L'Université de Paris 2, Panthéon-Assas

Benoit Delaunay, Professeur à L'Université de Paris 2, Panthéon-Assas

Nicolas Melot, Maitre de conférences à l'Université Rennes 1, Avocat

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 grands savants ont toujours été sensibles à l'élégance de leur théorie.* »¹

À Patrick, un maître, un associé et surtout un ami dont la pensée reste un modèle.

A Jean-Pierre, moderne, toujours en avance d'un sujet, ouvrant la voie vers de nouveaux horizons.

A Sophie, Flore, Astrée, Roxane et Côme, mon véritable carburant, à qui j'espère n'avoir gâché que des vacances en famille...

A mes amis qui se reconnaîtront à qui j'avais promis d'y arriver en particulier à toi Emmanuel.

A tous ceux qui ont eu le courage de lire ce travail et ceux qui m'ont dit que je n'y arriverai pas...

¹ Lemire (L), *Alan Turing : l'homme qui a croqué la pomme*, Hachette Littératures, 2004.

Résumé:

L'objet de cette thèse est de proposer un régime fiscal applicable à l'imposition des revenus passifs dans les situations triangulaires internationales, que ce régime soit issu d'une analyse constructive des normes internationales en vigueur, ou qu'il nous amène à prévoir des évolutions possibles de ces normes. Pour ce projet, le cadre des conventions fiscales conformes au Modèle de convention fiscale proposé par l'OCDE constitue nécessairement un point de départ de la réflexion. Cette approche fondée sur une prise en compte des normes bilatérales est complétée par une étude d'exemples et de situations nationales lorsque ces dernières permettent d'apporter des précisions utiles à la compréhension. Cette revue empirique, orientée par notre culture fiscale personnelle, est aussi nourrie de références ponctuelles aux normes communautaires.

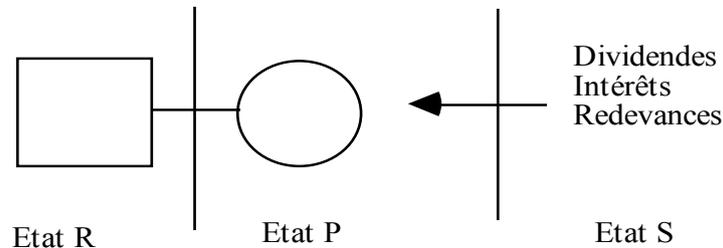
Au niveau international, le sujet est connu sans être parfaitement maîtrisé en raison des travaux de l'OCDE effectués, sur ce sujet, dans le cadre de son étude intitulée « Cas triangulaires » adoptée par le conseil de l'OCDE le 23 juillet 1992. L'Organisation identifie deux types de situations triangulaires :

- les situations dans lesquelles une société résidente d'au moins deux Etats reçoit des revenus d'un autre Etat ou verse lesdits revenus à ses actionnaires situés dans un autre Etat,
- les situations dans lesquelles un résident d'un Etat reçoit, par l'intermédiaire d'un établissement stable situé à l'étranger, des revenus de source d'un autre Etat.

La première situation ne fait pas l'objet de notre étude mais est réglée, selon l'Organisation, par les modifications introduites dans le Modèle de convention fiscale en 2008 relatives à la notion de résidence des sociétés.

La seconde situation est celle à laquelle notre étude est dédiée. Il s'agit, selon l'OCDE, des cas où des revenus passifs (dividendes, intérêts ou redevances) :

- ont leur source dans un Etat S ;
- sont perçus par un établissement stable situé dans un Etat P ;
- cet établissement stable est dépendant d'une entreprise résidente d'un Etat R².



Cette situation, qui représente pour nous la forme fondatrice du phénomène, est, en pratique, probablement la plus répandue. Nous la considérons donc comme une forme « primaire originelle »³.

Ce sont les traités eux-mêmes qui sont à l'origine du phénomène en raison de l'utilisation du concept d'établissement stable. L'introduction de ce concept a abouti à créer une dichotomie entre la réalité juridique (unicité de la personne morale qui est présente à la fois dans l'Etat de son siège, mais aussi dans l'Etat de localisation de son établissement) et la réalité fiscale (présence imposable dans deux Etats). Dans une situation ordinaire, ou disons non-fiscale, la relation ne serait que bilatérale entre deux résidents de deux Etats. La notion fiscale d'établissement stable rend la situation triangulaire.

Il existe des situations triangulaires primaires qui, bien qu'identifiées à l'origine par l'OCDE, ne l'ont pas été dans le cadre d'une étude spécifique, mais plutôt indirectement au sein des commentaires du Modèle de convention fiscale lui-même. Il s'agit, en particulier, de situations dans lesquelles l'établissement stable n'est pas le bénéficiaire des revenus versés, mais l'agent payeur de ces derniers. Ce sont les situations triangulaires qui sont traditionnellement qualifiées « d'inversées » par la doctrine, la situation de l'établissement stable étant opposée à celle dans les situations

² *Modèle de convention fiscale : « Cas triangulaires »*, adopté par le Conseil de l'OCDE le 23 juillet 1992.

³ Ou « classique » selon l'OCDE. *Modèle de convention fiscale : « Cas triangulaires »*, adopté par le Conseil de l'OCDE le 23 juillet 1992.

triangulaires primaires originelles visées ci-dessus. Dans une telle situation, une société établie et résidente d'un Etat R qui dispose d'un établissement stable dans un Etat P verse des revenus passifs à une société localisée dans un Etat B.

Toutes les situations visées ci-avant ont été, en outre, combinées par les groupes, portant ainsi, bien au-delà des travaux existants, le besoin d'analyse et aboutissant à un système organisé de situations triangulaires que nous qualifierons de « dérivées », combinaisons de situations primaires aboutissant à des situations plus complexes « poly-angulaires » ou à la mise en évidence de sous-établissements stables.

Contrairement à l'idée souvent admise, l'élément essentiel commun à toutes ces situations n'est pas la présence de trois Etats, mais le fait que plus de deux impositions peuvent théoriquement être prélevées.

Le second élément commun est la complexité et nous montrerons que toutes les situations qui sont analysées dans le cadre de la présente étude visent des situations pratiques complexes, dans plusieurs Etats, pour des activités généralement sophistiquées ou des activités dont les contours ne sont pas parfaitement établis.

L'incertitude du traitement fiscal provient conjointement de l'inadéquation structurelle des instruments bilatéraux disponibles à résoudre des problèmes par nature multilatéraux et de la non-reconnaissance du statut de résident fiscal à l'établissement stable. Seule la combinaison des règles bilatérales de manière constructive ou leur évolution, ou encore l'harmonisation totale des règles permettrait de trouver une solution équilibrée. Cela n'est pas le cas actuellement.

Notre première partie sera donc consacrée à analyser la nature objective du risque de double imposition ainsi que les évolutions possibles pour permettre de limiter ce risque tant du point de vue de l'Etat de source que de l'Etat du bénéficiaire ou de résidence. Ce sont les situations triangulaires « passives » ou « subies » pour lesquelles l'incertitude du traitement fiscal nécessite des évolutions du système en place car la double imposition et l'incertitude sont un frein au développement économique. Ces situations ont été mises en place par les groupes pour des motivations non principalement fiscales. Notre opinion est que la reconnaissance de

la résidence de l'établissement stable permettrait de résoudre la difficulté mais que cette reconnaissance n'est pas établie pour le moment.

Notre seconde partie sera consacrée à analyser des situations triangulaires « actives » ou « choisies » qui peuvent être propices à la mise en place de structures fiscalement « avantageuses ». Elles sont choisies par les groupes ou par les autorités fiscales en raison de cette composante fiscale.

Choisies par les groupes, ce sont des situations triangulaires que l'OCDE présume inacceptables et qui manifestent, de manière quasi systématique selon l'Organisation, une tentative de mise en place d'opérations de « *treaty shopping* » ou « d'optimisation fiscale massive », comme par exemple, l'interposition d'un établissement stable dans un Etat à faible fiscalité. Pour répondre à ces situations, il nous semble qu'une évolution vers des règles de *CFC* généralisées et harmonisées constituerait une réponse adaptée à la question à condition que celles-ci prennent en compte l'imposition globale des structures et l'élimination ou non de la double imposition. Cette évolution pourrait être conjointe à celle de l'établissement de clauses conventionnelles spécifiques, à l'instar de la politique fiscale menée par les Etats-Unis dans ce domaine et systématiquement incluse dans les conventions fiscales mises en place par ce pays.

Mais les situations triangulaires actives peuvent aussi être la conséquence de l'action des autorités, ce qui constitue un paradoxe de notre sujet. Les Etats deviennent alors les promoteurs de situations triangulaires qui sont utilisées comme des armes contre l'optimisation fiscale industrialisée mise en place, par exemple, par des groupes exerçant une activité dans le secteur du digital. Ces situations sont celles dans lesquelles un établissement stable n'est pas déclaré ou que la base fiscale est répartie d'une manière inacceptable entre les Etats en présence au sein d'une situation triangulaire révélée.

Nous constaterons l'échec partiel des normes proposées par l'OCDE y compris dans ses travaux les plus récents issus de l'initiative *BEPS*. L'objet de notre travail sera de proposer la mise en place de solutions qui prennent en compte l'imposition globale des structures en tant que mesure de la volonté d'optimisation fiscale ou non des

groupes. Nous constaterons aussi une évolution politique du débat et la publicité généralisée qui lui est accordé.

Enfin, notre conclusion sera l'occasion de proposer des modifications du Modèle de convention fiscale de l'OCDE.

Descripteurs :

Situations triangulaires - Double imposition - Etablissement stable – Sous-établissement stable - BEPS - Modèle de convention fiscale - Situations triangulaires primaires originelles - Situations triangulaires inversées - Situations triangulaires actives - Situations triangulaires passives - CFC - Optimisation fiscale agressive - Double non-imposition - Non-discrimination - Situations triangulaires révélées - Situations triangulaires partiellement déclarées

Title and Abstract:

The purpose of this work is to propose a tax treatment applicable to passive income in international triangular tax cases, through a renewed analysis of existing norms, or deriving from the modifications of existing norms that we may be proposing.

For this work, international tax treaty in line with OECD Model convention is the starting point of the analysis. This approach will be supplemented by domestic examples if relevant. This approach, driven by the author's background, will also include few European Union references when appropriate.

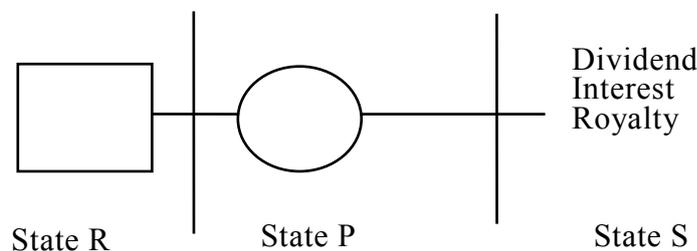
From an international point of view, this subject has been partially analyzed by the OECD in a previous report called "triangular tax cases" approved by the council of the OECD on July 23, 1992. The OECD has identified two main categories of triangular tax cases:

- Situations dealing with dual resident companies receiving income from a third State or paying a dividend to its shareholders located in a third Country
- Situations where a resident of a country, receives an income from another source through a permanent establishment located in a third State.

The first case is outside the scope of our study and has been managed, from the OECD point of view, through amendment of the OECD Model treaty implemented in 2008 dealing with dual residence of companies.

The second case is the center of our work. It is the case where passive income (dividend, interest, Royalty):

- are paid from the Country S ;
- are received by a permanent establishment located in Country P ;
- The permanent establishment being the permanent establishment of a company resident of country R⁴.



This situation is the most likely seen in practice and is the foundation of the concept. We consider it as the « original primary case »⁵.

The bilateral tax treaties are the cause of the phenomenon due to the use of the permanent establishment concept. The use of this concept is creating a dichotomy between the legal reality (there is only one corporate body located in the country of residence but also in the country of the permanent establishment) and the triangular

⁴ *Modèle de convention fiscale : « Cas triangulaires »*, adopté par le Conseil de l'OCDE le 23 juillet 1992.

⁵ Ou « classical » for the OCDE. *Modèle de convention fiscale : « Cas triangulaires »*, adopté par le Conseil de l'OCDE le 23 juillet 1992.

tax analysis (one entity being a taxpayer in two countries receives an income from another taxpayer located in another country). In an ordinary (i.e. non tax) case, the relation would strictly be bilateral between two entities of two countries. This is the concept of permanent establishment that makes the situation triangular.

There are triangular tax cases that are “primary” but have not been identified directly by the OECD in its original report, but rather indirectly in the comments of the OECD Model convention. These are situations where a permanent establishment is the payer rather than the beneficiary of passive income. These cases are called “reverse triangular cases”, the situation of the permanent establishment being opposite to its situation in above mentioned primary original triangular tax cases. In these cases, a company resident in country R who holds a permanent establishment in country P, is paying passive income through this permanent establishment to a company resident of country B.

In addition, all above mentioned situations can be combined to a new system called “derived” triangular cases, resulting in the creation of “poly-angular” situations or sub-permanent establishment structures.

Contrary to what may be thought, this is not the existence of three states that is common to all triangular tax cases, but the existence of more than two taxations that may be withheld.

The second common element to triangular tax cases is complexity. This complexity is deriving from the fact that several countries are involved, sophisticated or undefined activities are also involved.

The uncertainty of the tax treatment is due to the imperfect application of bilateral instruments, such as tax treaties, to solve multilateral questions and also, to the fact that permanent establishment is not a tax resident for treaty purposes. The only balanced solution is to analyze in a constructive way existing norm, or to propose improvements to it, or even consider a full tax harmonization. This is not currently the case.

The first part of the study is dedicated to the analyses of the double tax exposure, as well as possible improvements that may allow mitigating this exposure, from the source, residence, and permanent establishment countries perspective. These are “passive” triangular cases or “incurred”, where potential double tax and uncertainty creates an issue for economic growth. These situations are resulting from structures that are not mainly tax motivated. Our view is that the recognition of the tax residence of the permanent establishment would solve this issue but this is not currently the situation.

The second part of the study is dealing with “active” triangular situations that may be motivated by the tax benefit resulting from these structures. They are chosen by groups or tax authorities because of their possible favorable tax arbitrage.

If chosen by multinationals, they are assumed being problematic by the OECD which considers they are treaty shopping transactions or aggressive tax planning (e.g. interposition of the permanent establishment located in a country where it is subject to an effective low tax). To respond to this, we believe that CFC rules are appropriate as long as they are harmonized and take into account the overall global taxation. Another approach would be to include specific provisions in tax treaties in a similar way than the US.

However, active triangular situations may also be the consequence of tax authorities’ action and this is the paradox of our subject. Countries are then the instigator of triangular cases that are used as anti-abuse provisions against generalized aggressive tax planning, such as tax planning implemented by the digital economy. These situations are situations where a permanent establishment is not disclosed or where the attribution of profits within disclosed triangular cases is not properly implemented to benefit from a favorable tax arbitrage.

We note the partial failure of OECD on this subject including in its recent BEPS initiative. The purpose of our work is to propose solutions that are taking into account the possible quantitative tax benefit, as a measurement of the tax motivation. We also take into account a critical evolution of the political approach of the question.

The conclusion of our study will include proposals to amend the OECD treaty Model.

Keywords :

Triangular cases - Double taxation - Permanent establishment - Sub-permanent establishment - BEPS - OECD Model treaty - Primary triangular tax cases - Reversed triangular cases - Active triangular tax cases - Passive triangular tax cases - Hybrid - aggressive tax planning - CFC - Double non taxation - disclosed triangular tax cases - undisclosed triangular tax cases .

Principales abréviations

Art. :	Article
Ass. plén., ou Plén. :	Arrêts de l'Assemblée plénière de la Cour de cassation
BA :	Bénéfice agricole
BDCF :	Bulletin des conclusions fiscales Francis Lefebvre
BF :	Bulletin Fiscal Francis Lefebvre
BGFE :	Bulletin de Gestion Fiscale des Entreprises
BIC :	Bénéfices industriels et commerciaux
BNC :	Bénéfices non commerciaux
BOI :	Bulletin officiel des impôts
BODGI :	Bulletin officiel de la Direction générale des impôts
BTR :	British Tax review
Bull. :	Bulletin
Bull. civ. :	Bulletin des arrêts des chambres civiles de la Cour de cassation
c/ :	Contre
CA :	Cour d'appel
CAA :	Cour administrative d'appel
Cass. :	Cour de cassation
Cass. com :	Chambre commerciale de la Cour de cassation
CE :	Conseil d'Etat
CEDH :	Cour européenne des droits de l'Homme
CESDH :	Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des Libertés fondamentales
Cf.	Confère
CGI :	Code général des impôts
Ch. :	Chambre
Ch. réunies :	Arrêts des Chambres réunies de la Cour de cassation
Chron. :	Chronique
Civ. :	Arrêt d'une chambre civile de la Cour de cassation
CJCE :	Cour de justice des Communautés européennes
Coll. :	Collection
Com. :	Arrêt de la Chambre commerciale de la Cour de cassation
Comm. :	Commentaire
Comm. gov. :	Commissaire du gouvernement
Comp. :	Comparer
Concl. :	Conclusions
Cons.Const	Conseil Constitutionnel
Contra :	Contraire
CC :	Conseil constitutionnel
CDFI :	Cahiers de droit fiscal international
D. :	Recueil Dalloz et Recueil Dalloz-Sirey (post. 1965)
DB :	Documentation administrative de base.

Dr. Fisc :	Revue droit fiscal
DE :	Recueil hebdomadaire Dalloz
Doc.Adm	Documentation administrative
Doc. Prat. EFL :	Documentation Pratique Francis Lefebvre
Doctr. :	Doctrine
DP :	Recueil périodique et critique Dalloz
DPCI :	Droit et pratique du commerce international
Dr. et soc.:	Droit et Société
Dupont :	Recueil Dupont (anciennement : Bulletin des contributions directes)
Ed. :	Edition
Ency. Dalloz Rép. dr. civ. :	Encyclopédie Dalloz, Répertoire de droit civil
Ency. Dalloz Rép. dr. com. :	Encyclopédie Dalloz, Répertoire de droit commercial
Exp. :	Exemple
Fasc. :	Fascicule
FR :	Feuillet rapide fiscal et social Francis Lefebvre
Gaz. Pal. :	Gazette du palais
IBFD :	International bureau of fiscal documentation
<i>Ibid. (ibidem):</i>	Même source
IFA	International Fiscal Association
Inf. rap. :	Informations rapides
<i>Infra :</i>	Ci-dessous
Instr. adm. :	Instruction administrative
IR :	Impôt sur le revenu
IS :	Impôt sur les sociétés
ISF :	Impôt sur la fortune
J.-Cl. :	Jurisclasseur
J.-Cl. civ. :	Jurisclasseur civil
J.-Cl. com. :	Jurisclasseur commercial
J.-Cl. fisc. :	Jurisclasseur fiscal
J.-Cl. enreg. :	Jurisclasseur enregistrement
JCP :	Jurisclasseur périodique
JCP E :	Jurisclasseur, édition Entreprise et Affaires
JCP N :	Jurisclasseur, édition Notariale
JO :	Journal officiel
JOAN :	Journal officiel des débats de l'Assemblée nationale
JOS :	Journal officiel des débats du Sénat
Journ. Enreg. :	Journal de l'enregistrement
Lebon (ou Rec. CE) :	Recueil Lebon des arrêts du Conseil d'Etat.
LF (et PLF) :	Loi de finances (et projet de Loi de finances)
LGDJ	Librairie générale de droit et de jurisprudence
LFR (et PLFR) :	Loi de finances rectificative (et projet de Loi de finances)
LPF :	Livre des procédures fiscales
N° ou n°	Numéro
Notam. :	Notamment
Ndla :	Note de l'auteur
Obs. :	Observations
OCDE	Organisation de coopération et de développement économique
ONU	Organisation des Nations unies

<i>Op. cit.</i> ou <i>opere citato</i> :	Dans l'ouvrage cité
Ord. :	Ordonnance
Ouvr.	Ouvrage
PA :	Petites affiches
p. :	Page
Préc. :	Précité
Rec. :	Recueil des décisions du Conseil constitutionnel
RCADI :	Recueil des cours de l'académie de droit international de la Haye
RDP :	Revue de droit public
RF fin. Publ :	Revue française de finances publiques
Rép. Defrénois :	Répertoire Defrénois des pratiques notariales
RM :	Réponse ministérielle
Req. :	Arrêt de la Chambre des requêtes de la Cour de cassation
Rev. soc. :	Revue des sociétés
Rev. Trim. Dr. Europ. :	Revue trimestrielle de droit européen
Rev. fisc. Europ. :	Revue de fiscalité européenne
RJS :	Revue de jurisprudence sociale
RSLF :	Revue de science et de législation financière
RTD Civ. :	Revue trimestrielle de droit civil
RTD Com. :	Revue trimestrielle de droit commercial
RFC :	Revue française de comptabilité
RF :	Revue fiduciaire
RF compt. :	Revue fiduciaire comptable
RFFP :	Revue française de finances publiques
RJF :	Revue de jurisprudence fiscale
S :	Sirey
s. :	Suivant ou suivante
Sect. :	Section
Ss-sect. :	Sous-section
Somm. :	Sommaire
<i>Supra</i> :	Ci-dessus
TA :	Tribunal administratif
t. :	Tome
TGI :	Tribunal de grande instance
Th. :	Thèse
T.N.I.	Tax news international
TVA :	Taxe sur la valeur ajoutée
Trib. com. :	Tribunal de commerce
v. :	Voir

Sommaire (les numéros renvoient aux pages)

Introduction	29
Partie 1 Les situations triangulaires passives	50
Titre 1. L'application d'une convention fiscale entre l'Etat de source et l'Etat de l'établissement stable	56
Chapitre 1. Les situations triangulaires primaires.....	56
Section 1. Les situations triangulaires primaires originelles.....	56
I. Le refus par l'OCDE du statut de résident à l'établissement stable.....	57
A. L'absence de consensus au sein de l'OCDE	57
1. Le principe	57
2. Les tentatives limitées de dérogation	59
B. La solution franco-italienne	63
1. Le principe quasi résidence de l'établissement stable.....	63
2. Les incertitudes pratiques	66
a L'augmentation du nombre de conflit de convention.....	66
b L'accès à un réseau conventionnel étendu.....	68
II. Les tentatives de remise en cause	71
A. L'analyse constructive du concept.....	73
1. La notion de « personne ».....	74
a La localisation géographique de l'activité critère inopérant	74
b La localisation géographique de l'activité critère déterminant de l'analyse	78
2. La définition du « résident d'un Etat contractant ».....	79
a La résidence au sens du traité en tant que critère autonome	79
b L'assujettissement à une imposition minimum, condition de la résidence de l'établissement stable	82
B. L'analyse de quelques tentatives	85
1. La convention fiscale France/Brésil	85
2. La doctrine et la jurisprudence.....	87
a La doctrine	87
b La jurisprudence	89
Section 2. Les situations triangulaires inversées.....	94
I. Les principes retenus par l'OCDE	95
A. La double source	95
1. Le conflit entre Etat P et Etat R	95
2. Le régime institué par l'article 11 du Modèle de convention	98
a Le partage de l'imposition.....	98

b	Les exceptions au principe	99
B.	Les justifications du principe	105
1.	La justification historique.....	105
2.	L'acceptation formelle de la double imposition	108
a	L'acceptation par absence de consensus politique à l'origine	109
b	L'acceptation actuelle	111
II.	Les solutions alternatives	112
A.	Les solutions conventionnelles.....	112
1.	Les principes apparemment contradictoires	113
2.	L'analyse des solutions	116
a	Les solutions issues de l'article 11 du Modèle de convention fiscale	116
b	Les solutions issues d'autres articles du Modèle de convention fiscale	121
B.	L'apport du droit communautaire	125
1.	Le règlement des conflits de source par alignement du lieu de déduction et de la source.....	126
2.	La subsistance de difficultés d'interprétation.....	128
	Conclusion du chapitre 1	131
	Chapitre 2. Les situations triangulaires dérivées	134
Section 1.	Les situations poly-angulaires	134
I.	Les situations visées	135
A.	Les situations bilatérales.....	135
1.	Les situations originelles.....	135
2.	Les situations hybrides.....	137
B.	Les situations multilatérales.....	140
1.	Les situations trilatérales à source unique ou résidence unique.....	141
2.	Les situations trilatérales à sources multiples et résidences multiples	142
II.	L'analyse de solutions possibles.....	144
A.	Les situations bilatérales.....	144
1.	Les situations originelles.....	144
a	Les situations originelles primaires.....	144
b	Les situations inversées.....	148
2.	Les situations bilatérales hybrides	149
a	La Confusion des Etats P.....	149
b	Les situations croisées	150
B.	Les situations multilatérales.....	151
1.	Les situations trilatérales.....	151
a	Les situations trilatérales à source unique ou résidence unique.....	151
b	Les situations triangulaires à sources multiples et résidences multiples	155
2.	Les situations multilatérales	157
Section 2.	Les situations à établissements stables multiples.....	158

I.	Les situations visées	159
A.	La notion de sous-établissement stable	159
1.	Une notion exclusivement doctrinale	159
2.	Une évolution logique de la personnalisation de l'établissement stable.....	163
B.	Les causes opérationnelles d'existence du concept.....	166
1.	L'exercice d'une activité permanente.....	167
2.	La présence d'un agent.....	169
II.	Le partage d'imposition entre l'Etat P et l'Etat SP	172
A.	L'absence de limites à l'imposition des profits	173
1.	L'absence de règles de source.....	173
2.	Les risques avérés de double imposition.....	174
B.	L'imposition des profits étrangers de l'établissement stable	176
1.	L'inadéquation des solutions proposées	176
2.	L'équivalence du principe de source et d'attribution des revenus	178
a	La remise en cause du concept de source.....	178
b	La confirmation du principe d'attribution exclusive	181
	Conclusion du chapitre 2	186
	Conclusion Titre 1.....	186
Titre 2.	L'élimination de la double imposition.....	188
Chapitre 1.	Les situations triangulaires primaires.....	188
Section 1.	Les situations triangulaires primaires originelles.....	188
I.	L'élimination de l'imposition dans l'Etat de source et de résidence	189
A.	L'application du traité avec l'Etat de résidence par l'Etat de source.....	189
1.	Une problématique essentielle	189
2.	Une réponse certaine de l'OCDE	190
B.	L'élimination des doubles impositions dans l'Etat de résidence	192
1.	La nécessité d'une double élimination de l'imposition.....	192
a	L'analyse mécanique.....	192
b	L'analyse globale.....	194
2.	Les conséquences du régime d'imposition dans l'Etat de résidence	197
a	L'Etat R applique un système d'exemption	197
b	L'Etat R applique un système de crédit d'impôt	200
II.	L'élimination de la double imposition dans l'Etat de l'établissement stable.....	202
A.	L'application du principe de non-discrimination	203
1.	Le principe « d'effet relatif des traités ».....	204
a	L'existence d'un principe	204
b	La non-application aux situations triangulaires.....	206
2.	L'application effective du principe de non-discrimination aux établissements stables.....	210
a	Une notion fondamentale.....	210

b	Une application pratique partiellement satisfaisante	212
B.	L'évolution positive issue du droit communautaire	217
1.	Les principes issus de la décision Saint-Gobain.....	217
a	Le traitement d'une véritable situation triangulaire.....	217
b	Une solution plus adaptée que celle proposée par l'OCDE	221
2.	L'élimination plus efficace des doubles impositions	225
a	Les effets dans l'Etat R	226
b	Les conséquences incertaines dans l'Etat de source	229
Section 2.	Les situations triangulaires inversées.....	234
I.	La double élimination	234
A.	Les principes contradictoires applicables.....	235
1.	L'application de l'article 23 du Modèle de convention fiscale	235
2.	L'application possible d'autres dispositifs.....	238
B.	L'élimination unique ou cumulative de la double imposition	239
1.	Le refus de la double élimination par l'OCDE.....	239
2.	L'élimination effective d'une partie de la double imposition.....	241
II.	L'analyse de solutions alternatives possibles	242
A.	Les solutions conventionnelles spécifiques	242
B.	La politique conventionnelle française	243
Conclusion du chapitre 1		246
Chapitre 2.	Les situations triangulaires dérivées	248
Section 1.	Situations poly-angulaires.....	248
I.	Les situations poly-angulaires bilatérales.....	248
A.	Les situations originelles inversées	248
1.	Les situations avec confusion entre Etats de source	249
a	La confusion entre l'Etat S et l'Etat R.....	249
b	La confusion entre l'Etat S et l'Etat P.....	250
2.	Les situations avec confusion entre Etats du bénéficiaire	250
a	La confusion entre l'Etat B et l'Etat R	250
b	La confusion entre l'Etat B et l'Etat P	251
B.	Les situations hybrides	251
1.	Les situations inversées avec confusion entre Etats.....	252
a	Les situations bilatérales hybrides avec confusion des Etats P.....	252
b	Les situations bilatérales hybrides avec confusion de l'Etat R et l'Etat S.....	253
2.	Les situations bilatérales hybrides croisées	253
II.	Les situations multilatérales.....	254
A.	Les situations trilatérales à sources ou résidences multiples.....	254
1.	Les situations à source unique et résidences multiples	254
2.	Les situations à sources multiples et résidence unique	255
B.	Les situations trilatérales à sources multiples et résidences multiples.....	256

1. Les situations à trois Etats	256
2. Les situations quadrangulaires	258
Section 2. Les situations à établissements stables multiples	259
I. L'élimination de la double imposition dans l'Etat de localisation d'un établissement stable	260
A. La double imposition dans l'Etat du sous-établissement stable	260
1. L'imposition des profits reçus d'Etats Tiers	260
2. L'imposition des versements effectués par le sous-établissement stable	263
B. La double imposition dans l'Etat de l'établissement stable	265
1. L'existence d'un lien hiérarchique entre établissement stable et sous- établissement stable	265
2. L'application du principe de non-discrimination	266
II. L'élimination de la double imposition dans l'Etat de résidence	267
A. L'alignement partiel avec les situations triangulaires primaires	267
B. Les effets possibles de l'interaction entre les traités	269
1. En cas d'utilisation d'une méthode d'exemption	269
2. En cas d'utilisation d'une autre méthode	271
Conclusion du chapitre 2	274
Conclusion du titre 2	274
Conclusion de la première partie	276
 Partie 2 Les situations triangulaires actives.....	278
 Titre 1. Les situations triangulaires provoquées par les contribuables	282
Chapitre 1. L'interposition d'un établissement stable	283
Section 1. La présomption d'évasion fiscale par interposition	283
I. La recherche systématique d'un avantage fiscal	284
A. Le risque identifié par l'OCDE	284
1. Le treaty shopping	285
a L'interposition de sociétés	285
b L'inapplicabilité des concepts existants aux situations triangulaires	288
2. La présomption de bonne foi inapplicable aux situations triangulaires	290
a L'absence de justification pertinente du refus	290
b L'incohérence avec les autres principes de l'OCDE	292
B. L'optimisation réellement recherchée	295
1. La création d'un réseau virtuel de conventions fiscales	295
a La combinaison d'avantages dans plusieurs Etats	295
b L'interposition d'un siège	298
2. La recherche cumulée d'avantages non-conventionnels	300
a La combinaison de principes territoriaux et mondiaux	300
b L'utilisation de doubles intégrations fiscales	305

II.	La démonstration incertaine de l'existence systématique d'un avantage fiscal ..	307
A.	L'interposition pour bénéficier d'une exonération de retenue à la source	308
1.	L'interposition négative	308
2.	L'interposition positive	311
B.	L'interposition pour bénéficier d'un régime favorable dans l'Etat de localisation de l'établissement stable	313
1.	L'optimisation fiscale recherchée	313
2.	Calcul de l'avantage fiscal effectif.....	315
Section 2.	L'efficacité partielle des solutions disponibles.....	316
I.	L'extension aux établissements stables des solutions mises en place pour les filiales	316
A.	L'application de limitations générales	317
1.	L'application d'une imposition minimale	317
a	L'imposition dérogatoire du bénéficiaire du revenu	317
b	Le contrôle du bénéficiaire des revenus par un résident d'un Etat tiers ..	320
2.	La non-application du concept de bénéficiaire effectif.....	322
B.	L'application de clauses spécifiques.....	326
1.	Les clauses de LOB imparfaites.....	326
a	La clause LOB.....	327
b	Les autres clauses	328
2.	La stratégie américaine ciblée.....	330
a	L'évolution du Modèle de convention américain	331
b	Le traité franco-américain	332
II.	L'application aux situations triangulaires de dispositifs applicables aux établissements stables	335
A.	Les solutions issues directement du Modèle de convention.....	335
1.	L'article 21 du Modèle de convention fiscale	335
2.	L'inadéquation du dispositif avec la présomption d'optimisation	336
B.	Les solutions issues des commentaires du Modèle de convention.....	337
1.	Le principe du « rattachement effectif »	337
2.	L'application aux revenus passifs	339
a	Le cas des dividendes.....	339
b	Le critère renforcé en matière d'intérêts et de redevances	339
	Conclusion du chapitre 1	343
	Chapitre 2. Les évolutions possibles	344
Section 1.	Les évolutions unilatérales.....	345
I.	Le rôle essentiel du droit interne	345
A.	La protection de l'Etat R.....	346
1.	La mise en place de CFC.....	346
a	La lutte contre l'accumulation de profits non-taxés.....	346

b	L'adaptation des CFC aux situations triangulaires	351
2.	La lutte contre l'utilisation multiple des pertes	355
a	La consolidation restreinte à des sociétés locales	355
b	Les « Dual consolidated loss rules »	357
B.	La protection des autres Etats superfétatoire	360
1.	La protection de l'Etat P inadaptée	360
2.	La protection de l'Etat S par non-déductibilité des dépenses	362
a	Le principe	362
b	La quantification d'une faible imposition	364
II.	Le risque d'incompatibilité avec les conventions fiscales	366
A.	L'analyse du Modèle de convention fiscale	366
1.	Les commentaires relatifs aux CFC	366
2.	La compatibilité des autres mesures	369
a	L'application d'un régime anti-abus dans l'Etat S	369
b	L'interdiction de la double déduction des pertes	372
B.	Les incertitudes liées à la jurisprudence	374
1.	La compatibilité des dispositifs de CFC	374
a	L'exemple français	374
b	La nécessité de mettre en place des règles certaines	376
2.	La compatibilité des autres dispositifs	377
a	Les règles de double intégration fiscale	377
b	Les limitations à la déduction des charges	378
Section 2.	Les évolutions multilatérales	379
I.	La coordination de l'approche politique	380
A.	Le développement de la transparence en tant que dogme	380
1.	La transparence outil d'évaluation de la motivation fiscale	380
a	Une évolution du contrôle par le risque	380
b	La stratégie de l'OCDE en matière de partage d'information	382
2.	L'efficacité relative du « naming and shaming »	385
B.	Les propositions BEPS destinées à lutter contre l'interposition	387
1.	L'Action 6 et l'interposition d'un établissement stable faiblement imposé	388
a	La prolongation de solutions existantes	388
b	La mesure objective de l'avantage fiscal lié à l'interposition	390
2.	L'adaptation des autres actions de l'initiative BEPS	395
a	L'Action 3 de l'initiative BEPS	395
b	Les actions indirectes non spécifiques	396
II.	L'harmonisation fiscale	398
A.	Le périmètre de l'harmonisation soumis aux aléas politiques	398
1.	Le taux ou l'assiette	399
a	L'harmonisation des taux en conflit avec les agendas politiques	399

b	L'incertitude de l'harmonisation des assiettes	400
2.	Le renouveau de l'harmonisation des mesures anti-abus	402
a	Les mesures d'assiette CCCTB reprises de manière indépendante	403
b	Le nouveau « package »	405
B.	Les limites à l'harmonisation	406
1.	La compatibilité des règles soumise à des conditions strictes	407
a	L'approche nuancée de la Cour de Justice adaptée aux situations triangulaires	407
b	Le renouveau de la lutte anti évasion	410
2.	L'alignement nécessaire des agendas politiques	410
a	Une volonté politique contradictoire	410
b	Le renouveau des actions collectives contre les Etats	413
	Conclusion du chapitre 2	417
	Conclusion titre 1	419
Titre 2.	Les situations triangulaires révélées par les autorités	421
Chapitre 1.	Les situations triangulaires non-déclarées	423
Section 1.	La mise en évidence d'un établissement stable non-déclaré	423
I.	La non-déclaration d'une présence taxable	424
A.	L'évaporation de la base taxable	426
1.	L'optimisation ciblée	426
a	L'évolution opportuniste de l'action de l'OCDE en faveur des Etats de source	426
b	Le renouveau ciblé de l'action au sein de l'initiative BEPS	429
2.	Typologie des situations triangulaires révélées	432
a	La lutte contre la recherche d'arbitrages fiscaux	432
b	La mise en évidence d'un sous-établissement stable	436
B.	La prise en compte imparfaite de la double imposition systématique	437
1.	Le risque systémique de double imposition	439
a	Un risque avéré et reconnu	439
b	Un risque assumé	440
2.	L'élimination imparfaite du risque	443
a	Les textes inadaptés à la notion d'abus	443
b	Les pratiques inefficaces	445
II.	Les solutions envisageables	446
A.	Le renouveau de la lutte anti-optimisation sur le fondement des instruments en place	446
1.	L'interprétation du Modèle de convention « dans le contexte »	446
2.	Proposition d'analyse constructive de l'Article 5 du Modèle de convention fiscale	449
B.	L'évolution raisonnée des concepts	455

1.	L'approche BEPS contradictoire.....	455
a	La prédominance du caractère préparatoire et auxiliaire remise en cause	455
b	Les règles anti-fragmentation, source d'augmentation du nombre de situations triangulaires.....	458
2.	La nécessité d'une approche rénovée	459
a	La remise en cause limitée aux situations optimisées avérées	460
b	La mise en place d'une élimination de la double imposition conditionnant la révélation	461
Section 2.	L'échec de la lutte contre l'optimisation fiscale industrialisée	462
I.	L'économie digitale.....	463
A.	La non-reconnaissance de la notion d'établissement stable digital	464
1.	La mise en place de situations triangulaires optimisées.....	464
a	Le digital américain, ennemi public numéro 1	464
b	La combinaison systématique des avantages fiscaux.....	467
2.	La faillite du système	470
a	La crise économique, politique et technique	470
b	Les intérêts divergents des acteurs en présence	473
B.	La réponse impossible ?.....	474
1.	L'utilisation incertaine des dispositifs existants.....	474
a	Une analyse constructive des critères dérogatoires de reconnaissance d'un établissement stable.....	474
b	Tentative d'extension de la notion d'établissement en l'absence de présence humaine	477
2.	Les solutions nouvelles en gestation	480
a	L'échec de l'initiative BEPS.....	480
b	Les tentations unilatérales	482
II.	La filiale commissionnaire	483
A.	La non-reconnaissance d'un l'établissement stable filiale.....	483
1.	L'optimisation fiscale fondée sur l'organisation du réseau de distribution	483
a	L'organisation opérationnelle	483
b	La protection du Modèle de convention fiscale confirmée par les juridictions.....	486
2.	Le risque renforcé de double imposition.....	488
a	La double imposition interne et transfrontalière.....	489
b	L'absence d'harmonisation de méthodes de calcul du profit.....	490
B.	Les réponses proposées.....	491
1.	Les réponses existantes incertaines	492
a	La lecture constructive du Modèle de convention	492
b	La jurisprudence imprévisible	494
2.	Les évolutions inachevées	495

a	L'initiative BEPS trop extensive.....	495	
b	Le compromis incertain.....	498	
	Conclusion du chapitre 1	500	
	Chapitre 2. Les situations triangulaires imparfaitement déclarées	502	
	Section 1. La remise en cause de l'allocation du profit au sein d'une situation triangulaire	503	
	I. Le transfert présumé d'un actif au sein d'une situation triangulaire	503	
	A. Le transfert fictif d'un actif à un établissement stable	503	
	1. La nature de la remise en cause	504	
	a Une situation imparfaitement maîtrisée par l'OCDE	504	
	b Les situations imparfaitement déclarées bilatérales et trilatérales	507	
	2. La divergence entre l'avantage fiscal combattu et l'avantage fiscal recherché	508	
	a L'identification imparfaite de l'avantage fiscal combattu différence avec les	situations triangulaires non-déclarées	509
	b La combinaison d'arbitrages fiscaux favorisée	511	
	B. Le transfert fictif d'un actif par l'établissement stable.....	512	
	1. La nature de la remise en cause	512	
	a Une situation quasi-ignorée par l'OCDE	512	
	b Les situations bilatérales ou trilatérales	513	
	2. La divergence entre l'avantage fiscal combattu et l'avantage fiscal recherché	514	
	a L'identification imparfaite de l'avantage fiscal recherché	514	
	b La combinaison des arbitrages fiscaux favorisée	517	
	II. Le régime fiscal incertain.....	517	
	A. L'imposition immédiate d'un « transfert » au moment de la réallocation.....	517	
	1. L'autonomie fiscale de l'établissement stable.....	518	
	a La reconnaissance possible d'un fait générateur d'imposition	518	
	b Le risque accru de double imposition.....	521	
	2. L'application du principe par le Modèle de convention fiscale	522	
	a La reconnaissance partielle de la personnalité fiscale de l'établissement	stable	523
	b La reconnaissance empirique de la personnalité fiscale de l'établissement	stable	524
	B. L'élimination de la double imposition	526	
	1. L'élimination des conséquences de la double imposition.....	526	
	a La prolifération possible des cas de double imposition.....	526	
	b L'inadaptation du système proposé par le Modèle de convention fiscale.	530	
	2. L'élimination de l'imposition au moyen des principes applicables aux filiales	533	

Section 2.	La lutte contre la prolifération des arbitrages fiscaux	536
I.	La réduction de l'incertitude sur le fondement du dispositif en place	536
A.	L'application effective du principe de rattachement exclusif des revenus	537
1.	L'alignement entre établissements stables et filiales	537
a	La reconnaissance de la personnalité fiscale de l'établissement stable, évolution paradoxale	537
b	L'absence d'assimilation totale entre établissements stables et filiales	540
2.	Le rattachement exclusif des revenus passifs de l'établissement stable	543
a	La promotion théorique des arbitrages	543
b	La réduction effective des opportunités	545
B.	La mise en place de dispositifs innovants	550
1.	Les systèmes binaires	550
a	Le principe de force attractive	550
b	Les systèmes purement optionnels	553
2.	Les systèmes dérivés	553
a	La force attractive simple	553
b	La force attractive partielle	554
II.	L'acceptation partielle du risque de double imposition	556
A.	La double imposition sanction affichée des comportements inacceptables	556
1.	La double imposition sanction subie par les Etats	557
a	La pression publique réelle mais inférieure à celle en matière de situations non-déclarées	557
b	La moralisation de la vie des affaires	559
2.	La double imposition sanction choisie par les Etats	561
a	La non-imposition locale seule préoccupation réelle des Etats	561
b	Le risque de généralisation d'actions unilatérales : l'exemple de la « diverted tax » britannique	562
B.	La nécessaire évolution de la notion d'optimisation fiscale agressive	563
1.	Le ciblage des situations triangulaires manifestement abusives	564
a	Les situations imparfaitement déclarées totalement exonérées contraire à l'esprit du traité	564
b	La transmission de l'information contrepartie d'un système équilibré	567
2.	La quantification de l'avantage fiscal comme fondement du régime fiscal applicable	568
a	La fixation de critères quantitatifs cumulatifs pour mesurer le caractère agressif	568
b	La mise en place de présomptions simples et irréfragables	570
	Conclusion du chapitre 2	571
	Conclusion du titre 2	572
	Conclusion de la seconde partie	573

<i>Conclusion : proposition de modification du Modèle de convention fiscale.....</i>	<i>575</i>
<i>Bibliographie</i>	<i>588</i>
<i>Table des annexes</i>	<i>681</i>
Annexe 1 : Lexique des situations triangulaires	681
Annexe 2 : Lexique des situations triangulaires dérivées	682
Annexe 4 : Résultats des procédures d'élimination de la double imposition.....	687
<i>Index.....</i>	<i>691</i>

Introduction

« La double imposition est le fait des Etats, l'évasion fiscale le fait des individus. »⁶

Les situations triangulaires : le rapprochement de termes usuels non spécifiquement fiscaux pourrait surprendre en tant que fondement d'une étude à vocation exclusivement fiscale. De son côté, la doctrine fiscale internationale, qui utilise communément ces termes, s'est gardée de proposer une définition précise. Il nous a donc semblé nécessaire de reprendre la sémantique pour tenter de cerner les concepts.

La première démarche sera de chercher hors du domaine fiscal des éléments de définition. La seconde sera de tenter de définir les problématiques fiscales communes aux situations triangulaires afin de définir le périmètre et l'objet de l'étude.

L'existence d'une trilogie

La première image qui vient à l'esprit est celle du « ménage à trois », si souvent utilisée en littérature, mais aussi au cinéma. La présence de ce « ménage à trois », qui se définit comme « *une vie en commun d'un couple et d'un troisième partenaire* »⁷, constitue une première étape de l'analyse. L'idée sous-jacente est que le ménage à trois est constitué d'une relation préexistante, disons « le couple », régie par la norme de référence à laquelle est ajoutée une troisième personne, « l'amant ». L'addition de ce protagoniste transforme alors une situation maîtrisée et connue en une situation nouvelle, organisée selon ses règles propres, que la combinaison des critères de référence pour l'analyse du couple, par exemple un contrat de mariage ou un PACS,

⁶ Chrétien (M), *Revue critique de droit international privé*, 1954, p. 732.

⁷ Définition *Larousse.fr*.

ne permet pas d'organiser, obligeant l'observateur à inventer une nouvelle « grille de lecture ».

Rapportée au domaine fiscal, la situation préexistante est celle d'une situation bilatérale, situation mettant en présence un contribuable localisé dans deux Etats et constituant la « norme ». Cette relation est régie par des conventions fiscales bilatérales. C'est en effet la vision dominante de la fiscalité internationale actuelle fondée sur une tradition géopolitique bipolaire issue de la pensée d'après-guerre. Selon cette analyse, il existe l'Etat de source et l'Etat de résidence du bénéficiaire. Un élément d'extranéité peut alors être ajouté en la personne d'un « Etat Tiers » pour créer une nouvelle situation dite, « triangulaire » (ménage à trois), nécessitant l'invention de nouvelles règles, bien au-delà d'une simple combinaison de règles bilatérales préexistantes et maîtrisées. Dans ce domaine, il est ainsi ajouté à une situation bilatérale, régie par des conventions fiscales bilatérales, une relation avec un Etat tiers, transformant la problématique et laissant l'observateur sans référence applicable⁸, sauf à disposer de normes multilatérales harmonisées comme, par exemple, dans l'Union européenne.

Même si l'image est intéressante, nous devons concéder qu'elle ne permet pas de saisir de manière précise et ordonnée le sujet.

Pour continuer notre chemin dans la direction d'une définition du sujet, il est donc nécessaire de prolonger l'analyse et de se rattacher à d'autres éléments non-fiscaux.

Cette démarche nous conduit naturellement à considérer la figure géométrique du « triangle ». Même si l'étymologie guide l'observateur dans cette direction, la démarche peut surprendre. Une question fiscale n'est-elle pas uniquement définie par une situation de droit objective applicable à une opération ou à un agent économique ? Comme nous l'avons indiqué, en l'absence de définition fiscale spécifique, la revue des notions usuelles favorise une amélioration de la connaissance.

En « *géométrie euclidienne, un triangle est une figure plane, formée par trois points et par les trois segments qui les relient. La dénomination de « triangle » est justifiée par la présence de trois angles dans cette figure, (...). Le triangle est une figure géométrique élémentaire (...). Il constitue depuis l'Antiquité une réserve inépuisable de propriétés, d'exercices et de théorèmes mathématiques de difficultés variées.* »⁹

A l'instar du ménage à trois, dans le triangle prédomine à l'évidence la trilogie (trois côtés du triangle) ; domine aussi la combinaison des constituants élémentaires (côtés du triangle) qui, assemblés entre eux, constituent une situation complexe, nouvelle source d'analyses et théories spécifiques diverses.

Transposées à la matière fiscale, les situations triangulaires seraient des ensembles complexes constitués par l'assemblage de situations élémentaires, les situations élémentaires étant ici également des situations bilatérales. Les deux illustrations précédentes nous semblent converger vers l'idée du caractère essentiel de la combinaison de situations normées aboutissant à une situation nouvelle inconnue, mais aussi de l'impossibilité pour une approche non-fiscale d'apporter une vision simple et cohérente de la question. A ce stade de la réflexion, il faut progresser dans le domaine fiscal afin de déterminer si celui-ci offre des opportunités.

Une typologie fiscale parcellaire

Notion balbutiante au sein du « microcosme » fiscal français¹⁰, ce sujet n'a pas suscité d'étude majeure dans notre pays, la doctrine se limitant à une analyse partielle de quelques situations ou aspects des difficultés¹¹.

⁸ Madiste (E.), « Bilateralism of tax treaties versus triangular cases: is there a conflict? », *Paper submitted to Lund University*, May 2012.

⁹ Définition Wikipédia.

¹⁰ On notera cependant une analyse peu détaillée qui reprend les travaux de l'OCDE par Gouthière (B) « Les impôts dans le affaires internationales », chapitre 2, *Les Intérêts*, Editions Francis Lefebvre 2010, p. 696-702. Derouin (P), « Combinaison des conventions internationales : De l'indemnisation des emprunts russes aux situations fiscales triangulaires ou multipolaires », *Dr. Fisc.*, n° 4, 26 janvier 2012, Com. 48

¹¹ Coin (R), « Introduction aux situations triangulaires : du bilatéralisme à l'harmonisation fiscale. », *Dr. Fisc.*, n° 24, 13 juin 2013, Com. 323

Au niveau international, le sujet est mieux connu en raison des travaux de l'OCDE proposant une analyse harmonisée depuis les années 90¹². Ces travaux font suite à des notions identifiées durant les années 70¹³, mais les commentaires s'étaient limités, à cette époque, à la constatation de l'absence de solution¹⁴ ou à l'absence d'intérêt pratique de la question¹⁵.

Dans ses travaux les plus aboutis, l'OCDE identifie explicitement deux types de situations triangulaires :

- les situations dans lesquelles un résident d'un Etat reçoit, par l'intermédiaire d'un établissement stable situé à l'étranger, des revenus de source d'un autre Etat,
- les situations dans lesquelles une société résidente d'au moins deux Etats reçoit des revenus d'un autre Etat ou verse lesdits revenus à ses actionnaires situés dans un autre Etat.

La seconde situation n'a pas fait l'objet d'une étude spécifique mais elle est réglée, selon l'Organisation, par les modifications introduites dans le Modèle de convention fiscale en 2008 relatives à la notion de résidence.

La première situation au contraire, a été analysée de manière systématique par l'OCDE dans le cadre de son étude intitulée « Cas triangulaires » adoptée par le conseil de l'OCDE le 23 juillet 1992¹⁶. Elle constitue la « genèse » d'une approche globale de la question, même si l'analyse est incomplète.

Celle-ci est décrite de la manière suivante : il s'agit des cas où des revenus passifs (dividendes, intérêts ou redevances) :

- ont leur source dans un Etat S ;
- sont perçus par un établissement stable situé dans un Etat P ;

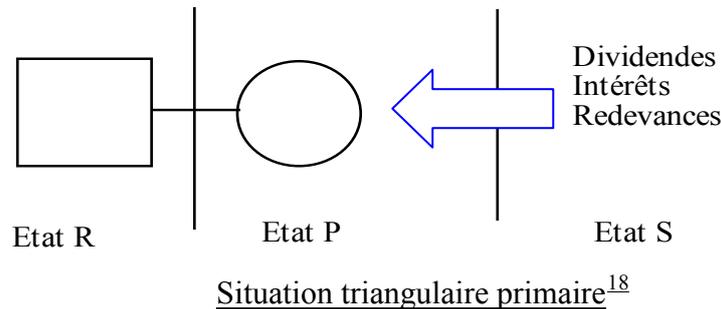
¹² *Modèle de convention fiscale : quatre études, « Cas triangulaires »* adopté par le Conseil de l'OCDE le 23 juillet 1992.

¹³ Et même auparavant pour des publications isolées, cf. cas mentionnés dans Pijl (H), « The Epic of Gilgamesh, or the noise of the profession », IBFD, *Bulletin*, n° 10, 2011.

¹⁴ Groupe de travail de l'OECE n° 1 CFA/WP1 (76) 4, et CPA/WP1 (75) 1.

¹⁵ Groupe de travail n° 1, CFA/WP1 (72) 4.

- cet établissement stable est dépendant d'une entreprise résidente d'un Etat R¹⁷.



Il s'agit, par exemple, d'une banque anglaise dont la succursale française reçoit des intérêts d'autres sources, en rémunération de prêts consentis par l'établissement stable français de cette banque à des clients situés dans des Etats tiers.

Cette situation, qui représente pour nous la forme fondatrice du phénomène, est, en pratique, probablement la plus répandue. Nous la considérons comme une forme « primaire originelle »¹⁹.

D'une certaine manière, ce sont les traités eux-mêmes qui sont à l'origine du phénomène en raison de l'utilisation du concept d'établissement stable. L'introduction de ce concept a abouti à créer une dichotomie entre la réalité juridique (unicité de la personne morale qui est présente à la fois dans l'Etat de son siège, mais aussi dans l'Etat de localisation de son établissement) et la réalité fiscale (présence imposable dans deux Etats). Dans une situation ordinaire, ou disons non-fiscale, la relation ne serait que bilatérale entre deux résidents de deux Etats, l'établissement n'étant qu'une fiction fiscale harmonisée et généralisée par les conventions fiscales.

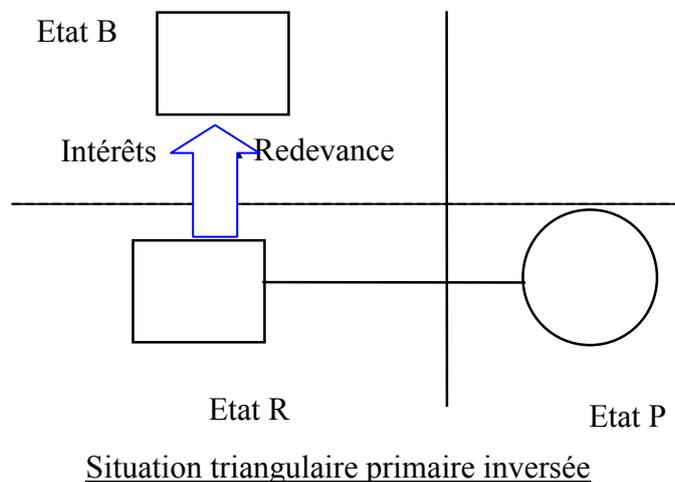
¹⁶ *Modèle de convention fiscale : quatre études, « Cas triangulaires »*, adopté par le Conseil de l'OCDE le 23 juillet 1992.

¹⁷ *Modèle de convention fiscale : « Cas triangulaires »*, adopté par le Conseil de l'OCDE le 23 juillet 1992.

¹⁸ Aussi labélisées en anglais « *Typical triangular cases* », *Modèle de convention fiscale : quatre études, « Cas triangulaires »* adopté par le Conseil de l'OCDE le 23 juillet 1992.

¹⁹ Qualifiée de « classique » par l'OCDE. *Modèle de convention fiscale : « Cas triangulaires »*, adopté par le Conseil de l'OCDE le 23 juillet 1992. Nous n'avons pas repris cette terminologie car elle laisserait penser qu'une situation est plus classique que l'autre alors que le classement est en fonction de l'évolution de l'analyse développée par l'OCDE. A la limite nous préférons la terminologie anglo-saxonne de « *typical triangular cases* » soulignant l'approche statistique de la question.

Il existe des situations triangulaires primaires qui, bien qu'identifiées à l'origine par l'OCDE, ne l'ont pas été en tant que telles dans le cadre d'une étude spécifique, mais plutôt indirectement au sein des commentaires du Modèle de convention fiscale²⁰ lui-même. Il s'agit, en particulier, de situations triangulaires pour lesquelles l'établissement stable n'est pas le bénéficiaire des revenus versés, mais l'agent payeur de ces derniers. Ce sont les situations triangulaires qui sont traditionnellement qualifiées « d'inversées »²¹ par la doctrine²², la situation de l'établissement stable étant opposée à celle dans les situations triangulaires primaires. Nous nous alignerons sur cette approche doctrinale et qualifierons ces situations de situations triangulaires « primaires inversées »²³. Elles peuvent être décrites de la manière suivante :



Dans une telle situation, une société établie et résidente d'un Etat R qui dispose d'un établissement stable dans un Etat P verse des revenus passifs à une société localisée dans un Etat B. Au contraire des situations primaires originelles, ces situations ne visent en principe pas les flux de dividendes, dans la mesure où la question des dividendes rejoint la question du traitement d'une distribution effectuée par la société résidente dans l'Etat R à sa société associée localisée dans un autre Etat et concerne

²⁰ Modèle de convention fiscale concernant le revenu et la fortune, version complète à jour 22 juillet 2010, ci-après « *Le Modèle de convention fiscale* », OCDE 2012.

²¹ Ou « à double source » puisqu'il existe un conflit de source entre l'Etat du siège et celui d'implantation de l'établissement stable.

²² Lombardi (M.), « Triangular situations: a case of double source taxation of interest and royalties », IBFD, *Bulletin*, April 1997, p. 177-182.

²³ En anglais « *reverse triangular cases* ».

une situation classique bilatérale²⁴. On précisera, en outre, que le Modèle OCDE, au contraire du Modèle de convention fiscale rédigé par l'ONU, sans en justifier le fondement, ne couvre pas formellement les questions liées au versement de redevances, même si de nombreux traités en place prévoient un système similaire pour les deux types de paiement.

Il s'agit, par exemple, de banques qui disposent d'implantations sous forme de succursales à l'étranger, mais versent des intérêts de leur siège à des prêteurs localisés dans des Etats tiers. Cette situation pourrait aussi être rencontrée lorsqu'une société finance l'acquisition, dans l'Etat de résidence, d'actifs incorporels mis à la disposition des établissements stables qu'elle possède ; par exemple, dans le cas de création d'activités à l'étranger avec utilisation d'une marque étrangère acquise à cet effet.

Ces situations triangulaires primaires inversées (ou non) sont effectivement connues de la doctrine internationale, même si les travaux sont souvent restés au niveau descriptif des problématiques. Elles ont été, en outre, combinées par les groupes, portant ainsi, bien au-delà des travaux existants, le besoin d'analyse et aboutissant à un système organisé de situations triangulaires que nous qualifierons de « dérivées », combinaisons de situations primaires aboutissant à des situations plus complexes « poly-angulaires ». Cette évolution ne fait que transcrire mécaniquement la multipolarisation du monde moderne en comparaison du bipolarisme de la première partie du XX^e siècle. Dans ce domaine, la pratique des groupes est en avance sur la doctrine et la loi. Cette évolution ne nous semble toutefois pas la conséquence d'un mouvement cohérent, mais plutôt la réponse à la complexification croissante des relations et structures internationales et à la globalisation de l'économie.

Les travaux disponibles soulignent principalement les problèmes, sans proposer de solutions harmonisées. Ils mettent en évidence la difficulté fondamentale à résoudre la question liée au refus du caractère de résident aux établissements stables au sens des conventions fiscales. C'est de cette conception originelle que naît la difficulté

²⁴ Cette situation n'est donc pas au centre de notre étude. Dans le passé, en France, cette question aurait été principalement une question liée à l'application éventuelle du précompte ou de l'avoir fiscal sur les profits de source étrangère lors de leur redistribution.

d'analyse des situations triangulaires. S'il en avait été autrement, notre étude se serait limitée à la présentation de situations bilatérales. Mais comme nous l'avons noté, la fiscalité telle qu'issue de la « pensée originelle » de l'OCDE depuis l'après-guerre est fondée sur une vision bipartite ou bilatérale. Le contexte économique actuel qui est par nature plus multilatéral et global, a évolué plus rapidement que la pensée fiscale et celle-ci n'est probablement pas plus adaptée. Les travaux de l'OCDE laissent le praticien seul face à une multitude de normes disparates, uniquement formatées pour traiter de relations bilatérales. L'OCDE tente de minimiser les incertitudes, sauf en ce qui concerne les risques d'abus liés à l'utilisation d'établissements stables faiblement imposés. On est alors en présence d'une présomption quasiment irréfragable d'évasion fiscale au moyen de situations triangulaires que les faits ne semblent ni démontrer ni justifier.

La doctrine, quant à elle, est soumise aux mêmes contraintes, même si les situations visées par celle-ci sont plus nombreuses que celles identifiées par l'OCDE. A l'origine, elle distingue principalement quatre domaines dans lesquels peuvent exister des situations triangulaires, à savoir :

- en présence d'un établissement stable ;
- en présence d'une société double résidente ;
- dans le cas d'un résident personne physique recevant des salaires d'un pays source qui n'est pas son Etat de résidence ;
- dans l'hypothèse d'une différence de classification/qualification d'une entité par plusieurs Etats (entité hybride).

Ce que la doctrine apporte, toutefois, c'est une circonspection accentuée sur la capacité d'instruments purement bilatéraux à traiter du problème de manière satisfaisante. Elle est plus inclusive que l'OCDE, en analysant des situations triangulaires qui n'étaient pas analysées comme telles à l'origine. Ainsi, par exemple, en matière de double résidence des sociétés, l'étude publiée à l'origine par l'OCDE avait considéré ce sujet comme quasiment inexistant, contrairement à la doctrine postérieure.

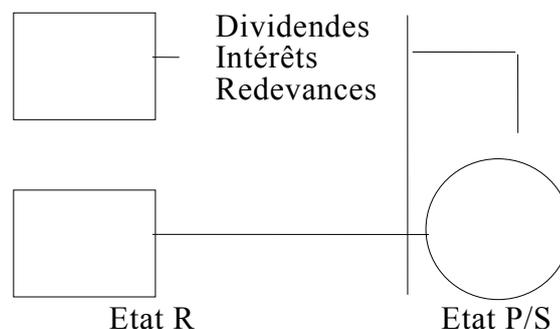
Puisque aucune définition disponible spécifique ne permet de définir de manière convaincante les concepts, il nous est apparu essentiel, pour délimiter le périmètre de notre analyse, de déterminer les caractéristiques communes à toutes ces situations. L'approche n'est plus de traiter le sujet en analysant une liste de situations préétablies, mais de tenter de classer les situations en fonction de caractéristiques communes. En l'absence d'une définition théorique parfaite, on se limite à déterminer des caractéristiques communes aux situations triangulaires.

Le caractère essentiel de la multi-imposition ternaire

A première vue, l'observateur non connaisseur et non averti aurait tendance à mentionner l'élément ternaire comme facteur commun aux situations analysées. Les situations triangulaires seraient, en principe, celles dans lesquelles trois Etats sont en présence. En réalité, contrairement à l'idée souvent admise, l'élément déclencheur nécessaire et suffisant n'est pas la présence de trois Etats, mais le fait que plus de deux impositions peuvent théoriquement être prélevées. Il ne faut donc pas confondre triangulaire et trilatéral.

Le nombre d'Etats en jeu est, en pratique, très important mais n'est pas un élément distinctif.

Le Modèle de convention fiscale OCDE définit explicitement comme une situation triangulaire « bilatérale » le cas dans laquelle une société d'un Etat R verse certains revenus passifs à un établissement stable situé dans un Etat P d'une autre société de l'Etat R.

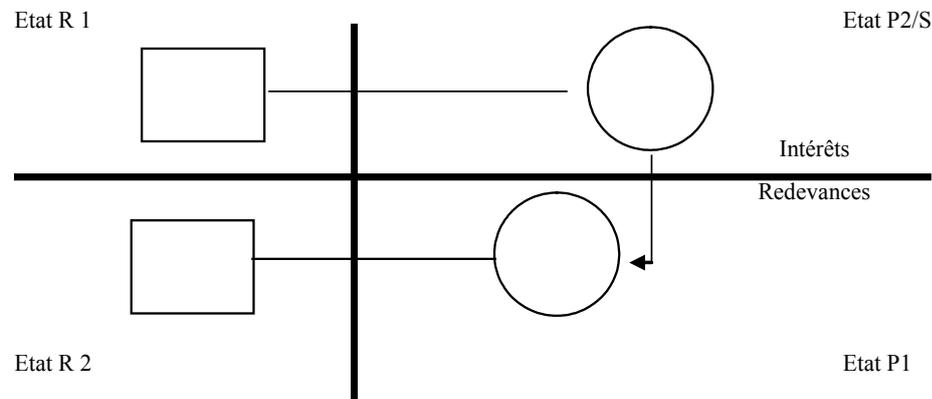


Situation triangulaire primaire bilatérale

Alors même que seuls deux Etats sont concernés par une éventuelle nécessité d'éliminer les doubles impositions, l'OCDE admet que l'on se trouve en présence d'une situation triangulaire. L'élément ternaire est ici constitué par la présence de trois impositions potentielles et non la présence de trois Etats.

De même, il nous semble possible de considérer comme situations triangulaires certaines situations quadrilatérales, voire multilatérales, lorsque plus de trois Etats sont en présence.

Par exemple, la situation suivante :



Situation triangulaire quadrilatérale

On est alors en présence d'au moins trois impositions alors qu'une situation bilatérale limite ce nombre en principe à deux. Puisque le nombre d'impositions augmente, la nécessité d'élimination des doubles impositions devient essentielle et le risque de double, voire multi-impositions, est accru, ce qui constitue un aspect fondamental des situations triangulaires. Ces caractéristiques ne sont cependant pas suffisantes pour délimiter le sujet.

La complexité inhérente aux situations triangulaires

Le second élément commun aux situations triangulaires est la complexité. Certes, ce n'est pas un élément distinctif en fiscalité, mais dans le cas des situations triangulaires, celle-ci est présente de manière systématique, tant en droit qu'en fait.

Toutes les situations complexes ne sont pas triangulaires, mais toutes les situations triangulaires sont complexes.

Une première raison est que la situation triangulaire est, en principe, une combinaison de situations bilatérales. Par essence même, la combinaison d'éléments parfois complexes ne simplifie pas la situation issue de cette combinaison²⁵.

L'incertitude provient, comme nous l'avons indiquée, de l'inadéquation structurelle des instruments bilatéraux disponibles à résoudre les problèmes. Fondant la complexité sur le fait que les traités bilatéraux sont mis en place entre deux Etats pour résoudre les difficultés entre eux, l'OCDE considère que les situations mettant en jeu plus de deux Etats sont « par construction » des situations spéciales, hors du champ de l'analyse classique bilatérale. La complexité provient aussi partiellement du défaitisme exprimé par l'OCDE, celle-ci constatant que « *le Modèle de Convention n'apportant pas de solution globale et cohérente aux problèmes posés par les cas triangulaires classiques, même si certains traités peuvent permettre de proposer des solutions ponctuelles.* »²⁶

L'OCDE ajoute, en outre :

*« Les conventions tendant à éviter les doubles impositions sont conclues sur une base bilatérale. Des problèmes particuliers peuvent donc se poser dans des situations impliquant plus de deux Etats. Ces problèmes sont parfois résolus par l'application des dispositions pertinentes des conventions (...). En revanche, le Modèle de Convention n'apporte pas de solution globale et cohérente aux problèmes posés par les cas triangulaires classiques. »*²⁷

Ainsi, de l'aveu même de l'institution, les conventions fiscales sont inadaptées à gérer des situations multilatérales. Si cette affirmation nous semble justifiée historiquement, elle doit être nuancée puisque nous démontrerons que la combinaison

²⁵ Vogel (K), « State of residence may as well be state of source – there is no contradiction », *Bulletin*, IBFD, October 2005, p. 420-423.

²⁶ *Modèle de convention fiscale : « Cas triangulaires »*, adopté par le Conseil de l'OCDE le 23 juillet 1992.

parfois constructive des dispositifs bilatéraux existants permet de proposer quelques solutions.

La complexité est aussi inhérente au vocabulaire utilisé. Alors que, par exemple, les sociétés de personnes ont réussi à mettre en place une nomenclature mondialement utilisée, les situations triangulaires sont encore à la recherche d'une nomenclature unifiée.

Notre démarche sera aussi de proposer une telle nomenclature et il est conseillé au lecteur de conserver cette nomenclature toujours à portée de main au cours de la lecture²⁸.

La complexité est aussi observée en fait

Toutes les situations qui sont analysées dans le cadre de la présente étude visent des situations pratiques complexes, dans lesquelles des groupes multinationaux exercent une activité sous plusieurs formes (filiales ou succursales), dans plusieurs Etats, pour des activités généralement sophistiquées (activités bancaires, d'assurance ou de gestion des incorporels avec mise à disposition de ces actifs au profit de filiales situées dans de multiples pays) ou des activités dont les contours ne sont pas parfaitement établis (activité de démarrage, comme celle des « *start-up* »).

Par ailleurs, l'évolution des normes en vigueur, par exemple, l'harmonisation fiscale communautaire, semble aussi un facteur propice à l'utilisation d'implantations sous forme d'établissement stable favorisant l'existence de situations triangulaires²⁹.

Enfin, la créativité des praticiens et leur volonté de toujours limiter le coût fiscal à son minimum légalement acceptable sont aussi, selon nous, un facteur de développement de situations triangulaires renouvelées.

²⁷ *Modèle de convention fiscale : « Cas triangulaires »*, adopté par le Conseil de l'OCDE le 23 juillet 1992.

²⁸ Cf. Lexique en annexe.

Les situations triangulaires, cause et conséquence de déperdition de masse imposable ?

La troisième caractéristique commune est que les situations triangulaires sont généralement considérées par les autorités fiscales des Etats comme des situations propices à la mise en place de structures fiscalement « avantageuses »³⁰. Corrélativement, elles peuvent être vues par les groupes comme des situations « d'opportunité fiscale », même si, compte tenu de l'incertitude du traitement fiscal applicable, le risque de multi-impositions contre-balance nettement les éventuelles opportunités qui peuvent exister³¹. C'est l'OCDE qui, incidemment, a lancé le débat, utilisant ce vocabulaire pour décrire des relations abusives, qualifiées de triangulaires. Il n'était plus question d'analyser les questions originelles, mais d'utiliser un vocabulaire pour présumer que le caractère triangulaire était le fondement de l'abus. L'Organisation décrit ainsi des situations :

« Lorsqu'un contribuable tente d'échapper à l'impôt en abritant des revenus dans une société écran, il entre dans un « triangle fiscal » constitué par le pays de sa résidence, le pays écran (le paradis fiscal) et le pays de la source des revenus. Cette situation, qui peut procurer des avantages fiscaux considérables, risque aussi de conduire le contribuable à supporter de manière inattendue des charges fiscales qu'il n'aurait pas encourues s'il n'avait pas fait usage d'une société écran. »³²

Dans un contexte actuel d'équilibre incertain, entre maintenir les recettes budgétaires et attirer les investissements étrangers, mais aussi afficher une politique de répression de l'optimisation fiscale toujours plus visible, les Etats sont soumis à des choix difficiles : favoriser l'importation de capitaux et éviter la fuite de la base imposable. Dans cet environnement, les situations triangulaires sont souvent considérées comme

²⁹ Prats (G), « Triangular cases and residence as a basis for alleviating international double taxation. Rethinking the subjective scope of tax treaties », *Intertax*, Kluwer, November 1994, p. 464.

³⁰ Ou, selon un vocabulaire plus moderne, « d'optimisation fiscale agressive ».

³¹ Exemple dans un cadre Etats-Unis/Pays-Bas/Suisse: Bonnard (Y), « The « triangular case » in the new US-Netherlands tax treaty: Mechanism and tax planning », RF 1995, p. 161-181.

³² *Les conventions préventives de la double imposition et l'utilisation des sociétés écran* (adopté par le Conseil de l'OCDE le 27 novembre 1986), Paris, Ed. OCDE, n° 85.

des situations à haut risque en ce qui concerne la protection des recettes fiscales et, en particulier, celles de l'Etat de source. L'absence de certitude sur la conclusion technique liée à la complexité, rappelée ci-avant, aggrave le sentiment d'insécurité éprouvé par de nombreuses autorités fiscales, comme par les contribuables. Ainsi, on peut craindre que, dans certains cas, le recours à des situations triangulaires réponde à une tentative de mise en place d'opérations de « *treaty shopping* » ou « d'optimisation fiscale massive ». Il est en effet possible qu'une situation triangulaire primaire aboutisse à permettre l'application d'un traité (celui du siège), sans subir d'imposition effective dans cet Etat (imposition dans l'Etat de situation de l'établissement selon un régime favorable) ou à bénéficier de traités plus favorables que ceux applicables, en l'absence d'un montage spécifique ayant recours à des situations triangulaires. Cette idée est souvent formellement exprimée par l'OCDE et par les administrations fiscales des Etats développés qui composent l'Organisation. Ainsi, en matière d'établissement stable, l'Organisation relève que :

« Le problème de la non-imposition ou de la quasi non-imposition des revenus provenant de l'Etat S et payés à un établissement stable dans un paradis fiscal semble être le plus difficile. Les Etats qui décideraient d'introduire dans leurs conventions des dispositions visant à éliminer les doubles impositions par application de la convention P/S devraient bien sûr éviter cette solution lorsque l'Etat P n'impose pas dans des conditions normales les revenus passifs de sources extérieures perçus par les établissements stables situés dans l'Etat P. »³³

Dans un tel contexte, les groupes multinationaux peuvent, certes, être amenés à choisir de mettre en place des structures triangulaires dans une optique d'optimisation fiscale, mais les administrations fiscales, de leur côté, peuvent aussi créer des situations elles-mêmes triangulaires, en tant qu'arsenal dissuasif adapté. Les autorités présument ces situations comme abusives et les groupes « *devraient comprendre qu'ils ne peuvent attendre des autorités fiscales qu'elles se montrent aussi attentives à éviter les conséquences de ces situations qu'elles le seraient dans des circonstances*

³³ Com. 54 et s. *Modèle de convention fiscale : « Cas triangulaires »*, adopté par le Conseil de l'OCDE le 23 juillet 1992.

normales »³⁴. La menace est bien réelle. Les travaux récents engagés par l'OCDE dans le cadre de l'initiative *BEPS*³⁵ ne fait que confirmer cette évolution.

C'est en effet le paradoxe de notre sujet. La réaction des autorités dans le domaine de la lutte contre l'évasion et l'optimisation fiscale peut, en effet, être un facteur de développement de situations triangulaires. Ce sera le cas, par exemple, lorsqu'un Etat considère non pas que le bénéficiaire apparent des-dits revenus est le bénéficiaire réel protégé par la convention fiscale en vigueur, mais que ces revenus sont, en réalité, la propriété d'un établissement stable non-déclaré situé dans un Etat tiers qui bénéficie d'un régime plus favorable que celui applicable aux flux attribués au bénéficiaire apparent. L'Etat de source ou l'Etat de situation de l'établissement stable, devient alors le promoteur de situations triangulaires. De cette approche peut naître des conflits entre l'analyse des autorités et celle des groupes multinationaux qui ont recours à ces situations. Il s'agit d'un élément caractéristique des situations triangulaires. L'OCDE présume, de manière discutable, le caractère abusif des situations triangulaires lorsque l'établissement stable est faiblement imposé dans son Etat de localisation.

Les situations triangulaires : des situations conflictuelles d'abord conventionnelles

La lutte contre l'évasion fiscale est un facteur de complexité, mais aussi un facteur générateur de conflits. En effet, les intérêts divergents des Etats peuvent rendre un traitement uniforme difficile, chaque Etat étant certes prêt à encourager une forme de « *treaty shopping* » pour attirer les investissements, mais refusant d'être le jeu d'une spirale d'optimisation fiscale échappant à tout contrôle et ne représentant, en matière d'investissement, qu'un effet bénéfique assez faible. La concurrence entre Etats n'a pas disparu.

³⁴ *Les conventions préventives de la double imposition et l'utilisation des sociétés écran* (adopté par le Conseil de l'OCDE le 27 novembre 1986), Paris, Ed. OCDE.

³⁵ En anglais *Base Erosion and Profit Shifting* ou *lutte contre l'érosion de la base d'imposition et le transfert de bénéfices* en français même si la nomenclature anglo-saxonne sera largement utilisée dans nos travaux. DEBAT (O.), LIEB (J.P.) « Le projet BEPS : une refondation de l'ordre fiscal international (1ère partie) », *Feuille Rapide* 4/16, 21 Janvier 2016, Éditions Lefebvre, p.6. « Le projet BEPS : une refondation de l'ordre fiscal international (2ème partie) », *Feuille Rapide* 6/16, 21 Janvier 2016, Éditions Lefebvre, p.11.

Une autre caractéristique des situations triangulaires est l'omniprésence du conflit. La situation triangulaire ne pose problème que parce qu'elle met face à face des visions différentes des Etats en présence, chacun pouvant souhaiter considérer que le droit d'imposer leur revient et non l'obligation d'éliminer la double imposition. Du point de vue de l'Etat S, un règlement est effectué entre un résident local et un résident de l'Etat R, celui-ci étant soumis aux règles du traité S/R. Du point de vue de l'Etat de localisation de l'établissement stable, celui-ci dispose d'un droit d'imposition issu du traité P/R. L'Etat de résidence est, quant à lui, restreint par potentiellement deux conventions fiscales, à savoir la convention R/S et la convention P/S, avec une variable constituée par les systèmes d'élimination des doubles impositions³⁶ contenus dans les deux conventions, sans certitude de l'absence de conflit entre ceux-ci. Le risque de divergence est donc inhérent aux situations triangulaires.

Cette divergence existe, soit parce que le statut de chacun (Etat de source, Etat du bénéficiaire, Etat de résidence) est sujet à discussion, soit parce que le bénéficiaire réel est incertain. Proposer un traitement fiscal aux situations triangulaires, c'est principalement offrir une solution harmonisée aux conflits qui les fondent. L'élimination de la double imposition est, selon nous, la ligne directrice commune aux administrations fiscales et groupes multinationaux. Dès lors que celle-ci est éliminée, on peut admettre que le but est atteint et qu'un compromis est possible.

La solution ne peut en tout état de cause être unilatérale, au risque d'une généralisation de « l'égoïsme fiscal » où chaque Etat se considère comme étranger au besoin d'éliminer les multi-impositions, laissant aux autres ce rôle, par hypothèse défavorable sur le plan budgétaire.

Trouver une solution adaptée aux situations triangulaires, c'est régler un conflit entre divers Etats revendiquant tous un droit d'imposer sans accepter d'éliminer la double imposition éventuelle.

En résumé, les situations triangulaires sont des situations complexes dans lesquelles :

³⁶ Exonération *Vs* Crédit d'impôt.

- deux ou plusieurs Etats sont potentiellement en conflit quant au droit d'imposer ou à l'obligation d'éliminer une double imposition rendant nécessaire l'élaboration d'une analyse commune et d'un compromis ;
- la principale difficulté de traitement réside dans l'inadaptation des normes bilatérales en vigueur et l'existence quasi systématique d'un risque de multi-imposition dans au moins deux Etats ;
- des stratégies objectives d'optimisation fiscale des groupes multinationaux ou de lutte contre les abus par les autorités fiscales elles-mêmes sont un facteur de développement du phénomène.

Méthodologie et limites

La question de la méthode se pose pour aborder la difficulté dans le cadre d'une étude qui se veut également pratique.

Notre volonté n'est pas de nous limiter à une revue ponctuelle ou purement française des questions. En effet, c'est dans un cadre multinational que ces situations doivent être analysées, car c'est dans ce cadre qu'elles sont créées. Nous ne pensons pas que des solutions unilatérales non coordonnées offrent un potentiel acceptable. L'étude que nous souhaitons entreprendre est une étude destinée à classer, organiser les situations visées, en proposant des pistes pour un régime fiscal applicable et à illustrer notre analyse, lorsque la démarche est adaptée, par des exemples ou des propositions de changement des normes.

Pour ce projet, le cadre des conventions fiscales conforme au Modèle de convention fiscale proposé par l'OCDE constitue nécessairement un point de départ de la réflexion. Cette approche fondée sur une prise en compte des normes bilatérales sera complétée par une étude d'exemples et de situations nationales lorsque ces dernières permettent d'apporter des précisions utiles à la compréhension. Cette revue empirique, orientée par notre culture fiscale personnelle, sera aussi nourrie de références ponctuelles aux normes communautaires. Il reste que l'analyse communautaire ou nationale se situe nécessairement à un second plan, car son objet n'est pas de gérer les conflits d'interprétation ou de qualification en renonçant à sa souveraineté, mais principalement de les ignorer au profit de règles internes ou de les

faire disparaître à terme au moyen d'une harmonisation en ce qui concerne le droit fiscal communautaire. Ce choix est aussi lié, de manière pragmatique, à la volonté de ne pas perdre le contrôle de l'étendue du sujet lui-même.

Notre démarche s'inscrit dans une analyse en plusieurs étapes.

Tout d'abord, organiser, car la notion recouvre de nombreuses situations qui peuvent apparaître disparates, tant en ce qui concerne les agents visés que dans leur énoncé. Notre but sera de trouver des points communs à certaines situations et de proposer une revue des grandes problématiques par type de situation. Mais le champ de l'investigation serait trop vaste.

Afin de ne pas étendre de manière infinie le champ du sujet, nous limiterons notre étude aux entreprises et en priorité aux revenus passifs, car dans ce domaine les problématiques pratiques y sont différentes de celles des personnes physiques : en particulier, en ce qui concerne l'influence de notions telles que celles d'employeur ou de conflit de résidence, fondées sur des critères alternatifs. C'est aussi parce qu'il nous semble qu'en pratique les enjeux budgétaires et économiques sont plus considérables pour les entreprises, que nous avons restreint notre analyse à ces intervenants, nous limitant aussi aux impositions directes couvertes par les conventions fiscales, alors même que la question existe aussi en matière de TVA dans un sens tout à fait différent. Le choix s'est porté sur les revenus passifs car, en règle générale, c'est le domaine de prédilection des situations triangulaires, comme l'OCDE l'a constaté.

Nos travaux ne couvriront pas directement les sociétés à double résidence³⁷³⁸ qui, certes, peuvent créer des situations triangulaires, mais pour lesquelles les situations créées se rattachent :

³⁷ *Dual resident company.*

³⁸ Frkalo (E), Sokolv (M), « Dividend received by a DRC », in *Triangular tax cases*, 2004 Linde Verlag, p. 174. Raad (K), « Triangular cases », IBFD, *European Taxation*, September 1993, p. 298-301. Raad (K), « Dual residence », IBFD, *European Taxation*, August 1988, p. 241-246. Madeira (E), « Exploring the boundaries of the application of article 10(5) of the OECD Model », *Intertax*, Kluwer Volume 35, issue 8/9, p. 473-483. Domes (S), Herdin (J), « The consequences of the tie breaker rule for Dual resident companies », SWI 2004, p. 450-455. Raad (K), « Dual residence and 1977 OECD Model treaty article 4(1), second sentence », IBFD, *European Taxation*, January 1990, p. 27-29. Gennep (C), « Dual resident companies. The second sentence of article 4(1) of the OECD Model Convention 1977 », IBFD, *European Taxation*, May 1991. Avery (JA), « 2008 OECD Model, place of effective management – What one can learn from history », IBFD, *Tax Treaty Monitor*,

- soit à une catégorie déjà identifiée par l'OCDE et couverte par nos travaux, lorsque, par exemple, subsiste un établissement stable dans l'un des Etats de résidence de telles sociétés ;
- soit à une problématique qui va au-delà du périmètre de nos recherches et qui concerne la question du conflit de résidence des personnes morales, sujet certes passionnant, mais suffisamment vaste pour faire lui-même l'objet d'une thèse.

De même nous ne couvrirons pas, de manière spécifique, la question des sociétés de personnes³⁹⁴⁰, ce sujet étant :

- soit inclus dans le périmètre de notre étude lorsque les Etats, majoritaires à ce jour⁴¹, reconnaissent le principe de la transparence et traitent celles-ci comme des établissements stables ;
- soit l'objet d'une problématique différente liée au règlement des conflits de reconnaissance de tels instruments. Nous ne nous interdirons cependant pas de mentionner des situations faisant référence à de tels instruments, lorsqu'elles pourront illustrer des illustrations pratiques de problématiques relevant de nos travaux.

L'existence de sociétés de personnes n'est pas ignorée, mais ne sera pas identifiée en qualité de situation triangulaire en tant que telle⁴² :

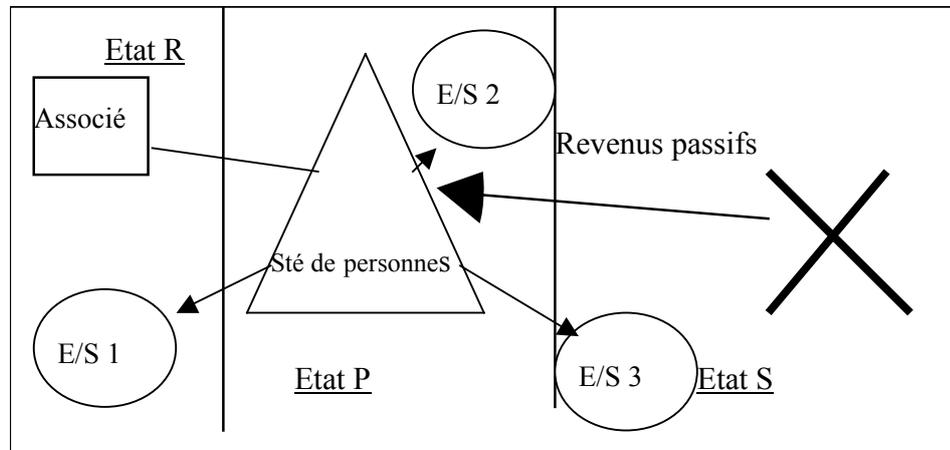
May/June 2009, p. 183-186. John (JA), « Place of effective management as a residence tie breaker », IBFD, *Bulletin*, January 2005, p. 20-24. Hinnekens (L), « Revised OECD-Tag definition of effective management in Treaty tie breaker rule », *Intertax*, Kluwer, Volume 31, issue 10, p. 314-319. Shalvav (S), « The evolution of article 4(3) and its impact on the place of effective management tie breaker rule », *Intertax*, Volume 32, issue 10, p. 460-476. Brugers (J), « Some thoughts on further refinement of the concept of place of effective management for tax treaty purposes », *Intertax*, Kluwer, Volume 35, issue 6/7, p. 378-386.

³⁹ Dans un premier temps, l'OCDE, à l'instar des cas triangulaires analysés dans la première partie de notre recherche, a identifié cette question et a décidé d'y consacrer une étude complète afin de tenter de réduire l'incertitude. Cf. *L'application du Modèle de convention fiscale de l'OCDE aux sociétés de personnes*, Ed. OCDE, adopté par le comité des affaires fiscales de l'OCDE en janvier 1999.

⁴⁰ Jones (A), « Characterization of other states' partnership for income tax », IBFD, *Bulletin*, July 2002, p. 288-320. Snel (FPJ), Mas (LC), « The classification of partnerships for tax purposes: a comparative analysis », IBFD, *European Taxation*, October 2003 p. 367- 377.

⁴¹ On notera la position divergente de la France qui ne peut être ignorée : Le Gall (J.P.), « Fiscalité internationale des sociétés de personnes. L'arrêt *Diebold* : un incident ou un cataclysme », *Dr. Fisc.* 2000 n° 15 p. 62, Affejee (D), Dion (E) « La nouvelle vision française de partnerships » *BF* 4/2009 ; de l'Estoile-Campi (A) et Saïac (J) « les limited partnerships : pour la fin de l'exception française » *BF* 2/2005, Mignon (E) « Fiscalité internationale des sociétés de personnes : la transparence n'est pas le vide », p. 93, *RJF* 1999, Deroïn (P), « Régime des sociétés mères et société de personnes interposées », *Dr. Fisc.*, n° 3, 15 janvier 2015, com. 57, Labruno (N), « Sociétés de personnes et droit étranger : la

On illustrera cette remarque par la structure suivante :



En tout état de cause, c'est autour de la problématique fiscale que nous tenterons d'organiser notre pensée, en n'omettant pas des situations moins connues qui, à première vue, n'auraient pas été traditionnellement analysées comme triangulaires par la doctrine internationale mais qui, en réalité, réunissent les éléments de définition mentionnés ci-dessus.

Plan

La problématique de notre étude s'articule autour de la motivation de la mise en place d'une structure triangulaire.

Il nous semble, en effet, que les situations triangulaires sont en premier lieu la conséquence de la globalisation des structures de développement et d'organisation des groupes. Les difficultés techniques issues de ces situations proviennent en majorité des conflits de qualification entre États. La complexité est alors source d'insécurité pour les groupes qui la subissent.

transparence et l'obstacle », *RJF* 2/2015 n° 102, « De la transparence à une transparence fiscale rationalisée », *Dr. Fisc.* 24, juin 2010. Jacquot (N), « France Considering New Partnership Rule » *TNI*, 17 may 2010.

⁴²Salomé (H), « International taxation of partnerships: divergence in the personal attribution of income », *Bruylant* 2002. Vogel (K), *Tax treaties* (1997), p. 173 n° 17. Barenfeld (B), *Taxation of cross border partnerships*, IBFD, 2005.

Dans ces situations, la motivation n'est pas toujours fiscale, mais peut être opérationnelle. Elle est alors juridique, comptable, réglementaire ou autre. Le choix n'est pas fiscal, mais aboutit cependant à un risque de double imposition supporté par les entreprises. La situation triangulaire est alors subie. Ce caractère rend la position du groupe « passive ». Au sein de ces situations, on retrouve bien entendu des situations triangulaires primaires identifiées dès l'origine par l'OCDE, mais aussi des combinaisons de situations créées par la pratique.

Toutes ces situations révèlent une inadéquation apparente des normes bilatérales à résoudre totalement les problèmes, en raison du refus de considérer l'établissement stable comme « résident », au sens des traités. L'objet de nos travaux sera de proposer des solutions pour éliminer la double imposition éventuelle.

Débutera alors la seconde partie, consacrée aux situations triangulaires dont l'existence est fondée par une motivation fiscale délibérément identifiée, acceptable ou non. Ces dernières sont, soit le moyen de l'optimisation fiscale recherchée, soit, au contraire, la conséquence de l'application par les Etats de dispositifs nationaux ou conventionnels pour restreindre les effets des formes les plus sophistiquées d'évasion fiscale.

A l'instar des situations « passives », nous analyserons des situations « actives » générées par le recours à des établissements stables ou à des sociétés, en distinguant les situations révélées par le contribuable ou celles mises en évidence par un Etat dans le cadre de la lutte contre l'évasion fiscale. Nous constaterons l'échec partiel des normes proposées par l'OCDE. L'objet de notre travail sera de mettre en place des solutions, qui prennent en compte l'imposition globale des structures comme mesure de la volonté d'optimisation fiscale ou non. Il ne s'agit pas de faire l'apologie de situations « agressives » pour lesquelles aucune imposition n'est applicable.

Enfin, notre conclusion sera l'occasion de proposer des modifications du Modèle de convention fiscale de l'OCDE.

PREMIERE PARTIE : Le traitement fiscal des situations triangulaires passives.

SECONDE PARTIE : Le traitement fiscal des situations triangulaires actives.

Partie 1 Les situations triangulaires passives

« Le risque est inhérent à l'entreprise. Subi lorsqu'il vient de la conjoncture ou de la concurrence, calculé lorsqu'il procède d'une stratégie délibérée, il est au premier rang des préoccupations de l'entrepreneur individuel ou sociétal. Sa maîtrise suppose que les autres données de l'activité soient communes ou prévisibles de manière aussi précise que possible. »⁴³

Comme l'affirmait le Doyen Hatoux dans sa chronique, le risque est au centre de la gestion des entreprises, en particulier multinationales, et l'aversion de ces dernières à celui-ci définit probablement l'objectif principal des stratégies mises en place. La matière fiscale n'échappe pas à cette règle et la gestion fiscale des entreprises multinationales, bien que contrôlée de manière très stricte, n'en reste pas moins influencée par cette idée. Même si le risque est inhérent à l'activité économique, celui-ci est toujours analysé et systématiquement réduit au minimum par les agents économiques, rendant l'incertitude comme une éventualité possiblement minimale. L'entreprise a une vision active de son risque : elle l'évalue, le quantifie, l'objectivise et le maîtrise.

Les situations triangulaires, la complexité potentielle, l'incertitude de l'analyse technique et donc l'application possible de prélèvements fiscaux multiples imprévisibles, font peser sur les groupes multinationaux, mais aussi sur les Etats, un risque permanent qui est au centre des choix en matière fiscale. Ces éléments font partie intégrante de la stratégie fiscale.

Cette incertitude représente, pour les groupes internationaux, une contrainte exogène qui peut fausser la concurrence internationale. A l'instar de la lutte contre la

⁴³ Hatoux (B), « Le juge judiciaire agent de sécurité fiscale des entreprises » in Mélanges en l'honneur de Jean-Pierre Le Gall. Dalloz, 2007.

concurrence fiscale dommageable initiée par l'OCDE⁴⁴, la double imposition constitue un obstacle à la concurrence équitable entre les agents économiques qui seraient épargnés et ceux qui seraient forcés à renoncer à des structures, afin d'être préservés de ces fléaux⁴⁶ et donc au développement du commerce mondial, objet de l'effort des nations, durant tout le XX^e siècle. Militer en faveur de l'élimination des doubles impositions, notamment en présence de situations triangulaires, participe de la volonté de préserver une neutralité fiscale, quelles que soient les structures juridiques choisies.

Accepter les incertitudes, quant au traitement fiscal applicable, revient à accepter une distorsion de la concurrence et donc de la compétitivité entre des groupes, ces derniers ne pouvant être assurés d'être dans une situation fiscale identique à celle de leurs concurrents, qui n'auraient pas recours à des situations triangulaires ou pour lesquels les droits internes de leurs Etats d'implantation proposeraient une élimination unilatérale des multi-impositions éventuelles.

En outre, les possibles multi-impositions réduisent corrélativement les profits des groupes qui les subissent, favorisant ainsi l'inflation et l'augmentation des prix pour maintenir les marges et récupérer ainsi le niveau de profit visé auprès du client final. Si ce coût additionnel n'est pas transféré au client final, comme semble le démontrer la situation économique en Europe, par exemple, en raison des conditions de marché, et que la concurrence mondiale impose une pression sur les prix, tout en maintenant les marges, il existe alors un risque d'arbitrage au détriment des coûts salariaux qui s'effectue en priorité aux dépens des Etats les plus développés. Le chômage devient alors la conséquence de la situation. Cette conséquence doit amener les Etats à arbitrer de manière équilibrée entre la ressource budgétaire possiblement issue de la double imposition et l'évaporation de la ressource budgétaire, éventuellement entraînée par l'augmentation du chômage. L'arbitrage budgétaire à court terme ne doit pas interdire la recherche de croissance et le plein emploi à moyen terme.

⁴⁴ *Concurrence fiscale dommageable : un problème mondial*, OCDE 1998.

⁴⁵ Dos Santos (A.), « What Is Substantial Economic Activity for Tax Purposes in the Context of the European Union and the OECD Initiatives against Harmful Tax Competition? », 2015-24, EC Tax Review, Issue 3, p. 166–175.

⁴⁶ *Tax cooperation 2010 toward a level playing field*, OCDE 2010.

Alternativement, l'émergence systématique de stratégies d'optimisation fiscale agressive qui permettent d'éliminer les coûts fiscaux supplémentaires entraînent, au mieux, une incertitude pour les ressources des budgets nationaux et plus probablement une fuite de la base fiscale.

La multi-imposition potentiellement issue d'une situation triangulaire est donc néfaste, tant pour les multinationales que pour les Etats, faussant la concurrence et entraînant des délocalisations. Elle constitue donc un enjeu stratégique macro-économique et micro économique. Elle ne constitue en rien un choix de la part des agents économiques qui la subissent. C'est un élément fondamental de notre analyse. Les agents économiques supportent ces contraintes sans pouvoir librement réagir.

Le recours à des situations triangulaires ne peut en effet, selon nous, être présumé suspect, sauf à considérer que les entreprises auraient systématiquement un choix totalement libre des structures juridiques pouvant être mises en place. La réduction des marges de manœuvre nous semble au contraire être justifiée par une évolution fondamentale de l'activité économique et l'absence d'intention coupable présumée de l'entreprise, considérant celles-ci, plus comme une victime que comme une utilisatrice frauduleuse du système. Prendre comme hypothèse de travail que les groupes multinationaux disposent d'une liberté totale pour s'organiser sous des formes juridiques neutres en matière de situations triangulaires, serait une réponse qui ne prendrait pas en compte les contraintes autres que fiscales (contraintes économiques, juridiques ou réglementaires) et qui de plus, n'a pas été observée dans notre pratique professionnelle

Ainsi, la motivation pour la mise en place d'un établissement stable peut, certes, répondre à des préoccupations fiscales, mais est généralement motivée par des contraintes fortes non-fiscales. Dans le domaine bancaire, par exemple, l'expansion au-delà des frontières, en particulier en Europe, est favorisée au travers de l'utilisation d'établissements permettant « d'exporter » la réglementation bancaire de l'Etat du siège dans un autre Etat et ainsi de centraliser le contrôle auprès d'un régulateur unique connu, mais aussi d'optimiser les coûts afférents. De même, les activités qui démarrent, ne sont pas nécessairement exercées par l'intermédiaire de filiales, cette structure n'étant pas toujours adaptée lorsque l'implantation se limite à un nombre restreint d'employés et que la certitude de développement n'est pas assurée. L'allocation de capitaux propres ainsi que la

simplification comptable et juridique peuvent, elles aussi, motiver la mise en place de succursales.

Dans tous ces domaines, les groupes multinationaux ne disposent que d'une marge de manœuvre réduite, le choix d'une structure n'étant qu'accessoirement influencé par des critères fiscaux. Le risque de mise en place d'optimisations fiscales sophistiquées pour lesquelles une réponse ciblée semble possible n'est, à notre avis, qu'une conséquence secondaire eu égard au but essentiel qui demeure l'élimination des doubles impositions. Les groupes doivent donc être présumés innocents lorsqu'ils ont recours à des situations triangulaires, sauf à démontrer de manière objective leur culpabilité. C'est en raison de tous ces éléments que nous considérons ces situations triangulaires comme passives ou subies.

Pour l'établissement stable, comme nous l'avons rappelé, il s'agit traditionnellement des cas identifiés et analysés par l'OCDE, l'utilisation de cette forme d'implantation est principalement retenue en raison de sa flexibilité juridique et de son adéquation à certaines contraintes réglementaires, comme par exemple, pour les assurances et les banques.

Pour l'OCDE, l'établissement stable est indissociable du concept de situation triangulaire et les situations triangulaires mettent systématiquement en jeu des établissements stables⁴⁷. Ce sont les situations triangulaires « primaires »⁴⁸.

Comme nous l'avons indiqué ci-avant, les situations triangulaires posent des difficultés structurelles liées au fait que le Modèle de convention fiscale se trouve confronté à des situations multilatérales inédites. En pratique, le refus par l'OCDE d'appliquer le traité entre l'Etat de source et l'Etat de localisation de l'établissement stable constitue une contrainte significative. Cette difficulté est structurellement attachée au système des conventions fiscales. Même généralisé, le fondement de la relation conventionnelle demeure, en effet, de donner accès à la protection du traité uniquement « *aux résidents des Etats contractants* »⁴⁹. Les situations triangulaires

⁴⁷ *Modèle de convention fiscale : « Cas triangulaires »*, adopté par le Conseil de l'OCDE le 23 juillet 1992 ainsi que les travaux préalables de l'institution. Par exemple CFA/WP1 (76) 4 du 8 mars 1976, groupe de travail n° 1.

⁴⁸ Qualifiées de « classiques » par l'OCDE dans son étude, « *Cas triangulaires* », adoptée par le Conseil de l'OCDE le 23 juillet 1992.

⁴⁹ *Modèle de convention fiscale concernant le revenu et la fortune*, ci-après « *Modèle de convention fiscale* » Article 1^{er}.

sont de nature fondamentalement différente. Elles traitent certes d'un bénéficiaire et d'une partie versante qui sont résidents de deux Etats, mais le bénéficiaire se trouve être localisé dans un Etat tiers par rapport à celui de résidence.

En réalité, c'est la présence même de l'établissement stable dans un autre Etat et la nature polymorphe même de la « *personnalité fiscale de l'établissement* » qui fait naître des difficultés et des questions spécifiques. La complexité de la situation provient du choix de l'OCDE, qui donne à l'Etat de localisation de l'établissement stable un rôle central pour éliminer les doubles impositions, sans pour autant accorder le statut de résident à celui-ci. Le rôle est essentiel, les moyens accordés dérisoires. Le rôle dévolu dans ce domaine à l'Etat de résidence n'est pas non plus totalement satisfaisant.

Tout serait relativement simple si le traité entre l'Etat de source et l'Etat de localisation de l'établissement stable (traité S/P) s'appliquait sans restriction. Nous serions alors en présence d'une situation bilatérale résolue sur le fondement du traité S/P. En ce qui concerne les situations triangulaires primaires originelles, l'Etat P accorderait un crédit d'impôt pour l'impôt prélevé dans l'Etat S en application du traité S/P et pour les situations primaires inversées, l'Etat P prélèverait seul une retenue à la source sur les versements effectués par ce dernier. Le risque de double imposition serait corrélativement éliminé. L'analyse de l'OCDE est cependant différente.

L'OCDE accepte, en effet, l'existence d'un risque de double imposition potentielle des situations triangulaires en raison du refus de l'Etat P de garantir l'accès au traité P/S à l'établissement stable en qualité de résident. Sans envisager de solution alternative généralisée, elle constate sans réaction que l'établissement stable est imposable dans l'Etat S au travers d'une retenue à la source locale, sans pouvoir imputer avec incertitude la totalité de cet impôt sur ce même flux imposable lui-même dans l'Etat P. L'OCDE se limite à proposer des solutions optionnelles ou indirectes soumises à des arbitrages nationaux ne permettant pas de trouver de

solution harmonisée, ce qui, compte tenu de l'objectif du Modèle de convention fiscale, peut apparaître comme un échec relatif⁵⁰.

L'objet de nos travaux n'est cependant pas uniquement de constater que les entreprises qui utilisent des établissements stables, sources de situations triangulaires, subissent potentiellement des multi-impositions et corrélativement des distorsions de concurrence, mais de déterminer si une analyse approfondie et éventuellement constructive des normes internationales en vigueur aboutit à des solutions adaptées.

En pratique, les situations triangulaires passives subies par les agents économiques posent deux difficultés principales : l'application des conventions fiscales avec l'Etat de source et l'Etat de localisation de l'établissement stable (Titre 1), mais aussi si les autres traités en présence peuvent permettre d'éliminer les doubles impositions éventuelles (Titre 2). Si une multi-imposition subsiste à la fin du Titre premier alors, le Titre second permettra de déterminer si un nombre équivalent d'élimination de doubles impositions peut être obtenu.

⁵⁰ Proposant, par exemple, d'accorder au cas par cas aux établissements stables au travers d'une clause spécifique permettant l'imputation d'un crédit d'impôt prévu dans le traité P/S sans limite. « Cas triangulaires », étude précitée, Com. 56, laissant de côté une éventuelle approche harmonisée multilatérale probablement en raison des divergences de ses membres sur ce point.

Titre 1. L'APPLICATION D'UNE CONVENTION FISCALE ENTRE L'ÉTAT DE SOURCE ET L'ÉTAT DE L'ÉTABLISSEMENT STABLE

L'établissement stable n'étant, selon l'OCDE et la doctrine dominante, pas un résident au sens du traité, celui-ci ne va pas, en principe, se voir accorder directement la protection des conventions fiscales mises en place entre les États de source et de localisation des établissements stables (traité S/P).

Alors que l'OCDE a été amenée à proposer quelques solutions limitées et incertaines aux situations triangulaires primaires (Chap. 1), cette dernière a pratiquement ignoré les nombreuses formes dérivées créées par la pratique, issues de la combinaison de telles situations (Chap. 2).

Chapitre 1. Les situations triangulaires primaires

Comme nous l'avons indiqué, parmi les situations triangulaires primaires, peuvent être distinguées les situations primaires originelles pour lesquelles l'absence de résidence de l'établissement stable constitue la principale difficulté (Section 1), des situations triangulaires inversées, pour lesquelles la question de double source des revenus subsiste (Section 2).

Section 1. Les situations triangulaires primaires originelles

Pour mémoire, les situations visées ici sont celles pour lesquelles le risque de double imposition provient en premier lieu de la qualité de non-résident de l'établissement stable en application du Modèle de convention fiscale (I). Une approche de

questionnement de la qualité de résident de l'établissement stable nous paraît cependant plus adaptée à la résolution de la question (II).

I. Le refus par l'OCDE du statut de résident à l'établissement stable

C'est plus par impossibilité de faire accepter un consensus politique indiscutable en son sein qu'au terme d'une analyse technique approfondie que l'OCDE a décidé de ne pas accorder le statut de résident à un établissement stable (A), à l'exception de situations isolées (B).

A. L'absence de consensus au sein de l'OCDE

La conclusion retenue par l'OCDE est fondée sur une incapacité à obtenir un consensus de ses membres et est alimentée par la crainte omniprésente de favoriser l'optimisation fiscale (1). Confrontée à ses propres contradictions, elle ne propose que quelques solutions parcellaires isolées (2).

1. Le principe

Pour l'OCDE, accepter la résidence de l'établissement stable s'oppose au principe de contractualisation des conventions fiscales. Cette opposition est exprimée, d'une part, dans l'article 1^{er} du Modèle de convention fiscale, qui indique que les traités ne sont applicables qu'entre « résidents », mais aussi dans la rédaction de la plupart des autres articles qui font référence à l'un « des Etats contractants » puis à « l'autre »⁵¹. Ainsi, même si les Etats ont généralement une politique de négociation de conventions fiscales harmonisée qui tente de trouver une cohérence globale, chaque négociation est une nouvelle discussion bilatérale, une affirmation de la souveraineté d'un Etat, constituant un nouveau rapport de force et un arbitrage entre la mise en place de solutions éprouvées ou de solutions nouvelles requises, pour faire face aux évolutions non corrélées des législations des divers Etats et des pratiques des groupes multinationaux. La vision contractuelle bilatérale post-guerre mondiale est ici

⁵¹ Madiste (E), « Bilateralism of tax treaties versus triangular cases: is there a conflict? », submitted 25 May 2012, Lund University.

consacrée et confirmée en pratique pour des Etats tels que la France, même si l'utilisation de modèles par d'autres, tels que les Etats-Unis ou l'Allemagne, pourrait en pratique limiter les effets de cette remarque.

L'évidente distorsion entre la lente évolution des instruments de nature bilatérale et celle des situations nouvelles potentiellement multilatérales semble encore plus remarquable dans l'Etat de situation de l'établissement stable (Etat P), puisque ce dernier doit combiner des normes bilatérales multiples⁵² au risque, comme le constate en l'acceptant l'OCDE, de voir subsister des doubles impositions contraires aux traités.

Même si, pour l'OCDE⁵³ et pour la doctrine majoritaire⁵⁴, le pays de localisation de l'établissement stable joue un rôle fondamental en ce qui concerne le rôle d'élimination des doubles impositions, celui-ci ne dispose pas du statut permettant de remplir pleinement ce rôle, à savoir le statut de « résident » au sens des traités. Le risque de double imposition peut donc subsister⁵⁵ et subsiste en pratique puisque l'Etat P, pour ce qui est de l'imposition de l'établissement stable, n'est pas directement concerné par ses propres obligations conventionnelles avec un Etat tiers, ce dernier n'étant pas un sujet au sens de ces accords. La volonté politique n'est pas au niveau de l'enjeu et de l'objectif fixé.

Comme nous l'avons indiqué, il serait pourtant cohérent d'accepter toutes les conséquences de la « *fiction de la personnalité fiscale* » de l'établissement stable créée par les conventions fiscales elles-mêmes et de lui accorder la qualité de résident de l'Etat P et du traité S/P. Cette approche, que nous soutenons, serait cependant contraire aux fondements du droit international fiscal, acceptés par la très grande majorité de la doctrine, ce que l'OCDE ne semble pas prête à accepter.

⁵² Dans l'Etat P, en effet, plusieurs traités auraient théoriquement vocation à s'appliquer à savoir le traité P/S (avec tous les Etats potentiels S) et aussi le traité P/R, comme nous le verrons dans nos développements ci-après.

⁵³ *Modèle de convention fiscale* : « *Cas triangulaires* », adopté par le Conseil de l'OCDE le 23 juillet 1992.

⁵⁴ Par exemple, Yong (S), « *Triangular treaty cases: putting permanent establishments in their proper place* », IBFD, *Bulletin* March 2010.

⁵⁵ En particulier dans l'Etat P si celui-ci ne permet pas l'élimination de la double imposition issue du prélèvement éventuel d'une retenue à la source dans l'Etat S.

A l'instar de l'OCDE, la doctrine considère, en raison de l'article 1^{er} du Modèle de convention, que l'application directe du traité entre l'Etat S et l'Etat P est impossible⁵⁶. Le corollaire est que la double imposition éventuelle entre l'Etat S et l'Etat P ne peut pas être éliminée directement par le traité P/S, seul le droit interne de l'Etat P pouvant, le cas échéant et de manière unilatérale, offrir une solution.

L'existence de ce risque peut apparaître contraire à l'esprit des conventions fiscales et à leur objet, en outre, le rôle attribué au droit interne de l'Etat P est, selon nous, disproportionné.

2. *Les tentatives limitées de dérogation*

L'OCDE n'a pas totalement ignoré la difficulté et a proposé des solutions dérogatoires. Ces solutions, sur le principe, acceptables, ne semblent toutefois pas avoir reçu l'adhésion des Etats.

Il est proposé de permettre une application directe du traité entre l'Etat S et l'Etat P de la manière suivante :

« Le Modèle de Convention ne concerne en principe que les résidents de l'un des deux Etats. Comme l'établissement stable situé dans l'Etat P est un résident de l'Etat R, la convention P/S ne pourrait être appliquée dans la situation envisagée qu'en visant expressément les cas triangulaires dans cette convention. Avec cette solution, les établissements stables seraient assimilés dans l'Etat P à des résidents de cet Etat pour l'imposition de leurs revenus passifs provenant de l'Etat S (...). »⁵⁷

La proposition est donc d'assimiler, dans le traité P/S, l'établissement stable à un résident, mais cela de manière limitée « *aux revenus passifs de provenance de l'Etat S* ». L'option est donc rédigée *a minima* sans prendre en compte les autres revenus et,

⁵⁶ Phillips (J), « International tax treaty networks », ESC international 1995. Van Raad (K), « The 1992 OECD Model treaty: triangular cases », IBFD, *European Taxation*, September 1993, p.298. Jimenez (A), Prats (A), Calderon (J), « Triangular cases, tax treaties and EC law: the Saint-Gobain decision of the ECJ », IBFD, *Bulletin* June 2001, p. 246.

⁵⁷ *Modèle de convention fiscale* : « Cas triangulaires », adopté par le Conseil de l'OCDE le 23 juillet 1992 n° 42 et 43.

en particulier, les revenus non passifs⁵⁸. Une telle solution présenterait certains avantages soulignés par l'OCDE tels que :

- « (...) »
- *Le problème de l'imputation serait réglé. Les établissements stables seraient traités à pied égal avec les entreprises de l'Etat P(...)* ;
 - *L'Etat S devrait accorder les avantages de la convention conclue avec l'Etat P à des établissements stables d'Etats tiers avec lesquels il n'a peut-être pas de convention⁵⁹. Mais la convention P/S fonctionnerait ainsi sur le principe de la réciprocité qui prévaut dans les conventions fiscales et la quasi-personnalité de l'établissement stable⁶⁰ qui est reconnue pour l'imposition des bénéficiaires industriels et commerciaux le serait également en matière de revenus passifs⁶¹.*
 - *Les entreprises d'un Etat R auraient, en l'absence de convention R/S, la possibilité de profiter de la convention P/S après avoir créé des établissements stables dans l'Etat P ou bien elles pourraient être incitées à maintenir des établissements stables dans l'Etat P pour pouvoir profiter d'un taux d'impôt à la source plus avantageux dans la convention P/S en comparaison avec celui de la convention R/S. »⁶²*

Certaines règles anti-abus pourraient être corrélativement introduites⁶³.

Nous souscrivons à l'analyse qui propose une clarification formelle de la question et l'avantage que présenterait une telle solution⁶⁴. Cependant, l'OCDE conditionne sa recommandation purement bilatérale à l'adoption d'une clause spécifique négociée au cas par cas. Nous ne sommes donc pas en présence d'une solution généralisée issue du Modèle de convention fiscale, mais d'une option ouverte aux Etats. L'OCDE a

⁵⁸ On peut penser que cette rédaction est influencée par l'idée que les situations triangulaires sont principalement des situations visant des revenus passifs, ce qui est, en pratique, probablement statistiquement assez exact.

⁵⁹ Référence est faite ici à l'Etat R.

⁶⁰ Principe qui nous semble justifier une application systématique de cette solution.

⁶¹ On notera aussi ici que la personnalisation de l'établissement stable semble plus grande pour l'OCDE en matière de revenus opérationnels que de revenus passifs. On peut s'interroger sur le fondement de cette différence.

⁶² *Modèle de convention fiscale : quatre études, « Cas triangulaires »*, adopté par le Conseil de l'OCDE le 23 juillet 1992 n° 44.

⁶³ *Modèle de convention fiscale : « Cas triangulaires »*, adopté par le Conseil de l'OCDE le 23 juillet 1992 n° 45. Il nous semble que ces règles relèvent plus de la partie 2 de nos travaux.

⁶⁴ Vogel, *On double tax convention* (1996) art. 1 n.mo.30 a, *Shaumbourg Internationales Steuerrecht*, 1998, p. 856.

tenté d'expliquer le refus de mettre en place une solution harmonisée par un risque important d'abus de traité et d'évasion fiscale. L'absence de consensus politique est, selon nous, plus probablement l'explication.

Le risque identifié est que les groupes pourraient avoir intérêt à créer des établissements dans des pays à faible fiscalité, afin de percevoir des revenus passifs faiblement imposés, qui ne seraient de même pas imposés dans l'Etat R en raison, par exemple, de l'application d'une méthode d'exemption pour la prise en compte des profits réalisés par l'établissement stable⁶⁵⁶⁶. Les Etats qui décideraient d'introduire dans leurs conventions des dispositions visant à éliminer les doubles impositions par application de la convention P/S devraient, selon l'OCDE, éviter cette solution lorsque l'Etat P n'impose pas dans des conditions normales les revenus passifs de sources extérieures perçus par les établissements stables situés dans l'Etat P⁶⁷. Ces contraintes nous paraissent réduire considérablement la portée de la proposition, alors même que le motif lié à l'évasion fiscale, nous semble surestimé dès lors que :

- Les groupes n'ont pas une flexibilité totale dans le choix de leur structure juridique d'organisation. Certaines activités requièrent l'adoption de la forme de l'établissement pour des raisons autres que fiscales. Faire porter une présomption d'évasion fiscale volontaire à ces acteurs économiques peut paraître extrêmement exagéré⁶⁸.
- Si le revenu visé par l'application directe du traité entre l'Etat S et l'Etat P est uniquement celui rattachable à l'établissement stable situé dans l'Etat P lui-même, le risque de « *treaty shopping* » est considérablement réduit⁶⁹.

⁶⁵ Mise en place de limitation à l'application du traité P/S en cas de non-imposition de l'établissement stable.

⁶⁶ Ainsi, « *Le problème de la non-imposition ou de la quasi non-imposition des revenus provenant de l'Etat S et payés à un établissement stable dans un paradis fiscal semble être le plus difficile* ». Rapport sur les cas triangulaires, adopté par le Conseil de l'OCDE le 23 juillet 1992.

⁶⁷ On peut imaginer que ces Etats n'imposent pas non plus de nombreux revenus de sociétés et se demander selon cette logique s'il serait raisonnable de signer un traité quelconque avec ces Etats. Heureusement, la pratique conventionnelle n'est pas arrivée à de telles extrémités.

⁶⁸ Même si nous verrons dans le cadre de notre étude (partie 2) que ces situations abusives peuvent exister, il nous semble que la lutte contre de telles situations n'est pas la priorité du Modèle, en tout cas pas avant l'élimination des doubles impositions.

⁶⁹ Utilisation de cette route dans l'hypothèse où l'Etat S et l'Etat R ne seraient pas liés par une convention fiscale pour bénéficier d'une protection bilatérale non existante directement entre R/S. Mais, en tout état de cause, la non-imposition de l'établissement ne semble pas une objection favorable puisque l'Etat R lui-même aurait accepté de mettre en place une convention fiscale avec l'Etat P permettant aux profits de ne pas être imposés dans l'Etat R, si celui-ci applique une méthode d'exemption. Seul l'Etat S pourrait se plaindre, mais la question serait alors une question de double imposition principalement liée à une décision de l'Etat de source qui est d'une nature différente. Le fondement d'une solution de l'OCDE sur une situation dans laquelle un Etat n'a pas de convention avec les autres ne nous semble pas réellement valable compte tenu de l'objet même de ces travaux.

- Le risque d'abus existe aussi et de manière plus évidente dans le cas de la création d'une filiale dans l'Etat P plutôt que d'un établissement stable permettant un accès direct au réseau conventionnel de l'Etat P et, en particulier, le traité éventuellement en vigueur avec l'Etat S. Dans ce cas, effectivement, l'accès au traité sous réserve de dispositif anti-abus spécifique n'est pas discuté par la doctrine, alors même que l'imposition globale est identique.
- La question soulevée n'est pas si différente de celle posée par les sociétés de personnes lorsque ces dernières sont parties d'une situation triangulaire⁷⁰. Dans cette hypothèse, l'OCDE ne propose certes pas l'application généralisée des traités avec la société de personnes, mais ne la refuse pas par principe. Pourquoi la conclusion serait-elle plus restrictive en matière d'établissement stable ?

De manière probablement plus adaptée, les commentaires du Modèle de Convention pourraient être complétés pour recommander, par exemple, aux Etats, la possibilité d'introduire dans la convention R/S et la convention S/P une disposition selon laquelle les avantages ne sont accordés à des établissements stables dans les pays tiers, que sous condition que les revenus en question soient imposés normalement auprès de l'établissement stable.

De même, un régime commun d'imposition des sociétés étrangères contrôlées pourrait être introduit au sein même des traités⁷¹.

Il nous semblerait aussi possible de prévoir dans la convention R/S, une disposition selon laquelle l'Etat S devrait accorder le dégrèvement de retenue à la source prévu par cette convention, seulement sous condition qu'il existe aussi avec l'Etat P une convention destinée à éliminer les doubles impositions (ou une convention d'assistance administrative). Le défi est plus politique que technique.

⁷⁰ Des solutions ont été trouvées par l'OCDE dans le cadre de ses travaux sur les sociétés de personnes, *Cf. L'application du Modèle de convention fiscale de l'OCDE aux sociétés de personnes*, Ed. OCDE 1999.

⁷¹ *Cf.* Nos propositions en partie 2 de notre étude.

L'OCDE n'a donc pas réussi à surmonter le conflit et propose de régler la question, soit sur la base du droit interne et, donc, sans son intervention, soit dans le traité R/P en application de l'article de non-discrimination contenu dans ce traité⁷², en vertu du paragraphe 3 de l'article 24⁷³, répondant indirectement partiellement à la difficulté. Cette position constitue selon nous un échec.

B. *La solution franco-italienne*⁷⁴

En pratique, il existe quelques situations pour lesquelles les Etats ont choisi de suivre la préconisation de l'OCDE en totalité ou partiellement et de prendre en compte le statut fiscal de l'établissement stable. La plus connue est celle mise en place au terme de la convention fiscale franco-italienne⁷⁵ (1). L'adoption de cette proposition ne résout pas toutes les difficultés pratiques (2).

1. *Le principe quasi résidence de l'établissement stable*

Même si la solution dérogatoire proposée n'a pas été généralisée, celle-ci a été adoptée de manière notable dans le traité signé entre la France et l'Italie, dont l'article 25 (2) b précise :

« Lorsqu'un établissement stable situé dans un Etat reçoit des dividendes, intérêts ou redevances provenant de l'autre Etat et correspondant à des biens ou droits effectivement rattachables à ses activités, ces revenus sont imposables dans l'Etat de la source conformément aux dispositions respectives des articles 10, paragraphe 2-b)⁷⁶, 11, paragraphe 2⁷⁷, et 12,

⁷² Cf. nos développements section 2, l'application d'une convention fiscale dans l'Etat de source et l'Etat de résidence.

⁷³ Le paragraphe 3 de l'article 24 du Modèle de convention fiscale de l'OCDE précise : « *L'imposition d'un établissement stable qu'une entreprise d'un Etat contractant a dans l'autre Etat contractant n'est pas établie dans cet autre Etat d'une façon moins favorable que l'imposition des entreprises de cet autre Etat qui exercent la même activité. La présente disposition ne peut être interprétée comme obligeant un Etat contractant à accorder aux résidents de l'autre Etat contractant les déductions personnelles, abattements et réductions d'impôts en fonction de la situation ou des charges de famille qu'il accorde à ses propres résidents* ».

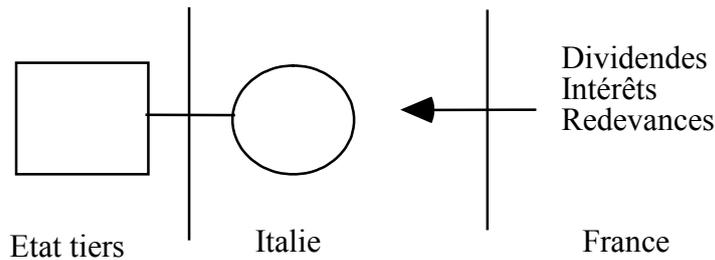
⁷⁴ On remarquera que d'autres traités comportent des clauses spécifiques applicables à des situations triangulaires mais que ces clauses couvrent d'autres situations. Par exemple, la convention franco / américaine dans le cas où l'établissement est situé dans un Etat tiers (article 30.5).

⁷⁵ Loi 90-456 du 1^{er} juin 1990 (JO du 3 juin 1990) a autorisé l'approbation, a été publiée par le décret 92-422 du 4 mai 1992 (JO du 8 mai 1992 p. 6299 à 6307 et rectificatif au JO du 27 février 1993 p. 3148).

⁷⁶ L'article 10 du Modèle de convention fiscale indique (...) « *Les dividendes payés par une société qui est résident d'un Etat à un résident de l'autre Etat sont imposables dans cet autre Etat. Toutefois, ces dividendes sont aussi imposables dans l'Etat dont la société qui paie les dividendes est un résident. L'impôt ainsi établi ne peut excéder 5 % du montant brut des*

paragraphe 2⁷⁸. L'Etat où est situé l'établissement stable élimine la double imposition dans les conditions prévues à l'article 24, paragraphe 2 ou paragraphe 1-a), abstraction faite du dernier alinéa. Cette disposition est applicable quel que soit le lieu du siège de l'entreprise dont dépend l'établissement stable. »⁷⁹

Ainsi, par exemple, la situation suivante est réglée par la convention :



Exemple 1 : France, Etat de source

On se trouve en présence « d'une fiction d'une relation bilatérale » entre l'Etat de source (Etat S) et l'Etat de localisation de l'établissement (Etat P). La dernière partie de la phrase est l'indicateur du caractère triangulaire de la situation visée, puisque le régime est applicable «*quel que soit le lieu du siège de l'entreprise dont dépend l'établissement stable* ». Il s'agit de situations dans lesquelles la France et l'Italie sont concernées en qualité d'Etat de source ou de localisation d'un établissement (Etat S et Etat P), le siège de l'entreprise pouvant être ou non⁸⁰ dans un Etat tiers (Etat R). Cette convention n'a pas exigé qu'une imposition effective dans l'Etat du siège soit prélevée.

dividendes si le bénéficiaire effectif a détenu directement ou indirectement, pendant une période d'au moins douze mois précédant la date de la décision de distribution, au moins 10 % du capital de la société qui paie les dividendes ou 15 % du montant brut des dividendes dans tous les autres cas ».

⁷⁷ Cet article précise que « *Les intérêts provenant d'un Etat et payés à un résident de l'autre Etat sont imposables dans cet autre Etat. Toutefois, ces intérêts peuvent être imposés dans l'Etat d'où ils proviennent et selon la législation de cet Etat mais, si la personne qui reçoit les intérêts en est le bénéficiaire effectif, l'impôt ainsi établi ne peut excéder 10 % du montant brut des intérêts* ».

⁷⁸ Cet article précise que (...) « *Les redevances provenant d'un Etat et payées à un résident de l'autre Etat sont imposables dans cet Etat. Toutefois, ces redevances peuvent être imposées dans l'Etat d'où elles proviennent et selon la législation de cet Etat, mais si la personne qui reçoit les redevances en est le bénéficiaire effectif, l'impôt ainsi établi ne peut excéder 5 % du montant brut des redevances* ».

⁷⁹ Ce qui lui donne un caractère universel en comparaison avec une application indirecte du traité au moyen de la clause de non-discrimination telle qu'exposée, cf. Chapitre 2 de la présente partie.

⁸⁰ Situation triangulaire bilatérale.

La doctrine administrative française confirme que:

« L'article 25, paragraphe 2 b), de la convention(...) précise également que l'Etat où est situé l'établissement stable élimine la double imposition supportée par cet établissement stable comme s'il s'agissait d'un de ses résidents. »⁸¹

La rédaction est donc en ligne avec la proposition de l'OCDE. Elle ne consacre pas le principe de résidence de l'établissement stable, mais celui de l'assimilation à un résident de celui-ci en ce qui concerne l'élimination de la double imposition, mais aussi en ce qui concerne l'Etat de source. Cette distinction sémantique formelle ne nous semble pas, cependant, permettre de lever toutes les incertitudes.

On notera que cette solution existe déjà de manière optionnelle sans réelle force obligatoire dans la convention entre la France et la Belgique à l'article 24-2 qui précise :

« Dans le cas où l'exécution de certaines dispositions de la présente convention donnerait lieu à des difficultés ou à des doutes, les autorités compétentes des deux Etats contractants se concerteront pour appliquer ces dispositions dans l'esprit de la convention. Dans des cas spéciaux, elles pourront d'un commun accord appliquer les règles prévues par la présente convention à des personnes physiques ou morales qui ne sont pas résidentes de l'un des deux Etats contractants mais qui possèdent dans l'un de ces Etats un établissement stable dont certains revenus ont leur source dans l'autre Etat »⁸².

Il existe donc une possibilité de traiter l'établissement comme un résident. Nous n'avons pas trouvé d'analyse de la clause ou de la pratique en découlant.

⁸¹ Inst. 11 mars 1994, 14 B-1-94 n° 87 et 88. C'est à dire en application de l'article 24 de la Convention.

2. Les incertitudes pratiques

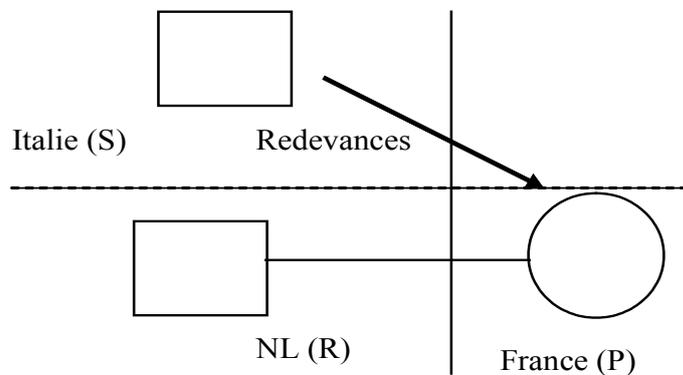
a L'augmentation du nombre de conflit de convention

Même si le régime issu de la convention franco-italienne offre une protection bien supérieure à celle issue du Modèle de convention, certaines questions pratiques subsistent. Elles sont rarement abordées par la doctrine.

On doit constater tout d'abord que l'application pratique de ce dispositif n'est pas simple.

La première question est de déterminer si la solution proposée est réellement favorable⁸³ en comparaison avec d'autres protections.

Analysons, par exemple, le cas d'un établissement situé en France d'une société des Pays-Bas recevant des redevances de source italienne:



Situation franco-italienne (France Etat P)

Ce cas nous semble visé dans la convention et devrait être réglé en appliquant un crédit d'impôt en France pour la retenue à la source, versée en Italie en application de

⁸² Convention du 10 mars 1964 tendant à éviter les doubles impositions et à établir des règles d'assistance administrative en matière d'impôts sur le revenu telle qu'elle a été modifiée par les avenants du 15 février 1971, du 8 février 1999, du 12 décembre 2008 et du 7 juillet 2009.

⁸³ Même si la portée pratique doit être nuancée pour un Etat de l'Union européenne pour lequel il nous semble que d'autres arguments pour une position similaire peuvent exister en application de la décision *Saint-Gobain* et du droit communautaire

la « fiction » de relation bilatérale franco-italienne issue de l'application de la convention fiscale.

La spécificité est que la double imposition est éliminée en application de la clause contenue dans la convention franco-italienne et non, comme l'OCDE le propose, en application de la clause de non-discrimination contenue dans le traité entre les Pays-Bas et la France qui prévoit que les établissements stables d'un Etat ne peuvent être traités de manière différente des sociétés de l'un des Etats, aboutissant à l'application indirecte du traité France/Italie⁸⁴.

Le régime d'imposition n'est pas organisé en application du traité Pays-Bas/Italie qui serait applicable dans l'Etat de source selon les grands principes établis par l'OCDE⁸⁵. Il existe donc un risque de conflit entre deux traités applicables.

Dans une telle hypothèse, le contribuable aura tendance à rechercher l'accord le plus favorable en fonction de chaque situation de fait. Ce risque est créé par le fait que la solution proposée est dérogatoire, donc pouvant être reprise ou non dans tel ou tel traité. Cette solution peut créer des conflits pour toutes les relations triangulaires mettant en jeu la France, l'Italie et un troisième Etat qui dispose d'une convention fiscale avec la France. Les cas sont potentiellement nombreux.

La protection directe offerte par la convention France/Italie nous semble supérieure à celle de l'article de non-discrimination contenu dans la convention entre l'Etat du siège et celui de l'établissement,⁸⁶ car elle oblige aussi l'Etat de source⁸⁷ à limiter la retenue à la source au niveau prévu par le traité France/Italie. Elle a donc pour effet de partager l'obligation d'élimination de la double imposition entre l'Etat de source et l'Etat de localisation de l'établissement alors que, nous le verrons, l'OCDE fait porter cette obligation pratiquement en totalité sur l'Etat de localisation, quitte à

(CJCE, 21 septembre 1999 Aff. 307/97 plén. *Cie Saint-Gobain ZN RJF* 12/1999 n° 1629). Pour les exemples analysés ici nous avons négligé cet aspect.

⁸⁴ Cf. ci-après, Section 2, nos développements sur le moyen indirect de résoudre la question en application de l'article de non-discrimination du traité entre le pays de localisation de l'établissement et celui du siège de résidence de la société.

⁸⁵ Le traité S/R s'applique, *Modèle de convention fiscale : « Cas triangulaires »*, adopté par le Conseil de l'OCDE le 23 juillet 1992.

⁸⁶ Dans notre cas, la France.

conserver une double imposition pour la partie de la retenue à la source excédentaire prélevée dans l'Etat de source en application du traité avec le siège (S/R), mais en contradiction avec le traité avec l'établissement stable (S/P).

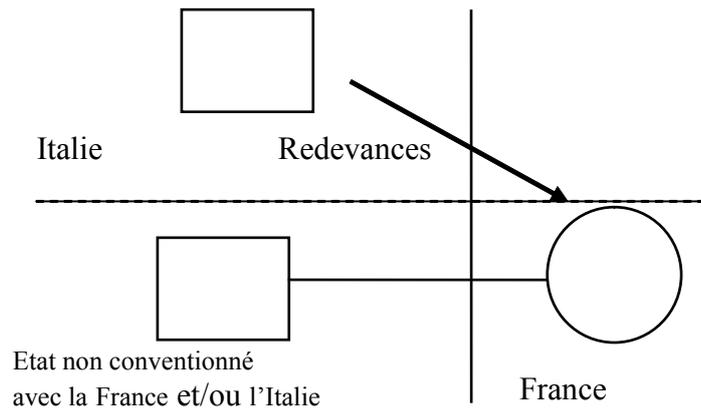
b L'accès à un réseau conventionnel étendu

Il est ici question d'un traitement de l'établissement « quasi équivalent » à celui d'un résident et non plus « aussi favorable » que celui d'un résident de l'Etat P, soit la France dans notre exemple. C'est l'élément essentiel qui différencie ce traité de l'application d'une notion de non-discrimination issue du traité France/Pays-Bas. En pratique, l'interaction du droit communautaire aboutirait à nuancer cette avancée, dès lors qu'il pourrait être considéré que celle-ci est garantie par le droit communautaire, y compris dans l'Etat de source lorsque celui-ci est un Etat membre⁸⁸.

On peut aussi s'interroger sur les limites d'application du régime lorsque tous les Etats ne sont pas liés par des conventions ou que celles-ci divergent dans leur rédaction. Même si le texte ne fait référence qu'à « l'établissement stable » au sens du traité France/Italie, il s'agit de l'établissement « d'une entreprise d'un Etat tiers ». Le vocabulaire utilisé et la référence à la notion d'établissement stable semblent laisser penser que la présence dans l'un des Etats ne peut être un « établissement » au sens du traité France/Italie, d'une entreprise d'un Etat tiers, uniquement si cette entreprise peut avoir un établissement stable en France ou en Italie et donc dispose d'une convention avec l'un ou ces deux Etats puisque la définition de l'établissement stable ne peut provenir que d'une convention fiscale.

⁸⁷ En l'espèce, l'Italie.

⁸⁸ Même si certains doutes peuvent exister sur ce point, cf. Chapitre 2, Section 1 B II, le développement sur l'effet du droit communautaire.



Situation franco-italienne hors convention (France Etat P)

Une absence de convention fiscale entre l'Etat du siège et l'Etat de source ne semble en revanche pas contredire cette rédaction⁸⁹, ce qui pourrait amener à des considérations intéressantes d'abus de traité, même si le traité France/Italie contient un arsenal développé de mesures anti-abus comme le point 15 du protocole du traité qui précise :

« Dans les cas où, conformément aux dispositions de la présente convention, un revenu doit être exempté de la part de l'un des deux Etats, l'exemption sera accordée si et dans la mesure où ce revenu est imposable dans l'autre Etat ce point permettant à l'Etat de source de refuser la réduction de retenue à la source si l'établissement stable bénéficiaire de tels revenus n'est pas effectivement imposable au titre des dits revenus. »⁹⁰

Le texte ne semble toutefois pas viser l'obtention du crédit d'impôt dans l'Etat de l'établissement stable, mais uniquement la retenue à la source dans l'Etat de source, le traité restant applicable dans l'Etat P en cas d'abus⁹¹.

La seconde question qui se pose est de savoir si, en présence d'une convention fiscale S/R, la définition de l'établissement incluse dans ce traité peut avoir une influence sur le traité franco-italien en qualité de traité S/P. Afin d'éviter les risques relevés par

⁸⁹ C'est entre l'Etat du siège et l'Etat de l'établissement que la notion d'établissement stable est mentionnée.

⁹⁰ Convention fiscale France-Italie, protocole.

⁹¹ Même si dans cette hypothèse on peut s'interroger sur la base permettant l'imputation du crédit d'impôt relatif à la retenue à la source versée dans l'Etat de source qui n'aurait pas appliqué le traité conformément à ce dispositif.

l'OCDE en matière d'abus⁹², la doctrine administrative française précise le traitement à retenir dans le cas où il n'y aurait pas d'établissement stable dans l'Etat P en application d'un traité avec un Etat tiers :

« Toutefois, les dispositions du b du paragraphe 2 de l'article 25 ne trouvent pas à s'appliquer lorsqu'en vertu d'une convention entre l'Italie et un Etat tiers, l'établissement stable n'est pas imposé en Italie, notamment parce qu'il ne répond pas à la définition de l'établissement stable prévue par cette convention. (...) »⁹³

En pratique, ce cas serait celui pour lequel, par exemple, la durée nécessaire pour la reconnaissance d'un chantier est plus courte dans le traité France/Italie que dans le traité entre l'Italie et un Etat tiers. Dans la mesure où, dans cette hypothèse⁹⁴, il ne devrait pas y avoir de présence taxable dans un Etat, la question peut apparaître théorique. La légalité de la doctrine administrative ne semble pas évidente au regard de la rédaction du texte de la convention.

Les limites anti-abus sont, en outre, plus précises que celles proposées par l'OCDE, puisqu'elles ne visent pas uniquement l'imposition ou non de l'établissement en vertu du droit interne de l'Etat P, mais aussi du régime d'imposition de cet établissement en application du traité avec un autre Etat, en particulier parce que ce dernier traité considérerait que l'établissement stable de l'Etat P n'est pas imposable en application de ce traité⁹⁵. Cette précision interdit, selon nous, l'application du régime lorsque l'un des Etats reconnaît de manière unilatérale dans son droit interne l'existence d'un établissement stable à l'étranger pour une société établie sur son territoire, aboutissant en pratique à une double exonération. Ainsi, dans le cas pratique mentionné ci-avant, ce serait le cas si l'établissement n'était pas imposé en Italie, dans l'hypothèse où celui-ci ne remplirait pas les conditions requises dans le traité

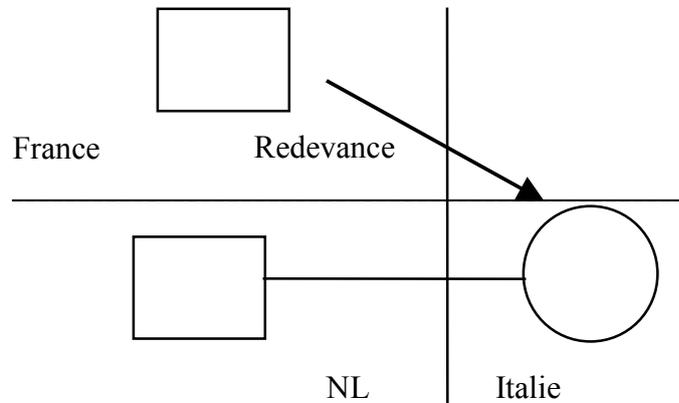
⁹² Non-imposition effective de l'établissement sur les revenus reçus et donc utilisation exclusive pour réduire l'imposition de la retenue à la source entre l'Etat de source et l'Etat du siège puisque la société ne présente pas effectivement de présence taxable dans l'Etat P (France ou Italie), mais souhaite bénéficier de la réduction de retenue à la source en Italie ou en France en qualité d'Etat de source.

⁹³ Inst. 11 mars 1994, 14 B-1-94 n° 89.

⁹⁴ Sous réserve que les définitions de l'établissement stable dans le traité France-Italie et le traité avec l'Etat tiers soient identiques.

⁹⁵ Par exemple, différence de durée pour qualifier un chantier d'établissement stable dans les deux traités la durée étant plus longue dans le traité avec l'Etat tiers que celle du traité S/P.

Italie/Pays-Bas pour être imposable en Italie et que les Pays-Bas exonéreraient les profits rattachables à l'établissement italien en vertu de leur droit interne⁹⁶ :



Situation franco-italienne (France Etat S)

Dans une telle hypothèse, l'établissement ne serait plus « protégé » en application du traité franco-italien. Il pourrait éventuellement bénéficier de la protection liée à l'existence d'une clause de non-discrimination entre l'Italie et les Pays-Bas⁹⁷ ou du droit communautaire.

On remarquera, enfin, que le traité franco-italien constitue une exception au caractère purement bilatéral du traité, puisqu'il prend en compte les éventuels traités avec des Etats tiers, donc les modifications potentielles ultérieures de ces mêmes traités pourraient affecter la situation purement bilatérale. Cette limite n'a cependant pas empêché l'application de la convention franco-italienne.

A notre connaissance, une telle solution est isolée dans le monde.

II. Les tentatives de remise en cause

Plutôt que de résoudre la difficulté au moyen d'une négociation bilatérale spécifique dont les chances de réussite semblent faibles, nous proposons de nous interroger afin de déterminer si les textes en vigueur ne permettent pas une application directe du

⁹⁶ En pratique, certains *rulings* ont été accordés aux Pays-Bas dans les années 90 en ce sens.

traité S/P en application d'une interprétation plus constructive. Nous sommes, bien entendu, parfaitement conscients qu'une telle démonstration s'oppose directement à la grande majorité de la doctrine qui, à l'instar de l'OCDE, affirme que le traité S/P n'est pas applicable⁹⁸ en dehors de rédactions particulières puisque l'établissement stable situé dans l'Etat P ne dispose pas d'une « *personnalité fiscale suffisante* »⁹⁹.

La position retenue par la doctrine est fondée sur l'article 1 du Modèle de convention fiscale qui précise que celle-ci « *s'applique aux personnes qui sont des résidents d'un Etat contractant ou des deux Etats contractants.* »¹⁰⁰

Le traité ne serait donc pas applicable par principe puisqu'il restreint son champ d'application aux « résidents », alors que l'établissement n'est pas une « personne assujettie à l'impôt » et donc un résident au sens de ce traité. Selon cette approche, l'article 1^{er} devrait être interprété de manière indissociable des articles 3 (1)¹⁰¹ et 4(1)¹⁰² du traité et permettre de refuser son application à un établissement stable.

Cette affirmation doit être discutée tout d'abord sur le fondement des principes, dès lors que les premières conventions fiscales étaient applicables aux « ressortissants »¹⁰³¹⁰⁴ des Etats contractants, alors même que la notion de résident existait déjà. La question du champ d'application n'était donc pas, à l'origine, une question d'application limitée aux résidents. Les commentaires de l'époque étaient assez clairs sur ce point, en précisant que l'idée était d'appliquer la convention aux « contribuables »¹⁰⁵, quelle que soit leur nationalité, précisant même qu'un « national » d'un Etat tiers pourrait accéder au traité. Il n'y avait donc pas, à

⁹⁷ Même si l'on pouvait imaginer qu'en l'absence d'imposition en Italie (absence d'établissement au sens de la convention Pays-Bas/Italie), celle-ci ne serait pas nécessairement applicable.

⁹⁸ Fett (E), « The application of bilateral income tax treaties to multilateral situations », IBFD, Doctoral series, n° 29, 2014.

⁹⁹ Par exemple Berndt (MG), « Passive income (dividends, interest or royalties) received by a permanent establishment from third State », in *Triangular tax cases*, Linde Verlag 2007, p.54.

¹⁰⁰ Article 1^{er} du Modèle de convention fiscale. Pour une étude de cet article Hattingh (J): « Article 1 of the OECD model: historical background and the issues surrounding 1 t », IBFD, *Bulletin*, May 2003 p. 215.

¹⁰¹ Définition d'une « personne » au sens du Modèle de convention fiscale.

¹⁰² Définition d'un « résident » au sens du Modèle de convention fiscale.

¹⁰³ Rixen (T) « The institutional design of international double taxation avoidance », Berlin 2008 (unpublished).

¹⁰⁴ « *The present convention is designed to avoid double taxation in the sphere of direct impersonal taxation (...) in the case of the taxpayer of the contracting parties whether National or otherwise* ». Même si à cette réunion le principe de conserver un caractère bilatéral au traité fut mentionné et accepté formellement. *Double taxation and tax evasion report presented by the committee of technical experts on double taxation and tax evasion*, Leagues of Nations, Geneva (document C 216 M 85 p. 10).

¹⁰⁵ En anglais, « taxpayers ».

l'origine, une défiance à donner un effet à une convention dans une situation triangulaire¹⁰⁶. En comparaison avec la situation actuelle, l'exception était la règle et la règle l'exception. C'est lors des débuts du Modèle OCDE, tel que connu actuellement (le Modèle de 1963), que le champ d'application est modifié pour être limité aux résidents dans l'article 1^{er}. L'apparition date probablement de 1958¹⁰⁷. Il n'existe pas, à notre connaissance, d'explication historique à ce changement sauf peut-être la volonté de réduire le champ d'application du traité aux présences imposables de manière élargie. Par ailleurs, certains auteurs soutiennent, ce que nous approuvons que la fonction de l'article 1^{er} et plutôt d'éviter le treaty shopping par interposition de non-résidents dans la relation bilatérale¹⁰⁸. La non application du traité devient alors une question d'interposition pour laquelle d'autres solutions peuvent être envisagées plutôt qu'une interdiction systématique d'accès au traité, laissant de côté des situations non optimisées.

A partir de cette date, la relation entre champ d'application de la convention fiscale et résident devient indissociable, et reste encore reprise, de nos jours, dans tous les modèles de convention fiscale.

Le débat ne nous semble cependant pas clos. L'application possible du traité S/P à l'établissement stable nécessite de déterminer si l'établissement peut être considéré comme « résident » au sens du Modèle de convention fiscale (A) ou dans le cadre de solutions particulières (B).

A. *L'analyse constructive du concept*

Pour être résident au sens d'un traité, l'établissement devrait être reconnu, d'une part, comme une « personne » au sens de l'article 3 (1) et, d'autre part, comme un « résident » au sens de l'article 4 (2).

¹⁰⁶ *Double taxation and tax evasion report presented by the committee of technical experts on double taxation and tax evasion, Leagues of Nations*, Geneva (document C 216 M 85p.13).

¹⁰⁷ Hattingh (J), « Article 1 of the OECD Model: historical background and the issues surrounding it », *IBFD, Tax Treaty Monitor*, May 2003 p. 217.

¹⁰⁸ Hattingh (J), « Article 1 of the OECD Model: historical background and the issues surrounding it », *IBFD, Tax Treaty Monitor*, May 2003 p. 218.

1. La notion de « personne »

La notion de personne est définie à l'article 3 (1) du Modèle de convention fiscale qui précise :

« Au sens de la présente Convention, à moins que le contexte n'exige une interprétation différente :

a) le terme « personne » comprend les personnes physiques, les sociétés et tous autres groupements de personnes ;

b) le terme « société » désigne toute personne morale ou toute entité qui est considérée comme une personne morale aux fins d'imposition ;

c) le terme « entreprise » s'applique à l'exercice de toute activité ou affaire ;

d) les expressions « entreprise d'un Etat contractant » et « entreprise de l'autre Etat contractant » désignent respectivement une entreprise exploitée par un résident d'un Etat contractant et une entreprise exploitée par un résident de l'autre Etat contractant. »¹⁰⁹

On notera que la liste évoquée à l'article 3 n'est pas limitative et ne fait pas référence à une localisation géographique dans sa définition du terme « personne »¹¹⁰. Le fait que l'établissement ne soit pas listé spécifiquement n'est pas un obstacle insurmontable. Dans la mesure où la référence à une localisation n'est présente que pour définir « une entreprise d'un Etat », la qualification de personne ne devrait pas être influencée par ce critère. Ce point n'est cependant pas formellement acquis par la doctrine. La réponse sur ce point est donc incertaine obligeant à considérer les deux hypothèses.

a La localisation géographique de l'activité critère inopérant

Si l'on considère que la localisation n'est pas un critère applicable, l'établissement est une « société » puisqu'il est une émanation juridiquement indistincte d'une

¹⁰⁹ Article 3(1) du Modèle de convention fiscale.

¹¹⁰ Le critère lié à la localisation n'apparaît que lorsque la condition liée à la résidence est insérée dans le texte dans « personnes résidentes d'un Etat ou des deux Etats », ce qui n'est pas un problème pour notre démonstration puisque nous cherchons justement à déterminer si l'établissement est résident de l'Etat P et non s'il existe un conflit de résidence dans le traité S/P.

société. Le fait que l'établissement soit l'émanation d'une société d'un Etat tiers n'est pas à prendre en compte, puisque le critère de localisation n'est, par hypothèse, pas retenu, car non mentionné dans le texte lui-même. Il est donc alors une « personne » au sens de l'article 3, sans même tenter d'inclure l'établissement dans la catégorie « d'autres groupements ».

A supposer cette personnalité établie, la question demeure de s'interroger sur le « contexte », tel que mentionné à l'article 3.2 du Modèle de convention fiscale¹¹¹, dans la mesure où l'analyse développée ci-dessus aboutirait à une conclusion positive dans tous les cas puisqu'un établissement est toujours partie d'une société, que ce soit dans une situation bilatérale ou triangulaire. On peut alors s'interroger si le caractère quasi automatique de cette conclusion peut constituer un « contexte contraire » au sens de l'article 3.2. En effet, on peut supposer qu'une interprétation qui aboutit à rendre inutile une partie d'un article constitue « un contexte » qui pourrait nécessiter une autre interprétation¹¹².

Si c'est le cas, le seul moyen de mettre en évidence la personnalité de l'établissement au sens du traité est de le qualifier « *d'autres groupements*¹¹³ » et non de « *société*¹¹⁴ » comme proposé ci-avant.

Les commentaires précisent ce point de la manière suivante :

« Elle mentionne expressément les personnes physiques, les sociétés et autres groupements de personnes. Il ressort du sens donné au terme « société » par la définition contenue à l'alinéa b) que le terme « personne » vise en outre toute entité qui bien que n'étant pas elle-même un groupement de personnes, est considérée comme une personne morale aux fins d'imposition. C'est ainsi qu'une fondation (Stiftung) par exemple, peut être couverte par la définition du terme « personne ». Les sociétés de

¹¹¹ L'article 3(2) précise : « 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 ».

¹¹² Pour une explication plus détaillée Johns (JA) *and al.*, « The origin of concepts and expressions used in the OECD Model and their adoption by States », *Treaty monitor*, IBFD June 2006, p. 220-254.

¹¹³ Article 3.1-a du Modèle de convention fiscale.

personnes sont aussi considérées comme des « personnes » soit parce qu'elles entrent dans la définition de « société » soit, à défaut, parce qu'elles constituent d'autres groupements de personnes. »¹¹⁵

L'établissement nous semble plus relever de l'article 3.1-a que 3.1-b du Modèle, la qualification « d'autres groupements » étant applicable par défaut.

On peut dès lors s'interroger si l'établissement qui ne possède pas par lui-même de personnalité morale peut être qualifié de « tous autres groupements de personnes » au cas où ce dernier ne pourrait pas être qualifié de « société » en raison du contexte contraire rappelé ci-dessus. Certains auteurs considèrent que l'absence de personnalité juridique de l'établissement stable dans l'Etat d'imposition interdit de qualifier ce dernier de « groupement », au sens de cet article, de manière automatique¹¹⁶. Les rédacteurs du Modèle n'ont cependant pas exprimé une volonté d'interprétation restrictive considérant que ce terme « *devait recevoir la plus large acception possible. Il doit donc être défini de façon à couvrir non seulement les personnes physiques et les personnes morales, mais aussi les entités distinctes qui ne sont pas des personnes morales (par exemple, certaines sociétés de personnes); en revanche, la définition du terme "société" devrait concorder avec celle du terme "dividendes" établie par le Groupe de Travail N° 12 autrement dit, le terme "société" ne devrait désigner que les entités considérées comme des personnes morales par la législation fiscale des Etats contractants.* »¹¹⁷

Cette interprétation laisse, selon nous, l'opportunité de qualification de « groupements de personnes » d'un établissement pour l'Etat de localisation en qualité de qualification résiduelle, même si l'établissement est indirectement l'émanation d'une personne morale non établie dans un « Etat contractant » mais dans un Etat tiers et que, donc, la société elle-même n'est pas une personne morale au sens d'un Etat contractant.

¹¹⁴ Article 3.1-b du Modèle de convention fiscale.

¹¹⁵ Extrait du Modèle de convention fiscale commentaires sur l'article 3.

¹¹⁶ Kusters (B), « Triangular cases in tax treaties », IBFD, *Asia-Pacific tax Bulletin* November/December 2009 p. 373.

Cette affirmation nous semble confirmée par d'autres travaux de l'OCDE dans lesquels il est indiqué¹¹⁸ :

« L'expression "groupement de personnes non doté de la personnalité juridique" comprend les catégories suivantes :

(a) les groupements de personnes qui ne sont pas considérés comme des unités imposables par la législation fiscale de l'un quelconque des Etats contractants intéressés,

(b) les groupements de personnes qui sont considérés comme des unités imposables par la législation fiscale de l'un quelconque des Etats Contractants et qui, on outre, sont assujettis au même traitement que les personnes morales en vertu de ladite législation,

(c) les groupements de personnes qui sont considérés comme des unités imposables par la législation fiscale de l'un quelconque des Etats Contractants, mais ne sont pas assujettis au même traitement que les personnes morales (celles-ci étant assujetties à un traitement fiscal analogue à celui des personnes physiques, comme c'est le cas de certaines: sociétés de personnes en ce qui concerne le "Gewerbesteuer" autrichien et allemand). »

Le contenu de la notion, sans inclure objectivement les établissements stables, ne propose pas leur exclusion et il ne nous semble pas que du point de vue de l'Etat P, la situation de l'établissement et celle d'une société de personnes sans personnalité morale soient si différentes. Cela aboutit, selon nous, à inclure l'établissement dans la catégorie « d'autres groupements » visée au 3.1-a du Modèle de convention fiscale.

La question de l'imposition effective doit enfin être clarifiée. Il ne s'agit pas de déterminer si, pour être résident au sens de l'article 4, une imposition élargie est

¹¹⁷ Au cours de sa 25^{ème} session, tenue en juin 1961, le Comité Fiscal a procédé à un premier débat sur certains projets de définitions établis par le Groupe de Travail n° 14 et figurant dans le document FC/WP14(61)l. Le Groupe de Travail a été chargé de réexaminer les définitions des termes « personne » et « société ».

¹¹⁸ FC/WP14(61)l.

nécessaire, mais de déterminer si une société ou un groupement doit être imposable, même partiellement, pour être une personne au sens de l'article 3 du traité.

Même si l'on peut comprendre la logique de la question, puisque l'objet du traité est de répartir le droit d'imposer et non de traiter des entités exonérées, il ne semble pas que cette nécessité soit comprise dans le texte lui-même. Le caractère imposable est un critère de résidence et non de définition de la notion de « personne ». On ne peut pas être un « résident » sans être imposé suffisamment, mais on peut être une « personne ». Un établissement stable est une présence imposable sans être une entité imposable.

b La localisation géographique de l'activité critère déterminant de l'analyse

Si la localisation est un critère de détermination du statut de « personne » au sens du traité, ce qui ne ressort pas formellement du texte du Modèle de convention fiscale lui-même, il convient alors de remarquer, qu'en l'espèce, la difficulté de localisation de l'activité est liée au fait que celle-ci n'est pas dans l'Etat de source (Etat S) ou celui de résidence (Etat R) au sens du traité, mais dans un Etat tiers (Etat P).

La question est de déterminer si la liste de l'article 3 ne comprend que des extensions d'entités localisées dans chaque Etat partie au traité S/P. Le texte ne nous permet pas de répondre à cette question directement. En effet, même la notion d'entreprise n'est pas une aide pour l'analyse, car celle-ci ne renvoie pas directement à une localisation. Seules les notions d'exploitant et de lieu d'exploitation permettent de fixer la géographie au sens de l'article 3(1) d. Ce pourrait être la localisation du résident et non celle de l'exploitation qui est en réalité visée. Cela n'est pas certain.

Il convient cependant de préciser que, par définition, l'existence d'un établissement dans l'Etat P fait que l'entreprise possède une exploitation localisée dans l'Etat P exploitée et imposable dans cet Etat. Le lien entre l'Etat P et la présence taxable semble donc clairement établi.

En conclusion, nous considérons qu'il existe des arguments sérieux pour traiter l'établissement comme une personne au sens de l'article 3.1-a du Modèle de

convention fiscale et cela de manière extrêmement convaincante si l'on considère que cet article n'introduit pas formellement de notion de localisation.

Il convient toutefois de noter que cette assimilation n'a pas entraîné l'adhésion de la doctrine¹¹⁹, ni celle de l'OCDE¹²⁰. En outre, cette analyse se heurte probablement aux commentaires du Modèle de Convention modifiés en 2008 pour préciser que l'établissement stable n'était pas une « personne » et donc éligible aux traités¹²¹. Cette référence plus récente nous semble cependant trop indirecte et incluse dans les commentaires du Modèle uniquement pour indiquer une transition vers les développements concernant le régime d'imposition applicable aux établissements stables, en application de l'article 24, plutôt qu'un commentaire de l'article 3 lui-même. Cette contrariété ne pourrait influencer, en tout état de cause, que les traités postérieurs à 2008 lorsque le pays en cause retient une application uniquement future des commentaires.

A supposer qu'un établissement puisse être considéré comme une « personne » au sens de l'article 3 du Modèle de convention fiscale, il doit aussi être qualifié de « résident » pour éventuellement bénéficier du traité.

Cette qualité est également controversée.

2. *La définition du « résident d'un Etat contractant »*

a *La résidence au sens du traité en tant que critère autonome*

La première question est de déterminer si la résidence peut être déterminée de manière autonome par un traité. En effet, l'objet de la question n'est pas de régler un conflit de résidence entre l'Etat S et l'Etat P, mais d'établir si un établissement stable peut être résident au sens du traité S/P, alors même que celui-ci ne le serait probablement pas au sens du droit interne des Etats contractants S et P.

¹¹⁹ Vogel (K), *On double taxation convention* second edition p.64, ou Jones (A) et Bobbet, « Triangular treaty problems a summary of the discussion of seminar E at the IFA in London », IBFD, *Bulletin* January 1999 p. 17.

¹²⁰ Position isolée à notre connaissance « treaty entitlement of permanent establishment », B ; Langhoth *in Triangular cases*, Linde Verlag 2004, p. 24 et s.

¹²¹ Com. 68 de l'article 24 du Modèle de convention fiscale.

Rien ne semble interdire à un traité de déterminer un lieu de résidence d'une entité, alors même qu'aucun des deux Etats ne considère que cette entité est résidente de cet Etat, ce en l'absence de conflit entre les deux Etats.

Le Modèle de convention fiscale définit en effet le résident de la manière suivante :

« Au sens de la Convention, l'expression «résident d'un Etat contractant» désigne toute personne qui, en vertu de la législation de cet Etat, est assujettie à l'impôt dans cet Etat, en raison de son domicile, de sa résidence, de son siège de direction ou de tout autre critère de nature analogue et s'applique aussi à cet Etat ainsi qu'à toutes ses subdivisions politiques ou à ses collectivités locales. Toutefois, cette expression ne comprend pas les personnes qui ne sont assujetties à l'impôt dans cet Etat que pour les revenus de sources situées dans cet Etat ou pour la fortune qui y est située. »¹²²

Le texte de l'article 4.1 nous paraît assez clair. La résidence nécessite uniquement deux éléments, à savoir : un élément de présence dans un Etat, d'une part, et un assujettissement dit général à une imposition, d'autre part, dans cet Etat.

Cette analyse ne rallie pas l'approbation d'une partie importante de la doctrine¹²³. L'établissement stable est pourtant, à notre avis, assujetti dans l'Etat P à l'impôt en « vertu de la législation de cet Etat » ou en raison de « tout autres critères »¹²⁴.

La première condition qui concerne les critères de localisation (présence dans l'Etat) ne nous semble pas poser de difficultés, puisque la reconnaissance même de l'existence d'un établissement stable, au sens du traité R/P, est constituée par la reconnaissance d'une existence fiscale dans cet Etat¹²⁵ au sens du traité. Cette existence fiscale est, certes, non constatée en application du traité S/P, mais est

¹²² Article 4 du Modèle de convention fiscale.

¹²³ Vogel (K) *On double taxation convention* second edition p. 64, ou Avery Jones et Bobbet, « Triangular treaty problems a summary of the discussion of seminar E at the IFA in London », IBFD, *Bulletin* January 1999, p. 17.

¹²⁴ A minima les autres critères sont ceux définis par l'article 5 consacré aux établissements stables.

¹²⁵ Ce qui constituerait « tout autre critère » au sens du traité.

acceptée par l'Etat P en application du traité R/P. Si les deux traités sont identiques, cette question devrait être superflue puisque cette présence est reconnue par les Etats dans les mêmes conditions. Si les deux traités sont différents, la reconnaissance d'une imposition dans l'Etat P par l'Etat S¹²⁶ implique que ce dernier accepte une qualification issue d'un autre traité. La question serait plus complexe si l'un des traités reconnaissait l'existence d'un établissement, alors que l'autre non¹²⁷. Le fait que le texte mentionne « *tout autre critère analogue* »¹²⁸ pourrait permettre de résoudre ce cas marginal¹²⁹ et d'accepter la reconnaissance dès que l'un au moins des traités reconnaît l'existence d'une activité imposable.

En outre, reconnaître la personnalité fiscale de l'établissement nous semble être le fondement même des articles 4 et 7 du Modèle de convention fiscale. L'établissement est assujetti à l'impôt dans son Etat d'implantation en raison de sa substance même et de sa localisation dans cet Etat. C'est l'existence d'opérations taxables qui est la localisation et non la simple présence d'une personne morale. Le lien avec l'Etat de localisation est avant tout fiscal. L'article 4, paragraphe 1 du Modèle l'OCDE ne fait pas du « lieu de constitution » un critère de résidence. Si celui-ci est, dans certains cas, un critère pertinent pour déterminer l'assujettissement à l'impôt sur le revenu mondial¹³⁰, il est possible d'indiquer une réserve à cet article, comme les Etats-Unis ou le Canada ont inscrit une réserve quant au droit d'utiliser le « lieu de constitution » comme un indice de résidence¹³¹.

La seconde question est de déterminer si l'établissement stable est assujetti et si cet assujettissement « total ou partiel » de la personne, au travers de son établissement, est suffisant ou non. En effet, au sens de l'article 4 du Modèle OCDE, on pourrait considérer que ce n'est pas l'établissement qui est assujetti à l'impôt, mais l'entité

¹²⁶ L'Etat P étant parti au traité P/S et P/S ne devrait pas avoir de problème.

¹²⁷ Dans cette hypothèse, soit le traité P/S reconnaît l'existence d'un établissement et pas celui P/R, auquel cas le revenu n'est pas imposable dans l'Etat P en tout état de cause soit le traité P/R reconnaît la présence et le traité P/S ne le reconnaît pas, auquel cas on peut imaginer que tout autre critères ne se limite pas aux critères issus du traité P/S.

¹²⁸ Y compris peut-être un autre traité signé par l'Etat P.

¹²⁹ Le « critère » étant alors la présence imposable dans l'Etat P en application du traité R/P.

¹³⁰ Cas du droit américain par exemple.

¹³¹ C'est l'un des motifs utilisés dans la décision canadienne *Crown Forest industries* pour refuser l'application du traité à un établissement américain d'une société des Bahamas pour des revenus de source canadienne *Crown Forest Industries Ltd. c. Canada*, [1995] 2 R.C.S. 802 .

établie dans l'autre Etat¹³². Il nous semble cependant nécessaire de comparer l'assujettissement de sociétés localisées dans l'Etat P et résidentes de cet Etat.

Afin de clarifier cette question, la première solution serait de modifier l'article 4 afin d'y ajouter explicitement l'établissement stable. On serait alors dans une approche similaire à celle des directives¹³³, qui prévoient cette possibilité uniquement si l'établissement est effectivement imposable, évitant ainsi la discussion, à notre avis inepte, du risque d'évasion fiscale, qui à notre sens est strictement identique à celui dans le cas d'une filiale et donc ne relève pas de la discussion de la résidence d'un établissement stable, mais de l'application abusive des traités, sujet plus vaste. C'est notre proposition¹³⁴.

Il serait cumulativement possible de prendre en compte les commentaires ajoutés en 2008 au Modèle de convention fiscale¹³⁵ qui, selon l'Organisation, interdisent de bénéficier cumulativement des avantages liés à deux réseaux conventionnels. Le but serait de restreindre l'éligibilité de l'établissement et du siège à un réseau conventionnel unique réduisant à son minimum les retenues dans l'Etat de source. Ces restrictions sembleraient nécessaires pour obtenir l'approbation des membres de l'OCDE qui avaient exprimé des réticences lors des discussions précédentes¹³⁶.

b L'assujettissement à une imposition minimum, condition de la résidence de l'établissement stable

La seconde question est d'analyser le texte tel qu'il est et d'évaluer si l'absence possible d'assujettissement en tant que contribuable ordinaire dans l'Etat dans lequel l'établissement est situé impacte sa capacité à être qualifié de « résident ».

On retrouve ici la discussion qui est de savoir quel niveau d'assujettissement est nécessaire pour obtenir la protection d'un traité. En effet, le Modèle de convention

¹³² La personne qui est légalement le contribuable et donc redevable de l'impôt est la personne morale dont le siège ne se situe pas dans l'Etat de localisation de l'établissement.

¹³³ Par exemple, article 2.2 de la Directive 90/435/ CEE du 23 juillet 1990 concernant le régime des sociétés mères et filiales d'Etats membres différents.

¹³⁴ Cf. Conclusion.

¹³⁵ Van Raad (K), « 2008 OECD Model: Operation and Effect of Article 4(1) in Dual Residence Issues under the Updated Commentary », *Tax Treaty Monitor*, IBFD, May/June 2009 p. 187-190.

¹³⁶ *Modèle de convention fiscale : « Cas triangulaires »*, adopté par le Conseil de l'OCDE le 23 juillet 1992.

fiscale suggère qu'un niveau d'assujettissement minimum est nécessaire pour bénéficier d'un traité, soutenant ainsi que certaines structures bénéficiant d'un régime fiscal favorable fondé sur une imposition locale ne seraient pas éligibles¹³⁷.

Sur ce critère, on doit se reporter aux commentaires de l'article 4 du Modèle de convention fiscale qui précisent :

« Cette situation se rencontre dans certains Etats à l'égard de personnes physiques, notamment les agents diplomatiques et les fonctionnaires consulaires étrangers en service sur leur territoire. Dans ses termes et dans son esprit, cette disposition exclurait également de la définition de résident d'un Etat contractant les entreprises sous contrôle étranger exonérées d'impôt sur leurs revenus étrangers en vertu de régimes de faveur conçus pour attirer les sociétés relais. Toutefois cette disposition suscite en elle-même des difficultés et comporte des limitations. Par conséquent, elle doit être interprétée d'une manière restrictive car sinon elle risquerait d'exclure du champ d'application de la Convention tous les résidents de pays qui appliquent un principe de territorialité en matière fiscale alors que de toute évidence, ce n'est pas le résultat qui est recherché (...)»¹³⁸

Les restrictions mentionnées dans ces commentaires ne visent pas les établissements stables, mais les personnes physiques ou les sociétés relais. L'objet est différent. Par ailleurs, le fait que le régime applicable soit territorial ne semble pas non plus être un élément déterminant. Il n'est pas indiqué si l'Etat peut mettre en place un régime territorial (assez rare, à l'exception notable de la France) ou s'il peut appliquer un régime territorial à la présence taxable dans cet Etat (situation plus commune pour un système d'exemption imposé par un traité). Si le but avait été d'exclure uniquement les situations de territorialité complète, le commentaire aurait visé un nombre extrêmement réduit de situations, y compris celle de la France.

¹³⁷ Ce type de structure dite « *off-shore* » se rencontrait de manière habituelle dans certains paradis fiscaux où les entités se trouvaient imposables uniquement sur les revenus de source locale afin d'éviter l'application des mesures anti-évasion étrangère qui nécessitaient une imposition possible même faible. Bien entendu, ce type de structure est destiné à attirer les capitaux étrangers à faible activité locale. On peut indiquer que cette approche n'est plus dominante dans les régimes fiscaux à faible pression fiscale préférant des assiettes plus larges et des taux réduits, à l'instar de la situation irlandaise par exemple.

La France n'a pas exprimé de réserves sur ce point dans le cadre de l'article 4¹³⁹. On notera, en outre, que la comparaison entre imposition uniquement sur des revenus de source et la territorialité n'est probablement pas totalement exacte, dans la mesure où certains revenus de source étrangère peuvent être imposables en France selon ce principe et, en particulier, les revenus passifs lorsque l'actif qui génère les revenus est alloué à l'établissement stable. Une situation triangulaire comprenant des revenus passifs ne serait donc pas non-imposée au sens du droit français et des conventions signées par cet Etat.

Un argument supplémentaire peut être invoqué. Alors que la résidence d'une filiale n'est pas discutée, pourquoi celle de l'établissement est-elle si controversée ? En effet, le lien avec l'Etat d'implantation de la filiale ne nous semble pas être différent de celui de l'établissement puisque ce dernier est imposable, en principe, de manière similaire à l'imposition applicable à une filiale, sauf paradis fiscaux. Le lien avec l'Etat d'implantation n'est pas, à notre sens, un élément qui dépend de critères juridiques tels que l'existence ou non d'une entité¹⁴⁰, mais plutôt d'une intensité de niveau d'imposition. Le but du traité est uniquement de répartir une masse imposable. La discussion sur l'intensité d'imposition n'est pas différente pour un établissement ou une filiale.

L'évolution des travaux de l'OCDE tend vers une « personnalisation » de l'établissement stable et une assimilation fiscale entre un établissement et une filiale. Par exemple, les modifications des commentaires sous l'article 7 du Modèle de convention tels qu'issus des modifications de 2010 renforcent encore cet élément, même si le traitement d'un établissement de manière identique à celui d'une filiale est

¹³⁸ Extrait du Modèle de convention fiscale. Commentaire de l'article 4.

¹³⁹ La France a exprimé des réserves sur le régime applicable aux sociétés de personnes, plutôt pour étendre la définition de résident que la réduire, *cf.* commentaire article 4 du modèle de convention. Com. 29.

¹⁴⁰ Certaines sociétés de personnes sans personnalité morale pouvant être reconnues comme résidentes lorsqu'elles sont effectivement imposables dans leur Etat d'implantation, *Cf. L'application du Modèle de convention fiscale de l'OCDE aux sociétés de personnes*, Ed. OCDE 1999.

prévu uniquement pour l'application des principes de pleine concurrence et non pour tous les aspects du traité tel que prévu à l'article 7(2)^{141 142}. Il reste un pas à franchir.

Un établissement, par principe imposé comme une entreprise de l'Etat P (sauf dérogation du droit interne de l'Etat P), est soumis, pour les besoins de cette question, aux mêmes conditions d'imposition qu'une société de l'Etat P. Si l'imposition mise à la charge d'une société de l'Etat P rend cette dernière éligible au traité S/P, un établissement devrait donc l'être aussi.

Dans l'Union européenne qui doit assurer la neutralité entre investissements au travers d'une filiale ou d'une succursale, l'assimilation entre les deux véhicules devrait être encore plus complète. Cette solution est, selon nous, la plus adaptée.

B. *L'analyse de quelques tentatives*

On notera, pour illustration, quelques exemples pour lesquels les établissements stables sont considérés comme des résidents au sens des traités, démontrant ainsi que la situation n'est pas totalement ignorée¹⁴³ et le fait que cette approche est possible. Ces illustrations sont issues soit de traités qui dérogent au Modèle de convention fiscale directement (1), soit à des analyses de juridictions guidées par une rédaction spécifique d'un traité (2).

1. *La convention fiscale France/Brésil*¹⁴⁴

La France, dans le cadre de la convention franco-brésilienne¹⁴⁵, a proposé de régler les difficultés liées à l'imposition des intérêts perçus par les banques dont le siège est situé dans un Etat et qui ont des succursales dans l'autre Etat¹⁴⁶.

¹⁴¹ Kobetsky (M), « Article 7 of the OECD Model: defining the personality of permanent establishments », IBFD, *Bulletin*, October 2006, p. 411-425.

¹⁴² L'article 7(2) prévoit qu'un établissement est traité de la même manière qu'une filiale qui exercerait une activité analogue dans des conditions analogues. Les commentaires de cet article ont été modifiés en 2010 pour refléter cette approche de manière moins ambiguë.

¹⁴³ Radler AJ, « Tax treaties and the internal market », in *Report of the committee of independent expert on Company taxation (Ruding report)*, Brussels/Luxembourg 1992, p. 373.

¹⁴⁴ Convention entre la France et le Brésil L n° 71-1035 du 24 décembre 1971 et D 72-1054, 18 novembre 1972.

¹⁴⁵ Echange de lettres des 5 février et 4 mars 1974, Note 3 juillet 1974, 14 B-9-74.

Dès lors, la France considère que, lorsque l'établissement d'un Etat accorde des prêts à des résidents de l'autre Etat, l'établissement stable ne peut obtenir ni la réduction de l'impôt retenu à la source dans l'Etat du siège, ni l'imputation dudit impôt sur celui dont il est redevable¹⁴⁷ dans l'Etat où il est situé. En conséquence, les intérêts ainsi perçus par un établissement stable se trouvent régis, dans chaque Etat, par la législation interne de droit commun. L'application stricte de ce régime ne va pas sans inconvénient, en particulier pour les banques.

Dans le souci de favoriser le développement des relations économiques et financières entre la France et le Brésil, il a été décidé d'accorder aux établissements stables, situés dans un Etat, des banques et établissements financiers et de crédit résidents de l'autre Etat, le régime applicable aux résidents du premier Etat¹⁴⁸, à la condition que « *les créances génératrices des intérêts lui sont rattachables et correspondent à son activité normale* ». Cette assimilation a pour conséquence, dans l'Etat d'où proviennent les intérêts, d'accorder le bénéfice des limitations de l'impôt prévues par l'article 11 de la convention et dans l'Etat où est situé l'établissement stable, d'accorder le bénéfice de l'imputation, dans les conditions fixées par l'article 22 de la convention, sur l'impôt dont il est redevable dans ledit Etat, de l'impôt perçu dans l'Etat de la source.

La convention prévoit, en outre, que ce régime est réservé aux établissements stables des banques et des établissements financiers et de crédit des deux Etats¹⁴⁹.

On notera que l'administration a précisé que cet accord n'aurait pas pour effet d'assimiler l'établissement stable à un résident de l'Etat où il est situé, au sens de l'article 4 de la convention, refusant ainsi de déroger totalement au principe. Cette solution reste marginale, limitée et non commentée par la doctrine.

¹⁴⁶ On notera que c'est sur le critère de « personne » que la France semble refuser la qualité de résident, ce qui, compte tenu de l'application d'un régime territorial, semble plus logique, le critère d'assujettissement étant à notre sens inopérant puisque l'établissement est imposé comme une société.

¹⁴⁷ Sauf bien sûr à discuter de l'application de l'article de non-discrimination d'un autre traité avec le siège de la société, *cf.* nos développements sur cette possibilité au chapitre suivant.

¹⁴⁸ On est ici en présence d'une situation triangulaire bilatérale.

¹⁴⁹ Non-extension aux situations triangulaires multilatérales.

2. *La doctrine et la jurisprudence*

On notera que le rapport Ruding mentionnait déjà cette option, démontrant que la question était déjà identifiée¹⁵⁰. Le problème est que la doctrine se concentre principalement sur les changements nécessaires pour aboutir à la solution désirée sans conclure que cette solution est déjà possible en application de la norme existante. A ce sujet, on notera une exception notable.

a *La doctrine*

La doctrine a proposé, dans de rare cas, de permettre de considérer que l'établissement stable est un résident au sens des traités.

Le premier auteur à avoir proposé d'étendre aux établissements stables l'application du traité avec l'Etat de source est, à notre connaissance, K Vogel. L'analyse du texte en place est cependant absente de cette doctrine, celle-ci n'étant qu'un élément très accessoire des développements¹⁵¹.

Ces propositions sont uniquement parcellaires et ne permettent pas une application directe du traité P/S, elles proposent une évolution des concepts. Nous nous associons bien entendu à cette demande d'évolution, mais sommes d'avis que celle-ci soit plus radicale¹⁵².

On notera les travaux D'Avery Jones qui proposent, de manière optionnelle, que l'Etat R puisse dans certains cas permettre à l'Etat P d'être traité comme l'Etat de résidence pour la relation P/S¹⁵³. Cette solution est, en pratique, non efficace car purement optionnelle. Cette approche fait suite à une tentative initiale¹⁵⁴.

¹⁵⁰ *Report of the Committee of independent expert on company taxation*, 1992, p. 373.

¹⁵¹ Vogel (K), *On Double taxation convention*, Kluwer, 1996 art. 1 n° 30 p. 70. Suivi par Schaumburg, *international Steuerrecht*, (1998). 856.

¹⁵² Cf. Nos propositions en conclusion.

¹⁵³ Avery Jones (JF), « The interaction between tax treaty provisions and domestic law », *tax treaties and domestic law*, IBFD 2006.

¹⁵⁴ Jones (A), « The David Tillinghast lecture : are tax treaties necessary ? », *53 Tax Law Review*, 1/1999, p. 1-38.

Une allusion est aussi faite dans le cahier de l'IFA du congrès de 1973, où il est indiqué que cette question relèverait du principe de non-discrimination, ce qui nous semble techniquement relativement discutable¹⁵⁵. Le principe permet dans l'Etat P de traiter l'établissement stable comme une société résidente, il n'impacte pas la situation dans l'Etat S¹⁵⁶.

La possibilité est aussi évoquée dans un article de 2009 de G. Zai¹⁵⁷, qui propose l'inclusion d'un dispositif dans le traité R/S. Afin d'éviter les abus, l'auteur envisage de limiter la solution aux revenus imposés de manière ordinaire dans l'Etat P, ce qui n'est pas satisfaisant. Nous proposons que l'évolution couvre tous les cas y compris ceux des revenus passifs.

La possibilité est aussi évoquée dans les travaux de J. Wheeler¹⁵⁸, dans des écrits très prospectifs sur l'étendue et l'application des traités. Le propos est étayé et convaincant, même s'il est inclus dans le cadre d'une réflexion beaucoup plus large qui ne vise pas spécifiquement les situations triangulaires. L'intéressant est que cette auteure précise que l'application du traité S/P aurait pour conséquence d'interdire l'application du traité S/R. Nous proposons aussi qu'une condition d'application du traité S/P soit la non-application du traité S/R¹⁵⁹. On notera cependant que cette analyse reste hybride puisqu'il est proposé de reconnaître, de manière théorique, la résident de l'établissement stable uniquement lorsque celui-ci disposerait d'une substance importante, créant ainsi deux sortes d'établissements stables¹⁶⁰. Notre proposition est de reconnaître de manière élargie cette possibilité en prenant en compte de manière triangulaire la définition de l'établissement stable, sujet non abordé, dans sa globalité, par la doctrine.

Tous ces auteurs proposent une modification du Modèle de convention pour atteindre leur but, n'allant pas jusqu'à soutenir que le texte actuel permettrait d'atteindre une telle conclusion sans changement.

¹⁵⁵ Mouillan-Hodgberg French report, Cahier du droit fiscal Vol. LVIIIa, p. II/146.

¹⁵⁶ Cf. Notre analyse au Chapitre 2 de la présente partie.

¹⁵⁷ Zhai (G), « Triangular cases involving income attributable to permanent establishment », LLM Paper for the ITC Leiden, 08/2008, « Triangular cases involving income attributable to permanent establishment », *TNI*, 23 March 2009, p. 1105.

¹⁵⁸ Wheeler (J.C), « The missing Keystone of income tax treaties », *World tax journal*, IBFD, 201 p 287-288.

¹⁵⁹ Cf. Nos propositions en conclusion.

b *La jurisprudence*

Les éléments donnés par la jurisprudence sont plus convaincants.

La jurisprudence française n'a pas eu, à notre connaissance, de manière convaincante, à traiter de la question de l'éligibilité d'un établissement stable au bénéfice d'une convention fiscale. On notera cependant une solution issue d'une décision de la CAA de Versailles dans l'affaire *Sté Dormeuil*¹⁶¹, pour laquelle la Cour avait reconnu au détour de la décision :

« Qu' il ne résulte pas de l'instruction que la société Dormeuil frères london branch ltd (DFLB) aurait sa direction effective en France, ou que sa maison mère, installée en France, ne serait assujettie à l'impôt en Grande-Bretagne que pour les revenus de sources situées dans cet Etat; que dans ces conditions alors même que la SA Dormeuil frères est résidente de France au sens des dispositions précitées de l'article 3 de la convention bilatérale susvisée, sa succursale anglaise DFLB doit être regardée, en application de ces mêmes dispositions, comme résident du Royaume-Uni (..) »

Nous devons admettre que cette décision nous laisse dubitatif. Peut-être le juge n'a pas réalisé les conséquences de cette rédaction, alors que le sujet principal de l'arrêt était consacré au transfert de bénéfices pour lequel les parties ont, selon nos informations, trouvé un accord, interdisant au Conseil d'Etat d'éclaircir la question.

Il faut admettre que la jurisprudence française tend plutôt à considérer qu'une succursale n'est pas résidente au sens du traité. Ainsi le tribunal administratif de Montreuil a précisé que *« la succursale française de la SA Caixa Geral de Depositos, qui est dépourvue de la personnalité morale et dont seuls les bénéficiaires qui lui sont*

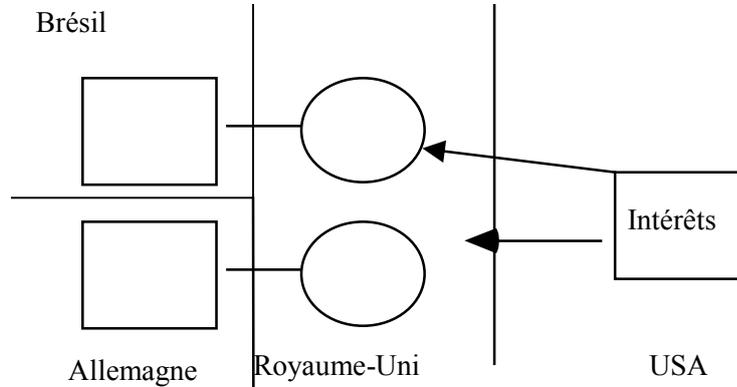
¹⁶⁰ Proposition reprise en réalité de Schön (W.), « Person and territories : on the international allocation of taxing rights », *British tax review* 6(2010), p. 554-562.

¹⁶¹ CAA Versailles 12 juin 2007 n° 06-799, 3^{ème} ch. *Sté Dormeuil*.

imputables sont imposables ne France, n'a pas la qualité de résident »¹⁶². On remarquera que les éléments mentionnés ne relevant pas, selon nous, de la qualification de résident, tant la personnalité morale que le droit limité d'imposer au revenus alloués à l'établissement, n'étant ni l'un ni l'autre des critères suffisants.

D'autres décisions rendues à l'étranger, plus remarquables, offrent une analyse plus nuancée.

On notera, par exemple, la décision rendue par la *High Court* britannique dans le cas *Commerzbank*¹⁶³. La situation factuelle était la suivante. Deux banques allemande et brésilienne recevaient par l'intermédiaire de leur succursale britannique des intérêts versés par des résidents américains. La question était de déterminer si le traité Royaume-Uni/États-Unis pouvait s'appliquer et ainsi considérer les établissements comme résidents bénéficiaires des revenus au sens de ce traité, question à laquelle la Cour britannique a répondu positivement.



Décision *Commerzbank*

Selon l'article 15 du traité en vigueur, les intérêts reçus par un résident britannique de source américaine pouvaient être exonérés dans certaines conditions. Il convient de noter que ce traité se différenciait du Modèle de convention par le fait que l'article 1^{er}

¹⁶² TA Montreuil *SA Caixa de despositos*, 16 décembre 2013, n° 1210546. La nouvelle convention France-Grande-Bretagne n'était pas en vigueur aussi la question de la non-discrimination ne s'est pas posée de manière assez surprenante quant au montant créditable.

¹⁶³ *Commissioner of Inland Revenue V Commerzbank AG, Banco do Brazil SA* 63 TC 218 (1994).

ne limitait pas son champ aux « résidents » des deux Etats. La conclusion retenue par la Cour semble démontrer que l'existence de l'article 1^{er} a été un élément essentiel pour décider de l'application du traité à des personnes localisées dans un Etat tiers. Si nous acceptons cet argument, alors les effets de la décision seraient limités dans le cadre des conventions récentes, conformes au Modèle de convention fiscale. Cette limitation liée à une précision aussi formelle peut être, selon nous, prise en compte par un juge mais n'affecte pas notre raisonnement, surtout si l'on considère que la référence au résident dans l'article 1 n'est pas totalement fondée sur une volonté d'exclure les établissements stables¹⁶⁴.

En dehors du champ d'application du traité, certaines décisions se sont interrogées sur l'étendue de l'assujettissement nécessaire pour qu'un établissement puisse obtenir la protection d'une convention fiscale. On mentionnera dans ce domaine une décision rendue par la Cour suprême du Canada.

Dans l'affaire *Crown Forest*¹⁶⁵¹⁶⁶, la Cour suprême du Canada devait décider si Norsk, une société constituée aux Bahamas, était résidente¹⁶⁷ des Etats-Unis en application de la convention Canada-Etats-Unis. Si tel était le cas, Norsk pouvait alors bénéficier d'un taux de retenue à la source réduit sur les revenus de loyers¹⁶⁸, qu'elle tirait de son unique bureau localisé à San Francisco (cette dernière exerçait une activité de *leasing* de barge du Canada).

On remarquera que la solution n'était pas évidente puisque, en première instance, le juge avait donné droit à Norsk, ainsi qu'en appel.

¹⁶⁴ Cf. Nos développements précédents.

¹⁶⁵ *Crown Forest Industries Ltd. c. Canada*, [1995] 2 R.C.S. 802.

¹⁶⁶ Ward (D) and al, « Resident of a contracting state for tax treaty purposes: a case comment on Crown Forest industries », *Canadian Tax Journal* (1996), vol. 44, no. 2, p. 408-424. Vincent (F), « *Crown Forest industries* The OECD Model Convention as an interpretative tool for Canada's tax conventions », *Canadian tax journal* (1996), vol. 44, n° 1, 38-58; Goyette (N), « Un second regard sur l'abus de convention fiscale », *Canadian tax Journal* (2003), vol. 51, n° 2 p. 719-763.

¹⁶⁷ Le traité entre le Canada et les Etats-Unis d'Amérique en matière d'impôts sur le revenu et sur la fortune (1980) (adoptée au Canada par la Loi de 1984 sur la Convention Canada-Etats-Unis en matière d'impôts, S.C. 1984, ch. 20), définissait dans son article IV le résident comme « toute personne qui, en vertu de la législation de cet Etat, est assujettie à l'impôt dans cet Etat, en raison de son domicile, de sa résidence, de son siège de direction, de son lieu de constitution ou de tout autre critère de nature analogue (...) ».

¹⁶⁸ 10 % au lieu de 2 % tel que prévu par le droit interne canadien conformément à l'article redevance du traité.

La société Norsk, même si elle était dans le champ d'application de l'impôt américain exploitant une entreprise dans cet Etat, ne payait aucun impôt aux Etats-Unis¹⁶⁹, invoquant une exonération à titre de compagnie de transport international au sens de l'art. 883 de l'Internal Revenue Code de 1986 des Etats-Unis.

La question était de savoir si cet assujettissement théorique constituait un « *critère analogue* » tel que défini à l'article 4 du Modèle OCDE pour déterminer le niveau d'imposition requis permettant d'être qualifié de résident et donc de décider que l'expression « *exploite une entreprise ou un commerce* » est un « *critère de nature analogue* » au sens de l'article IV du traité.

La Cour suprême juge que la réponse doit être négative, car le critère « analogue » est comparé aux autres critères mentionnés à l'article 4 qui aboutissent tous à une imposition, alors qu'en l'espèce la société n'était pas imposable aux Etats-Unis. Il est ainsi indiqué :

« À cet égard, les critères applicables pour déterminer le lieu de résidence à l'article IV, paragraphe 1 impliquent plus que le simple fait d'être redevable d'un impôt à l'égard d'une part de revenu (assujettissement fondé sur la source), ils comportent l'assujettissement fiscal le plus complet qu'un Etat puisse imposer. Aux Etats-Unis et au Canada, cette imposition complète vise les revenus mondiaux. Cependant, conformément à l'art. 882 de l'Internal Revenue Code, l'assujettissement fiscal relatif au revenu effectivement relié à une entreprise exploitée aux Etats-Unis est simplement un assujettissement fondé sur la source. En conséquence, le critère de l'exploitation d'une entreprise aux Etats-Unis n'est pas de nature analogue aux facteurs énumérés puisqu'il n'est qu'un motif d'imposition fondée sur la source. »

Il a aussi été analysé si la résidence de Norsk pouvait être considérée conforme à l'intention des parties à la convention. Il est ainsi indiqué :

¹⁶⁹ En anglais, « *engaged in a trade or business* ».

« La Convention a pour objet d'éviter que les compagnies constituées en personne morale dans un pays tiers (les Bahamas) ne bénéficient d'un assujettissement réduit à l'impôt sur le revenu d'une source du seul fait qu'elles traitent avec une compagnie canadienne par l'intermédiaire d'un bureau situé aux Etats-Unis. Si je comprends bien, si Norsk pouvait bénéficier d'une convention fiscale, c'est bien de celle qui a été conclue entre les Etats-Unis et les Bahamas. Il n'y a aucune raison de présumer que, dans le contexte de la présente affaire, le Canada a conclu un traité avec les Etats-Unis dans le but de céder son pouvoir d'imposition à un ressort étranger à la Convention, à savoir les Bahamas. Comme je l'ai déjà mentionné, si Norsk a bénéficié de l'exonération d'impôt prévue à l'art. 883 de l'Internal Revenue Code des Etats-Unis, c'est parce qu'elle a été constituée en personne morale aux Bahamas, lequel pays accorde une exonération équivalente aux sociétés américaines. Il me semble que Norsk et l'intimée cherchent toutes deux à réduire au minimum leur assujettissement fiscal en choisissant les régimes internationaux qui leur sont le plus directement avantageux sur le plan fiscal. Bien que ce comportement n'ait rien de répréhensible, j'estime certainement qu'il ne doit pas être encouragé ni favorisé par l'interprétation judiciaire des ententes existantes. Je ne crois pas non plus que les rédacteurs de la Convention aient voulu permettre à une société (comme Norsk) qui est redevable d'un impôt à l'égard d'un montant limité dont la source se trouve dans l'un des Etats contractants - en l'espèce, seul le revenu qui est effectivement relié aux Etats-Unis - de se prévaloir des bénéfices de la Convention même relativement au revenu qui n'est pas ainsi relié et à l'égard duquel les Etats-Unis n'ont aucun droit. »

Le juge en charge de l'affaire auprès de la Cour suprême nota que la volonté d'optimisation était présente *« en choisissant les régimes internationaux qui leur sont le plus directement avantageux sur le plan fiscal »* et cela même si ces décisions n'étaient en rien *« répréhensibles »*. Il est évident que cette approche ne constitua pas un élément pour un regard bienveillant de sa part.

Cette analyse peut laisser perplexe si l'on considère que les Etats-Unis et le Canada appliquent, dans de nombreuses situations, leurs traités à des situations dans lesquelles le contribuable n'est pas assujéti de manière élargie dans l'un des Etats¹⁷⁰. En revanche, ce que cette décision confirme c'est que l'établissement peut être résident au sens du traité, à supposer qu'il soit imposable. La notion de *treaty shopping* est à « géométrie variable ». A notre avis, la décision aurait été probablement différente si l'assujettissement aux Etats-Unis de la société avait été effectif, laissant ainsi un établissement bénéficiaire du traité Etats-Unis/Canada.

On notera, pour mémoire, que le droit communautaire a tenté de faire évoluer la question, mais n'a pas tranché le débat de manière définitive. Dans la décision Saint-Gobain¹⁷¹, la CJCE s'est intéressée au régime fiscal d'imposition de l'établissement stable lui-même, sans admettre la résidence de celui-ci au sens du traité S/P. La question tranchée par cette juridiction est cependant plus dédiée au traitement fiscal dans l'Etat de localisation de l'établissement qu'à l'assimilation directe de celui-ci à un résident, au sens de ce traité, même si les effets de cette décision peuvent être très proches¹⁷². Ces décisions semblent montrer la prudence du juge à admettre la résidence de l'établissement stable au sens des traités, celui-ci étant prompt à retenir un argument contraire de texte¹⁷³ ou même de contexte, même dans un espace harmonisé, assurant la neutralité entre filiale et succursale.

Section 2. Les situations triangulaires inversées

Certes, le cas des situations triangulaires primaires est compliqué, mais il existe d'autres situations triangulaires encore plus complexes.

¹⁷⁰ Par exemple Trust ou autres « *Non profits organizations* » ou « *US sub chapter "S" corporations* », Federal state, province... Article 3 of the United States, Treasury Department, Technical Explanation of the Protocol Amending the Convention Between the United States of America and Canada with Respect to Taxes on Income and on Capital, June 13, 1995 (regarding the protocol signed on March 17, 1995), et Canada, Department of Finance, Protocol to the Canada-United States Income Tax Convention: US Technical Explanations, Release, n° 95-048, June 13, 1995.

¹⁷¹ CJCE 21 septembre 1999 Aff. 307/97 plén. *Cie Saint-Gobain ZN RJF 12/1999 n° 1629*. Cf. Titre 2, chap. 1, Section 1 de nos travaux.

¹⁷² Cette question sera analysée au chapitre 2 du présent titre.

¹⁷³ Rédaction de l'article 1^{er} spécifique.

Certaines situations triangulaires sont source de doubles impositions en raison de conflits de source. Il s'agit de situations dans lesquelles un paiement est effectué par une société résidente d'un Etat R au profit d'un bénéficiaire résident dans un Etat B et que ce paiement provient de la rémunération de sommes (ou éventuellement de l'utilisation d'incorporels) allouées à un établissement stable du débiteur implanté dans un Etat tiers P. Très tôt la doctrine s'est intéressée à ces situations en les qualifiant de « *situations triangulaires inversées* »¹⁷⁴. Nous analyserons tout d'abord les principes retenus par l'OCDE (I) avant de présenter des solutions alternatives envisageables (II).

I. Les principes retenus par l'OCDE

En ce qui concerne ces situations, une complexité supplémentaire provient du fait que celles-ci créent une « *double source des revenus* » (A) en conséquence de laquelle une double imposition a été identifiée par l'OCDE (B), sans que l'Organisation ne propose de solution satisfaisante pour éliminer cette difficulté.

A. La double source

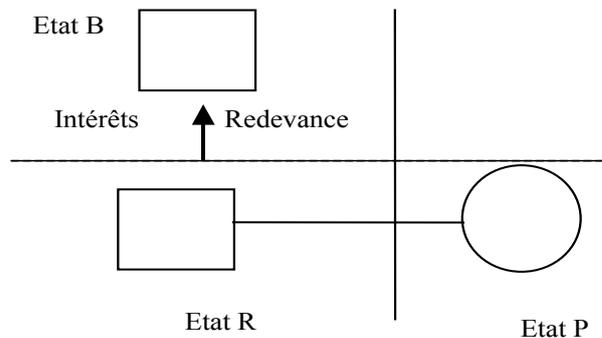
Une question fondamentale pour analyser les situations triangulaires inversées est de comprendre que la double imposition potentielle à la source est fondée sur un conflit de source entre l'Etat P et l'Etat R (1). Cette difficulté est la conséquence du régime institué par l'article 11 du Modèle de convention fiscale qui traite de la question en matière d'intérêt, la question des redevances n'étant même pas visée par ce texte (2).

1. Le conflit entre Etat P et Etat R

La situation primaire inversée peut être décrite de la manière suivante.

¹⁷⁴ Johns (J.A), Bobbett (C), « Triangular treaty problems: A summary of the discussion at seminar E at the IFA congress in London », IBFD, *Bulletin*, January 1999, p. 16-20.

Une société résidente d'un Etat (Etat R) procède à un emprunt¹⁷⁵ auprès d'un résident d'un autre Etat, où est localisé le bénéficiaire des intérêts (Etat B) pour le compte de son établissement stable étranger (Etat P), qui utilise les fonds pour le développement de son activité et est amené à verser des intérêts à la société de l'Etat B, en rémunération de la mise à disposition des fonds:



Situation triangulaire inversée (à double source)

En pratique, par exemple, il peut s'agir d'une société établie dans l'Etat R qui emprunte dans l'Etat B, alors que sa fonction commerciale localisée dans l'Etat P a négocié les contrats de financement. Juridiquement, en raison de l'absence d'existence légale indépendante de l'établissement stable, les flux sont entre la société R et la société B.

Cette situation qui pourrait apparaître bilatérale est en réalité triangulaire, puisque c'est dans l'Etat P que se trouve la source fiscale des revenus versés du point de vue de cet Etat, alors que le flux peut être physiquement versé depuis l'Etat de résidence vers l'Etat du bénéficiaire.

Contrairement à la doctrine qui se limite généralement au secteur financier pour illustrer ses rares analyses, la situation peut aussi se rencontrer dans d'autres activités économiques comme, par exemple, les infrastructures internationales. Certaines sociétés ont mis en place des structures communes de gestion de personnel, qui mettent à la disposition des entités du groupe ces personnes dans les Etats où les livraisons des infrastructures sont effectuées et où elles disposent de succursales. Ces

¹⁷⁵ La situation peut être transposée en matière de redevances, mais elle ne l'est pas dans le Modèle de convention fiscale de l'OCDE.

succursales versent des rémunérations aux entités d'où proviennent le personnel, en contrepartie de la mise à disposition de celui-ci.

Ce cas se rencontre aussi lorsqu'une société d'un groupe utilise un incorporel du groupe mis à sa disposition, qu'elle met elle-même à la disposition de ses succursales étrangères (programme informatique par exemple) et rémunère cette utilisation en réglant des redevances au propriétaire.

La situation se rencontre enfin, tout simplement, lorsqu'un établissement stable fait l'acquisition d'un actif au moyen d'un financement mis en place par son siège, financé par un emprunt contracté auprès de tiers.

Du point de vue juridique, la distinction entre siège et établissement n'existant pas, la question est, en théorie, identique selon que les règlements sont effectués au travers du siège ou directement par l'établissement, même si les implications pratiques peuvent diverger¹⁷⁶.

La question des situations triangulaires inversées constitue une partie particulièrement complexe du sujet. A l'instar des situations triangulaires primaires originelles, elles sont identifiées par l'OCDE¹⁷⁷ dans le cadre des discussions relatives au Modèle de convention fiscale. De même que les situations triangulaires primaires originelles, leur analyse reste parcellaire et fragmentée et se développe réellement dans les années 1980 lorsque les commentaires du Modèle de convention fiscale sont définitivement amendés pour tenir compte des propositions faites dans ce domaine. Comme ces dernières et cela de manière encore plus marquée, elles sont le sujet de peu de doctrine¹⁷⁸.

Elles présentent cependant de nombreuses différences avec les situations primaires originelles.

¹⁷⁶ Contrôle des changes, obligation légale formelle liée à la facturation par exemple.

¹⁷⁷ Et en particulier de la France et de la Belgique.

¹⁷⁸ Johns (J.A), Bobbett (C), « Triangular treaty problems: A summary of the discussion at seminar E at the IFA congress in London IBFD », IBFD, *Bulletin*, January 1999, p. 16-20, qui reprend les travaux de l'une des commissions de l'IFA au

Tout d'abord, il ne s'agit plus ici d'un conflit de bénéficiaire entre un résident et un établissement stable étranger, mais d'un conflit de source, même si la problématique reste celle d'une question de multi-impositions. La source est fiscalement dans l'Etat P, où est localisé l'établissement qui paye les intérêts, mais aussi dans l'Etat où se situe la résidence du débiteur légal. En ce qui concerne cette double source (Etat P, Etat R), et donc de l'application possible concurrente de plusieurs conventions fiscales, comme pour les situations triangulaires originelles, les traités bilatéraux ne sont pas conçus pour résoudre ce genre de difficulté, ces derniers n'étant, en théorie, mis en place que pour partager un droit d'imposition entre un Etat de source unique et un Etat de résidence, lui aussi en principe unique.

2. *Le régime institué par l'article 11 du Modèle de convention*

Ces situations triangulaires sont visées par le Modèle de convention fiscale de manière partielle et indirecte à l'article 11 qui définit la source des intérêts et leur régime d'imposition. De manière assez surprenante, le Modèle de convention de l'OCDE ne vise pas les autres revenus passifs, en particulier les redevances, au contraire du Modèle de convention proposé par l'ONU.

a *Le partage de l'imposition*

L'article 11 du Modèle de convention fiscale de l'OCDE pose tout d'abord le principe d'un partage d'imposition et plus spécifiquement de la détermination de l'Etat de source des paiements de la manière suivante:

*« 1- Les intérêts provenant d'un Etat contractant et payés à un résident de l'autre Etat contractant sont imposables dans cet autre Etat.
2- Toutefois, ces intérêts sont aussi imposables dans l'Etat contractant d'où ils proviennent et selon la législation de cet Etat, mais si le bénéficiaire effectif des intérêts est un résident de l'autre Etat contractant,*

congrès de Londres de 1999 et une étude plus spécifique de Marco Lombardi, « Triangular situations: a case of double source taxation of interest and royalties », IBFD, *Bulletin* 1997 April p. 177.

l'impôt ainsi établi ne peut excéder 10 % du montant brut des intérêts (...). »¹⁷⁹

Le système est donc assez clair : l'intérêt est imposable dans l'Etat du bénéficiaire, l'Etat de source « *d'où ils proviennent* », pouvant de manière optionnelle prélever une retenue à la source, inférieure ou égale à 10 %.

Ce dispositif, pris dans sa mécanique, devrait donc permettre de manière assez simple et systématique à l'Etat R, en qualité de source unique, de prélever une retenue à la source qui devrait en théorie être imputée dans l'Etat du bénéficiaire. Il ne prévoit absolument pas un partage de sources.

b Les exceptions au principe

L'article 11 du Modèle de convention fiscale prévoit, en outre, une dérogation lorsqu'il existe un établissement stable dans l'un des Etats contractants, puisque l'article 11(5) propose alors une définition de la source différente :

« Les intérêts sont considérés comme provenant d'un Etat contractant lorsque le débiteur est un résident de cet Etat. Toutefois, lorsque le débiteur des intérêts, qu'il soit ou non un résident d'un Etat contractant, a dans un Etat contractant un établissement stable pour lequel la dette donnant lieu au paiement des intérêts a été contractée et qui supporte la charge de ces intérêts, ceux-ci sont considérés comme provenant de l'Etat où l'établissement stable est situé. »¹⁸⁰

Il y a donc exclusion immédiate de la solution de principe, dès lors que le résident a un établissement stable et que les revenus sont rattachés à cet établissement situé dans un autre Etat contractant. En réalité, il s'agit plus d'une précision sur la nature de la notion de source. Cette solution alternative prévaut sur la solution de principe, par hypothèse exclue. Elle ne prévoit pas une source dans un Etat tiers, mais une détermination alternative de la source dans l'un des Etats contractants différente de

¹⁷⁹ Article 11 du Modèle de convention fiscale.

celle prévue par la règle de principe : la source est celle de l'Etat de résidence du débiteur, sauf si les charges sont allouées à un établissement stable situé dans l'autre Etat.

Ce dispositif a pour effet de transférer hors de l'Etat de résidence du débiteur (Etat R) la source des intérêts. La source est alors située, soit dans l'autre Etat contractant (Etat B) lorsque le débiteur est résident d'un Etat contractant, soit dans l'Etat contractant où est situé l'établissement (Etat P) qui n'est pas celui du bénéficiaire lorsque le débiteur est résident d'un Etat tiers (Etat A).

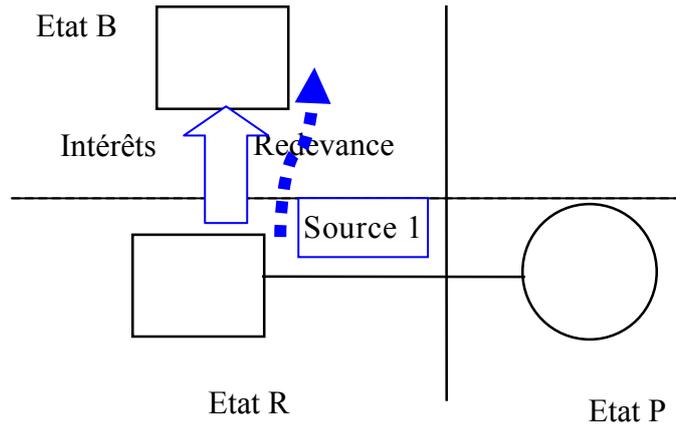
La solution ne concerne en réalité qu'une partie de la difficulté liée aux situations triangulaires pour lesquelles des entreprises, résidentes ou non d'un Etat contractant, disposent d'un établissement « *dans l'un des Etats contractants* ». Si l'établissement est dans un Etat tiers, la solution n'est pas applicable.

Elle ne s'applique que lorsque les intérêts sont engagés en relation avec l'activité de l'établissement stable, cette situation étant définie par la notion « d'intérêts payés » par l'établissement stable, concept qui juridiquement ne représente qu'une réalité virtuelle.

La première difficulté provient des conflits pouvant exister entre les Etats, aboutissant au risque de « double source » suivant :

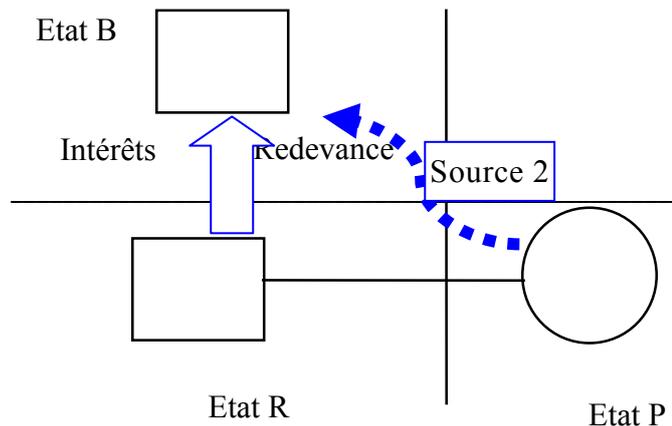
- le traité R/B n'a pas d'effet sur la source pour l'établissement qui est situé dans un Etat tiers, en application de l'article 11(5) qui ne couvre pas cette question. Pour ce traité, la source est donc dans l'Etat R, en application de l'article 11(1) (source 1).

¹⁸⁰ Article 11 du Modèle de convention fiscale.



Article 11(5) du traité B/R source Etat R

- le traité P/B a pour effet en application de l'article 11(5), de transférer la source des flux dans l'Etat P (source 2)¹⁸¹.



Article 11(5) du traité B/P source Etat P

De manière assez paradoxale, l'Etat B a signé deux traités qui donnent une source divergente créant lui-même son risque de double imposition ou une nécessité de double élimination dans l'Etat B.

La situation n'est pas nécessairement trilatérale, elle peut être bilatérale lorsque l'établissement stable et le bénéficiaire sont localisés dans le même Etat ou lorsque le bénéficiaire et le siège sont localisés dans le même Etat.

¹⁸¹ Comme le traité P/R.

La dérogation sur la source des revenus, proposée par l'OCDE dans l'article 11(5) peut être considérée comme le miroir des dispositions de l'article 11(4) qui prévoit, lui aussi des règles dérogatoires en présence d'un établissement stable, mais au cas où l'établissement est le bénéficiaire des revenus, alors que la situation analysée ici est celle pour laquelle l'établissement est le débiteur. Ces deux dispositifs sont de conception symétrique, les différences sont formelles.

La seconde difficulté provient du fait que l'analyse de l'OCDE est parcellaire, car elle ne vise que quelques situations triangulaires marginales, mais aussi que certains flux.

Elle ne vise pas, par exemple, les redevances. L'article 12 ne dispose pas, en effet, d'une rédaction similaire à celle de l'article 11(5) et ne prévoit pas le cas des redevances rattachées à un établissement localisé dans un Etat tiers, payées par ce dernier. La source demeure alors celle de l'Etat du débiteur, ne réglant pas le conflit et laissant subsister une double source quasi-systématique.

Il n'apparaît pas clairement des travaux de l'Organisation pourquoi uniquement les intérêts ont été visés, alors que le régime d'imposition des redevances, par exemple, a souvent été mis en place et modifié de manière conjointe avec celui des intérêts. On peut penser que la raison est liée à la vision de l'OCDE qui considère que la situation pratique problématique se retrouve principalement dans le secteur financier, donc dans le cas de paiements d'intérêts. L'évolution de l'économie digitale doit aujourd'hui laisser penser à l'Organisation que sa stratégie est erronée. Dans ce secteur, en effet, la question du versement de redevances y compris par des établissements stables, déclarés ou non, est essentielle¹⁸².

En pratique, certains traités en place prévoient un système similaire pour les deux types de paiement, démontrant que les justifications historiques de différenciation ne tiennent plus. C'est une pratique développée en France¹⁸³.

¹⁸² Cf. Nos développements Partie 2 Titre 2 de nos travaux.

¹⁸³ Par exemple Convention fiscale France/Malaisie du 24 avril 1975, article 12(7), Convention fiscale France/Italie du 16 mai 2008 article 12(6), Convention France/USA, avenant du 13 janvier 2009, article 12(4)...

On notera que cette démarche n'est pas celle retenue par l'ONU. Celle-ci a une analyse similaire à celle de l'OCDE concernant les intérêts¹⁸⁴, mais étend le régime aux redevances à l'article 12 (5). Les commentaires du Modèle ONU sont cependant silencieux sur la motivation de cette extension. Probablement parce que l'ONU représente, de manière plus importante, des Etats de source et que cette question est un enjeu significatif pour eux.

Les dividendes ne sont pas non plus visés, alors même que les travaux de l'OCDE renvoient en matière d'intérêts à de nombreux commentaires faits pour les dividendes, les deux régimes étant souvent complémentaires¹⁸⁵. La motivation pour cela est plus justifiée que pour les redevances puisque, en réalité, la question des dividendes rejoint la question du traitement d'une distribution effectuée par la société résidente dans l'Etat R à sa société associée localisée dans un autre Etat et concerne donc une situation bilatérale¹⁸⁶.

Bien entendu, pour qu'une situation de conflit existe, il est nécessaire que le prêt ou le contrat de redevance soit afférent à une activité réalisée dans l'établissement stable¹⁸⁷. Cette question est liée au fait que, pour les établissements stables, l'OCDE adopte une approche non seulement territoriale, mais aussi de rattachement effectif¹⁸⁸. Les revenus sont imposés à la source dans l'Etat de résidence, sauf s'ils se rattachent effectivement à un établissement stable situé dans l'autre Etat. En cas d'absence de rattachement, la situation serait triangulaire, mais les revenus ne le seraient pas. Le sujet de notre étude concerne les flux qui sont triangulaires.

On notera, pour mémoire, qu'une solution serait que le droit interne de l'un des Etats de source renonce à imposer les revenus qui trouvent leur source dans un Etat tiers. Le plus logique serait que la source soit uniquement dans l'Etat de l'établissement stable. Cette solution est, à l'évidence, celle retenue par les Etats qui exonèrent de retenue à la source les intérêts, mais pas uniquement. On trouve, par exemple, dans le

¹⁸⁴ Article 11 du Modèle de convention ONU.

¹⁸⁵ En matière d'intérêts excédentaires, par exemple.

¹⁸⁶ Il ne nous semble pas que cette situation soit influencée par la question analysée dans le cadre de notre étude et en particulier le fait que les profits distribués soient de source étrangère. Dans le passé, en France, cette question aurait été principalement une question liée au régime du précompte et de l'avoir fiscal combinée avec les règles du traité R/B.

¹⁸⁷ Autrement, il n'y aurait pas de conflit de source et donc pas de situation triangulaire, mais uniquement une situation bilatérale entre l'Etat R et l'Etat B réglée par l'article 11 (1) du Modèle de convention fiscale.

régime du précompte actuellement aboli en France, un exemple typique de cette prise en compte, puisque le précompte ne s'appliquait qu'aux revenus non-imposés, en particulier, en raison de leur source étrangère¹⁸⁹. Le régime de l'ACT¹⁹⁰ britannique, lui aussi aboli en Grande-Bretagne, procédait à cette même distinction.

De même, la question ne subsisterait pas si l'Etat de résidence considérait, en application de son droit interne, que les paiements effectués pour le compte de l'établissement stable étranger ont en réalité leur source dans l'Etat du siège et que l'Etat de situation de l'établissement partageait bien sûr cette vision. Cette approche est retenue par de nombreux Etats¹⁹¹.

Certains Etats ont tenté, à l'origine, de régler la difficulté de manière bilatérale, en fixant la source des intérêts, dans les traités eux-mêmes, dans un Etat tiers lorsque ceux-ci se rapportent à un établissement stable situé à l'étranger. Cette technique a été celle du Royaume-Uni ou de Singapour dans de nombreux traités¹⁹². Le Canada et les USA ont aussi adopté cette formule, mais depuis les années 80 le seul Etat qui a systématiquement continué à utiliser cette technique est l'Australie. C'est cette situation qui a donné lieu à une évolution des commentaires du Modèle OCDE, constatant qu'en l'absence de rédaction spécifique une double imposition dans l'Etat de source ou dans l'Etat de résidence peut exister, en particulier lorsque l'Etat de résidence applique la première partie de la phrase de l'article 11 du traité B/R, alors que l'Etat de localisation de l'établissement n'étant pas concerné par ce dispositif pourrait, lui aussi, prélever une retenue à la source, au motif que lesdits revenus sont de source de cet Etat au sens du traité P/B et/ou R/P¹⁹³.

¹⁸⁸ En anglais « *effectively connected income* ».

¹⁸⁹ Cette approche n'a pas été retenue pour la nouvelle taxe de 3 % sur les revenus distribués mis en place par la loi de finances rectificatives d'août 2012, même si cela semble poser des questions de compatibilité communautaires.

¹⁹⁰ « *Advance corporate tax* ».

¹⁹¹ Par exemple, les Etats Unis, l'Italie, et sous certaines réserves l'Australie, le Canada, les Pays-Bas et la Suisse.

¹⁹² Exemple Johns (J.A), « *Tax treaty problems relating to source* », IBFD *European Taxation*, March 1998 p. 81-82.

¹⁹³ Probablement une lecture constructive combinée des deux traités permet de fixer la source.

B. Les justifications du principe

Aussi compliqué que cela puisse être, le principe d'une double imposition à la source semble être justifié partiellement par des considérations historiques (1) mais plus encore par une résignation de l'OCDE (2). De manière surprenante, ces constatations n'ont pas donné lieu à une modification de l'article 11 du Modèle de convention fiscale lui-même.

1. La justification historique

Le premier projet d'article qui mentionne la question du rattachement éventuel des intérêts à un établissement stable date des travaux engagés dans le cadre du groupe de travail n° 11, dirigé par la France et la Belgique, à la demande du comité fiscal de l'OECE dans sa 7^e session, en février 1958¹⁹⁴. Ce rapport propose un premier texte d'article sur le régime d'imposition des intérêts, fondé sur le principe de « *force attractive* » de l'établissement stable qui permettrait de déroger au système d'imposition à la source, lorsque l'on se trouve en présence d'un établissement stable auquel sont présumés rattachés des revenus, même en l'absence de lien économique. Il ne vise pas les situations trilatérales. Il vise en priorité la situation de l'établissement stable bénéficiaire, mais aussi à titre subsidiaire le cas d'un prêt consenti pour financer l'activité de l'établissement. Il est ainsi précisé :

« (...) *Les intérêts de toute dette, quelle qu'en soit la forme, contractée par le résident d'un Etat Contractant dans l'autre Etat pour les besoins propres d'établissements stables qu'il y possède sont considérés comme ayant leur source dans cet autre Etat. (...)* »

La règle proposée est simple et claire. Elle nous paraît parfaitement adaptée, à la condition que la notion de « *besoins propres d'établissements stables* » soit définie de manière précise afin d'éviter les abus¹⁹⁵.

¹⁹⁴ FC/WP11 (59) 1 du 15 janvier 1959, Rapport sur l'imposition des intérêts, rédigé par le groupe n° 11, reçu le 14 janvier 1959.

¹⁹⁵ Cf. Nos développements relatifs aux situations triangulaires actives imparfaitement déclarées Partie 2, Titre 2.

On notera que ce premier projet ne distingue pas intérêts et dividendes :

« Certains Etats estiment que les intérêts, comme d'ailleurs les dividendes, qui proviennent de sources situées sur leur territoire à des personnes physiques ou morales résidentes d'autres Etats, n'entrent pas dans le champ d'application des dispositions prises éventuellement pour éviter leur disposition à la fois dans l'Etat d'origine et dans l'Etat de domicile lorsque les bénéficiaires possèdent un établissement stable dans le premier de ces Etats. Le Groupe de Travail considère que ce point de vue est trop absolu et que les intérêts, en particulier, doivent être imposés dans l'Etat d'origine dans le cadre de l'établissement stable qui s'y trouve situé et qui est la propriété du bénéficiaire résident de l'autre Etat s'ils sont produits par des créances faisant partie de l'actif de l'établissement stable ou s'ils se rattachent à des opérations faites par cet établissement (cas des établissements bancaires notamment) ou encore s'il s'agit d'emprunts ayant un lien économique évident avec l'établissement. Dans cette dernière hypothèse, il est fait une mention spéciale des emprunts contractés pour les besoins du fonctionnement de l'établissement (...) »

On peut noter que les dividendes sont inclus dans le principe au contraire des redevances, sans raison apparente. L'explication est probablement que les travaux sur les dividendes étaient déjà engagés parallèlement aux analyses en matière d'intérêts.

Lors des réunions suivantes du groupe 11, l'article est modifié et rédigé afin de proposer une distinction nette entre la situation dans laquelle l'établissement stable prête les fonds, et celle dans laquelle les fonds sont mis à sa disposition. On est alors en ligne avec la situation actuelle sur ce point et le dispositif est désormais séparé en deux parties¹⁹⁶:

« Lorsque le bénéficiaire des intérêts, résident d'un Etat contractant, possède, dans l'autre Etat d'où proviennent ces intérêts, un établissement stable auquel se rattache efficacement la créance qui les produit, lesdits

¹⁹⁶ FC/WP11(60)1 groupe de travail n° 11, reçu le 2 mai 1960.

intérêts sont imposables dans ce dernier Etat sans que la limitation de taux prévue au paragraphe 2 ci-dessus ait à être appliqué.

4. Les intérêts de tout emprunt, quelle qu'en soit la forme, contracté par le résident d'un Etat dans l'autre Etat pour les besoins propres d'un établissement stable qu'il y possède, sont considérés comme ayant leur source dans autre Etat. »

Il est insisté sur la notion de rattachement plus que sur celle de source. La situation est encore bilatérale (établissement stable situé dans le pays de source), puisque aucune référence n'est faite à ce stade sur la possibilité pour le résident d'être résident d'un Etat tiers.

Le troisième rapport du groupe de travail reprend ces difficultés et fait suite à la 18^{ème} session du comité fiscal de l'OCDE qui a procédé à la revue du rapport précédent. Il en résulte que¹⁹⁷ la nécessité de l'inclusion de la clause est confirmée et justifiée car *« la disposition susvisée est destinée à remédier à des difficultés qui ne sont pas théoriques et dont des exemples concrets pourraient être fournis »*. Il est affirmé, en outre et conformément à notre analyse, *« qu'elle ne fait pas double emploi avec la clause insérée sous le paragraphe 3 de l'article proposé par le Groupe de Travail (paragraphe 4 de la rédaction nouvelle) qui vise le cas où la créance productive d'intérêts, et non la dette qui en constitue la contrepartie, se rattache à un établissement stable. »*

Le projet est adopté en l'état. Lors de la 21^{ème} session, des remarques importantes sont faites et des explications données¹⁹⁸:

« (...) Le délégué des Pays-Bas estime que cette rédaction ne suffit pas car elle ne couvre pas le cas où un Etat tiers est en cause. Un emprunt peut, par exemple, être contracté par un résident d'un pays A auprès d'un résident du pays B pour les besoins d'un établissement stable que le résident du Pays A possède dans un pays C. Dans ce cas, le pays A pourrait faire valoir auprès du pays B qu'il a le droit d'imposer les

¹⁹⁷ FC/WP11(60)2 du 20 octobre 1960 du groupe de travail n° 11, dirigé par la France et la Belgique.

intérêts à la source en tant que pays de résidence du débiteur, mais le pays C pourrait également faire valoir auprès du pays B qu'il est en droit d'imposer les mêmes intérêts à la source du fait que l'établissement stable, pour les besoins duquel l'emprunt a été contracté et qui supporte la charge de ces intérêts, se trouve sur son territoire. (...) Le Comité charge le Groupe de Travail de préparer une rédaction définitive de ce paragraphe en tenant compte de la discussion (...) »

La situation triangulaire est identifiée dès ce moment en tant que telle.

La discussion définitive a lieu en 1961, lors de la réunion finale du groupe n° 11¹⁹⁹. La rédaction de l'article suivant est proposée afin de formaliser le caractère triangulaire de la situation :

« (...) Les intérêts sont considérés comme provenant d'un Etat contractant lorsque le débiteur est cet Etat lui-même, une subdivision politique de cet Etat ou un résident dudit Etat. Toutefois lorsque le débiteur des intérêts qu'il soit ou non-résident d'un Etat contractant, possède dans un Etat contractant un établissement stable pour les besoins duquel a été réalisé l'emprunt productif des intérêts sont réputés provenir de l'Etat contractant où l'établissement stable est situé. »

Des commentaires importants sur le sens de ce dispositif sont formellement publiés. Ils ne distinguent pas les intérêts et redevances, même si le texte des articles respectifs est divergent.

2. L'acceptation formelle de la double imposition

La question de la possible double imposition à la source semble admise et intégrée dans la réflexion de l'OCDE.

¹⁹⁸ FC /M(61) 1 du 17 février 1961 du comité fiscal de l'OECE dans sa 22^{ème} séance tenue les 17, 18, 19 et 20 janvier 1961.

a *L'acceptation par absence de consensus politique à l'origine*

Le texte de l'article 11(5) date des premiers projets de Modèle, dès les années 60. Le Modèle de 1963 et ses commentaires sont très proches des commentaires actuels. Ils ne varient que sur les aspects extrêmement formels de la proposition faite par le groupe de travail²⁰⁰. Ainsi est ajouté aux commentaires :

« Si l'emprunt a été souscrit pour les besoins de cet établissement et si ce dernier assume la charge des intérêts, le paragraphe stipule que la source des intérêts se trouve située dans l'Etat contractant où l'établissement stable est installé, abstraction faite de la résidence du propriétaire de l'établissement et lors même que ce propriétaire serait résident d'un Etat tiers. »²⁰¹

Il reprend le caractère triangulaire bilatéral du traité P/B²⁰².

Le projet d'article 11(5) est alors rédigé ainsi :

(...)

« 5. Les intérêts sont considérés comme provenant d'un Etat contractant lorsque le débiteur est cet Etat lui-même, une subdivision politique, une collectivité locale ou un résident de cet Etat. Toutefois, lorsque le débiteur des intérêts, qu'il soit ou non-résident d'un Etat contractant, a dans un Etat contractant un établissement stable pour lequel l'emprunt générateur des intérêts a été contracté et qui supporte la charge de ces intérêts, desdits intérêts sont réputés provenir de l'Etat contractant où l'établissement stable est situé. »

En 1971, le projet d'article n'est pas modifié²⁰³.

¹⁹⁹ FC/WP11(61) 2 du 18 avril 1961, groupe de travail n° 11.

²⁰⁰ FC (63)4 du 3 mai 1963. Projet de rapport au conseil concernant le projet de convention tendant à éviter les doubles impositions en matière d'impôt sur le revenu.

²⁰¹ Com. 28 sous l'article 11(5) du Modèle de convention fiscale.

²⁰² La référence à l'Etat tiers ne concerne que l'Etat du siège.

²⁰³ FC571/1 du 26 janvier 1971, imposition des intérêts et redevances, articles 11 et 12 révisés.

Conscient de l'impasse politique et de l'incapacité d'obtenir un consensus, mais prenant en compte la difficulté, est ajouté aux commentaires une interprétation actuellement retenue du texte et une proposition alternative dite « clause australienne » :

« Une autre solution consisterait à ce que deux Etats contractants donnent au texte de la deuxième phrase du paragraphe 5 de l'Article 11 la teneur suivante : “Toutefois, lorsque le débiteur des intérêts, qu'il soit ou non résident d'un Etat contractant, a dans un Etat autre que celui duquel il est un résident, un établissement stable pour lequel l'emprunt générateur des intérêts a été contracté et qui supporte la charge de ces intérêts, lesdits intérêts sont réputés provenir de l'Etat où l'établissement stable est situé. »

En application de cette alternative, le principe est certes de reconnaître l'existence d'une situation triangulaire dans l'article 11(5) lui-même, mais également de constater qu'aucune solution satisfaisante n'est trouvée dans le Modèle de convention. Comme nous l'avons analysé ci-dessus, le traité B/R ne permet pas, en effet, de résoudre la question, car il ne vise que le cas où l'établissement est dans l'Etat B ou l'Etat R, mais non dans un Etat tiers P.

Ce n'est pas que le texte ne propose pas de traitement, c'est qu'il ne considère pas qu'il s'agit d'une exception et conserve donc l'application de la règle de source de l'article 11, qui prévoit la source dans l'Etat de résidence du débiteur (l'Etat R), créant ainsi une double source possible.

Il est ainsi indiqué dans les commentaires du Modèle de convention fiscale :

« Le paragraphe 5 n'apporte pas de solution à l'hypothèse, qu'il laisse en dehors de ses prévisions, où le bénéficiaire et le débiteur sont bien des résidents des Etats contractants, mais où les sommes empruntées l'ont été pour les besoins d'un établissement stable du débiteur situé dans un Etat tiers et qui supporte la charge des intérêts. En l'état actuel du paragraphe 5, seule la première phrase de ce paragraphe trouvera donc à s'appliquer

en pareille hypothèse. Les intérêts seront censés provenir de l'Etat contractant dont le débiteur est un résident et non de l'Etat tiers sur le territoire duquel est situé l'établissement stable pour le compte duquel l'emprunt a été contracté et qui doit payer les intérêts. »²⁰⁴

Ainsi, les intérêts sont imposés à la fois dans l'Etat contractant dont le débiteur est un résident et dans l'Etat contractant²⁰⁵. Le système confirme, en revanche, la solution lorsque la situation triangulaire est bilatérale dans le traité R/P, donnant la source à l'Etat R²⁰⁶.

Bien entendu, cette règle n'est applicable que si les intérêts sont effectivement rattachés à l'établissement stable. En l'absence de ce rattachement, le principe est que le traité R/B prévoit la source des intérêts dans l'Etat R, alors que le traité B/P ne résout pas la difficulté puisque l'article 11(5) de ce traité n'est pas applicable et que l'article 11(1) de ce même traité ne trouve pas non plus à s'appliquer en l'absence d'une relation entre deux résidents des Etats contractants. Cette vision est confirmée par les commentaires de l'article 7 du Modèle de convention fiscale²⁰⁷. Ces commentaires confirment que la notion de rattachement est exclusivement destinée à éviter l'évasion fiscale²⁰⁸. Nous sommes en accord avec cette analyse sous réserve de spécificités analysées plus avant²⁰⁹.

b L'acceptation actuelle

Dans ses travaux récents, l'OCDE semble progresser dans une direction dans laquelle l'élimination de la double imposition ne serait plus l'objet primordial voire unique des conventions fiscales, mais celui-ci devrait partager sa place avec la lutte contre

²⁰⁴ Com. 28 sous l'article 11 du Modèle de convention fiscale.

²⁰⁵ Com. 28 sous l'article 11 du Modèle de convention fiscale.

²⁰⁶ Com. 26 sous l'article 11 du Modèle de convention fiscale

²⁰⁷ « (...) la dérogation à la règle fixée dans la première phrase du paragraphe 5 ne se justifie que dans les cas où le lien économique entre l'emprunt et l'établissement stable est suffisamment caractérisé ». Commentaire 28 sous l'article 7 du Modèle de convention fiscale.

²⁰⁸ « (...) L'Etat contractant où résiderait le débiteur n'est donc pas tenu de renoncer à son imposition à la source au profit de l'Etat tiers où serait situé l'établissement stable pour le compte duquel l'emprunt aurait été contracté et qui supporterait la charge des intérêts. Si ce n'était pas le cas et si l'Etat tiers ne soumettait pas les intérêts à la charge de l'établissement stable à la retenue à la source, il serait possible d'essayer de se soustraire à l'imposition à la source dans l'Etat contractant par l'utilisation d'un établissement stable situé dans cet Etat tiers. » Commentaire 29 sous l'article 7 du Modèle de convention fiscale.

²⁰⁹ Cf. Nos développements Partie 2, Titre 2.

les doubles impositions, acceptées ou non par les signatures, connues ou non. Elle précise en particulier :

« En effet, alors qu'au départ, l'Organisation accepte la double imposition à défaut d'être en mesure de trouver une solution commune qui pourrait être acceptée à l'unanimité, laissant au Etat le soin dans leur droit interne de régler un problème que l'Organisation elle-même ne nie pas, le travaux récents semblent permettre aux Etats de justifier cette double imposition comme conséquence de comportements d'optimisation généralisés et même encourager ces derniers sous couvert de lutte contre l'évasion fiscale à ne pas engager d'action pour remédier à ces questions. Localisation géographique de l'activité en tant que critère d'analyse. »²¹⁰

Notre lecture des travaux actuels est, peut-être, trop pessimiste mais nous ne pouvons douter que les discussions les plus récentes permettent de créer un climat favorable à une évolution positive, au moins dans un avenir immédiat. Notre vision des choses est de proposer la mise en place pour les situations inversées, comme pour les situations classiques, d'un régime simplifié et l'application uniquement du traité P/B²¹¹.

II. Les solutions alternatives

La question n'est pas ignorée par les institutions internationales, même si les solutions conventionnelles restent parcellaires et incomplètes (A). Les expériences au sein de l'Union Européenne donnent un éclairage spécifique à la question et offrent des perspectives (B).

A. Les solutions conventionnelles

La réponse issue de l'article 11 du Modèle de convention fiscale contient des principes contradictoires (1). Une analyse plus approfondie du Modèle de convention fiscale ne permet pas de résoudre totalement ces contradictions (2).

²¹⁰ Projet OCDE/G20 sur l'érosion de la base d'imposition et le transfert de bénéfices : *Empêcher l'utilisation abusive des conventions fiscales lorsque les circonstances ne s'y prêtent pas*, Ed. OCDE 2014.

²¹¹ Cf. Partie 2, Titre 2.

1. *Les principes apparemment contradictoires*

La première remarque est de noter, qu'en réalité, le texte de l'article 11 du Modèle de convention fiscale et le texte des commentaires de ce même article traitent de deux sujets partiellement différents.

Le traité, comme nous l'avons noté, n'envisage que quelques situations triangulaires, principalement bilatérales, lorsque l'établissement stable est localisé dans l'un des Etats contractants ou lorsque le siège de l'emprunteur est dans un Etat tiers.

Il ne couvre pas la question lorsque l'établissement est dans un Etat tiers. Dans cette situation, le traité B/R ne vise pas la question et dans le traité B/P la question n'existe pas puisque l'établissement est, par hypothèse, localisé dans l'un des Etats contractants et non dans un Etat tiers.

Les commentaires de l'OCDE ont donc deux fonctions :

- La première est de justifier le choix retenu, à savoir le risque de rattachements fictifs à un établissement d'intérêts et la double imposition en résultant²¹².
- La seconde est de proposer une solution alternative.

On peut s'interroger sur la logique de cette approche. Cette question relève, à notre avis, plus du Modèle de convention fiscale lui-même que des commentaires. Les deux solutions devraient donc être incluses dans le texte du traité lui-même. C'est probablement en raison de l'absence de consensus politique, sans en nier l'importance pratique, que la solution alternative est mentionnée dans les commentaires.

Cette stratégie semble justifiée dans les commentaires inclus dans le rapport sur les situations triangulaires²¹³ :

« Il a été décidé de ne pas traiter ce cas dans la Convention. L'Etat contractant où résiderait le débiteur n'est donc pas tenu de renoncer à son

²¹² Com. 27 et s. sous l'article 11 du Modèle de convention fiscale.

imposition à la source au profit de l'Etat tiers où serait situé l'établissement stable pour le compte duquel l'emprunt aurait été contracté et qui supporterait la charge des intérêts. Si ce n'était pas le cas et si l'Etat tiers ne soumettait pas les intérêts à la charge de l'établissement stable à la retenue à la source, il serait possible d'essayer de se soustraire à l'imposition à la source dans l'Etat contractant par l'utilisation d'un établissement stable situé dans cet Etat tiers. »²¹⁴

Ici encore, la justification de l'opportunité d'une proposition contraignante se heurte au risque présumé d'une interposition d'un établissement stable faiblement imposé, ligne conductrice de la réflexion de l'OCDE à l'époque. Justifier une double imposition systématique par un risque d'évasion fiscale ne nous semble pas une solution adaptée, surtout si l'on considère que l'interposition de l'établissement n'aboutit pas systématiquement à l'obtention d'un avantage fiscal global, comme nous le démonterons dans la seconde partie de nos travaux. Ceci se heurte aux évolutions actuelles des travaux de l'OCDE qui se concentrent désormais sur l'évitement de la reconnaissance d'un établissement plus que l'interposition d'un établissement stable²¹⁵.

Une autre solution proposée est d'utiliser une procédure amiable, mais en application du traité R/P:

« L'Etat de résidence du payeur (Etat R) et l'Etat tiers où est situé l'établissement stable (Etat P) pour le compte duquel l'emprunt a été contracté et qui supporte la charge des intérêts, revendiquaient l'un et l'autre le droit de taxer lesdits intérêts à la source, rien ne s'opposerait à ce que ces deux Etats ainsi, éventuellement d'ailleurs, que l'Etat de la résidence du bénéficiaire des intérêts (Etat B), se concertent pour remédier à la double imposition qui résulterait de ces prétentions en ayant

²¹³ *Modèle de convention fiscale : « Cas triangulaires », adopté par le Conseil de l'OCDE le 23 juillet 1992.*

²¹⁴ *Com. 29 Modèle de convention fiscale : quatre études, « Cas triangulaires », adopté par le Conseil de l'OCDE le 23 juillet 1992.*

²¹⁵ *Cf. Partie 2, Titre 1, Chapitre 1.*

recours si nécessaire à la procédure amiable (telle qu'elle est envisagée au paragraphe 3 de l'article 25) »²¹⁶

Les commentaires ajoutés en 2005 proposent, une autre solution, soit la mise en place d'une convention multilatérale, ce qui peut paraître plus une clause de style à l'époque qu'une véritable recommandation²¹⁷, soit de donner un droit exclusif d'imposition à l'Etat de résidence. La solution n'est donc pas trouvée directement dans le traité R/B, mais en combinant des dispositifs dans le traité R/B et le traité P/B et surtout une interprétation extensive qui n'est pas totalement claire, même dans les commentaires qui précisent :

« Comme l'indique le paragraphe 29, une telle double imposition pourrait être évitée soit au moyen d'une convention multilatérale soit si l'Etat de résidence du bénéficiaire et l'Etat de résidence du payeur étaient d'accord pour donner au texte de la deuxième phrase du paragraphe 5 la teneur suivante, de telle sorte que les paragraphes 1 et 2 de l'article ne puissent s'appliquer aux intérêts, auxquels s'appliqueraient alors les dispositions des articles 7 ou 21 :

« Toutefois, lorsque le débiteur des intérêts (Etat R/R1), qu'il soit ou non un résident d'un Etat contractant, a dans un Etat autre que celui dont il est un résident (Etat P/P1)²¹⁸ un établissement stable pour lequel la dette donnant lieu au paiement des intérêts a été contractée et qui supporte la charge de ces intérêts, ceux-ci sont considérés comme provenant de l'Etat où l'établissement stable est situé. »²¹⁹

Ce texte permet de résoudre certaines difficultés, mais en aucun cas toutes celles-ci.

²¹⁶ *Modèle de convention fiscale : « Cas triangulaires »*, adopté par le Conseil de l'OCDE le 23 juillet 1992.

²¹⁷ Les mentalités semblent évoluer sur ce thème à la suite de l'initiative *BEPS* même si les conséquences pratiques de cette évolution restent très incertaines.

²¹⁸ A comparer avec « *a dans un Etat contractant* » couvrant ainsi implicitement la situation dans laquelle l'établissement est dans l'un des Etats R/B, à l'instar de l'article 11(5) du Modèle mais aussi celle dans laquelle l'établissement est dans un Etat tiers comme dans les commentaires de l'article 11 paragraphe 30.

²¹⁹ Com. 28 sous l'article 11 du Modèle de convention fiscale.

2. *L'analyse des solutions*

a *Les solutions issues de l'article 11 du Modèle de convention fiscale*

- La solution issue de l'article 11 du traité R/P

Selon le paragraphe 29 des commentaires de l'article, l'article 11 (5) du traité R/P propose, à l'instar de l'article 4, une résolution des conflits de source. Selon cette démarche, il permet de déterminer une source et une seule pour les revenus attribués à l'établissement stable. Cette solution est dite de « *tie breaker* ». Selon cette vision, les commentaires de l'article 11 suggéreraient que l'article 11 (5) du traité P/R puisse éliminer l'imposition à la source²²⁰, alors que l'Etat R aurait renoncé à son droit d'imposer. L'argument indirect serait alors que, puisque l'Etat R a renoncé au sein du traité P/R à la source des intérêts, il ne peut, en application du traité R/B, demander à bénéficier de la source dans son Etat et doit renoncer au profit de l'Etat P.

Si cette démarche peut convaincre dans son principe, car elle aboutit à demander à un Etat de ne pas prendre deux positions conflictuelles dans deux traités signés par celui-ci, elle nécessite une revue constructive, car elle ne découle pas du texte de la convention. Ce n'est pas ce que l'article 11(5) du traité B/R vise, puisqu'il ne couvre que le cas où l'établissement est situé dans l'un des Etats contractants (c'est la résidence qui peut être dans un Etat tiers). La renonciation éventuelle de l'Etat R n'est qu'indirecte.

Par ailleurs, la lecture des commentaires n'est pas totalement claire. Il pourrait être considéré, par exemple, que l'article 11(5) n'interdit pas l'imposition par l'Etat R dans sa relation R/B explicitement, mais confirme uniquement le droit d'imposer de l'Etat P en application du traité P/R, laissant l'Etat R seul juge du régime à appliquer avec l'Etat B. Il s'agirait en réalité juste de régler la difficulté entre l'Etat R et l'Etat P dans cette relation, laissant la relation R/B non affectée et à l'Etat P le droit d'imposer.

Cette analyse nous paraît intéressante, dans la mesure où elle refuse de reconnaître l'influence du traité P/R sur la situation des intérêts versés à B, alors même que ceux-ci ne sont pas régis par le traité P/B ou R/P puisque, pour l'OCDE, l'Etat P a le droit d'imposer sans restriction les intérêts versés par lui au résident B, puisque l'établissement stable n'est pas résident de celui-ci, donc non couvert de ce point de vue par le traité R/P article 11(5), qui ne vise que la relation R/P.

Cette approche a pour principal mérite d'éliminer, entre l'Etat R et l'Etat P, les conflits de source et de résoudre les questions de double imposition à la source en proposant à l'Etat R de renoncer à sa retenue à la source prévue éventuellement par son droit interne²²¹. Elle permet aussi indirectement d'obliger l'Etat R à conserver une certaine cohérence entre les traités P/R et R/B. La cohérence n'est cependant pas formellement imposée, créant l'incertitude.

Certains auteurs ont tiré de cette incertitude que la solution proposée par le traité R/P serait de toute manière incomplète puisqu'elle ne règle pas la relation B/P²²²²²³.

- La solution issue du traité R/B proposée dans les commentaires du Modèle de convention fiscale (clause dite australienne).

Le paragraphe 30 des commentaires de l'article 11 (5) du Modèle de convention fiscale propose une solution alternative à celle exposée ci-dessus. La philosophie de cette solution est différente, puisqu'elle est fondée sur une prédétermination de la source dans un Etat tiers, de celui des parties.

L'article serait ainsi rédigé :

« Toutefois, lorsque le débiteur des intérêts, qu'il soit ou non un résident d'un Etat contractant, a dans un Etat autre que celui dont il est un

²²⁰Jakobsons(C), « Payment of interest by a permanent establishment to a third state resident » in *Triangular tax cases*, Linde Verlag 2004, p. 87.

²²¹ Ainsi un Etat qui, en principe, ne procède pas à une distinction de source lorsqu'il applique une retenue à la source sur les intérêts versés par un de ses résidents devrait au terme de cette clause ne pas prélever une telle retenue à la source, le droit étant concédé (si les conditions sont remplies) à l'Etat P.

²²² Hattingh (J), « The role and function of Article 1 of the OECD Model », IBFD, *Bulletin*, November 2003 p. 546-553.

²²³ Jones (JA), « Tax treaty problems relating to source », *European taxation* 1998/3, p. 75-85.

résident²²⁴ un établissement stable pour lequel la dette donnant lieu au paiement des intérêts a été contractée et qui supporte la charge de ces intérêts, ceux-ci sont considérés comme provenant de l'Etat où l'établissement stable est situé. »²²⁵

Cette proposition diverge de la précédente sur deux points :

- L'article est dans le traité R/B et non R/P²²⁶ ;
- L'article ne se limite pas au cas où l'établissement est situé dans un des Etats contractants, mais vise le cas où celui-ci est localisé dans un Etat tiers ; ce n'est plus le siège qui est situé dans un Etat tiers, mais l'établissement stable.

On éliminera, dès le départ, l'interprétation qui voudrait que l'article s'applique lorsque les deux conditions sont réunies, à savoir le débiteur n'est pas dans un Etat contractant et l'établissement est situé, lui aussi, dans un Etat tiers autre que celui dont il est résident²²⁷. En effet, cela équivaldrait à donner un effet à un traité dans une situation totalement extraterritoriale. Cette situation nous semble être en contradiction avec l'article 1 du traité R/B sur le principe, car aucun résident n'est en cause, mais aussi dans l'esprit, car aucune présence taxable de l'Etat R n'existe.

A part le cas visé ci-dessus, cette approche propose une présomption de source, dans l'Etat de situation de l'établissement stable, établie à l'égard du siège, mais aussi à l'égard du bénéficiaire. En effet, cette présomption n'est pas uniquement destinée à régler la situation des Etats contractants R/P. C'est dans le traité B/R que cette clause représente une réelle amélioration puisqu'elle détermine, pour les besoins de la relation entre résidents de l'Etat B et de l'Etat R, la source lorsque l'un des résidents (dans notre cas le résident de l'Etat R possède un établissement dans l'Etat P) dispose dans un Etat tiers d'un établissement. Historiquement, le nom est donné à cette clause par la doctrine, car elle a été insérée dans les traités mis en place par l'Australie²²⁸.

²²⁴ A comparer avec « *a dans un Etat contractant* » de l'article 11(5) du Modèle de convention fiscale.

²²⁵ Com. 30 sous l'article 11(5) du Modèle de convention fiscale.

²²⁶ Peut-être un renvoi dans les traités en case entre eux pourrait éliminer cette difficulté.

²²⁷ Puisque le texte proposé permet de s'appliquer à un résident ou non d'un Etat contractant.

²²⁸ Conventions avec l'Autriche, le Canada, la Finlande, l'Inde, l'Italie, les Pays-Bas, la Norvège et les Etats-Unis mais pas avec la Suisse.

Dès lors, en supposant que cette clause soit incluse dans le traité R/B et qu'aucun traité n'existe entre l'Etat P et l'Etat B, ou qu'un traité existe mais qu'il ne contient pas la clause *tie breaker*, la clause australienne prévoit que l'intérêt est considéré comme de source unique dans l'Etat P et donc l'élimination de la double imposition appliquée en fonction de ce traité. Cette solution est aussi efficace lorsque l'Etat P exonère de retenue à la source, en application de son droit interne, les paiements effectués par l'établissement localisé dans cet Etat²²⁹.

Le système ici est clairement plus efficace que celui proposé précédemment puisque le bénéficiaire des revenus, lui-même victime de la double imposition, peut invoquer le dispositif.

On doit cependant admettre que cette clause ne peut, en tout état de cause, avoir d'effet que si certaines conditions sont réunies :

- soit un traité existe entre R et B et contient une telle clause, et il n'y a pas de traité entre le pays de localisation de l'établissement stable et R, auquel cas la clause s'impose sans difficulté pour déterminer la source²³⁰ ;
- soit un traité existe en R et B contenant cette clause et un traité existe entre R et P, mais le traité R/P dispose lui aussi d'une clause dite australienne (le fait qu'un traité puisse exister entre P et B est dans cette hypothèse sans effet).

La question devient probablement plus complexe lorsqu'une clause dite « *australienne* » existe dans le traité B/R et qu'une clause dite « *tie breaker* » existe dans le traité R/P. Dans cette hypothèse un conflit de source peut exister. En réalité, pour des motifs différents, les deux traités pourraient, dans certaines circonstances, proposer une source unique, celle de l'établissement, qui nous paraît la plus logique²³¹. La solution n'est pas totalement certaine.

La question du taux de la retenue à la source applicable n'est pas totalement résolue, même si l'on peut penser que le taux devrait être le taux du traité P/B pour l'Etat de

²²⁹ Cas qualifiés de *no source* par la doctrine anglo-saxonne par exemple Lombardi (M), « Triangular situations: a case of double source taxation of interest and royalties », IBFD, *Bulletin* 1997, Avril, p. 180.

²³⁰ Où il est considéré que la clause dite « *tie breaker* » en place dans un éventuel traité P/R n'est pas effective à l'égard d'un résident de l'Etat B.

source (en effet l'Etat R renoncerait à appliquer sa retenue à la source en application du traité R/P) qui, s'il est supérieur au taux du traité R/B, laissera subsister une double imposition dans la mesure où le traité R/B permettrait l'élimination de la double imposition au taux du traité R/B et non celui du traité P/B. La solution obligerait donc que les Etats de source applique un traité uniquement mais que celui-ci soit celui appliqué pour l'élimination de la double imposition du côté du bénéficiaire. Une obligation unilatérale ne suffit donc pas à résoudre totalement le conflit qui est tripartite.

En conclusion, si l'on tente de comparer les deux options²³² :

- Un point très important est le régime d'imposition du bénéficiaire. C'est aussi la question qui doit permettre de déterminer les mérites respectifs des deux systèmes. Dans ce domaine, la clause dite australienne est invocable directement par le bénéficiaire et envisage donc une solution plus efficace. En outre, le bénéficiaire peut éventuellement demander une élimination de la double imposition en application du traité R/B. C'est donc, d'un point de vue théorique, et sous réserve de la question du taux, une clause réellement triangulaire. Dans la mesure où le bénéficiaire est celui qui, au final, resterait affecté par une éventuelle double imposition, cette clause est plus adaptée.
- La faiblesse de ce régime est effectivement qu'il n'est applicable que si un traité spécifique existe entre l'Etat R et l'Etat B. Au contraire, la clause dite de « *tie breaker* » semble incluse dans pratiquement tous les traités qui suivent le Modèle OCDE comme une clause standard de source. L'efficacité d'une telle clause est aussi liée à l'existence d'un traité entre l'Etat P et l'Etat R et ne protège pas totalement le bénéficiaire. Sans traité entre B et P, l'élimination de la double imposition est incertaine à la source²³³.

²³¹ Le traité R/P donne la source dans l'Etat P en application de la clause dite *tie breaker* et le traité R/B donne la source dans l'Etat tiers P en application de la clause australienne.

²³² On notera une conclusion divergente contenue dans Johns (AJ), Bobbett (C), « Triangular treaty problems: A summary of the discussion at seminar E at the IFA congress in London », IBFD, *Bulletin*, January 1999, p. 16-20 et l'avis plus convergent de Lombardi (M), « Triangular situations: a case of double source taxation of interest and royalties », IBFD, *Bulletin* 1997, Avril p. 177.

²³³ Nous verrons qu'elle l'est aussi du côté du bénéficiaire Cf. Titre 2 de la présente partie.

b Les solutions issues d'autres articles du Modèle de convention fiscale

On peut s'interroger si le système proposé permet de résoudre toutes les difficultés.

Ainsi, par exemple, se pose la question de la déductibilité des intérêts par l'établissement stable. Dans les solutions analysées ci-avant, la clause insérée dans le traité R/B est probablement celle qui pose le meilleur alignement des règles de déduction et de source. En effet, ce traité va prévoir la source des intérêts mais aussi, au travers de la clause de non-discrimination, une déductibilité des intérêts au niveau de R au moins équivalente à celle accordée aux autres sociétés résidentes de l'Etat R. Si cet Etat ne permet pas la déduction des intérêts dans cet Etat en application de son droit interne, il ne devrait pas le permettre en l'espèce.

Il convient de s'interroger si la solution proposée par le traité R/P réglerait cette question de la déductibilité des intérêts eux-mêmes. Seule une clause de non-discrimination dans le traité R/P pourrait améliorer la situation en proposant de traiter l'établissement comme une société localisée dans l'Etat P, en particulier en ce qui concerne la déduction des intérêts versés à une société localisée dans l'Etat B. La solution n'est pas directe, mais indirecte. L'application triangulaire serait donc indirectement couverte.

Cependant, il convient aussi de s'interroger si ce principe peut avoir d'autres conséquences. La question n'est plus la base d'imposition de l'établissement lui-même, mais celle de la retenue à la source due par le résident B, donc hors du champ de la clause de non-discrimination de l'article du traité P/R. Le traité P/R n'offre, pour ce qui est d'une retenue à la source versée par l'établissement, aucune protection car cette imposition est celle du bénéficiaire de l'Etat B et non celle de l'établissement stable et n'est donc probablement pas discriminatoire.

Une autre question est de déterminer si l'article 21 du traité pourrait influencer les situations visées ci-dessus.

Très peu de doctrine est consacrée à l'analyse de l'effet potentiel de l'application de l'article « autres revenus »²³⁴ du Modèle de convention fiscale aux situations visées. Ce dispositif est en général invoqué dans le cas de sociétés doubles résidentes plutôt que dans le cas de situations triangulaires inversées. Soit la doctrine est consacrée à des sujets qui ne visent pas directement la question de la source des intérêts, soit la vision est parcellaire et ne considère pas avec égard l'argument. Les commentaires dédiés à cet article ne visent pas, en tout état de cause, directement les situations triangulaires inversées²³⁵. Il nous semble que l'idée mérite plus d'attention.

L'article 21²³⁶ précise :

« 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 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. »

Une première lecture semble indiquer que cet article est aussi un article de source pour déterminer une source lorsque les règles de la convention n'y font pas référence. La difficulté est de savoir si le fait que le revenu puisse être mentionné à l'article 11(5), même pour en être exclus, interdit l'application de l'article 21²³⁷. En l'espèce,

²³⁴ Article 21 du Modèle de convention fiscale.

²³⁵ Ward (D), « The other income article of income tax treaties », *BTR*, November 1990 p. 352-384. Auteur non favorable qui indique « cette remarque ne paraît cependant pas avoir beaucoup de sens quant au principe posé car ce n'est pas la convention franco algérienne, par exemple, qui peut donner à la France le droit d'imposer un revenu provenant d'un Etat tiers ». « Elle vaut d'avantage en réalité par l'exception qui est faite par la convention au cas des revenus de source extérieure aux deux Etats et attribués à un établissement stable ». « En l'absence de précisions en ce sens, la France n'aurait peut-être pas le droit par exemple, d'imposer un intérêt de source italienne perçu par l'établissement stable en France d'une société algérienne puisqu'il s'agit d'un revenu perçu par un résident d'Algérie (l'établissement n'est pas résident de France) qui n'est pas de source française », Gouthière (B) *Les impôts dans les affaires internationales*, Editions Lefebvre, mis à jour 1^{er} septembre 2012, p. 215.

²³⁶ Detweiler (A), « Article 21 of the OECD Model Convention : past present and future », *Intertax*, 2009 April, p. 235-249.

²³⁷ C'est-à-dire que, dès que le type de revenu est mentionné dans un article, l'article 21 devient alors inapplicable

l'indication de la notion d'intérêt, redevance et dividende dans les articles 11, 12 et 13 interdirait donc l'application de l'article 21.

A notre avis, cela n'est pas le cas. La logique de ce régime est plutôt de considérer que lorsque l'article 11(5) ne détermine pas la source du revenu, alors l'article 21 pourrait être appliqué²³⁸. Le fait que l'article 11 vise l'intérêt en lui-même ne serait pas suffisant pour exclure avec certitude l'application de l'article 21.

Cette approche découle, en premier lieu, de la lecture directe des commentaires qui précisent :

« 1. Cet article énonce une règle générale concernant les revenus qui ne sont pas traités dans les articles précédents de la Convention. Les revenus considérés ne sont pas seulement ceux qui font partie d'une catégorie non expressément traitée, mais aussi ceux qui proviennent de sources non expressément mentionnées. L'application de l'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. »²³⁹

Elle est en outre confirmée par une analyse historique.

Dès 1960, en effet, le Rapport au comité fiscal sur l'article prend sa forme moderne et est rédigé de la manière suivante :

« Les éléments de revenu qui ne sont pas expressément mentionnés dans les articles précédents de la Convention ne sont imposables que dans l'Etat contractant dont le bénéficiaire est résident. »²⁴⁰

On peut toutefois s'interroger, à l'époque, si le caractère extraterritorial est déjà dans ce texte. Certains auteurs sont favorables à cette approche, au motif que dans le cas

²³⁸ Position contraire sur les situations triangulaires, Pötgens (F), Bosman (A), « Discussion of Alexander's Rust paper on article 21 OECD Model convention » in *Source Vs Residence, Intertax*, Kluwer, 2008, p. 348-356.

²³⁹ Com. 21.1.

²⁴⁰ OECE, Troisième rapport du comité fiscal au Conseil du 13 juillet 1960 adopté dans le cadre de la 19^{ème} session par le conseil le 28 juin 1960 C(60)157.

contraire l'article n'aurait pas d'effet²⁴¹. D'autres sont plus dubitatifs, ces derniers considérant que ce n'est que lors de la rédaction du Modèle de 1977 que le principe est acquis.

De notre côté, nous serions enclin à penser qu'en 1977 le doute n'existe plus sur ce sujet et que les modifications proposées et qu'ainsi la solution n'était pas définitive avant cette date.

En 1977, est adoptée la substance du Modèle actuel et est ajoutée la référence aux termes « *d'où qu'ils proviennent* » qui désignent à l'évidence les revenus de source d'Etat tiers. Les restrictions sur l'imposition des établissements stables sont aussi ajoutées à cette occasion.

Les commentaires de l'époque, encore en vigueur, sont d'ailleurs assez explicites sur ce sujet et indiquent : « *L'application de l'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* ».

On a donc un article qui permettrait, en théorie, dans l'un des Etats de considérer que le revenu doit être imposé dans l'autre Etat contractant, à la condition que le premier Etat ne vise pas ces autres revenus dans un traité. En pratique, la solution serait identique à celle qui donne à l'Etat P le droit d'imposer. On remarquera que, par définition, l'application de ce dispositif aux redevances est possible²⁴².

Enfin, on peut s'interroger si la clause de non-discrimination incluse dans un traité pourrait offrir une protection. Il nous semble que celle incluse dans le traité R/P ne pourrait pas permettre d'éviter une retenue à la source dans l'Etat P car l'imposition versée par l'établissement en tant que débiteur est en réalité l'imposition du résident de l'Etat B qui n'est pas visé dans cette clause. La clause éventuellement incluse dans le traité B/P n'offrirait pas non plus une solution car elle permettrait d'appliquer aux flux une retenue à la source identique à celle applicable aux flux versés par une société de l'Etat P, ce qui n'offre pas de solution car le problème n'est pas

²⁴¹ Ward (D), « The other income article of income tax treaties », *BTR*, November 1990, p. 352-384.

l'application d'une retenue à la source lorsque le revenu est de source P, mais l'application de deux retenues à la source dans l'Etat P et l'Etat R.

On notera aussi que considérer l'établissement comme un résident au sens du traité P/B avec traitement similaire dans le traité B/R permettrait de résoudre cette question²⁴³.

B. L'apport du droit communautaire

Même si le droit communautaire n'est pas au centre de notre étude, il peut proposer des solutions alternatives multilatérales intéressantes qui pourraient être utilisées pour envisager des modifications du régime par exemple en arbitrant le conflit de source au profit de l'Etat de déduction de la charge correspondante (1). Cette proposition ne permet cependant pas de régler toutes les difficultés (2).

Dans un espace harmonisé, chacun pourrait imaginer que les conflits de source ne sont pas une difficulté réelle. En réalité, dans un territoire par définition harmonisé, l'incertitude est moins grande, car seule la neutralité est recherchée, c'est à dire la source unique, car la double imposition peut exister si l'imposition est effectuée deux fois à la source, sans double élimination. En comparaison avec un espace non-harmonisé, les taux d'imposition seront probablement identiques, voire nuls dans le meilleur des cas.

En outre, aussi harmonisé que soit un territoire, il comporte des frontières.

Il existe ainsi de nombreux cas qui sont hors du champ des directives et qui restent soumis aux règles des traités. Par exemple, l'article 8 de la Directive Intérêts et Redevances²⁴⁴ précise que celle-ci n'est pas applicable :

²⁴² Cf. Nos propositions de modification du Modèle en conclusion.

²⁴³ Cf. Nos propositions de modification du Modèle en conclusion.

²⁴⁴ Directive 2003/49/CE du 3 juin 2003. Ci-après la « Directive Intérêts et Redevances ». Distaso (M.), Russo (R.), « The EC Interest and Royalties Directive – A Comment », *European Taxation*, IBFD, April 2004, p. 143-154. Troinano (P.), « The EU interest and Royalty directive: the Italian perspective », *Intertax*, 2004, n° 6/7, p. 325-331. Raventos (S.), « On the interest and Royalties directive, or how an expresso measure become a decaf one », *European Taxation*, IBFD, July 2000, p. 286-287. Brokelind (C.), « Royalty payments: unresolved issues in the Interest and Royalties Directive », *European Taxation*,

« Lorsque des intérêts ou des redevances sont payés par ou à un établissement stable, situé dans un Etat tiers, d'une société d'un Etat membre et que l'activité de la société est exercée entièrement ou partiellement par cet établissement stable. »

En outre, dans un territoire harmonisé, la concurrence pour la ressource fiscale ne disparaît pas.

1. *Le règlement des conflits de source par alignement du lieu de déduction et de la source*

Comme les traités, la Directive propose des règles de source et une solution aux conflits de source.

La Directive Intérêts et Redevances prévoit dans son article 1(2) :

« Un paiement effectué par une société d'un Etat membre ou par un établissement stable situé dans un autre Etat membre est réputé échu dans cet Etat membre, ci-après dénommé "Etat d'origine". »

Une première interprétation pourrait être que le versement effectué par le siège ou l'établissement stable du siège situé dans un autre Etat membre est présumé être systématiquement source du siège de la société visée. Il y aurait donc une prédominance de l'Etat du siège comme Etat de source, suivant ainsi la réalité juridique plutôt que la réalité fiscale.

On peut cependant s'interroger sur la validité d'une conclusion aussi systématique.

IBFD, May 2004, p. 252-258. Weber (D.), « The proposed EC interest and Royalty directive », *EC Tax Review*, 2000/1, p. 15-30. Martinho Fernandes (S.), Bernales (R.), Goeydenis (S.), Bob Michel (R.), Popa (O.), Santoro (E.) : « A Comprehensive Analysis of Proposals To Amend the Interest and Royalties Directive – Part 1 », *European Taxation*, IBFD, September/October 2011, p. 396-414. « A Comprehensive Analysis of Proposals To Amend the Interest and Royalties Directive – Part 2 », *European Taxation*, IBFD, November 2011, p. 414.

Tout d'abord, si la source était toujours celle de l'Etat du siège, alors d'autres dispositifs de la Directive seraient inutiles. Ainsi, par exemple, l'article 1(3) précise: *« Un établissement stable n'est considéré comme payeur d'intérêts ou de redevances que si les paiements concernés constituent, dans l'Etat membre dans lequel il est situé, une charge fiscalement déductible pour cet établissement stable »*. Cet article n'aurait pas de sens s'il fallait interpréter l'article 1^{er} comme un règlement systématique des conflits de source au profit de l'Etat du siège. Comment imaginer, en effet, que la Directive règle le problème, en donnant le droit à déduction à l'Etat de situation de l'établissement et celui de la source à l'Etat du siège ?

Plus important, l'article 1(6) prévoit que les conflits sont réglés de la manière suivante :

« Lorsqu'un établissement stable d'une société d'un Etat membre est considéré comme payeur ou bénéficiaire d'intérêts ou de redevances, aucune autre partie de la société n'est considérée comme payeur ou bénéficiaire des intérêts ou redevances concernés au sens du présent article ».

Cet article constitue un règlement des conflits de source. Ainsi, lorsqu'un versement est effectué par un établissement, l'application combinée des articles implique que l'établissement seul est la source de revenus, le siège étant privé de cette prérogative.

Ainsi, en application de ce dispositif, une société d'un Etat membre ne peut pas être traitée comme versant un revenu de double source. Soit le versement n'est pas identifié comme effectué par l'établissement en application de l'article 1(3)²⁴⁵, car il n'est pas déduit par l'établissement stable, soit l'établissement stable est le débiteur du revenu, auquel cas l'Etat du siège ne pourra être considéré comme l'Etat de source. Il existe donc un alignement entre lieu de déduction de la charge et lieu de source du revenu. Le conflit, en cas de double déduction pourrait subsister et aboutir

²⁴⁵ L'article 1(3) de la Directive Intérêts et Redevances précise : *« 3. Un établissement stable n'est considéré comme payeur d'intérêts ou de redevances que si les paiements concernés constituent, dans l'Etat membre dans lequel il est situé, une charge fiscalement déductible pour cet établissement stable »*.

à accepter deux sources, mais, dans ce cas, l'optimisation probable recherchée pourrait être une justification du non-règlement du conflit.

On pourrait considérer que l'article 1(6) ne vise que les conflits entre établissements stables, dès lors que l'article mentionne uniquement « *les autres parties* » de l'entreprise et non le « *siège* ». Cette interprétation littérale du texte ne nous paraît cependant pas convenir, compte tenu de l'objet de l'article 1(6) qui est d'éviter les conflits entre siège et établissements mais aussi établissements stables entre eux, en application de l'article 1(3) de la Directive.

On a donc en place un système qui prévoit un lieu unique de source, qui correspond au lieu de déduction de la charge. Il existe ainsi une condition supplémentaire pour déterminer la source.

2. *La subsistance de difficultés d'interprétation*

Lors de la mise en place des directives, chacun aurait pu imaginer que l'instrument proposé permettrait de répondre aux incertitudes issues de l'application des traités en autorisant l'harmonisation des concepts issus des traités et arbitrer les conflits d'imposition entre les divers Etats, ceux-ci étant, par définition, partie de la même communauté d'intérêts. La réalité est autre.

Tout d'abord, la définition de la notion d'établissement stable pose une question spécifique dans le cadre communautaire. Il existe, par exemple, une définition de l'établissement retenue pour la TVA issue de la sixième Directive²⁴⁶, qui fait référence au concept d'établissement stable mentionné à l'article 9(1)²⁴⁷ de la Directive dans les termes suivants :

« *Le lieu d'une prestation de services est réputé se situer à l'endroit où le prestataire a établi le siège de son activité, économique ou un établissement stable à partir duquel la prestation de services est rendue (...)* »

²⁴⁶ Directive 77/388/EEC du 17 mai 1977.

La Directive ne définit pas précisément la notion, mais la Cour de Justice²⁴⁸ a, dans le cadre de diverses décisions, permis d'appréhender le concept donnant lieu à une doctrine importante sur le sujet²⁴⁹, qui considère que la notion n'est pas exactement identique à celle d'établissement stable, au sens du Modèle de convention OCDE et est principalement influencée par la substance matérielle et humaine locale. Cette définition diffère en effet de l'article 5 du Modèle de convention fiscale qui ne requiert pas la présence humaine pour la mise en évidence d'un établissement stable, en particulier en ce qui concerne les matériels^{250 251}.

L'approche originelle retenue par la communauté et celle retenue par l'OCDE marquent une profonde divergence quant à la possibilité de reconnaître un établissement stable. L'auteur crédule aurait pu penser que les directives avaient pour premier objectif d'harmoniser cette notion fondamentale dans le cadre de leur champ d'application, ce qui n'est pas le cas.

En effet, les directives ne contiennent pas directement à l'origine une définition de la notion d'établissement, que ce soit la Directive Fusion²⁵² ou la Directive Mère-Fille²⁵³.

C'est après modification et avec l'introduction de la Directive Intérêts et Redevances qu'une tentative de définition va être donnée.

Est défini l'établissement stable dans la Directive Mère/Fille comme :

²⁴⁷ Référence aussi incluse à l'article 9 e (2) de la Directive Intérêts et Redevances.

²⁴⁸ Par exemple, ECJ 4 Juillet 1985 C 168/84 *Berkholz*, 17 juillet 1985 C 190/95 *ARO lease*, C 390/96 *Lease plan Luxembourg*.

²⁴⁹ Pistone (P), « Fixed establishment and permanent establishment », *International VAT monitor*, mars 1999, p. 101.

²⁵⁰ Modèle de convention commentaire de l'article 5 Com. 42.6 ajouté en 2003 : « Lorsqu'une entreprise exploite un équipement informatique à un endroit particulier, il peut exister un établissement stable même si aucun personnel de cette entreprise n'est nécessaire à cet endroit pour l'exploitation de l'équipement. La présence de personnel n'est pas nécessaire pour considérer qu'une entreprise exerce totalement ou partiellement son activité à un endroit si aucun personnel n'est en fait requis pour y exercer des activités d'entreprise. Cette conclusion s'applique au commerce électronique de la même façon qu'elle s'applique à d'autres activités dans lesquelles un équipement fonctionne automatiquement, par exemple une station de pompage automatique utilisée pour l'exploitation de ressources naturelles. »

²⁵¹ Distaso (M), Russo (R), « The EC interest and Royalty Directive - a comment », IBFD, *European Taxation*, April 2004, p 147.

²⁵² Directive 86/434/EEC du 20 août 1990.

²⁵³ Directive 90/435/EEC du 23 juillet 1990, amendée en 2003 2003/123/EC du 22 décembre 2003.

« Toute installation fixe d'affaires située dans un Etat membre dans laquelle l'activité d'une société d'un autre Etat membre est exercée en tout ou partie, dans la mesure où les bénéfices de cette installation d'affaires sont assujettis à l'impôt dans l'Etat membre dans lequel elle se situe en vertu du traité fiscal bilatéral applicable, ou en l'absence d'un tel traité, en vertu du droit national. »²⁵⁴

La Directive Intérêts et Redevances précise, quant à elle, que l'on entend « *par établissement stable toute installation fixe d'affaires situées dans un Etat membre dans lequel l'activité d'une société d'un autre Etat membre est exercée en tout ou partie.* »²⁵⁵

Ces deux définitions font donc référence à une installation fixe d'affaires, située dans un Etat membre. Cette définition de l'installation fixe d'affaires est celle retenue par les conventions fiscales, dans la mesure où rien ne permet de penser différemment, même si l'absence de référence dans le texte ne permet pas une réponse indiscutable. Ces définitions répondent aux critiques existant avant 2003, au sujet de la Directive Mère-Fille qui ne mentionnait pas l'établissement stable.

Cependant, la définition proposée n'est pas similaire à celle de l'article 5 du Modèle de convention fiscale qui vise une installation fixe ou un agent²⁵⁶.

²⁵⁴ Directive Mère-Fille, article 2.2.

²⁵⁵ Directive Intérêts et Redevances, article 3.c

²⁵⁶ L'article 5 du Modèle de convention prévoit :

« 1 : 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

2. 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 de caractère préparatoire ou auxiliaire;

f) une installation fixe d'affaires est utilisée aux seules fins de l'exercice cumulé d'activités mentionnées aux alinéas a) à e), à condition que l'activité d'ensemble de l'installation fixe d'affaires résultant de ce cumul garde un caractère préparatoire ou auxiliaire.

L'article 5 du Modèle de convention fiscale mentionne donc un type d'établissement stable, conséquence de l'existence d'un agent, qui n'est pas contenu dans les directives.

En outre, on peut probablement penser que les exceptions à la reconnaissance d'un établissement stable, contenues dans l'article 5 du Modèle de convention fiscale ne sont pas reprises par la Directive. Ainsi, l'évolution possible de la définition dans le Modèle de convention fiscale en matière de commerce numérique n'aurait pas d'effet sur ce régime, obligeant l'Europe à évoluer sur ce sujet de manière autonome.

Conclusion du chapitre 1

L'analyse de l'application d'une convention fiscale entre l'Etat de source et l'Etat de situation de l'établissement stable ne permet pas d'éliminer, de manière satisfaisante, le risque de double imposition des situations triangulaires primaires identifiées par l'OCDE.

En ce qui concerne les situations triangulaires primaires originelles, pour lesquelles l'établissement stable est le bénéficiaire des revenus de source d'un Etat tiers, la difficulté est la conséquence directe du refus de l'OCDE d'accorder à l'établissement stable le statut de résident et de reconnaître pleinement cette relation. En conséquence, selon l'OCDE, le traité S/P n'est pas applicable.

Cette absence de résidence, impose l'application de la retenue à la source prévue dans le traité S/R, alors que le revenu est en réalité imposable dans l'Etat P, créant ainsi une divergence entre la réalité opérationnelle et la fiction fiscale, et possiblement une

5. Nonobstant les dispositions des paragraphes 1 et 2, lorsqu'une personne - autre qu'un agent jouissant d'un statut indépendant auquel s'applique le paragraphe 6 - agit pour le compte d'une entreprise et dispose dans un Etat contractant de pouvoirs qu'elle y exerce habituellement lui permettant de conclure des contrats au nom de l'entreprise, cette entreprise est considérée comme ayant un établissement stable dans cet Etat pour toutes les activités que cette personne exerce pour l'entreprise, à moins que les activités de cette personne ne soient limitées à celles qui sont mentionnées au paragraphe 4 et qui, si elles étaient exercées par l'intermédiaire d'une installation fixe d'affaires, ne permettraient pas de considérer cette installation comme un établissement stable selon les dispositions de ce paragraphe.

6. Une entreprise n'est pas considérée comme ayant un établissement stable dans un Etat contractant du seul fait qu'elle y exerce son activité par l'entremise d'un courtier, d'un commissionnaire général ou de tout autre agent jouissant d'un statut indépendant, à condition que ces personnes agissent dans le cadre ordinaire de leur activité.

différence entre les entreprises qui investissent dans l'Etat P par l'intermédiaire d'une filiale et celles qui investissent dans l'Etat P au travers d'un établissement stable qu'elles y possèdent. La relation entre l'Etat de source et celui du bénéficiaire est ignorée au profit d'une relation fondée exclusivement sur le critère fiscal de la résidence de l'Etat R.

Les tentatives de remise en cause de ce principe ont peu d'effet, que ce soit la recommandation de l'OCDE de négocier une solution spécifique reconnaissant l'application du traité S/P ou la recherche d'une analyse constructive du texte du Modèle de convention fiscale.

La première solution n'a été appliquée que dans le cadre franco-italien et laisse subsister de nombreuses difficultés pratiques principalement liées au fait que cette relation est isolée et en conflit avec la vaste majorité des autres situations.

La seconde solution d'une lecture constructive, même si elle représente, selon nous, un intérêt réel, n'a jamais été soutenue par la doctrine majoritaire et se heurte à l'opposition quasi systématique des Etats ; seules quelques juridictions ont accepté de reconnaître ce principe dans des cas isolés.

Les situations triangulaires primaires inversées, sont, elles aussi, confrontées à une double imposition systémique liée à une incapacité du Modèle de convention fiscale à régler le conflit de source entre l'Etat de résidence du débiteur et l'Etat de situation de l'établissement stable débiteur des flux. Ici encore, la cause de la difficulté est l'incapacité à accepter la reconnaissance fiscale totale de l'établissement stable et corrélativement la relation conventionnelle entre l'Etat P et l'Etat B. Cette incapacité entraînant un risque élevé de double source et de double imposition corrélative, est assumée par l'OCDE.

7. Le fait qu'une société qui est un résident d'un Etat contractant contrôle ou est contrôlée par une société qui est un résident de l'autre Etat contractant ou qui y exerce son activité (que ce soit par l'intermédiaire d'un établissement stable ou non) ne suffit pas, en lui-même, à faire de l'une quelconque de ces sociétés un établissement stable de l'autre ».

Enfin, les solutions proposées par l'OCDE dans le texte du Modèle de convention fiscale ou dans les commentaires divergent et ne sont pas arbitrées. Une stratégie possible serait peut-être d'aligner la source sur le pays de déduction de la charge correspondante à l'instar du système prévu par la Directive intérêts et redevances au sein de l'Union européenne. Cette solution ne permet cependant pas d'échapper aux incertitudes des traités, dès lors que la Directive renvoi aux traités pour de nombreuses notions.

Chapitre 2. Les situations triangulaires dérivées

Comme nous l'avons indiqué, depuis les études de l'OCDE dans les années 1990, la pratique n'est pas restée inactive et a mis en place des structures de plus en plus complexes et sophistiquées issues de la combinaison de situations triangulaires. En réalité, ces situations sont souvent issues de l'évolution de situations initialement primaires qui, avec la multi-polarisation des activités et le développement de celles-ci, ont évolué vers des situations triangulaires plus sophistiquées. C'est pour cette raison que nous avons qualifié ces situations de dérivées. Nous aurions pu les nommer « situations triangulaires combinées ». Ces situations recèlent une complexité terminologique qui ne peut être ignorée²⁵⁷.

Au sein de ces situations, il est possible de distinguer les situations « poly-angulaires » pour lesquelles des sociétés distinctes disposent d'établissements stables dans des Etats tiers (Section 1), des situations à établissements stables multiples dans lesquelles, une seule société possède plusieurs établissements stables mettant, par exemple, en évidence l'existence de sous-établissements stables (Section 2).

Section 1. Les situations poly-angulaires

Ces situations poly-angulaires²⁵⁸ sont des situations triangulaires primaires dont l'un des éléments essentiels a évolué, ou des situations issues de la combinaison de situations triangulaires primaires (I). Celles-ci peuvent être bilatérales ou multilatérales, selon le nombre d'Etats en cause. Nous constaterons que la détermination du régime fiscal applicable requiert de combiner les analyses

²⁵⁷ Et qui nécessite, en pratique, de disposer constamment à portée de main du lexique rédigé en annexe de nos travaux.

²⁵⁸ Parfois qualifiée par la doctrine de quadrangulaires Lombardi (M), « Triangular cases and the interest and Royalties Directive: untying the Gordian knot ? », *European taxation*, IBFD, January 2005 p. 2-13.

précédentes afin de tenter de proposer un traitement fiscal du point de vue de la source (II)²⁵⁹, multipliant ainsi les incertitudes déjà identifiées.

I. Les situations visées

La complexité de ces situations requiert une présentation des cas étudiés. Parmi les situations poly-angulaires, on peut distinguer les situations poly-angulaires bilatérales (A) des situations poly-angulaires multilatérales, qui mettent en jeu plus de deux Etats (B). Les premières sont une version simplifiée des secondes.

A. Les situations bilatérales

A l'instar de nos développements précédents, nous reprenons ici la même terminologie, à savoir, les situations triangulaires primaires originelles pour lesquelles l'établissement stable est le bénéficiaire de revenus (1) et les situations triangulaires inversées pour lesquelles l'établissement stable est le débiteur des flux que nous qualifierons de situations d'hybrides (2).

Comme nous l'avons noté et contrairement à certains auteurs²⁶⁰, ce n'est effectivement pas l'existence de trois Etats qui justifie la notion de situation triangulaire. Dès lors, même si statistiquement le plus grand nombre de situations triangulaires est en présence de plus de deux Etats, certaines situations ne mettent en jeu que deux Etats. L'OCDE a identifié un type relativement simple de situations triangulaires bilatérales lorsque l'Etat de source et celui de résidence sont confondus. Nous utiliserons donc la même grille d'analyse.

1. Les situations originelles

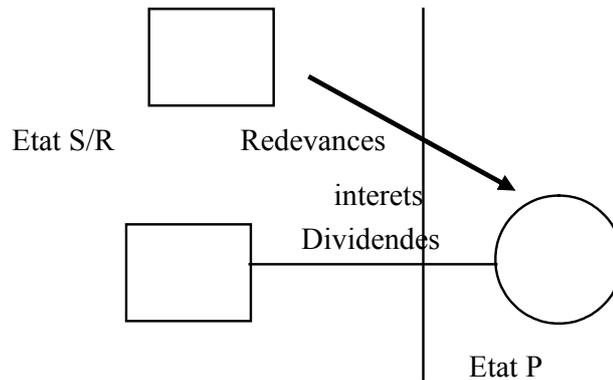
Au sein des situations bilatérales, il s'agit de situations pour lesquelles deux des trois protagonistes sont localisés dans le même Etat. Dans cette hypothèse, soit les Etats S

²⁵⁹ La question de l'élimination de l'éventuelle double imposition du côté du bénéficiaire sera analysée dans la Section 2 du chapitre 2.

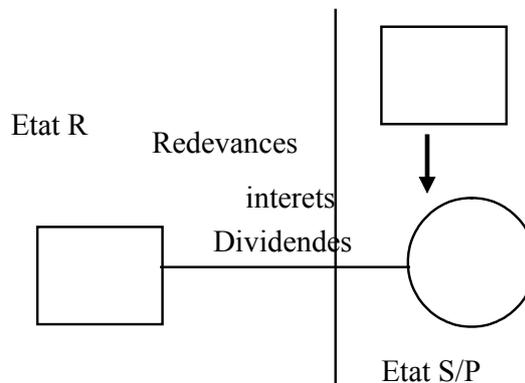
²⁶⁰ Aramini (F), « Triangular cases under the OECD Model Convention and the European Court of Justice's case law » *Diritto e pratica Tributaria internazionale* 1 (2002), p. 39-126 at 40 contrairement à note opinion et Prats (G), « Triangular cases and residence as a basis for alleviating international double taxation. Rethinking the subjective scope of double tax treaties », *Intertax*, November 1994, p. 473-491.

et R sont confondus, soit les Etats P et S sont confondus²⁶¹. On est alors face à des situations originelles ou des situations originelles inversées.

On est donc confronté à deux cas de situations originelles dans lesquelles l'établissement stable est bénéficiaire des revenus :



Situation poly-angulaire primaire avec confusion entre l'Etat S et l'Etat R



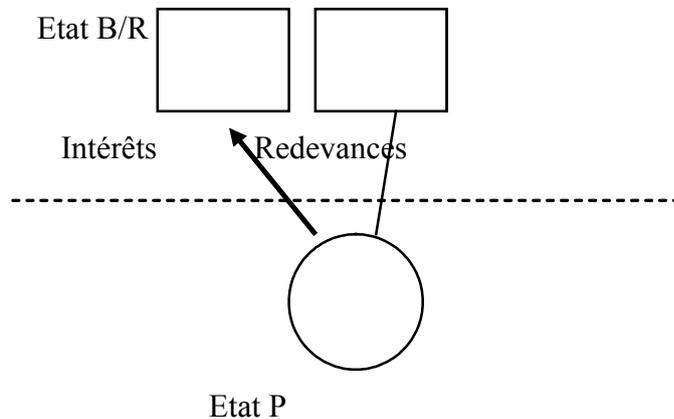
Situation poly-angulaire primaire avec confusion entre l'Etat S et l'Etat P

On peut aussi être confronté à des situations inversées dans lesquelles l'établissement stable verse le revenu.

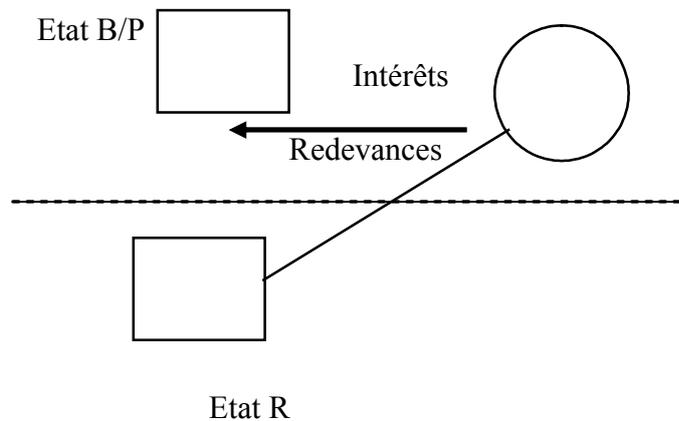
La situation visée est alors celle dans laquelle l'établissement stable est débiteur des flux et que deux Etats sont en présence. Sont ainsi visées, les situations dans lesquelles l'établissement stable du débiteur et le bénéficiaire sont localisés dans le

²⁶¹ Par définition l'Etat P et l'Etat R ne peuvent être confondus.

même Etat ou lorsque le bénéficiaire est localisé dans le même Etat que le siège du débiteur. A priori, le second cas pratique se retrouve plus couramment pour une banque étrangère qui négocie un financement avec un agent local de l'Etat dans lequel sa succursale est située²⁶².



Situation poly-angulaire inversée avec confusion entre l'Etat B et l'Etat R



Situation poly-angulaire inversée avec confusion entre l'Etat B et l'Etat P

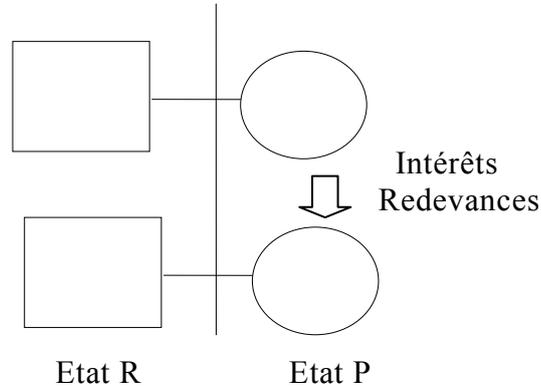
2. *Les situations hybrides*

Ici, nous sommes en présence de situations qui présentent les caractéristiques cumulées de situations triangulaires originelles primaires et de situations triangulaires inversées dans la mesure où chaque agent dispose d'un établissement stable en

²⁶² Par exemple, situation dans laquelle des banques rémunèrent des placements faits par des entreprises locales.

situation de débiteur et de créancier. Celles-ci demeurent bilatérales à ce stade de l'étude.

Le premier cas est le suivant :

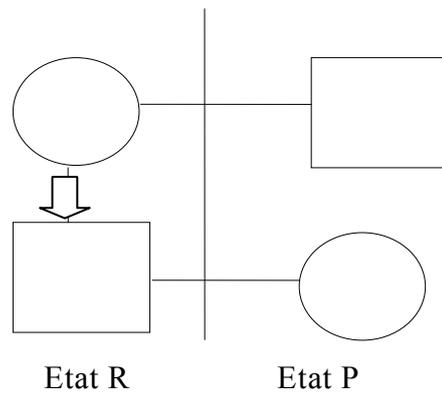
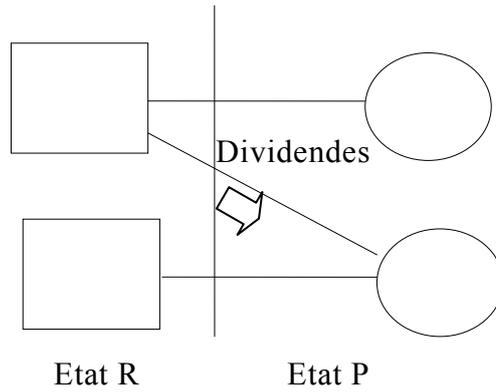


Situation poly-angulaire bilatérale hybride avec confusion des Etats P

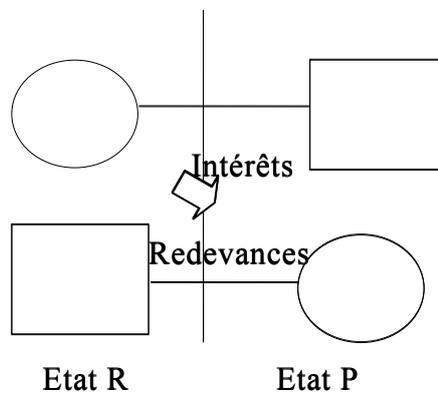
Dans cette situation, les versements sont effectués au profit d'un établissement stable situé dans l'Etat de source (situation triangulaire primaire), mais ces versements ne sont pas effectués par une société résidente de cet Etat (situation primaire bilatérale), mais par un établissement stable situé dans ce même Etat (situation inversée). Ce cas diffère des situations primaires visées dans les travaux de l'OCDE et étudiées dans le cadre de notre analyse précédente, puisque nous sommes en face de deux établissements stables. La situation est bilatérale, car seuls deux Etats sont en présence.

En ce qui concerne les dividendes, nous mentionnerons uniquement pour mémoire des cas extrêmes, probablement assez rares en pratique, où les participations sont détenues par l'intermédiaire d'un établissement stable²⁶³.

²⁶³ La situation dans laquelle une société détient l'autre de son siège n'étant pas à notre sens une situation triangulaire pour les dividendes puisque ceux-ci seront soumis au régime du traité entre les deux Etats de résidence des sociétés.



Une seconde situation, plus courante, peut-être rencontrée lorsque les établissements stables sont situés dans deux Etats différents. Cette situation est celle dans laquelle l'établissement stable qui verse les intérêts est situé dans l'Etat R, alors que l'établissement stable qui reçoit les intérêts ou redevances est situé dans l'Etat P. La situation peut être présentée de la manière suivante :



Situation poly-angulaire bilatérale hybride croisée²⁶⁴

²⁶⁴ Nomenclature inventée pour l'exercice en raison de la forme de la relation.

B. Les situations multilatérales

Ces situations sont comparables aux précédentes, mais au lieu de limiter le nombre d'Etat à deux, trois Etats ou plus sont concernés. On distingue les situations poly-angulaires trilatérales (trois Etats) de celles quadrilatérales (quatre Etats). La terminologie utilisée n'est pas uniquement issue du nombre d'Etats en présence, mais du nombre d'Etat concernés au-delà de deux (donc de situations multilatérales)²⁶⁵ et de l'existence de plusieurs établissements stables. Cette terminologie peut varier selon les auteurs, même si aucune analyse exhaustive formalisée n'existe, à notre connaissance, sur le sujet. La première revue de l'IFA, lors du congrès de Londres en 1998, ne mentionne le cas que d'une manière générique, sans proposer un traitement fiscal, en indiquant « *quatre Etats peuvent être concernés lorsqu'un intérêt est payé par un établissement stable du débiteur à un autre établissement stable du bénéficiaire* ». Ces situations sont aussi parfois qualifiées de « quadrangulaires » ou « trilatérales quadrangulaires » par opposition aux situations bilatérales, mais triangulaires²⁶⁶. Cette terminologie ne nous semble cependant pas totalement adaptée, dans la mesure où elle pourrait laisser entendre que seuls trois Etats sont en présence, alors que trois ou quatre Etats nous paraissent pouvoir être concernés. Le caractère poly-angulaire apparaît donc plus convaincant²⁶⁷. Nous procéderons à une analyse en fonction du caractère unique ou non de la source ou de la résidence.

Nous débiterons par la revue les situations poly-angulaires trilatérales à source ou résidence unique (1) pour les quelles soit les sièges soit les établissements stables des sociétés en présence sont situés dans le même Etat. Nous analyserons ensuite des situations poly-angulaires trilatérales à source ou résidence multiples pour lesquelles les établissements stables et les sièges sont localisés dans deux Etats (2).

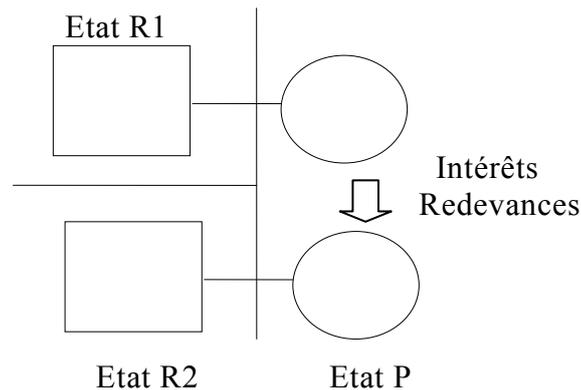
²⁶⁵ *Triangular treaty problems*, Thursday 8 October 1998, seminar E. IFA congress London 1998.

²⁶⁶ Gusmeroli (M), « *Triangular cases and the interest and Royalty Directive: untying the Gordian knot?* », IBFD, *European Taxation* January 2005, p. 2-51.

²⁶⁷ La question de savoir si une référence uniquement au caractère hybride, c'est-à-dire établissement stable débiteur et établissement stable bénéficiaire pourrait suffire restant ouverte.

1. *Les situations trilatérales à source unique ou résidence unique*

Le premier cas est celui dans lequel l'établissement stable qui verse le revenu et l'établissement qui est bénéficiaire des dits revenus sont situés dans le même Etat (Etat P), alors que les sièges des entreprises respectives sont situés dans deux Etats différents (Etat R1 et Etat R2).

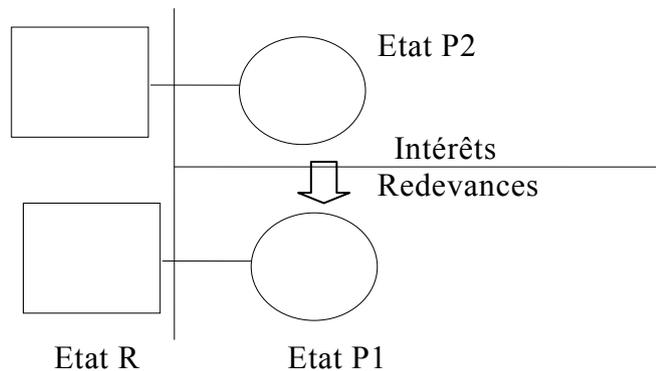


Situation poly-angulaire trilatérale à source unique et résidences multiples

La complexité provient à l'évidence de la différence d'approche entre notion juridique et notion fiscale. D'un point de vue juridique, la situation est assez simple et bilatérale (une entité reçoit des revenus d'une autre entité localisée dans un autre Etat). Fiscalement, la réalité est autre, puisque les flux ne sont pas transfrontaliers mais versés entre deux présences taxables d'un même Etat de deux résidents, de deux Etats différents. Cette situation est rencontrée dans le cadre de chantiers, lorsque plusieurs intervenants sont implantés au travers d'un établissement stable sur un même site, mais que ceux-ci ont des flux passifs entre eux, par exemple, en rémunération d'une technologie mise au point et utilisée dans le cadre de ce chantier par des intervenants de plusieurs Etats. Elle est une alternative à l'utilisation de sous-contractants locaux par l'utilisation de sous-contractants d'Etats tiers qui disposent localement d'un établissement stable. C'est aussi parfois une structure imposée lorsque l'activité locale de l'un des participants est étendue au-delà de la durée initiale et que cette activité originellement prévue sans imposition locale devient en réalité un établissement stable local.

Le second cas est celui dans lequel les établissements stables (du bénéficiaire et débiteur) sont situés dans deux Etats différents (Etats P1 et P2) alors que les sièges respectifs des entreprises sont localisés dans le même Etat. On rencontre ces situations lorsque deux entreprises d'un même Etat possèdent une implantation dans un Etat tiers, sous la forme d'établissement stable qui a une activité partagée. En pratique, par exemple, une société qui ouvre un chantier sous la forme d'un établissement stable dans un Etat qui utilise des financements ou technologies centralisés dans une autre succursale d'un Etat tiers, pourra se retrouver dans cette situation. De même, une succursale de banque effectuant un prêt à une entreprise ouvrant une succursale de début d'activité dans un autre Etat pourrait être confrontée à cette situation. Ici encore, il s'agit d'un conflit de source lié au caractère inversé de la situation visée, mais aussi de résidence, dans la mesure où le revenu n'est pas appréhendé par le siège, mais par un établissement étranger.

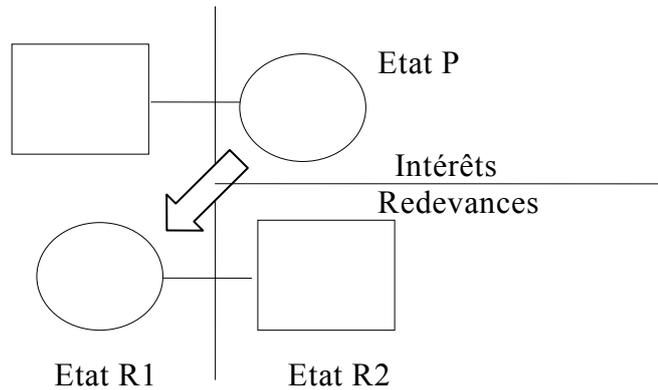
Ce cas se présente de la manière suivante :



Situation poly-angulaire trilatérale à sources multiples et résidence unique

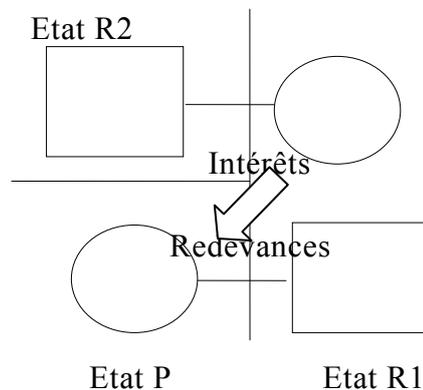
2. *Les situations trilatérales à sources multiples et résidences multiples*

Cette situation plus inédite est une variante de la précédente, en y ajoutant un conflit de source. Il s'agit d'une situation trilatérale.



Situation triangulaire à sources multiples et résidences multiples lorsque l'Etat du débiteur et de l'établissement du bénéficiaire est identique

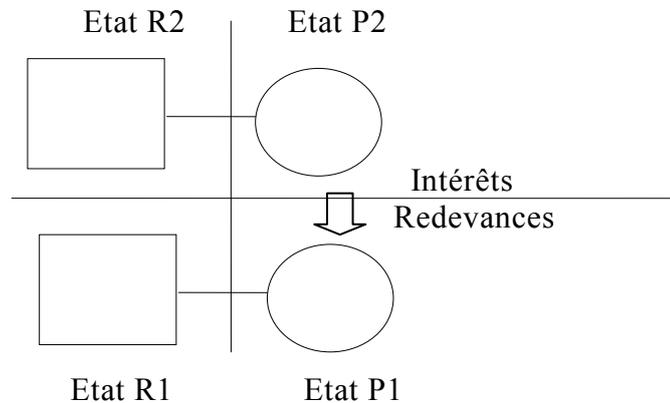
Le cas ci-après est comparable au cas précédent, toutefois ce n'est plus l'établissement bénéficiaire qui est situé dans le même Etat que le siège du débiteur, mais l'établissement du débiteur qui est situé dans l'Etat du siège du bénéficiaire (Etat R1). On reste limité à trois Etats.



Situation triangulaire à sources multiples et résidences multiples lorsque l'Etat de l'établissement stable de la source et celui de l'établissement stable du bénéficiaire sont différents

On peut ensuite augmenter la complexité et distinguer un cas poly-angulaire quadrilatéral, version combinée des situations précédemment décrites. En pratique, on peut rencontrer ce type de situation lorsque, dans un groupe multinational, la propriété des intangibles, où la trésorerie est centralisée dans un établissement stable

et que l'activité opérationnelle utilisant ces ressources est elle-même transfrontalière et organisée sous la forme d'établissements stables ayant accès à ces ressources.



II. L'analyse de solutions possibles

Les propositions de traitement fiscal requièrent de combiner les principes analysés dans le cadre des situations triangulaires primaires en distinguant les situations bilatérales (A), d'une part, des situations multilatérales, d'autre part (B). On atteint des degrés de complexité et d'incertitude importants.

A. Les situations bilatérales

Au sein des situations bilatérales, l'analyse est menée selon une approche identique à celle utilisée pour la présentation des cas ci-avant, à savoir, Les situations originelles primaires issues de la combinaison de situations primaires (1) et les situations hybrides (2).

1. Les situations originelles

a Les situations originelles primaires

* Avec confusion entre l'Etat R et l'Etat S

Dans cette hypothèse, juridiquement, nous ne sommes pas en présence d'un cas transfrontalier, puisque un résident verse à un autre résident du même Etat un

montant de revenus passifs. La différence avec une situation purement interne est liée au fait que le résident bénéficiant des versements dispose dans un autre Etat d'un établissement auquel sont alloués ces paiements.

La situation est visée, sans solution claire, sous l'article 24 du Modèle de convention fiscale où il est indiqué :

*« Il existe, outre le classique cas triangulaire ici traité, d'autres relations triangulaires. Il faut notamment mentionner le cas dans lequel l'Etat de l'entreprise est également l'Etat duquel proviennent les revenus attribuables à l'établissement stable situé dans l'autre Etat (cf. également le paragraphe 5 des Commentaires sur l'article 21). Les Etats peuvent régler les questions qui y sont liées dans des négociations bilatérales. »*²⁶⁸

Cette situation est aussi analysée sous l'article 21 afin de conclure au droit exclusif de l'Etat P d'imposer :

*« Le paragraphe couvre aussi le cas où le bénéficiaire et le débiteur du revenu sont tous deux résidents d'un même Etat contractant et où le revenu se rattache à un établissement stable que le bénéficiaire du revenu a dans l'autre Etat contractant. Dans ce cas, un droit d'imposition est attribué à l'Etat contractant dans lequel est situé l'établissement stable. »*²⁶⁹

L'approche de personnalisation de l'établissement stable aboutit à considérer que le débiteur, du point de vue de la source, se trouve dans une situation identique à celle dans laquelle il verse des intérêts à un non-résident localisé dans l'Etat P. En application de cette analyse, il serait soumis à une retenue à la source dans l'Etat R/S, identique à celle prévue par le traité R/P. Cependant, compte tenu de la rédaction du Modèle de convention fiscale, il est probable que la présence d'un établissement stable puisse interdire à l'Etat R toute imposition conformément à l'article 21. La

²⁶⁸ Com. 72 sous l'article 24 du Modèle de convention fiscale.

²⁶⁹ Com. 5 sous l'article 21 du Modèle de convention fiscale.

question dépendrait aussi des règles établies par l'article 11²⁷⁰ en matière d'intérêt ou éventuellement de l'article 7, plus adapté que l'article 21 à établir un régime d'imposition des revenus passifs reçus par un établissement stable.

L'article 11 (1) du traité R/P ne semble pas, de son côté, avoir d'effet, dans la mesure où les versements ne sont pas effectués au profit d'un résident de l'autre Etat, mais à un établissement stable de l'autre Etat.

L'article 11(4)²⁷¹²⁷² qui vise le cas de l'établissement stable, ne permet pas non plus de régler la difficulté, puisqu'il est limité aux revenus de source P. Ici les intérêts ne proviennent pas, à notre avis, de l'Etat où est localisé l'établissement et donc ce dispositif ne permet pas de résoudre la difficulté, l'Etat R/S gardant son droit d'imposer.

L'article 21 devrait donc être applicable et permettre de régler la question en donnant, sans interférence du régime de l'article 11, le droit d'imposer le revenu dans l'Etat R, en confirmant explicitement que l'article 7 doit être applicable²⁷³ puisque l'actif qui génère le revenu est alloué à cet établissement stable. L'article 7 devrait donc permettre l'imposition dans l'Etat P.

Dans la mesure où les revenus sont imposables, en principe, au niveau de l'établissement, l'Etat R perd tout droit d'imposer au profit de l'Etat P. Cette situation n'est pas totalement logique, car autant du côté du bénéficiaire il est logique que l'Etat P dispose du droit d'imposer, autant en ce qui concerne la source, l'Etat

²⁷⁰ L'article 11 du traité R/P prévoit que : « 1. Les intérêts provenant d'un Etat contractant et payés à un résident de l'autre Etat contractant sont imposables dans cet autre Etat. 2. Toutefois, ces intérêts sont aussi imposables dans l'Etat contractant d'où ils proviennent et selon la législation de cet Etat, mais si le bénéficiaire effectif des intérêts est un résident de l'autre Etat contractant, l'impôt ainsi établi ne peut excéder 10 pour cent du montant brut des intérêts. Les autorités compétentes des Etats contractants règlent d'un commun accord les modalités d'application de cette limitation ».

²⁷¹ L'article 11(4) du Modèle de convention prévoit que « Les dispositions des paragraphes 1 et 2 ne s'appliquent pas lorsque le bénéficiaire effectif des intérêts, résident d'un Etat contractant, exerce dans l'autre Etat contractant d'où proviennent les intérêts, une activité d'entreprise par l'intermédiaire d'un établissement stable qui y est situé, et que la créance génératrice des intérêts s'y rattache effectivement. Dans ce cas, les dispositions de l'article 7 sont applicables. »

²⁷² L'article 12 du Modèle de convention fiscale est assez similaire puisqu'il prévoit un dispositif identique en présence d'un établissement stable 12(4).

²⁷³ L'article 21 précise : « 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 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 ».

R/S devrait pouvoir appliquer une retenue à la source qui existe dans une situation triangulaire à trois Etats, alors que l'analyse ci-dessus lui interdit toute imposition. Le traitement est plus favorable qu'en l'absence d'interposition de l'établissement, sauf si bien sûr l'imposition effective dans l'Etat P est plus élevée que dans l'Etat S/R.

L'Etat R pourrait toujours tenter d'imposer les revenus, en application de son droit interne par une retenue à la source mais L'OCDE considère que l'article 7 s'y oppose²⁷⁴. Nous partageons cette conclusion.

En cas de difficulté, le Modèle de convention fiscale propose, à titre subsidiaire, dans son article 21 que :

« Les Etats contractants qui ne trouveraient pas cette situation satisfaisante pourront inclure dans leurs conventions une disposition selon laquelle l'Etat de la résidence a le droit, en tant qu'Etat de la source des dividendes et des intérêts, de prélever un impôt sur ces revenus aux taux prévus au paragraphe 2 des articles 10 et 11. »

Notons que, de manière surprenante, cette possibilité ne règle absolument pas le cas des redevances. Le cas des dividendes est probablement, en pratique, moins essentiel.

La proposition alternative retenue par l'OCDE est donc de régler la situation dans l'article 21(2), ce qui peut sembler surprenant, dans la mesure où l'article 21(2) ne s'applique que si l'article 7 n'est pas applicable²⁷⁵²⁷⁶. L'article 7 aurait, avec l'article 11, été plus logique.

²⁷⁴ Ce qui permet d'appliquer l'article 7 plutôt que l'article 11 est lié au fait que ce dernier ne vise que les paiements effectués à un résident de l'autre Etat, ce qui en l'espèce n'est pas le cas. La difficulté est qu'en réalité du point de vue de l'Etat R/S la situation n'est ni purement domestique, ni réellement transfrontalière. Elle est, par fiction de la personnalité fiscale de l'établissement, transfrontalière, nécessitant l'application du régime conventionnel à une situation purement interne d'un point de vue juridique.

²⁷⁵ Il n'y a donc pas vraiment de conflit entre l'article 11 et l'article 7.

²⁷⁶ Johns (JA), « Conflict of qualification: comment on Prof. Vogel's and Alexander Rust's articles », IBFD, *Bulletin*, May 2003, p. 184-186. Vogel (K), « Conflict of qualifications: the discussion is not finished », IBFD, *Bulletin* February 2003

* Avec confusion entre l'Etat P et l'Etat S

Ce cas concerne un revenu payé par un résident d'un Etat S/P payé à un établissement localisé dans ce même Etat d'un résident de l'Etat R. Dans ce cas, il s'agit d'un versement entre un résident et une présence taxable d'un non-résident qui est imposable sur ce territoire pour l'Etat P/S. On peut ici, contrairement à la situation du cas précédent, considérer que ce cas est couvert par l'article 11(4) du traité.

Le droit d'imposer est donc donné à l'Etat P en qualité d'Etat de situation de l'établissement stable et aucune retenue à la source ne devrait être applicable, en application du principe de non-discrimination applicable à l'établissement stable inclus dans le traité P/R, à supposer que l'Etat P/S ne prévoit pas de retenue à la source dans son droit interne. Il semble que ce soit une situation pour laquelle le risque de double imposition reste assez limité.

b Les situations inversées

* Avec confusion entre l'Etat R et l'Etat B

Dans cette hypothèse, l'intérêt source dans l'Etat P est versé dans l'Etat B/R. En application de l'article 11(5) du traité P/B, l'intérêt est sourcé dans l'Etat S, cet Etat conservant le droit d'imposer, à l'instar du cas triangulaire inversé analysé ci-avant en application de l'article 11(5) du Modèle de convention qui prévoit : « *Les dispositions des paragraphes 1 et 2 ne s'appliquent pas lorsque le bénéficiaire effectif des intérêts, résident d'un Etat contractant, exerce dans l'autre Etat contractant d'où proviennent les intérêts, une activité d'entreprise par l'intermédiaire d'un établissement stable qui y est situé, et que la créance génératrice des intérêts s'y rattache effectivement. Dans ce cas, les dispositions de l'article 7 sont applicables* ».

Le conflit de source est entre l'Etat P et l'Etat R, comme pour les situations inversées étudiées préalablement.

p. 41-43. Papotti (RA), Saccardo (N), « Interaction of articles 6, 7, and 21 of the 2000 OECD Model Convention », IBFD,

La différence avec le cas précédent sera du côté du bénéficiaire, c'est-à-dire de l'Etat B/R et sa capacité à accorder un crédit d'impôt.

* Avec confusion entre l'Etat P et l'Etat B :

Dans ce cas, la situation est bilatérale juridiquement, car deux sociétés sont enregistrées dans deux Etats différents, alors que fiscalement on est en présence d'un flux non transfrontalier. En application de l'article 11(5) du traité P/R, l'intérêt est sourcé dans l'Etat P qui est aussi celui du bénéficiaire. Cependant, l'application de l'article 11(1) et 11(2) ne permet pas de résoudre la difficulté puisque ces derniers ne sont pas applicables lorsque l'établissement et le bénéficiaire sont résidents d'un même Etat²⁷⁷. Le droit interne de l'Etat P devrait donc s'appliquer sans limitation, laissant subsister des éventuelles doubles impositions.

Ici, il n'y a pas de conflit de source, mais une source unique, celle de l'établissement, qui dépend seulement du droit interne de l'Etat P/B, se réduisant ainsi à une situation non triangulaire mais régit par le droit interne de l'Etat P. La solution conventionnelle n'existe pas, le risque de double imposition subsistant.

2. *Les situations bilatérales hybrides*

a *La Confusion des Etats P*

Dans cette situation, les versements sont effectués au profit d'un établissement stable situé dans l'Etat de source (situation triangulaire primaire), mais ces versements ne sont pas effectués par une société résidente de cet Etat (situation primaire bilatérale), mais par un établissement stable situé dans ce même Etat (Etat P).

Bulletin October 2002 p. 516-521.

²⁷⁷ L'article 11(1) ne vise que les intérêts payés à un résident de l'autre Etat de source d'un autre Etat, ce qui n'est pas le cas et l'article 11(5) donne uniquement la source dans l'Etat P.

L'Etat P voit son droit d'imposer limité par le traité R/P qui, au terme de son article 11(5) seconde phrase, prévoit que l'intérêt est de source dans l'Etat P. Cependant, dans la mesure où ces intérêts sont attribués à un établissement stable du bénéficiaire situé dans l'Etat contractant autre que celui de résidence, l'article 11 (4) lui aussi prévoit le droit d'imposer à l'Etat de situation de l'établissement et donc l'article 7 du traité est applicable, laissant à l'Etat P le droit d'imposer les établissements situés sur son territoire. L'imposition sous forme de retenue à la source ou non dépend exclusivement du droit interne de l'Etat P. Si celui-ci prévoit une retenue à la source uniquement pour les versements effectués au profit ou de la part d'un établissement stable, la clause de non-discrimination du traité B/P ne permettra pas l'application de cette imposition, un établissement stable devant être traité de manière au moins aussi favorable qu'une société.

L'Etat R doit accorder une élimination de la double imposition, si celui-ci applique un régime de crédit d'impôt pour les profits de l'établissement stable.

b Les situations croisées

Ici, à la différence du cas précédent, l'établissement de l'un est situé dans l'Etat de résidence de l'autre et vice-versa.

L'Etat P est probablement limité dans son droit de lever une imposition par le traité R/P. Selon l'article 11(5) seconde phrase, l'intérêt est sourcé dans l'Etat R²⁷⁸. L'article 7 est donc applicable pour le bénéficiaire, laissant le droit d'imposer à l'Etat P en qualité de bénéficiaire. L'Etat R doit accorder une élimination de la double imposition éventuelle des profits de l'établissement stable, soit l'exonération, soit le crédit d'impôt.

En pratique, il est probable que les conflits entre les Etats ne seront pas totalement éliminés, plus en raison du conflit de source que de celui de l'imposition côté du bénéficiaire. En effet, cette situation présente les difficultés d'une situation

²⁷⁸ L'article 11 première partie n'est pas applicable dans la mesure où l'intérêt n'est pas payé à un résident de l'autre Etat, condition requise par l'article 11(1) et 11(2).

triangulaire inversée, dans laquelle le bénéficiaire lui aussi dispose d'un établissement dans un autre Etat, élément supplémentaire de complexité.

B. Les situations multilatérales

Ici encore, le traitement fiscal de l'imposition au niveau de la source sera analysé en prenant en compte le degré de sophistication en distinguant les situations à trois Etats (1) des situations totalement multilatérales à plus de trois Etats (2).

1. Les situations trilatérales

a Les situations trilatérales à source unique ou résidence unique

**Les situations trilatérales à sources unique et résidence multiple*

Dans ce cas, les deux établissements stables sont localisés dans le même Etat, alors que les sièges respectifs des entreprises sont localisés dans des Etats tiers distincts (trois Etats en présence).

En application du traité R1/R2 et des articles 11(1)²⁷⁹ ou 12(1)²⁸⁰, le revenu est de source de l'Etat R1, car versé par un résident d'un Etat R1 à celui d'un Etat R2. En effet, juridiquement le flux est payé par un résident de l'Etat R1 vers l'Etat R2. L'Etat R2 a donc le droit d'imposer, sous réserve d'autres dispositifs du traité en qualité de bénéficiaire. L'Etat R1 garde, selon ce dispositif, le droit d'imposer une retenue à la source éventuelle.

Le traité P/R1 n'a pas d'effet sur la situation, puisque les articles 11(1) et 12(2) ne sont pas applicables (pas de versement par un résident d'un Etat à un résident d'un autre Etat).

²⁷⁹ Intérêts.

²⁸⁰ Redevances.

Du côté de l'Etat P, la question se pose de l'application éventuelle d'un traité. En qualité d'Etat d'établissement du débiteur, celui-ci est concerné par le traité R2/P. On retrouve ici la question de la double source, analysée plus avant dans notre étude à propos des situations triangulaires inversées. Les incertitudes ne sont pas diminuées ici. L'article 11(5) de ce traité détermine la source de revenus qui est attribuée à l'Etat P.

Dans la mesure où cet intérêt est attribué à un établissement localisé dans l'Etat P, l'article 11(4) prévoit, du côté du bénéficiaire, que l'imposition est donnée à l'Etat P qui conserve le droit d'imposer en application de l'article 7.

Intuitivement on peut anticiper que la situation est un peu différente d'une situation inversée, telle que décrite ci-avant. En effet, la situation fiscale dans l'Etat P est celle à la fois de débiteur et de bénéficiaire des flux, donc, même en l'absence de retenue à la source dans cet Etat puisque les paiements sont effectués au profit d'une présence taxable d'un non-résident dans cet Etat, l'Etat P ne devrait pas voir la base fiscale lui échapper, car il bénéficie de l'imposition au niveau de l'autre établissement stable, en qualité de bénéficiaire.

Au cas où l'Etat P appliquerait une retenue à la source, une autre analyse peut être menée. Elle est de considérer que, du point de vue de l'imposition à la source, l'article 24(3)²⁸¹ du traité R2/P, qui interdit la discrimination de l'établissement et donc l'application d'une retenue à la source dans l'Etat P, à supposer qu'en droit interne, pour une société résidente, les versements ne soient pas soumis à une éventuelle retenue à la source. Dans ce cas, en effet, l'établissement du bénéficiaire ne peut être soumis à une retenue à la source payée par l'établissement du débiteur, permettant d'éliminer un conflit de source dans l'Etat P.

Il convient de noter que le recours au principe de non-discrimination est différent de l'analyse développée ci-après en matière d'élimination de double imposition, par

²⁸¹ L'article 24(3) du Modèle de convention fiscale : « *L'imposition d'un établissement stable qu'une entreprise d'un Etat contractant a dans l'autre Etat contractant n'est pas établie dans cet autre Etat d'une façon moins favorable que l'imposition des entreprises de cet autre Etat qui exercent la même activité. La présente disposition ne peut être interprétée comme obligeant un Etat contractant à accorder aux résidents de l'autre Etat contractant les déductions personnelles,*

attribution d'un crédit d'impôt, qui vise la capacité de l'établissement à bénéficier de celui-ci²⁸² et non celle de la non-application d'une retenue à la source en raison des versements effectués en qualité de débiteur. Par ailleurs, en matière de situations triangulaires inversées, nous avons conclu à une application très incertaine du principe dans le cas de situations transfrontalières, car le versement n'est pas effectué entre deux résidents du traité B/P et que la difficulté est une difficulté de double source²⁸³. La situation serait paradoxalement plus favorable du point de vue de la double source dans cette situation poly-angulaire.

*Les situations trilatérales à sources multiples et résidence unique

Dans ce cas, ce ne sont pas les établissements qui sont dans le même Etat, mais les sièges. En pratique, il s'agit du cas où deux sociétés d'un même Etat sont amenées à verser des revenus passifs entre deux de leurs établissements étrangers situés dans deux Etats tiers différents. Juridiquement, le débiteur et le bénéficiaire sont donc deux résidents du même Etat.

Dans cette hypothèse, le traité P2/P1 n'est pas applicable, puisque l'Etat de source ne peut donner un effet au traité avec l'établissement stable celui-ci n'étant pas résident au sens de ce traité.

L'Etat P1 voit donc, éventuellement son droit d'imposer réduit en application du traité R/P1. La question, en matière d'intérêt est alors de savoir les effets éventuels de l'article 11 de ce traité. Si l'on considère l'article 11(5) première phrase, l'intérêt est considéré comme de source de l'Etat R, mais le renvoi à l'article 11(1) ne permet pas de trouver une solution dans la mesure où le versement n'est pas effectué entre deux résidents de deux Etats, comme requis dans cet article, mais entre deux sociétés résidentes du même Etat. Il convient donc d'appliquer l'article 7 du traité qui donne le droit d'imposer à l'Etat P1. En application de ce dispositif, l'Etat P1 garde le droit

abattements et réductions d'impôt en fonction de la situation ou des charges de famille qu'il accorde à ses propres résidents ».

²⁸² Cf. Nos développements Section 2 relatifs à l'application du traité avec l'Etat de résidence dans le cas de situations triangulaires originelles.

²⁸³ Cf. Titre 1, Chap. 1-II- A.b.

d'imposer en qualité de lieu de situation de l'établissement stable bénéficiaire des versements. Cette conclusion est incertaine, car l'Etat R pourrait être tenté d'imposer un flux entre deux de ses résidents même si celui-ci conserve, selon nous, une nature extraterritoriale au sens fiscal.

En ce qui concerne l'Etat P2, aucun traité n'existe entre les sièges localisés par définition dans le même Etat, donc aucune règle de source ne provient de cette relation entre débiteur et bénéficiaire. Cet Etat pourrait donc être tenté d'appliquer ses règles de droit interne, car il n'y a, au contraire des situations triangulaires inversées analysées plus avant, aucun conflit de source résultant de traités en vigueur²⁸⁴. Les traités P1/R et P2/R n'ont même pas été tous les deux signés par l'Etat P1, l'argument de la reconnaissance implicite d'une source unique étant donc inopérant. Le risque d'une application d'une retenue à la source dans l'Etat P1 nous paraît donc élevé.

En cas d'application d'une retenue à la source locale dans l'Etat P2, en qualité d'Etat de source, on peut s'interroger si l'article 24(3) du traité R/P1 ou R/P2 ou P1/P2 permet de ne pas appliquer cette retenue au motif que l'établissement serait traité de manière défavorable, en comparaison avec une entité localisée dans l'Etat P1 P2.

Le traité P1/P2 ne nous semble pas offrir de protection, car le versement n'est pas entre résidents des deux Etats au sens de ce traité.

Le traité P1/R permet d'aligner le régime d'imposition dans l'Etat P1 de l'établissement sur celui des sociétés établies dans l'Etat P1 ; dès lors que la problématique est une question de retenue à la source dans l'Etat P2, ce traité ne devrait pas permettre de trouver une solution.

En ce qui concerne le traité P2/R, comme axe de solution, il faudrait que la retenue à la source appliquée dans l'Etat P2 soit discriminatoire en comparant avec une société établie dans l'Etat P2 qui verserait des revenus de même nature, donc une situation triangulaire inversée bilatérale pour laquelle nous avons indiqué que l'application de

²⁸⁴ En effet, il y a bien un traité entre P2 et R mais au niveau des sociétés elles sont résidentes du même Etat.

ce dispositif était peu probable. Peut-être, pourrait-on limiter la retenue à la source au montant prévu par le traité P2/R, si celui-ci est inférieur à la retenue effectivement prélevée. En effet, une société de l'Etat P2 comparable serait probablement éligible au traité P2/R en application des règles que préconise l'OCDE pour les situations triangulaires primaires²⁸⁵.

Dans ce cas, un conflit subsiste entre les Etats P1 et P2.

b Les situations triangulaires à sources multiples et résidences multiples

*L'Etat de résidence du débiteur et de l'établissement stable de bénéficiaire est identique

Ici, l'établissement stable bénéficiaire du revenu passif est situé dans le même Etat que celui du résident (Etat R1) qui verse le flux. Le versement est cependant effectué par l'intermédiaire d'un établissement stable localisé dans un Etat tiers (Etat P) et différent de celui du siège de l'entreprise qui reçoit les flux (Etat R2).

Le droit d'imposer de l'Etat P est limité par le traité R2/P. Le traité P/R1 n'est pas applicable, dès lors qu'aucun résident n'est en cause dans une relation transfrontalière. En effet, selon le traité P/R1, il n'y a pas de paiement par un résident d'un Etat à un résident de l'autre Etat. En application du traité R2/P article 11(5), l'intérêt est de source P dans la mesure où, selon cet article, le revenu est versé par un établissement d'un résident d'un Etat contractant ou d'un autre Etat (ici résident de R1) par un établissement stable localisé dans l'Etat P. Les versements sont donc de source P, effectués à un résident de l'Etat R2. L'article 11 est donc applicable et l'Etat P a alors le droit d'imposer en fonction de l'article 11(2) une éventuelle retenue à la source. De ce point de vue, on est en présence d'une situation triangulaire inversée.

La spécificité est que l'une des sources est soumise, en partie au droit interne de l'Etat R1, en qualité d'Etat du débiteur légal et du bénéficiaire fiscal.

²⁸⁵ Cf. Titre 1, Chapitre 1 de la présente partie.

L'Etat R1 pourrait envisager d'imposer le revenu en application du traité R1/R2. Selon l'article 11(5) de ce traité, l'intérêt est de source du débiteur, donc, a priori R1, même si celui-ci dispose d'un établissement dans l'Etat P. On est ici, de ce point de vue, en cas d'une double source, similaire à celle des situations triangulaires inversées analysées ci-avant.

Le traité P/R1 n'offre pas de protection, car le bénéficiaire est un établissement d'un résident de l'Etat R2. Le traité P/R2 est totalement inapplicable.

Le conflit de source subsiste entre R1 et P.

Toutefois, dans la mesure où cet intérêt est attribué à un établissement du débiteur situé dans l'un des Etats (ici R1) l'article 11(4) déroge au principe établi par l'article 11(1) et 11(2) et donc, l'article 7 est applicable, donnant ainsi le droit d'imposer à l'Etat R1 en qualité d'Etat du bénéficiaire. L'Etat R1, a donc un moyen de récupérer une partie de l'imposition auprès du débiteur, ce qui peut ne pas être équivalent à une imposition à la source, tant en ce qui concerne la base, qu'en ce qui concerne le taux.

Il existe un conflit de droit d'imposition dans l'Etat R1 et l'Etat P. En pratique, on peut supposer que l'Etat qui renoncera le plus probablement serait l'Etat R1, car pour lui, fiscalement, il s'agit d'une situation interne.

*L'Etat de l'établissement stable de la source et celui de l'établissement stable du bénéficiaire sont différents

Ce cas est l'inverse du cas précédent, dans lequel l'établissement stable du débiteur est situé dans le même Etat que l'Etat du bénéficiaire (Etat R1). Juridiquement, les paiements sont effectués entre l'Etat R2 et R1, alors que fiscalement ils sont effectués entre l'Etat R1 et P.

Dans ce cas, l'Etat R2 est limité dans son droit d'imposer par le traité R1/R2. Le traité P/R2 n'est pas applicable. Au terme de l'article 11(5) du traité R1/R2 deuxième phrase, l'intérêt est sourcé dans l'Etat R1, donnant à celui-ci le droit d'imposer à la

source. En effet, la charge est allouée à un établissement stable situé dans l'Etat R1 d'un résident de l'Etat contractant R2. On est cependant en présence d'une situation triangulaire inversée, pour laquelle le bénéficiaire est un établissement stable non éligible aux traités.

L'application effective d'une retenue à la source dans l'Etat R1, en qualité d'Etat du débiteur n'est pas certaine, mais serait probablement réduite au montant R1/R2 dès lors que la situation à comparer est celle d'une société de l'Etat R1 qui verse un revenu à une société de l'Etat R2 qui dispose d'un établissement stable dans l'Etat P, donc une application du régime préconisé par l'OCDE en matière de situation triangulaire primaire, à savoir application du traité avec le siège.

Du point de vue du bénéficiaire, les articles 7(1) ou 21(1) devraient être applicables, donnant le droit exclusif à l'Etat R1 d'imposer en qualité d'Etat de résidence du bénéficiaire, et de l'absence d'établissement stable dans les Etats R1 ou R2 qui bénéficient de ces revenus.

Du côté de l'Etat P, seul le traité R1/P limite son droit d'imposer. Il accorde le droit d'imposer le revenu à l'Etat P. On peut s'interroger si le traité R1/R2 n'est pas applicable, conformément à la vision de l'OCDE en matière de situations triangulaires primaires, qui voudraient que le traité avec le siège du bénéficiaire soit applicable en matière de retenue à la source. Nous en doutons, car il ne s'agit pas ici d'une situation triangulaire primaire, mais d'une situation primaire et d'une situation inversée, en même temps, pour un revenu sans lien fiscal avec les Etats R1 et R2.

Le traité R2/P n'est pas applicable, car aucun flux n'est versé de ou à destination de cet Etat entre deux résidents de ce dernier.

2. *Les situations multilatérales*

Le cas visé ici est un cas réellement poly-angulaire, car il met en jeu plus de trois Etats et des versements effectués par un établissement stable au profit d'un autre établissement stable, tous deux localisés dans des Etats différents : il est la combinaison des autres cas.

Dans ce cas, l'Etat R2 est uniquement limité dans son droit d'imposer par le traité R1/R2. Les traités R1/P2 et R2/P1 ne sont pas applicables. En application de l'article 11(5), première phrase, du traité R1/R2, l'intérêt est source dans l'Etat R2, l'article 11 est applicable donnant le droit à cet Etat de prélever éventuellement une retenue à la source, dans la limite de l'article 11(2). Il s'agit, de ce point de vue d'une situation triangulaire inversée analysée plus avant.

L'Etat P2 est limité, quant à lui, par le traité R1/P2 dès lors que les traités P1/P2 ou R2/P2 ne sont pas applicables. L'article 11(5), deuxième phrase du traité R1/P2 prévoit que l'intérêt est source dans l'Etat P2. L'article 11 est applicable. L'Etat P2 peut aussi imposer, en application de l'article 11(2) une retenue à la source éventuelle. *A minima*, subsiste un conflit de source entre l'Etat R2 et l'Etat P2.

Section 2. Les situations à établissements stables multiples

La nature des situations analysées ci-après est différente. Il ne s'agit plus, comme pour les situations triangulaires primaires, d'une situation où un établissement stable est en jeu. Il ne s'agit plus également, comme pour les situations dérivées, de situations pour lesquelles plusieurs établissements stables de plusieurs sociétés sont parties à des opérations. Il s'agit de situations où une entreprise dispose de plusieurs établissements stables²⁸⁶, dans plusieurs Etats. Le risque de double imposition devient alors évident si certains Etats continuent d'imposer la « fiction fiscale » (imposition dans les Etats de localisation des établissements et élimination dans les Etats du siège) alors que d'autres se limitent à « la réalité juridique » (imposition dans l'Etat du siège), sans permettre d'éviter les doubles impositions. Ce risque est avéré si l'Etat de localisation de l'établissement et celui de localisation du sous-établissement ne limitent pas entre eux le droit d'imposer les mêmes profits. Cette situation est novatrice, d'une part, parce que le concept de sous-établissement stable n'est pas

²⁸⁶ Appelé « *Sub-permanent establishment* » par la doctrine anglo-saxonne et dont on ne retrouve en pratique pas trace dans les travaux issus de la doctrine française.

maitrisé (I), mais aussi parce que le régime d'imposition applicable dans l'Etat de localisation des établissements nécessite une analyse constructive (II).

I. Les situations visées

La fiscalité est souvent prompte à créer des concepts qui finissent, en raison de leur complexité, par rendre hasardeuse leur vision globale. La question des établissements stables multiples nous semble parfaitement illustrer cette problématique (A), même si nous considérons que la notion répond à des contraintes pratiques opérationnelles objectives (B).

A. La notion de sous-établissement stable

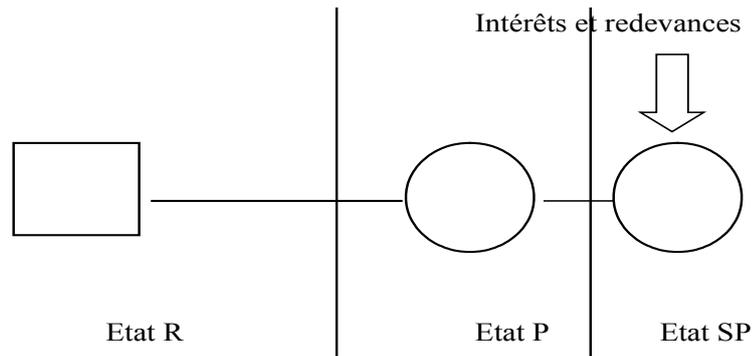
La première difficulté consiste à s'accorder sur les situations visées, la notion étant fondée principalement sur une évolution doctrinale (1). Son existence est en réalité une conséquence indirecte du mouvement vers une reconnaissance de la personnalité fiscale des établissements stables (2).

1. Une notion exclusivement doctrinale

Le sous-établissement est conceptuellement l'établissement stable d'un établissement stable situé dans un Etat tiers²⁸⁷. Cette situation est par construction au moins trilatérale.

La situation peut être décrite de la manière suivante :

²⁸⁷ Il semble compliqué d'imaginer une situation triangulaire bilatérale dans laquelle un sous-établissement serait localisé dans l'Etat du siège car l'unicité de la personnalité juridique reviendrait en réalité à considérer probablement ce sous-établissement comme une partie de l'activité du siège.



Le cas étudié est la situation dans laquelle une société résidente d'un Etat R ayant établi un établissement stable dans un Etat P, utilise les moyens matériels et humains de cet établissement pour étendre son activité dans un autre Etat SP, sous la forme d'un établissement stable. La situation n'est pas théorique. Elles se rencontrent en pratique lorsqu'un groupe décide peu à peu d'étendre son activité dans des Etats voisins, sans au préalable décider d'ouvrir des filiales et en mutualisant les moyens régionaux disponibles. C'est aussi le cas des sociétés qui peuvent disposer de chantiers connexes dans plusieurs Etats ou qui exercent une activité en bordure de frontière, nécessitant l'ouverture d'un établissement de chaque côté de cette frontière.

Le lecteur averti constatera immédiatement qu'il est nécessaire de s'interroger sur la question de savoir si le concept existe en droit interne, afin de déterminer si l'on se trouve dans un territoire réservé aux conventions fiscales, ou s'il existe un conflit potentiel entre droit interne et droit conventionnel. Il existe, en effet, une discussion sur l'existence même du concept qui n'est pas reconnu formellement par la totalité de la doctrine.

Le premier travail doctrinal sur ce sujet est une publication collective de 2004, sous la direction de l'université de Vienne²⁸⁸. Cette étude se présente sous forme d'un questionnaire relatif à un cas pratique, mettant en jeu une combinaison de sociétés de personnes et leurs établissements stables localisés dans un Etat tiers. Les travaux sont, en réalité, limités et non dirigés directement sur le sujet des situations triangulaires, mais plutôt sur l'imposition des sociétés de personnes. L'étude n'est pas

²⁸⁸ Lang (M), Loukota (H), Waldburger (R), Waters (M), Ulrich Wolff (U), « Triangular situation: partnerships with sub-permanent establishment in third country », *Steuer und Wirtschaft international* 2004, p. 14-16.

applicable aux Etats qui considèrent les sociétés de personnes comme des sujets fiscaux. Lorsqu'un pays reconnaît la transparence totale, alors le concept se croise avec celui d'établissement, qui devient la cause du droit d'imposer, l'entité juridique n'existant pas fiscalement.

Rien d'étonnant à ce qu'une théorie plus globale soit-elle aussi issue de la même université, la même année, suivie par une étude plus récente de l'université de Leiden dont certains enseignants sont communs aux deux centres²⁸⁹, dont certains professeurs sont aussi issus de l'université de Vienne. Ces travaux plus récents ne sont cependant pas rédigés sous l'angle principal de l'analyse de situations triangulaires et ne discutent pratiquement pas du concept de sous-établissement stable lui-même, faisant partie d'une mouvance qui semble prendre comme postulat son existence, sans la démontrer de manière indiscutable. On est ici plus en présence d'un postulat, que d'une revue d'identification même du concept.

La première question est donc celle de l'existence même du concept.

A première vue, plusieurs arguments peuvent amener à estimer que le concept n'existe pas et serait même une hérésie ou une erreur. Le premier est qu'il n'existe pas de définition objective formelle de la notion, les écrits se limitant à la conclusion.

Le second argument est que l'établissement stable n'ayant pas de personnalité juridique, il ne peut pas engendrer de sous-établissement, « disposer » ou « posséder » un bien dans un autre Etat. A la différence de la situation bilatérale, dans laquelle le siège est le siège d'une personne morale et peut donc posséder des actifs ou exercer une activité hors de son Etat de localisation, l'établissement, qui n'est qu'une émanation de ce siège, ne peut lui-même disposer d'actifs et exercer une activité, par hypothèse, exercée ou possédés par le siège lui-même.

Dès lors, une définition du sous-établissement, fondée sur la définition de l'établissement stable, pour conclure que ce dernier possède lui-même un

²⁸⁹ Stieglitz (A), « The sub-permanent establishment in a third state », in *Triangular cases*, Linde Verlag 2004. Marques dos santos (L), « The sub-permanent establishment ("Sub Pe") and the OECD Model convention », Paper presented for the LLM, Leiden, 2009.

établissement, ne serait pas possible en raison de l'inapplicabilité des concepts à la situation et de la non-comparabilité de l'activité menée à l'étranger par un siège d'une entité juridique, avec celle menée à l'étranger par un établissement sans personnalité morale.

Cette analyse pourrait être dérivée d'une lecture détaillée du Modèle de convention fiscale. En particulier, la question de l'applicabilité de l'article 5(1) du Modèle de convention fiscale se pose. Celui-ci indique, en effet, les conditions pour l'existence d'un établissement stable en précisant que : *« (...) l'expression « établissement stable » désigne une installation fixe d'affaires par l'intermédiaire de laquelle une entreprise exerce tout ou partie de son activité ».*

La question de la mise en évidence d'une installation au *« travers de laquelle est exercée une activité »* est donc essentielle. Est aussi primordial, le fait que cette installation soit utilisée par une « entreprise » pour exercer son activité. La définition de « l'entreprise de l'autre Etat » est donnée par l'article 3(1) c qui indique :

*« c) le terme « entreprise » s'applique à l'exercice de toute activité ou affaire ;
d) les expressions « entreprise d'un Etat contractant » et « entreprise de l'autre Etat contractant » désignent respectivement une entreprise exploitée par un résident d'un Etat contractant et une entreprise exploitée par un résident de l'autre Etat contractant. »*

La combinaison des dispositifs mentionnés ci-dessus laisserait donc penser que l'article 5 ne peut être analysé qu'au regard de l'article 3(1), qui requiert l'exercice d'une activité par un résident, condition impossible pour une émanation d'un établissement sans personnalité fiscale qui « n'exerce » pas une activité dans un autre Etat, l'activité étant exercée par le siège situé dans un Etat tiers qui n'est pas résident de l'autre Etat contractant, en tout état de cause.

Plus difficile encore serait de remplir la condition posée par l'article 1 du Modèle de convention, c'est-à-dire la présence d'un « résident » dans la relation, alors que la doctrine dominante considère que l'établissement n'est pas un résident au sens du

traité. Pour les détracteurs du concept même, rien ne permettrait sa reconnaissance dans le traité.

La difficulté serait donc que la fiction fiscale de l'établissement stable ne supporte pas la sous-fiction que serait le sous-établissement stable.

Cette approche n'est pas uniquement le fait de doctrines universitaires. Ces arguments ont été aussi relayés dans de rares cas par des administrations fiscales, comme au Danemark où il a été confirmé, en 2008, par les autorités en charge de délivrer des *rulings*, que seules les personnes morales peuvent disposer d'un établissement stable²⁹⁰²⁹¹.

2. *Une évolution logique de la personnalisation de l'établissement stable*

Il nous semble que certains arguments permettent de remettre en cause les certitudes précédentes.

Tout d'abord, l'argumentaire fondé sur la rédaction du Modèle de convention, certes formellement admissible, n'est pas totalement convaincant. En effet, si l'on accepte que l'établissement est une fiction fiscale pour caractériser un seuil déclenchant une présence taxable, l'existence d'un sous-établissement stable pourrait être le prolongement ou la réplique de cette fiction fiscale, et non uniquement une impossibilité juridique, liée à l'absence de personnalité morale. En outre, l'exercice d'une activité en soi n'est pas problématique et le critère peut être rempli par un sous-établissement stable : c'est la question de l'exercice de l'activité « par une entreprise résidente de l'autre Etat » qui crée la difficulté. On notera, incidemment, que notre volonté de concéder une personnalité fiscale complète à l'établissement stable permettrait de régler la question sans ambiguïté.

Nier l'existence du concept serait refuser d'admettre les spécificités opérationnelles liées aux développements des activités des groupes. *A minima*, fiscalement, la problématique est une question d'allocation des charges et de revenus à un

²⁹⁰ Rasmussen (S.), « Permanent Establishments: The Current State of Play », *Bulletin*, IBFD, November 2011, p. 350-355.

établissement ou au siège, tous deux dans un Etat tiers ; question divergente de celle de l'allocation des revenus et des charges entre un siège et son établissement stable, visée à l'article 7 du Modèle de convention fiscale.

Opérationnellement, on peut concevoir une différence entre le cas où une société développe son activité dans deux Etats, sous la forme d'établissements stables par extension directe des activités de son siège²⁹², au cas où une société procède d'abord à la création d'un établissement stable pour une responsabilité régionale avant de développer, au sein de cet établissement, de nouvelles activités pour une sous-zone.

Dans ce second cas, le sous-établissement n'est pas un démembrement du siège, mais un démembrement de l'établissement stable d'origine. La notion d'établissement secondaire existe en droit commercial français, alors pourquoi la nier dans le domaine fiscal international, pour des entreprises pour lesquelles le territoire européen est aussi harmonisé et unitaire que l'Etat français pour des entreprises plus petites ?

Enfin, les évolutions récentes vers une personnalisation fiscale accrue de l'établissement stable, nous laissent penser que, d'un point de vue conceptuel, imaginer une extension de l'activité d'un établissement localisé dans un Etat au travers d'un nouvel établissement localisé dans un Etat tiers n'est pas irréaliste.

Pour toutes ces raisons, il nous semble que la notion doit être considérée avec intérêt et ne peut, en aucune manière, être récusée par principe. Enfin, nous serions particulièrement mal placés pour refuser l'existence même de la notion, en tant que défenseur de la reconnaissance de la résidence de l'établissement stable au sens des traités, celle-ci aboutissant logiquement à la reconnaissance de la personnalité fiscale du sous-établissement.

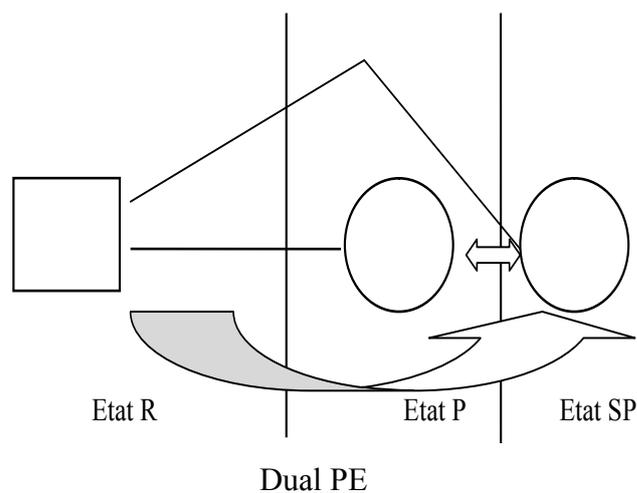
Il faut avouer que les droits internes des Etats ne se sont pas attachés à clarifier la situation.

²⁹¹ *DK AC* 19 august 2008 SKM2008.713.SR.

On mentionnera, par exemple, que le droit fiscal français, à l'instar de nombreux autres droits tels que le droit autrichien ou allemand²⁹³, ne propose aucune définition spécifique. La doctrine française ne s'est pas intéressée à cette notion. Conformément à l'article 209- I du CGI :

« Sous réserve des dispositions de la présente section, les bénéfices passibles de l'impôt sur les sociétés sont déterminés d'après les règles fixées par les articles 34 à 45, 53 A à 57, 237 ter A et 302 septies A bis et en tenant compte uniquement des bénéfices réalisés dans les entreprises exploitées en France ainsi que de ceux dont l'imposition est attribuée à la France par une convention internationale relative aux doubles impositions. »

Conceptuellement, le droit interne ne s'intéresse qu'à la substance de l'activité exercée sur notre territoire, et l'on pourrait donc penser qu'il est indifférent selon que cette activité est exercée depuis un établissement étranger ou un siège étranger. En réalité, cette indifférence pourrait tout aussi bien révéler une indifférence totale liée au régime territorial, selon que l'on est en présence de sous-établissement ou de multi-établissements stables. Ainsi, dans la situation suivante, le texte de droit interne trouverait probablement à s'appliquer d'une manière identique:



²⁹² Situation d'établissements « sœur » ou « Dual PE » ou « établissements multiples ».

En pratique, cette situation a été discutée lors du 50^{ème} anniversaire du Modèle OCDE, mais elle s'est limitée à une question de prix de transfert²⁹⁴. La question principale était de déterminer si, en cas de remise en cause des prix de transfert entre établissements stables, une solution pouvait être trouvée. On comprend que cette discussion est justifiée par une question opérationnelle de partage des profits qui diverge de la question qui nous occupe ici, à savoir les limitations des impositions des revenus passifs en application d'une convention fiscale. La question de la répartition du droit d'imposer les profits n'est que la conséquence de celle de la reconnaissance du concept.

La situation de dual PE n'est pas, à notre avis, une situation triangulaire mais une combinaison de situations bilatérales juxtaposées.

Du point de vue de l'Etat du sous-établissement stable, celui-ci n'étant pas résident au sens du traité P/SP, il ne peut éventuellement bénéficier que du traité SP/R qui définit, au sein de son article 5, la notion d'établissement stable applicable. Cette réponse ne permet pas de gérer les relations SP/P, mais uniquement R/SP. C'est le concept de sous-établissement stable qui crée la relation S/SP.

B. Les causes opérationnelles d'existence du concept

Le fondement même du concept est issu de la volonté de classer des situations initiées par les contraintes opérationnelles spécifiques rencontrées par les groupes. A l'instar de la définition de l'établissement stable, ces situations peuvent être la conséquence de l'exercice d'une activité permanente (1) ou de la présence de sous agents (2).

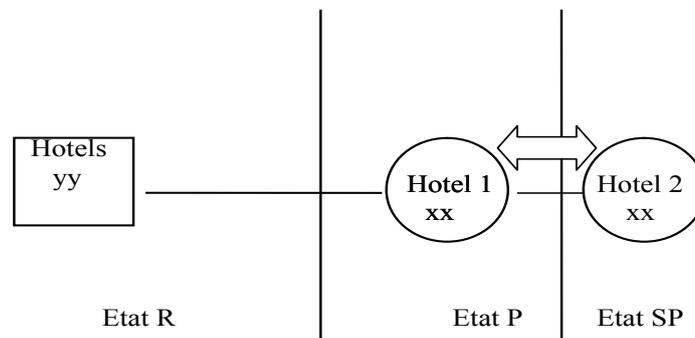
²⁹³ Stieglitz (A), « The sub permanent establishment in third state », in *Triangular cases*, Linde Verlag 2004, p. 102.

²⁹⁴ *50th Anniversary of the OECD Model Tax Convention*, OECD Conference / 8-9 September 2008, « Room for improvement: double taxation that treaties do not resolve ».

1. L'exercice d'une activité permanente

Le premier cas est celui dans lequel, pour des opérations de démarrage, l'implantation dans un Etat tiers est la conséquence d'un développement dans un premier Etat sous forme d'établissement ou lorsque le développement dans un Etat tiers est indissociable de l'activité établie préalablement dans un premier Etat. En pratique, analyser les situations possibles de sous-établissement stable revient à étudier l'article 5 du Modèle OCDE.

Si nous analysons cette question au travers du dispositif de l'article 5 du Modèle de convention fiscale, le premier exemple est celui de l'existence d'une « sous-installation fixe d'affaire » au sens de l'article 5(1). Ainsi, la situation d'une société qui exerce, par exemple, une activité hôtelière opérationnelle dans un pays et décide d'étendre cette activité dans les pays voisins, au moyen de l'ouverture de nouveaux hôtels exploités par cette même société, sous une marque régionale, peut donner lieu à la mise en évidence d'un sous-établissement stable. On peut imaginer, par exemple, qu'une chaîne hôtelière dispose de franchises²⁹⁵ régionales. La marque utilisée pour le développement régional peut avoir été créée et enregistrée par l'établissement stable originel. Elle peut donner lieu au paiement de redevances, comme dans le cas d'une situation triangulaire inversée (analysée plus avant).



Une autre situation comparable et non similaire est celle d'une société qui exerce son activité au moyen de machines automatiques²⁹⁶, qui constituent des établissements stables. Ainsi, est susceptible de créer un sous-établissement la situation d'une

²⁹⁵ Exemple librement inspiré de Marques Dos Santos (L), « The sub-permanent establishment (« Sub-PE ») and the OECD Model convention », Leiden university, 15 February 2011 et d'une décision rendue en Allemagne *Bundesfinanzhof*, 3 February 1993 I R 80-81/91.

société américaine qui s'est implantée en premier lieu en France sous une marque spécifique différente de celle utilisée aux Etats-Unis, pays d'origine, et étend son activité en Belgique, depuis la France, sous la même marque au moyen de machines automatiques. Dans cette hypothèse, les machines automatiques belges constitueraient des sous-établissements²⁹⁷ stables des machines françaises.

Enfin, par exemple²⁹⁸, pourrait être rencontré le cas d'une société de vente de cigarettes, qui devrait posséder des plantations de coton pour fabriquer les filtres des cigarettes et qui disposerait dans un premier Etat d'une activité manufacturière et de plans de cotons, alors qu'elle procéderait à l'acquisition d'un autre plan de coton dans un pays voisin afin d'augmenter la capacité de production de son activité manufacturière, exercée au profit du siège de l'Etat R. Elle pourrait alors, de son siège, développer un premier établissement stable où elle exerce son activité manufacturière et développer cette activité au moyen du nouveau plan, qui constitue lui-même, un sous établissement stable de l'activité manufacturière.

Le même exemple pourrait être répété pour d'autres activités industrielles dépendantes de la localisation de matières premières ou de la localisation de marchés : par exemple, fabricant qui doit adapter sa fabrication aux contraintes d'une zone géographique et souhaite étendre son activité dans cette zone au départ du site de production capable de produire en fonction de contraintes techniques ou réglementaires régionales spécifiques. Les règles de sécurité de certaines zones, comme l'Europe, peuvent aussi rendre nécessaire l'implantation sous forme de sous-établissements.

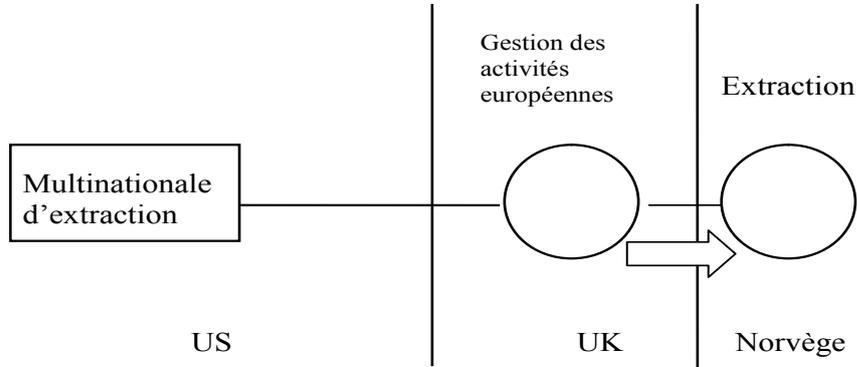
Lorsque l'on analyse plus avant l'article 5 du Modèle de convention fiscale, on peut anticiper que la question du sous-établissement se présente dans le cas de chantiers.

²⁹⁶ Exemple utilisé par le Modèle de Convention sous l'article 5 Com. 10 « *Toutefois, un établissement stable pourra exister si l'entreprise qui monte les appareils les exploite aussi et les entretient pour son propre compte. Il en sera de même si les appareils sont exploités et entretenus par un agent dépendant de l'entreprise* ».

²⁹⁷ Exemple d'un serveur en Suisse, In *Bundesfinanzhof*, Germany, 5 June 2002, I R 86/01 publié sur www.ibfd.org,

²⁹⁸ Exemple librement inspiré de Marques Dos Santos (L), « The sub-permanent establishment (« Sub-PE ») and the OECD Model convention », Leiden university, 15 February 2011 utilisé par le Professeur Kees Van Raad dans le cadre de son cours.

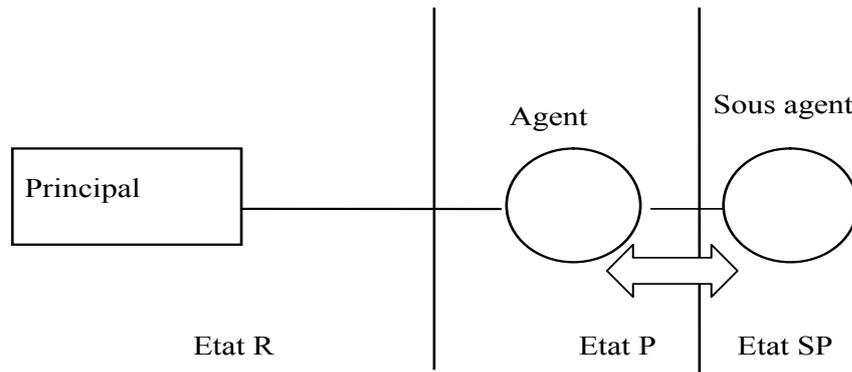
Ainsi, le cas visé par une décision norvégienne²⁹⁹ en ce qui concerne une société américaine qui effectuait des opérations de forage en Norvège à partir de sa plateforme britannique en charge de l'Europe.



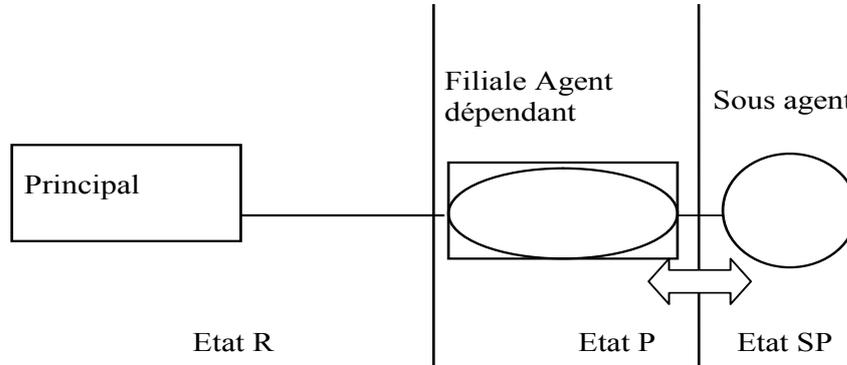
2. La présence d'un agent

Si l'on progresse dans la revue détaillée du concept en ligne avec l'article 5 du Modèle de convention fiscale, il nous semble aussi possible de rencontrer des sous-établissements en présence d'un agent ou plus précisément d'un sous-agent. Le premier exemple est une situation commune dans les groupes dans lequel une société, pour créer un réseau d'agents dans une zone géographique, débute son activité dans un Etat avant de s'étendre, depuis cet Etat au moyen d'autres agents formés et qui rendent compte dans l'Etat de localisation de l'établissement stable principal. Cette situation existe également lorsque l'agent principal doit développer son activité et recrute d'autres agents dépendants qui ont le pouvoir de l'engager. Ces agents peuvent utiliser des technologies communes et donc verser des redevances ou des financements communs, donnant lieu au versement d'intérêts.

²⁹⁹ Stavanger County court, 18 September 1980 00-260 A, *Gutler, Herbert & Co Inc. (the taxpayer) Municipality of Stavanger* (the tax authorities). Même si en l'espèce la Cour décide qu'aucun établissement stable n'existe. Décision publiée IBFD.com.



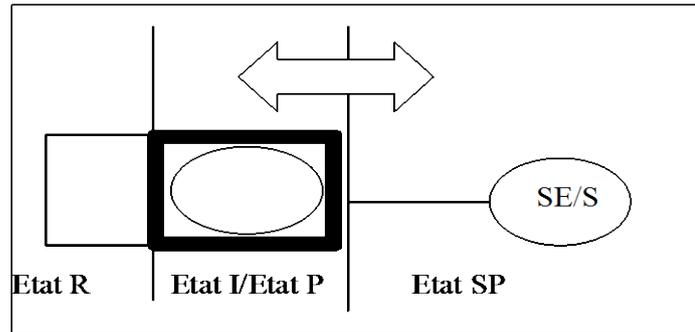
La présence de sociétés différentes ne peut éliminer la possibilité d'être confronté à cette situation. Ainsi, dans le cas d'un agent dépendant établi sous forme de filiale, elle-même dépendante, avec le pouvoir d'engager la société de l'Etat R, on peut imaginer que la société elle-même, établissement stable dans l'Etat P, puisse disposer d'un autre établissement dans l'Etat SP. La stricte lecture du Modèle de convention fiscale n'offre alors aucun argument pour refuser la notion, dans la mesure où l'établissement principal est lui-même une entité juridique pouvant exercer une activité au sens de la convention fiscale P/SP³⁰⁰³⁰¹.



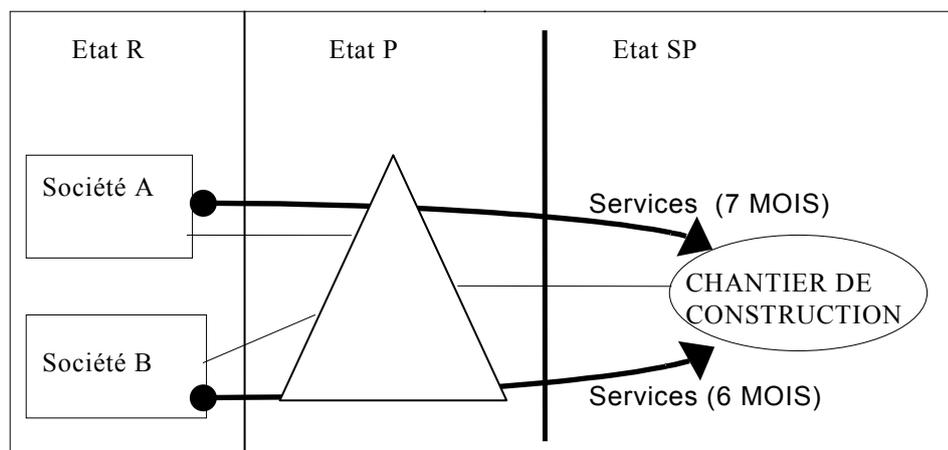
Une telle situation se rencontre aussi dans le cas de sociétés doubles résidentes, si l'Etat d'enregistrement du siège de la société considère qu'un établissement a été maintenu au lieu du siège.

³⁰⁰ Cette situation sera développée dans notre partie 2 consacrée aux filiales qualifiées d'établissements stables.

³⁰¹ Cas réel de la société Rolls-Royce en Inde pour des moteurs d'avions.



De même, la doctrine reconnaît l'existence d'un sous-établissement stable dans le cas de société de personnes, en particulier dans l'Etat dans lequel la société est reconnue comme transparente³⁰². C'est un exemple inclus dans le rapport OCDE qui concerne les sociétés de personnes³⁰³ et qui peut être étendu à une situation triangulaire. Dans cette situation, la Société A exerce une activité d'ingénierie et la société B une activité d'installation électrique. Les deux sociétés sont des résidentes de l'Etat R. Elles ont constitué une société de personnes transparente dans l'Etat P, en vue d'exécuter un contrat de conception et d'installation de l'équipement électrique d'un réacteur nucléaire en cours de construction dans l'Etat SP. Dans le cadre des obligations de P en vertu du contrat, des employés de la Société A sont présents sur le site de construction entre le 1^{er} janvier et le 10 juin et des employés de la Société B entre le 10 juin et le 1^{er} février. Ces employés agiront dans l'exercice de ces activités en tant que salariés de leurs sociétés respectives, lesquelles opéreront en qualité d'agents de la société de personnes.

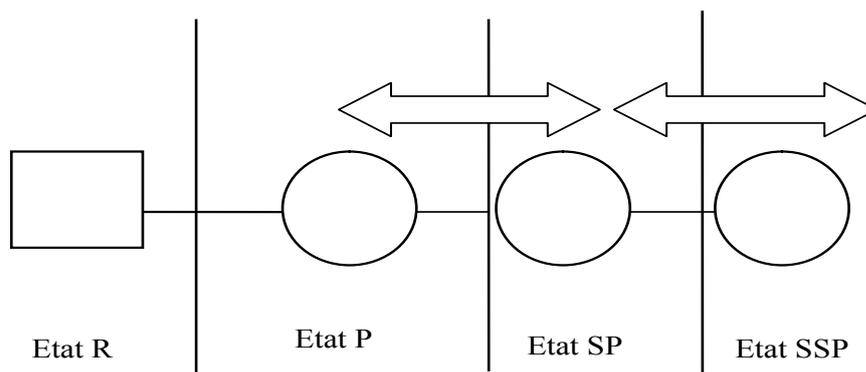


³⁰² Lang and al, « Triangular situations: partnerships with sub permanent establishment in third country », *Steuer und Wirtschaft international*, 2004, p. 14-16.

³⁰³ *L'application du Modèle de convention fiscale de l'OCDE aux sociétés de personnes*, Ed. OCDE, adopté par le comité des affaires fiscales de l'OCDE en janvier 1999.

Le rapport de l'OCDE relatif aux sociétés de personnes a conclu que les périodes passées sur le site par les deux associés doivent être agrégées au niveau de la société de personnes, ce qui conduit à un dépassement de la limite de 12 mois, fixée au paragraphe 3, de l'article 5. L'entreprise mise en place par la société de personnes sera donc reconnue comme ayant un établissement stable dans l'Etat S, dans un sous-établissement de la société de personnes, celle-ci étant considérée comme un établissement stable de ses membres. L'existence de l'établissement stable est prise en compte pour déterminer le régime fiscal dans l'Etat de l'activité.

Enfin, il est possible d'envisager des structures similaires comprenant de nombreux niveaux de sous-établissements en fonction des nécessités opérationnelles, à l'instar des situations poly-angulaires multilatérales évoquées ci-avant :



La problématique est une combinaison de questions liées à l'existence du concept et de limitation du droit d'imposer de chaque état mais aussi de déterminer si cette vision opérationnelle influence la répartition des profits au sein de la structure.

II. Le partage d'imposition entre l'Etat P et l'Etat SP

Par définition, toutes les situations visées ici peuvent avoir un caractère triangulaire primaire et/ou triangulaire inversé, puisque des flux peuvent exister entre les établissements stables, en qualité de bénéficiaire et de débiteur. La question du partage d'imposition est aussi celle de la double imposition des profits d'un établissement réalisés dans plusieurs Etats (A) ou l'exclusion de la base imposable dans un Etat des profits de source étrangère (B).

Il convient à notre sens d'éliminer la discussion sur la résidence des établissements stables au sens des traités SP/P. En effet, compte tenu des développements précédents et en l'absence de consensus sur ce point dans le cas de situations triangulaires primaires analysées ci-avant, il nous paraît probablement impossible de retenir cette hypothèse comme une base réaliste de l'analyse. Une telle approche aurait pour conséquence de résoudre la difficulté et d'éviter les doubles impositions en transformant la question en une succession de situations bilatérales maîtrisées indépendantes.

A. *L'absence de limites à l'imposition des profits*

La principale difficulté issue de la non résidence du sous établissement stable est liée à l'absence de règles de source applicables à la situation au sein du Modèle de convention fiscale (1). Cette carence fait peser un risque réel de double imposition (2).

1. *L'absence de règles de source*

La principale problématique est liée au fait que le Modèle de convention fiscale est imprécis quant au montant du profit de source étrangère réalisé par un sous-établissement qui pourrait être attribué à un autre établissement du siège commun. Cette situation est liée aux incertitudes d'interprétation de l'article 7 du Modèle de convention fiscale.

L'article 7 du Modèle de convention fiscale précise :

« 1. Les bénéfices 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 bénéfices qui sont attribuables à l'établissement

stable conformément aux dispositions du paragraphe 2 sont imposables dans l'autre Etat.

2. Aux fins de cet article et de l'article [23A] [23B], 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. »

Le système mis en place par l'article 7 est celui selon lequel le droit d'imposer est attribué à l'Etat dans lequel se situe l'établissement ou, en l'absence de celui-ci, au niveau du siège. Le texte prévoit l'imposition des profits attribués à l'établissement stable de la même manière qu'une entreprise indépendante en répartissant les profits à partager avec d'autres établissements de la même entité juridique, y compris, à notre avis, avec un sous-établissement qui constitue « une autre partie de l'entreprise »³⁰⁴. Il ne propose pas directement des règles similaires à celles prévues pour les revenus passifs, qui prévoient la source de revenus et n'imposent pas les revenus de source étrangère³⁰⁵. Pour l'établissement, la source desdits revenus n'est pas clairement visée par ce dispositif, celui-ci se limitant à la notion d'attribution.

2. Les risques avérés de double imposition

Lorsqu'il existe un établissement et un sous-établissement, plusieurs interprétations existent quant à la méthode pour déterminer le profit attribuable à l'établissement.

La première interprétation est de considérer que tous les profits, quelle que soit la source, doivent être imposés au niveau de l'établissement sans prendre en compte la source de ces revenus. Cette interprétation permettrait de considérer que l'article 7 ne

³⁰⁴ Comme nous le verrons en partie 2, la question du partage avec le siège lui-même en qualité d'établissement est moins certaine.

³⁰⁵ Articles 10, 11, 12 du Modèle de convention fiscale.

limite pas le droit d'imposer de l'Etat de localisation de l'établissement ou du sous-établissement aux profits de source de cet Etat. Elle permettrait, *a contrario*, l'imposition des profits de source étrangère, aboutissant ainsi à une double imposition dans les Etats des établissements des revenus de source d'un autre Etat rattaché à la présence. L'article 7 n'interdit pas l'imposition des revenus de source étrangère, il impose juste de prendre en compte les opérations avec les autres établissements du même siège.

La seconde interprétation est de considérer que l'Etat d'implantation de l'établissement stable dispose de la liberté d'appliquer ses propres règles d'imposition relatives à la source, dans la mesure où la convention fiscale R/P ne limite pas cette possibilité et que la convention P/SP n'est pas applicable³⁰⁶.

Cette seconde interprétation pose des difficultés pratiques importantes, par exemple, lorsque la définition de la notion d'établissement diffère dans le droit interne des Etats ou dans les conventions fiscales. Dans ce cas, en effet, il existe un risque de double imposition renforcé entre l'Etat de situation du sous-établissement et celui de l'établissement, le premier considérant que les profits sont attribués à l'établissement localisé dans cet Etat, le second considérant que tout le profit lui revient en l'absence même d'un tel établissement au sens de son droit interne.

Par exemple, lorsque la définition de la durée pour un chantier représentatif d'une présence taxable varie entre le droit interne et les conventions en vigueur, on pourrait se trouver face à une multi-imposition, conséquence d'une double attribution d'un même profit dans l'Etat S et l'Etat SP, ces derniers n'étant pas protégés par une convention pour régler le conflit éventuel. Comme indiqué plus avant, les conventions fiscales applicables entre l'Etat du siège et les Etats P et SP n'ont pas de raison de régler ce conflit, puisqu'elles ne permettent que de répartir le droit d'imposer entre l'Etat P et l'Etat R, d'une part, et entre l'Etat R et l'Etat SP d'autre part, la partie du profit double, imposée entre l'Etat P et l'Etat SP échappant à ce règlement du conflit.

B. *L'imposition des profits étrangers de l'établissement stable*

Comme indiqué ci-dessus, il existe un risque de double imposition, lié à l'absence de limitation formelle conventionnelle du droit d'imposer de l'Etat P, vis-à-vis de l'Etat S/P et réciproquement. Les solutions proposées par le Modèle de convention fiscale ne permettent pas de régler clairement la difficulté (1). Pour permettre d'améliorer la situation, il serait nécessaire, selon nous, de considérer que le principe de source est en réalité représenté par celui de rattachement de revenus issus de l'article 7 du Modèle de convention fiscale (2).

En outre, la situation dans l'Etat SP devrait être relativement assez simple puisque dans cet Etat est acquitté un impôt sur la base des revenus de source locale qui seront, en l'absence d'exonération locale, imposés sur place (il y a un établissement stable dans cet Etat). Cet Etat devrait donc être celui auquel est reconnu prioritairement le droit d'imposer, sous réserve des profits attribués à l'Etat P et de source de cet Etat.

1. *L'inadéquation des solutions proposées*

Comme nous l'avons noté, dans la mesure où le principe de source ne permet pas de régler le problème, il convient de s'interroger afin de déterminer si l'Etat P est confronté à d'autres limitations affectant son droit d'imposer les profits qui sont attribués au sous-établissement dans l'Etat SP.

La première solution serait de prendre en compte l'effet d'un principe de non aggravation qui veut que la convention fiscale ne peut augmenter l'imposition qui serait due en l'absence de convention. A supposer celui-ci accepté dans l'Etat P, le droit interne de l'Etat P pourrait constituer une première limite à l'imposition dans cet Etat des profits réalisés dans l'Etat SP. En application de ce principe, les profits non-imposés dans l'Etat P, en application de son droit interne ne devraient pas pouvoir y être imposés en application d'une convention fiscale. Une telle hypothèse

³⁰⁶ Par exemple, la France appliquerait le principe de territorialité au profit d'un établissement localisé en France en ce qui concerne d'éventuels revenus étrangers. On peut penser que ce serait le principe applicable par la France.

ne constitue cependant pas le centre de notre étude, car elle dépend exclusivement des principes du droit interne de l'Etat P.

La seconde solution serait de permettre une solution lorsque les traités prévoient une définition différente de l'établissement stable. Ce serait le cas si, en application de l'article 7, l'Etat P a la liberté d'appliquer son droit interne sans limitation. Il y aurait alors prédominance du statut de l'établissement stable principal sur celui de sous-établissement. Il ne semble pas que cette solution soit reconnue par la doctrine³⁰⁷.

Deux autres solutions incertaines peuvent être considérées :

- Soit l'on considère que l'Etat P ne peut pas taxer les profits réalisés dans l'Etat SP, car ceux-ci sont attribués à l'établissement situé dans l'Etat SP par définition constituant une présence taxable hors de l'Etat P. Cette analyse est cependant effectuée en application du traité P/R ou R/SP et non en application d'un traité entre les Etats P et SP. La principale difficulté est que cette conclusion prend en compte la logique des traités sans en appliquer la lettre.
- Soit l'on considère que le traité P/SP n'est pas applicable, car les établissements ne sont pas des résidents au sens de ce texte, aucune restriction n'existe dans l'Etat P pour imposer les profits réalisés dans l'Etat SP dans la mesure où aucune règle de source n'est applicable dans l'Etat P en application du traité P/R si l'on considère que les limitations éventuellement issues de ce traité visent uniquement les profits de l'Etat P ou de l'Etat R et non ceux d'un Etat tiers. Le droit interne de l'Etat P est alors la seule limite. Le montant des profits imposables dans un Etat dépend alors des législations internes, alors que tous les Etats ont signé des traités ce qui peut paraître surprenant. Cette seconde possibilité est majoritairement soutenue par la doctrine, en particulier par Ulrich Wolff³⁰⁸ ou d'autres³⁰⁹ sur le fondement d'arguments dont certains

³⁰⁷ Interrogation laissée sans réponse par la doctrine, « Source Rules for Taxing Business Profits under Tax Treaties », in: Brian Arnold (J), Sassevill (J), and Zolt (E), *The Taxation of Business Profits under Tax Treaties* (Toronto: Canadian Tax Foundation, 2003), p. 109-131 ou, « Summary of the proceedings of an invitational seminar on the taxation of business profits under tax treaties », *Tax treaty monitor*, IBFD, May 2003, p. 187-207. Position défendue par Loukota (H), Lang (K) and al, « Triangular situations: partnerships with sub permanent establishment in third country », *Steuer und Wirtschaft international*, 2004.

³⁰⁸ Lang and al, « Triangular situations: partnerships with sub permanent establishment in third country », *Steuer und Wirtschaft international*, 2004.

ont été déjà analysés dans notre premier chapitre et dont l'application peut être discutée³¹⁰.

La double imposition s'oppose, selon nous, à la logique des traités en particulier lorsque tous les Etats ont signé des conventions fiscales.

2. *L'équivalence du principe de source et d'attribution des revenus*

a *La remise en cause du concept de source*

Une autre approche est possible : celle de considérer que, même si des règles de source strictes, permettant de restreindre le droit d'imposer les profits dans l'Etat P n'existent pas, le dispositif de l'article 7 autorise indirectement d'aboutir à la même conclusion. C'est cette voie qui a notre préférence, car elle permet de réconcilier le fait que le traité P/SP n'est pas applicable, avec le fait que les trois Etats en présence acceptent de mettre en œuvre les principes OCDE. Elle est aussi, selon nous, fondée sur une revue constructive détaillée de l'article 7.

Sur le point de savoir si l'Etat P peut taxer des revenus de source étrangère (ceux réalisés dans l'Etat SP), et sur le fondement d'une lecture stricte des textes de l'article 7, la doctrine admet cette possibilité en se fondant sur le fait que, tant l'article 7 du Modèle de convention fiscale que les commentaires y afférents, ne restreignent pas le droit de l'Etat P d'exercer son droit d'imposer³¹¹. Cette conclusion serait justifiée par le fait que la rédaction de l'article 7 ne permet pas de déterminer un critère de territorialité fondé sur la source, à l'instar du reste du traité.

Cette doctrine est donc principalement issue de la lecture stricte de l'article 7, de l'absence de limitation explicite contenue dans ce texte et de l'absence d'application des principes issus de l'OCDE, puisque aucun traité n'est applicable entre l'Etat P et

³⁰⁹ Zhai (G), « Triangular cases involving income attributable to Pes » *T.NI.* 23 March 2009, p. 1119, généralement reprise par l'université de Leiden, Marques Dos Santos (L), « The sub-permanent establishment (« Sub-PE ») and the OECD Model convention », Leiden university, 15 February 2011.

³¹⁰ Par exemple, le principe « *pact servanta* ».

SP. Cette doctrine est aussi le prolongement de l'analyse développée pour un établissement unique et de la possibilité d'imposer le revenu de source étrangère au niveau de cet établissement. Elle n'est pas affectée par la présence d'un sous-établissement stable, puisque le traité S/SP n'est pas applicable.

Cette analyse nous semble cependant présenter certaines faiblesses.

Tout d'abord, la rédaction de l'article 7 n'ignore pas totalement l'existence d'autres parties de l'entreprise en relation avec l'établissement stable. Elle ne prévoit, certes, pas directement une répartition du droit d'imposer entre ces parties de la même entreprise, mais prend en compte, *a minima* au niveau de l'établissement, les relations avec ces autres parties. La relation entre parties différentes d'une même entreprise n'est pas ignorée, sans pour autant permettre d'utiliser directement ce critère pour décider d'une répartition du droit d'imposer.

En réalité, la doctrine précitée ne traite pas exactement de la même situation et ne prend pas en compte le caractère secondaire et subordonné du sous-établissement stable.

Plusieurs éléments du texte laissent penser que le Modèle de convention fiscale n'ignore pas totalement la situation visée ici.

L'article 7 lui-même³¹² précise :

« 1. Les bénéfices 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 bénéfices de l'entreprise sont imposables dans l'autre

³¹¹ Marques Dos Santos (L), « The sub-permanent establishment (« Sub-PE ») and the OECD Model convention », Leiden University, 15 February 2011.

³¹² Dans la version antérieure aux modifications de 2010 du Modèle de convention fiscale.

État mais uniquement dans la mesure où ils sont imputables à cet établissement stable.

2. Aux fins de cet article et de l'article [23A] [23B], les bénéfices qui sont attribuables dans chaque État 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.

3. Lorsque, conformément au paragraphe 2, un État contractant ajuste les bénéfices qui sont attribuables à un établissement stable d'une entreprise d'un des États contractants et impose en conséquence des bénéfices de l'entreprise qui ont été imposés dans l'autre État, cet autre État procède à un ajustement approprié du montant de l'impôt qui a été perçu sur ces bénéfices dans la mesure nécessaire pour éliminer la double imposition de ces bénéfices. Pour déterminer cet ajustement, les autorités compétentes des États contractants se consultent si nécessaire.

4. Lorsque les bénéfices comprennent des éléments de revenu traités séparément dans d'autres articles de la présente Convention, les dispositions de ces articles ne sont pas affectées par les dispositions du présent article ».

Notre lecture est un peu divergente de celle de la doctrine précitée³¹³.

Certes, la règle posée par ce dispositif est qu'un Etat peut imposer sans limitation les profits d'un établissement stable dans la mesure où ceux-ci sont attribuables au-dit établissement. Cependant, l'article 7 ne précise pas formellement le *quantum* des profits qui peuvent être attribués à cet établissement, en particulier si les profits sont de source étrangère (source de l'Etat SP). Il précise uniquement que les transactions avec d'autres parties de l'entreprise sont prises en compte. La difficulté est que, dans

³¹³ Souvent fondée sur les rédactions du Modèle de convention fiscale antérieures à 2010.

la situation qui nous intéresse, le profit du sous-établissement stable qui pourrait être imposé une seconde fois dans l'Etat de l'établissement stable, n'est pas issu d'une transaction entre deux parties de la même entreprise, mais du partage du droit d'imposer entre les deux Etats. Ainsi, le profit ne provient pas toujours du fait que l'établissement ait réalisé des opérations avec le sous-établissement d'un siège commun, hypothèse indirectement visée à l'article 7, mais du fait qu'un profit est attribuable en totalité à l'établissement stable, si la personnalité fiscale du sous-établissement est niée par l'Etat P, conformément à son droit interne, par exemple.

Sur ce point, il nous semble qu'à la fois le texte du Modèle de convention et les commentaires fournissent des précisions importantes quant au droit d'imposer au niveau de l'établissement P des profits réalisés par le sous-établissement SP et des limitations applicables qui ne seraient pas la conséquence d'une règle de source mais d'une règle d'attribution³¹⁴. En effet, comme en matière de revenus passifs, le rattachement ou non à l'établissement ou au sous-établissement constitue, selon nous, la grille de lecture de l'attribution des profits.

Les revenus attribués à l'établissement sont censés être de source de l'Etat dans lequel l'établissement est situé. C'est une présomption, mais une présomption simple, sous réserve que ces profits ne soient pas attribués à une autre partie de l'entreprise. Le caractère triangulaire de la situation constitue, à notre avis, une preuve contraire.

b La confirmation du principe d'attribution exclusive

L'analyse développée ci-dessus est confirmée par l'article 21³¹⁵ du Modèle de convention fiscale, qui précise que la règle d'attribution effective prévaut en matière d'établissement stable, alors que la source est applicable aux autres revenus, en particulier, passifs. Ce principe impose l'imposition exclusive dans l'Etat de situation de l'établissement stable de revenus qui lui sont effectivement rattachés. Son

³¹⁴ Arnold (B), Sasseville (J), « Source rules for taxing business profits under tax treaties », p. 109-131.

³¹⁵ Celui-ci précise : « 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 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 ».

application aboutirait à imposer dans l'Etat P les revenus effectivement rattachés à l'établissement stable et dans l'Etat SP les revenus effectivement rattachés au sous-établissement, en prenant comme hypothèse que le rattachement ne peut être qu'exclusif.

Selon cette position, l'imposition des revenus de source SP dans l'Etat P, généralement admise par la doctrine, n'est possible que s'il n'y a pas l'existence d'un autre établissement auquel ces revenus sont rattachés. Dans notre cas, les revenus ne peuvent être rattachés à l'établissement localisé dans l'Etat P et imposés localement que s'ils sont rattachés de manière exclusive à cet établissement stable principal, sans être rattaché à l'établissement secondaire.

Il nous semble que le Modèle de convention fiscale confirme aussi, indirectement, notre vision en refusant l'application d'un principe de force attractive repris dans les commentaires de l'article 7. Le refus de force attractive est l'acceptation du principe de rattachement effectif. La dernière partie de l'analyse est que, selon nous, le rattachement effectif ne peut être qu'exclusif. Les revenus sont rattachés à l'établissement stable ou rattachés au sous-établissement.

A notre avis, les commentaires confirment aussi l'utilisation, comme indice de lieu d'imposition le critère d'attribution, réfutant ainsi l'application d'un principe de source :

« Le second principe, qui est énoncé dans la deuxième phrase du paragraphe, est que le droit d'imposer de l'Etat où l'établissement stable est situé ne s'étend pas aux bénéficiaires que l'entreprise peut tirer de cet Etat mais qui ne sont pas imputables à l'établissement stable. C'est là une question sur laquelle, dans le passé, des divergences de vue se sont fait jour, quelques pays ayant appliqué, il y a plusieurs années, le principe de l'existence d'une « force d'attraction » générale en vertu duquel les revenus tels que les autres bénéficiaires d'entreprise, dividendes, intérêts et redevances tirés de sources situées sur leur territoire étaient imposables en totalité dans ces pays dès lors que le bénéficiaire y possédait un

établissement stable et ce, même lorsque ces revenus n'étaient manifestement pas imputables à l'établissement stable. »³¹⁶

Le principe qui est à présent généralement accepté dans les conventions de double imposition repose sur l'idée que, pour imposer les bénéfices réalisés par l'entreprise étrangère dans un pays déterminé, les autorités fiscales de ce pays devraient considérer une par une les diverses sources des bénéfices que l'entreprise tire de leur pays et appliquer à chacune le critère de l'établissement stable, sous réserve de l'application éventuelle des autres articles de la Convention. Cette solution permet d'adopter des méthodes d'administration de l'impôt et de discipline fiscale plus simples et plus efficaces et correspondant mieux à la conduite courante des affaires.

A l'époque moderne, l'organisation des affaires est fort complexe. Il existe un grand nombre de sociétés, dont chacune exerce des activités très diverses et notamment des activités d'entreprise très étendues dans de nombreux pays. Une société peut créer un établissement stable dans un autre pays par l'intermédiaire duquel elle réalise des activités manufacturières, tandis qu'une partie différente de la même société vend des produits ou articles manufacturés différents dans cet autre pays par l'intermédiaire d'agents indépendants. La société peut avoir des raisons commerciales parfaitement valables pour procéder ainsi, fondées, par exemple, sur la structure historique de son activité ou sur des motifs de convenance sur le plan commercial.

Si le pays dans lequel l'établissement stable est situé souhaite pousser l'insistance jusqu'à vouloir rechercher minutieusement à déterminer et à imposer la part de bénéfice imputable à chaque transaction effectuée par l'intermédiaire d'agents indépendants, en vue d'ajouter ce bénéfice aux bénéfices de l'établissement stable, une telle démarche pourrait gêner sérieusement les activités commerciales ordinaires et serait contraire aux objectifs de la Convention.

L'application de ce dispositif ne remet pas en cause le fait que les profits doivent être attribués à chaque établissement, mais que la partie en conflit entre deux présences taxables doit être partagée de manière exclusive au profit d'une partie de l'entreprise

³¹⁶ Com. 10 sous l'article 7 du Modèle de convention fiscale.

à laquelle elle est effectivement rattachée. La règle n'est pas, à notre avis, uniquement une règle d'attribution, mais aussi une solution aux conflits. Ces principes ne doivent pas, selon nous, être remis en cause en raison du caractère triangulaire de la situation.

La limite éventuelle, liée à l'absence d'application du traité P/SP, nous paraît contraire au bon sens. En effet, tous les Etats en cause sont considérés, par hypothèse, comme ayant mis en place des traités conformes au Modèle de convention fiscale. Dès lors, il nous semble qu'ils sont contraints de respecter certains principes, dont celui de l'entreprise indépendante. En particulier, la convention de Vienne précise que les traités doivent être interprétés de bonne foi. La bonne foi entre Etats, qui sont tous, par hypothèse, signataires d'une convention conforme au Modèle de convention fiscale, serait de choisir les solutions cohérentes pour éviter les doubles impositions et appliquer les principes qu'ils ont reconnus. Certains auteurs divergent sur ce point³¹⁷.

Certes, l'article 7 est contenu dans le traité R/P ou R/SP et celui contenu dans le traité S/SP n'est pas applicable, mais la rédaction assez large « *en particulier dans les opérations internes avec d'autres parties de l'entreprise* » y compris, à notre avis, un autre établissement, laisse penser que ce principe doit être respecté³¹⁸.

On notera enfin que la méthode proposée par le Modèle de convention de détermination du profit d'un établissement confirme notre interprétation en précisant :

*« Pour déterminer si le paragraphe 2 requiert un ajustement, il faudra déterminer les bénéficiaires qui auraient été réalisés si l'établissement stable avait été une entreprise distincte exerçant des activités identiques ou analogues dans des conditions identiques ou analogues et traitant en toute indépendance avec les autres composantes de l'entreprise. »*³¹⁹

³¹⁷ Marques Dos Santos (L), « The sub-permanent establishment (« Sub-PE ») and the OECD Model convention », Leiden university, 2011, ou Zhai (G), « Triangular cases involving income attributable to PEs », *TNI*, 23 March 2009, p. 1119 influencée probablement par la lecture de la convention de Vienne telle que comprise par l'université de Leiden.

³¹⁸ Stieglitz (A), « The sub permanent establishment in a third state », *Triangular tax cases*, Linde Verlag, p. 111.

³¹⁹ Y compris à notre avis entre établissement stable et sous-établissement stable, qui sont les composantes de l'entreprise.

Cette méthode est détaillée plus avant dans les commentaires de la manière suivante :

« La première étape de la démarche suppose que l'on isole les activités exercées par l'établissement stable, ce qui doit être fait à l'aide d'une analyse fonctionnelle et factuelle (les directives énoncées dans les Principes applicables en matière de prix de transfert à l'intention des entreprises multinationales et des administrations fiscales¹ seront utiles à cet effet). Dans le cadre de cette première étape, il conviendra de déterminer les activités et responsabilités importantes sur le plan économique exercées et assumées par l'établissement stable. Cette analyse doit dans la mesure pertinente examiner les activités et responsabilités exercées par l'établissement stable dans le contexte des activités et responsabilités exercées et assumées par l'entreprise dans son ensemble, plus particulièrement par les parties de celle-ci avec lesquelles traite l'établissement stable. »³²⁰

Cette analyse est confirmée en pratique dans les commentaires suivants qui font références aux établissements stables entre eux :

« Une question qui risque de se poser est celle de savoir dans quelle mesure on peut se baser sur les documents comptables lorsqu'ils sont fondés sur des accords entre le siège et ses établissements stables (ou entre les établissements stables eux-mêmes). Il est évident que de tels accords internes ne peuvent être considérés comme des contrats juridiquement contraignants. Toutefois, dans la mesure où les comptes du siège et des établissements stables sont établis symétriquement sur la base de ces accords et où ces accords correspondent aux fonctions exercées par les différentes composantes de l'entreprise, ces comptes pourraient être acceptés par les autorités fiscales. »³²¹

Compte tenu de ce qui précède, nous concluons que les profits de l'établissement stable localisé dans l'Etat P ne doivent pas prendre en compte ceux réalisés dans

³²⁰ Com. 18 sous l'article 7 du Modèle de convention fiscale.

l'Etat SP et attribués aux sous-établissements stables en application de l'article 7 et 21.

Conclusion du chapitre 2

Les groupes n'ont pas de limite en ce qui concerne leur capacité à mettre en place des structures complexes. Les situations triangulaires n'échappent pas à cette logique et la simple combinaison de situations triangulaires complexes ouvrent des perspectives de complexité quasi infinies. Les notions traditionnelles telles que la notion de source deviennent alors floues et difficile à combiner. Les pays sont désormais successivement, voir cumulativement, pays de siège ou pays de source.

En théorie, la problématique n'est pas de nature différente de celle des situations primaires originelles ; le risque d'imposition multiple est simplement plus important.

La seconde évolution marquante en matière de situations triangulaires est le développement de structures nouvelles influencées par de nouvelles manières d'exercer une activité alors que la mondialisation entraîne un développement de la reconnaissance d'établissements stables multiples. Cette évolution laisse la doctrine perplexe, entre négation totale du concept de sous-établissement et tentative d'innovation d'analyse. Nous sommes favorables à une évolution raisonnée fondée sur une lecture cohérente des concepts existants, afin de résoudre les conflits entre le droit d'imposer des Etats d'implantation des établissements stables et l'application d'un principe de rattachement effectif renforcé, permettant probablement de limiter les effets négatifs de l'inadaptation du concept de source à ces structures.

Conclusion Titre 1

Notre analyse précédente démontre que les situations triangulaires subies par les entreprises sont soumises à des doubles impositions à la source quasi systématiques, en matière de situations triangulaires inversées, ou très fréquentes, en matière de situations triangulaires originelles. Ce qui est indiscutable, c'est que les stratégies

³²¹ Com. 19 sous l'article 7 du Modèle de convention fiscale.

issues d'une simple application des recommandations de l'OCDE ne permettent pas de résoudre, du côté de la source, de manière satisfaisante la difficulté, et n'éliminent pas l'imposition ou les impositions à la source.

Notre proposition serait d'appliquer exclusivement le traité de l'Etat de source, duquel sont payés les revenus, et l'Etat du bénéficiaire.

Une telle solution ne paraît cependant pas acceptée actuellement pas la doctrine majoritaire et par les administrations fiscales de la plupart des Etats développés. Seules quelques juridictions dans le cas de traités très spécifiques, ont accepté cette avancée.

En l'absence d'un changement de la doctrine, l'évolution de la pratique des groupes vers la mise en place de structures sophistiquées encore plus complexes par combinaison de situations triangulaires, va faire croître la difficulté et le risque de double imposition augmentera corrélativement. Cette évolution ne peut être ignorée. Il faut admettre que la mondialisation favorise la mise en place de structures combinant des situations triangulaires.

Cette évolution majeure et inéluctable de la situation fait peser un risque élevé de double imposition dans le pays de source, que seule une élimination efficace du côté du bénéficiaire permettrait d'atténuer. Aussi efficace soit-elle, elle ne sera certes jamais aussi efficace qu'une élimination totale de l'imposition à la source. Par exemple, elle ne permettra pas de résoudre les doubles impositions liées aux divergences de taux, en particulier, lorsque le taux d'imposition du bénéficiaire est inférieur à celui de la source. Seule une harmonisation totale permettrait une avancée significative du sujet.

L'OCDE, consciente de l'inefficacité relative des solutions pour régler les difficultés à la source, n'a cependant pas ignoré le rôle essentiel de l'élimination de la double imposition afin de déterminer son domaine et son efficacité, pour contrebalancer les effets négatifs du régime d'imposition dans l'Etat de source.

Titre 2. L'ÉLIMINATION DE LA DOUBLE IMPOSITION

En dehors d'une application du traité entre l'Etat d'implantation de l'établissement et celui de l'Etat de source qui constituerait la solution la plus adaptée pour éviter les multi-impositions, il nous semble important de déterminer si les autres traités aident à résoudre ou à atténuer les difficultés, que ce soit pour les situations triangulaires primaires (Chap. 1) ou pour les situations triangulaires dérivées (Chap. 2). En effet, même si le risque de multi-imposition est avéré, il convient de vérifier si cette multi-imposition peut être éliminée plusieurs fois, permettant ainsi de régler le problème. Les développements suivants démontreront que certaines situations de multi-impositions demeurent.

Chapitre 1. Les situations triangulaires primaires

Pour les situations triangulaires primaires, la question est différente selon que l'on analyse des situations primaires originelles pour lesquelles des conclusions partielles convaincantes existent (Section 1) ou des situations primaires inversées pour lesquelles de nombreuses incertitudes subsistent (Section 2).

Section 1. Les situations triangulaires primaires originelles

Pour ces situations, le traitement proposé, tant dans l'Etat de source que dans celui de résidence, apparaît relativement maîtrisé (I), alors que celui prévu dans l'Etat d'implantation de l'établissement pose en pratique des difficultés (II).

I. L'élimination de l'imposition dans l'Etat de source et de résidence

Sur ce point, les principes semblent établis de manière plus convaincante dans l'Etat de source (A), que dans l'Etat de résidence (B).

A. L'application du traité avec l'Etat de résidence par l'Etat de source

C'est l'application du traité entre l'Etat de source et l'Etat de résidence qui est le fondement de la difficulté (1). L'OCDE cependant ne paraît pas prête à faire évoluer sa position en ce domaine (2).

1. Une problématique essentielle

La problématique de l'application du traité S/R revêt une importance particulière afin d'éliminer les doubles impositions éventuelles. Si l'Etat S ne prélève pas d'imposition ou une imposition inférieure à celle du traité S/P, alors la question n'existe pas, le droit interne réglant la question³²².

La question qualifiée de « délicate » par certains auteurs³²³ est celle de déterminer si la retenue éventuellement applicable est celle prévue par le droit interne de l'Etat S ou celle prévue par un traité³²⁴. La situation de l'Etat S est un peu différente de celle de l'Etat P qui sera analysé plus avant, tout en étant comparable. Ici, comme dans l'Etat P, le choix est celui d'une application d'un ou plusieurs traités ou l'application du droit interne de l'Etat S sans restriction. L'OCDE propose l'application du traité S/R, solution médiane qui n'est pas une absence de protection conventionnelle, mais une protection conventionnelle moins adaptée que celle de l'application pure et simple du traité S/P, que nous soutenons et qui laisse subsister, dans certains cas, des doubles impositions, en particulier lorsque cette retenue excède celle prévue par le traité S/P.

³²² Comme nous le verrons ci-après l'Etat P est alors en mesure d'éliminer probablement toute l'imposition en application du principe de non-discrimination contenu dans le traité R/P cf. B de la présente section.

³²³ Gouthière (B), *Les impôts dans les affaires internationales*, Editions Francis Lefebvre, 8^e édition, n° 63622, p. 697, même si la question nous paraît moins délicate dans l'Etat de source, les conséquences l'étant tout autant.

C'est aussi de ces conclusions que proviennent de nombreuses difficultés et optimisations présumées³²⁵.

2. Une réponse certaine de l'OCDE

La première question est donc d'analyser, si un traité limite le droit de l'Etat de source d'appliquer son éventuelle législation interne. Le but de la démarche n'est pas de déterminer si un traité rend possible l'imposition dans l'Etat de source, mais plutôt si ce traité limite restreint le droit interne³²⁶ de l'Etat S.

Comme nous l'avons noté, les commentaires OCDE sur ce point ne semblent pas favorables à l'application du traité S/P ou du droit interne de l'Etat S, mais proposent l'application du traité S/R³²⁷³²⁸. Cette conclusion, largement admise par la doctrine, n'est cependant pas la seule possible. On notera, à titre d'exemple, une décision isolée rendue par la Cour suprême de Thaïlande, dans laquelle une personne localisée en Thaïlande avait souscrit un emprunt auprès de la succursale singapourienne d'une banque étrangère et dans cette situation, le juge a refusé d'appliquer le traité avec Singapour³²⁹.

Pour l'OCDE cependant, le débat n'existe pas, puisqu'elle considère que :

« Pour l'Etat S, il s'agit de dividendes, intérêts ou redevances payés à un résident de l'Etat R ; l'Etat S peut donc prélever l'impôt à la source prévu dans la convention R/S. Le fait que les paiements sont attribuables à un établissement stable dans l'Etat P ne signifie pas que la convention R/S ne soit pas applicable pour l'Etat S. N'est

³²⁴ C'est-à-dire traité S/P ou traité S/R.

³²⁵ Cf. Partie 2 de notre étude.

³²⁶ V Raad (K), « Five fundamental rules in applying tax treaties », illustré en France sous la forme du principe de subsidiarité.

³²⁷ Dans l'Etat P le « contournement » proposé par l'OCDE est l'application de la clause de non-discrimination du traité P/R. Notre proposition de résidence de l'établissement aurait au moins le bénéfice d'harmoniser les solutions pour l'Etat S et l'Etat P.

³²⁸ Vogel (K), *On double taxation convention*, second edition, p. 64. Avery Jones « Triangular treaty problems: a summary of the discussion at seminar E at the IFA congress in London », *Bulletin*, IBFD, January 1999, p. 17; Jimenez (M), Prat (G) et Calderon Carrero (F), « Triangular cases, tax treaties and EC law: the Saint-Gobain decision of the ECJ », *Bulletin*, IBFD, June 2001, p. 247.

³²⁹ *Hana Semiconductor Co Ltd Vs Thai revenue Department* case n° 1056/2549 25 February 2006.

pas applicable par contre la convention P/S, étant donné que l'établissement stable n'est pas un résident de l'Etat P. »³³⁰

L'OCDE limite sa prise en compte des conséquences à une question formelle et précise que « *les problèmes qui se posent dans ce contexte sont des problèmes de procédure et de contrôle : est-ce l'entreprise ou l'établissement stable qui doit demander le dégrèvement de l'impôt à la source et par qui une telle demande doit-elle être attestée ?* »³³¹. Les incertitudes ne se limitent probablement pas uniquement à ces aspects.

L'OCDE précise, en outre, qu'« *en ce qui concerne la situation de l'Etat S, presque tous les Etats sont d'avis que la convention R/S est applicable et que le dégrèvement doit être accordé conformément à cette convention. Si une attestation de résidence est demandée pour le dégrèvement, la résidence doit en règle générale être attestée par l'Etat R où se trouve la direction effective de l'entreprise* ». En pratique, certaines administrations ont des difficultés à appliquer cette solution, par exemple l'administration fiscale française³³².

On notera qu'une telle solution pose d'autres problèmes lorsque l'Etat R exonère les bénéficiaires de l'établissement stable puisque, dans ce cas³³³ :

- L'application systématique de la convention R/S conduit tout naturellement les entreprises de l'Etat R – en particulier les banques – à tenter de rattacher les éléments générateurs de revenus passifs à des établissements stables situés dans les pays qui imposent peu ou pas ces revenus. Dans certains cas, les revenus passifs sont ainsi exonérés à la fois dans l'Etat S, dans l'Etat P et dans l'Etat R.
- L'attestation de résidence a notamment pour objet de renseigner les services fiscaux de l'Etat R sur la nature, le montant et l'origine des revenus du contribuable qui demande cette attestation. Or, ces renseignements sont dépourvus d'intérêts pour l'Etat R, lorsqu'il exonère les bénéficiaires de l'établissement stable situé dans l'Etat P. Ils seraient en revanche intéressants pour l'Etat P (s'il ne s'agit pas d'un paradis fiscal), de sorte que cet Etat devrait être associé à la procédure d'attestation.

³³⁰ *Modèle de convention fiscale : quatre études, « Cas triangulaires »*, adopté par le Conseil de l'OCDE le 23 juillet 1992 n° 11-12.

³³¹ *Modèle de convention fiscale : quatre études, « Cas triangulaires »*, adopté par le Conseil de l'OCDE le 23 juillet 1992, n° 11-12.

³³² Nous avons été informé de contrôles fiscaux diligentés sur ce thème dans un passé assez récent, même si l'argument aurait été abandonné dans certains cas dans le cadre de discussions.

³³³ Cette question sera analysée en Partie 2.

La conséquence pratique de cette analyse est que, si la retenue à la source contenue dans le traité P/S est supérieure à celle du traité S/R, l'Etat S a uniquement le droit d'appliquer celle contenue dans le traité S/R³³⁴. Si la retenue à la source prévue par le traité S/R est supérieure à celle prévue par le traité S/P, la solution de l'OCDE ne permet pas d'éliminer la double imposition totalement, puisque celle-ci limite le droit d'imputation à la retenue incluse dans le traité S/P³³⁵. L'Etat S nous semble avoir un rôle « passif » selon l'OCDE, le caractère « actif » étant dévolu partiellement à l'Etat R sur cette question. Enfin la proposition de l'OCDE favorise mécaniquement la mise en place de certains plannings.

B. L'élimination des doubles impositions dans l'Etat de résidence

L'application du traité S/R accorde un rôle important à l'Etat R en matière de double imposition (1). La difficulté rencontrée provient du fait que la nature et l'étendue de l'élimination de la double imposition accordée dans l'Etat R peut être insuffisante et varier en fonction de son régime fiscal propre (2).

1. La nécessité d'une double élimination de l'imposition

a L'analyse mécanique

En principe, conformément au traité R/P, l'Etat R devrait éliminer la double imposition de son établissement localisé dans l'Etat P au moyen d'un système d'exemption ou de crédit d'impôt, conformément à la convention. En outre, conformément au traité R/S, l'Etat R devrait aussi permettre d'éliminer la double imposition relative à la retenue à la source prélevée par l'Etat S. La question devient alors la possibilité d'une double élimination. Cette question ne nous semble pas poser de difficultés de principe, puisque l'objet des conventions est justement d'éliminer les doubles impositions au moins une fois. Si pour une élimination totale, celle-ci doit être appliquée deux fois afin de prendre en compte deux impositions aux termes de deux traités en vigueur, cela ne devrait pas être interdit par principe.

³³⁴ Sous réserve bien entendu du droit communautaire ou d'une convention spécifique sur ce point.

³³⁵ En effet en application du traité S/P ou de la clause de non-discrimination du traité R/P, l'établissement ne peut imputer une retenue à la source supérieure à celle du traité S/P, cf. nos développements paragraphe 2 de la présente section

La situation est cependant complexe. La question est de déterminer s'il existe des interactions entre ces deux obligations « théoriques » d'éliminer les doubles impositions telles qu'issues du traité S/R et du traité P/R, mais éventuellement aussi de déterminer s'il convient d'analyser la situation fiscale du résident de l'Etat R dans sa globalité ou de manière isolée, en analysant un traité après l'autre.

La première approche est de considérer que le traité R/S a un effet mécanique et identique quel que soit le système d'imposition retenu par l'Etat R (crédit d'impôt ou exonération)³³⁶ et donc du régime d'imposition applicable aux revenus reçus de S. En effet, le traité R/S prévoit une imputation de l'impôt payé dans l'Etat S sous certaines conditions propres à ce traité lui-même et non en fonction de la situation globale issue de l'application d'autres traités³³⁷, ou même de son droit interne.

Agir autrement reviendrait à faire varier les effets d'un traité en conséquence de la négociation d'un autre, car on peut imaginer la situation où, en pratique, les deux engagements sont mis en place par un Etat à des dates différentes. Ainsi, même si le revenu est imposable dans l'Etat P, car rattachable à l'établissement stable qui y est situé³³⁸, l'élimination de la double imposition se ferait systématiquement par application du traité R/S puisque le résident de R, ne serait jamais non-imposable par application du traité R/S sur les-dits revenus dans l'Etat R, mais pourrait y être soit imposable soit exonéré par application du traité P/R.

Cette analyse, en prenant en compte la situation isolée de la société dans l'Etat R uniquement au regard du traité S/R, pourrait apparaître paradoxale, si l'on considère que dans certaines situations le revenu est imposable dans l'Etat R, mais est effectivement exonéré localement et cela même si cette non-imposition n'est pas la conséquence de l'application du traité R/S directement, mais du traité R/P³³⁹. Il est vrai que si cette non-imposition est due à l'application d'un crédit d'impôt dans l'Etat R, le risque de délocalisation est probablement assez faible, puisque cette délocalisation aurait pour

³³⁶ En effet, dans tous les cas le revenu n'est pas imposable dans l'Etat R en vertu de la convention R/S, mais il est soit exonéré dans cet Etat (en vertu de la convention R/S et de la convention P/R si l'Etat R applique une méthode d'exonération) ou un crédit d'impôt est accordé en vertu du traité R/P cependant, il n'est pas imposable en vertu de la convention R/S, mais en vertu de la convention P/R lorsque l'Etat R applique une méthode de crédit d'impôt.

³³⁷ Condition d'imposition notamment en vertu de ce texte et non d'imposition en général, en particulier en vertu d'un autre texte tel que le traité P/R qui pourrait reconnaître ce droit dans l'Etat R.

³³⁸ Ce même revenu peut être soit exonéré dans l'Etat R si celui-ci applique une méthode d'exemption ou imposable selon que celui-ci applique une méthode de crédit d'impôt, mais en tout état de cause, pas par application du traité R/S.

³³⁹ Système de crédit d'impôt par exemple.

conséquence le paiement d'un impôt dans l'Etat P au moins égal à celui de l'Etat R. L'Etat R est perdant mais le groupe est en position équivalente³⁴⁰.

A contrario, une application du principe d'élimination de la double imposition contenu dans le traité R/S ne permettrait-elle pas d'éliminer une double imposition, certes créée en application du traité R/P, mais tout aussi illégitime au regard du traité S/R que celle issue d'une situation bilatérale entre l'Etat S et l'Etat R ? Après tout, la situation objective dans l'Etat R serait d'être imposée sur les revenus de source S.

Considérer le résident de l'Etat R de manière isolée, n'est pas permettre une influence directe du traité R/S sur le traité R/P, mais uniquement d'appliquer les traités en fonction de la situation objective du résident de l'Etat R au regard du traité en cause, à savoir le traité R/S. S'il est exonéré par application du traité R/P, la situation est différente.

Une approche du traité R/S purement bilatérale et mécanique³⁴¹ heurte le bon sens et pourrait probablement aboutir à des éliminations supplémentaires à celles nécessaires. Ainsi, par exemple, dans l'hypothèse où l'Etat P éliminerait totalement la double imposition de l'impôt prélevé dans l'Etat S (première élimination) et que l'Etat R éliminerait aussi cette double imposition en application du traité R/P (deuxième élimination), l'application d'une élimination autonome par le traité R/S (troisième élimination) aboutirait à ce que le revenu soit taxé une fois dans l'Etat S et dans l'Etat P, puis cette imposition éliminée par l'octroi d'un crédit d'impôt dans l'Etat P, puis d'un autre crédit d'impôt dans l'Etat R. En pratique, le revenu taxé potentiellement trois fois (Etat R deux fois et Etat P) devrait être « détaxé » trois fois (Etat R deux fois et Etat P)³⁴².

b L'analyse globale

Plus convaincante et aussi plus équilibrée, nous semble une autre proposition qui consiste à observer la situation du résident de l'Etat R de manière globale en prenant en compte son imposition effective³⁴³, quelle qu'en soit la raison. Un contribuable aurait donc à éliminer

³⁴⁰ Cf. Notre analyse Partie 2.

³⁴¹ C'est-à-dire sans prendre en compte des limites accessoires du type de celles imposées par la règle du butoir par exemple.

³⁴² Situation visée dans Van Raad (K), « The oecd model treaty : triangular cases », *European Taxation*, IBFD, septembre 1993, p. 298. Il est indiqué que cette difficulté apparaît si l'Etat R accorde un crédit d'impôt total pour la retenue à la source payée dans l'Etat S et que de même il accorde un crédit d'impôt pour les profits de l'établissement stable qui inclut les revenus reçus de l'Etat S et qui aurait accordé un crédit d'impôt complet pour l'impôt versé dans l'Etat S. De même HE Khostense, dans « The Saint-Gobain case and the application of tax treaty evolution or revolution », *EC tax review*, 200/4, p. 224.

³⁴³ Ou son absence d'imposition effective.

dans l'Etat R, uniquement la double imposition réelle et effective, conséquence des traités S/R et/ou S/P. Elle correspond probablement plus à la logique du système. Certes, elle ne permet pas d'éliminer toutes les doubles impositions et en particulier celles dont les taux de retenue à la source prélevés sont différents et lorsque le montant versé dans l'Etat S est supérieur au crédit d'impôt accordé dans l'Etat P³⁴⁴. Dans les autres cas, elle est assez convaincante et adoptée par certaines administrations. En effet, même si elle remet en cause la vision bilatérale du traité R/S, la situation triangulaire oblige à une revue plus globale pour un Etat qui a signé deux traités, à savoir le traité S/R et le traité R/P.

Si ce résident est imposable dans l'Etat R sur les revenus de source S, quelle qu'en soit la raison y compris le traité R/P potentiellement, sa situation objective nous semble nécessiter l'application d'une mesure d'élimination des doubles impositions, contenue dans un traité et même si ce traité doit être le traité R/S, alors même que l'imposition initiale du résident provient du traité R/P (approche globale). On se trouve effectivement en présence d'une double imposition juridique, dont l'élimination constitue l'objet même de la convention.

Cette vision est retenue formellement par certains Etats, en particulier par les Pays-Bas, à la suite d'une décision de la Cour d'appel de la Haye, aux Pays-Bas du 7 avril 2000³⁴⁵, confirmée en 2002 par la Cour suprême³⁴⁶.

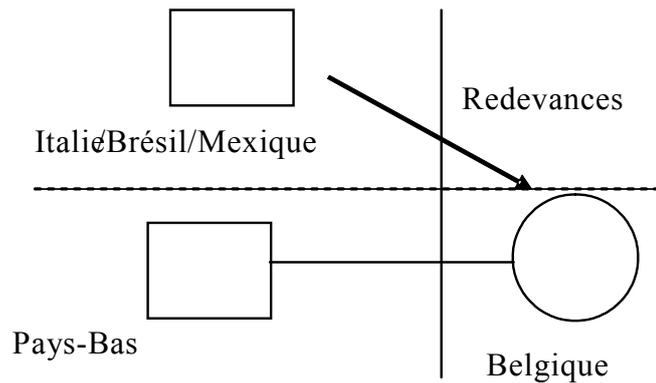
Cette bataille jurisprudentielle a été arbitrée par la Cour suprême néerlandaise dans une décision du 11 mai 2007³⁴⁷. Dans cette décision, la Cour suprême devait résoudre un cas dans lequel une société néerlandaise recevait des intérêts de sociétés résidentes du Brésil, d'Italie et du Mexique par l'intermédiaire de son établissement stable situé en Belgique. L'intérêt avait été soumis en Italie à une retenue à la source de 10 % en application de l'article 11(2) du traité belgo-néerlandais. En ce qui concerne le Brésil, un crédit d'impôt fictif de 20 % était applicable, conformément à l'article 23 du traité entre le Brésil et les Pays-Bas. La question de l'imputation de ces retenues à la source était posée.

³⁴⁴ Par exemple, application de la retenue à la source du traité R/S qui est plus élevée que celle du traité S/P alors que l'Etat P limite son élimination à la retenue à la source du traité S/P en application de l'article de non-discrimination du traité R/P comme analysé ci-avant.

³⁴⁵ Kostense (KHE), « The Saint-Gobain case and the application of tax treaty evolution or revolution », *EC tax review*, 200/4, p. 224

³⁴⁶ Le cas visait un résident des Pays-Bas qui allouait des revenus de redevances à un établissement stable localisé en Suisse en appliquant le traité avec le Japon et avec la Suisse et un crédit d'impôt aux Pays-Bas puisque des revenus étaient attribués à un établissement stable suisse exonéré au Pays-Bas.

³⁴⁷ BNB 2007/230. Commentaires *A decade of case law. Essays in honour of 10th anniversary of the Leiden Adv LLM*, in *International tax law* 251 and f. et Dr F PG Pötgens, « The Netherlands Supreme court again excludes credit of withholding tax in a triangular case decision of the Netherlands Supreme court of 11 may 2007 BNB 2007/230 », *European Taxation, IBFD*, April 2008, p. 210-215.



Le contribuable demandait l'application des deux méthodes d'élimination des doubles impositions, à savoir l'exemption, en application du traité entre les Pays-Bas et la Belgique, et du crédit d'impôt en vertu des autres conventions fiscales avec l'Italie, le Brésil. La Cour refusa de consentir le crédit d'impôt au Pays-Bas, au motif que le traité entre l'Etat de source et les Pays-Bas conditionnait l'élimination (crédit d'impôt) à l'inclusion desdits revenus dans la base imposable du contribuable néerlandais ce qui, en application du traité entre la Belgique et les Pays-Bas, n'était pas le cas. On remarquera l'analyse retenue par la Cour qui a analysé la situation du contribuable dans sa globalité en application de plusieurs traités indépendants et a refusé d'éliminer une double imposition probablement inexistante³⁴⁸. Certes, en l'espèce, la décision aboutit à refuser l'application d'un crédit d'impôt, mais on peut penser qu'en présence d'une convention avec le pays de l'établissement stable donnant le droit aux Pays-Bas d'imposer les revenus de cet établissement, cette situation aurait, elle aussi, été analysée pour valider la possibilité d'utiliser le crédit d'impôt résiduel éventuel.

Dans ce cas précis, on peut s'interroger sur la question de savoir si la Cour a été influencée par le fait que le contribuable aurait bénéficié d'un traitement *cash* particulièrement favorable, lié à l'existence du crédit d'impôt fictif contenu dans la convention entre le Brésil et les Pays-Bas et dans l'Etat R pour la totalité de la retenue à la source payée dans l'Etat S en application du traité S/R excédant le montant prévu par le traité R/P³⁴⁹. La solution est conditionnée par la logique du système et le fait que les Etats sont tous signataires de conventions fiscales.

³⁴⁸ Au moins aux Pays-Bas et peut-être en Belgique.

³⁴⁹ La triple imposition (par l'Etat P et l'Etat R) serait contrebalancée par une triple élimination (Etat P une élimination et Etat R deux éliminations).

L'OCDE reconnaît la problématique et précise que:

« Pour l'Etat R les deux conventions (R/S et R/P) sont en principe applicables. La convention R/S parce que les revenus proviennent de l'Etat S et vont à un résident de l'Etat R, et la convention R/P parce qu'il s'agit de bénéfices d'un établissement stable situé dans l'Etat P. L'Etat R impose, par hypothèse, les bénéfices de l'établissement stable, qui englobent les revenus provenant de l'Etat S, et il accorde un crédit d'impôt. En général, ce crédit d'impôt prend en considération les impôts payés dans l'Etat P. Mais l'Etat R est également dans l'obligation d'éviter la double imposition conformément à la convention R/S. Lorsqu'il ne s'agit pas de cas triangulaires, l'Etat R impute l'impôt résiduel de l'Etat S sur l'impôt auquel il soumet les revenus provenant de l'Etat S. Dans les cas triangulaires, l'Etat R doit déjà accorder un crédit pour les impôts payés dans l'Etat P; il se pose la question de savoir s'il devrait également prendre en considération les impôts payés dans l'Etat S et non imputés dans l'Etat P. Les problèmes de procédure et de contrôle mentionnés pour l'Etat S se posent également pour l'Etat R. »³⁵⁰

L'OCDE distingue, cependant, selon que l'Etat R prévoit un système d'exemption ou de crédit d'impôt en se fondant sur un niveau de risque différent selon le système applicable.

2. Les conséquences du régime d'imposition dans l'Etat de résidence

a L'Etat R applique un système d'exemption

Cette situation n'est pas fréquente lorsque les Etats R et P ne sont pas liés par une convention fiscale³⁵¹. Elle l'est plus lorsque l'Etat R et l'Etat P ont conclu une convention.

Dans une telle hypothèse, conformément à l'approche retenue par la Cour suprême des Pays-Bas, la logique interdirait de demander à l'Etat R d'éliminer une double imposition pour une imposition éliminée, selon lui, par un système d'exemption en application d'un

³⁵⁰ *Modèle de convention fiscale : quatre études, « Cas triangulaires »*, adopté par le Conseil de l'OCDE le 23 juillet 1992.

³⁵¹ Cas de la France sur le fondement du principe de territorialité.

autre traité. Nous considérons, à l’instar de l’OCDE, qu’imposer une double élimination dans l’Etat R de l’imposition payée n’a pas de réel fondement indiscutable. Cette dernière considère en effet que « *l’Etat R n’impose les revenus passifs qui ont leur source dans l’Etat S ni en tant que tels ni en tant qu’éléments intégrés aux bénéficiaires de l’établissement stable situé dans l’Etat P. Il lui est donc impossible d’accorder un crédit d’impôt en contrepartie :*

- *de l’impôt prélevé dans l’Etat S, si l’Etat P n’accorde pas de crédit à raison de cet impôt, ou*
- *de la différence éventuelle entre le montant de cet impôt et le montant du crédit appliqué dans l’Etat P.*

Autrement dit, lorsque les revenus passifs sont imposés à la fois dans l’Etat S et dans l’Etat P – ce qui est normal si l’Etat S et l’Etat P ne sont pas des paradis fiscaux – la double imposition ne peut être éliminée que par l’Etat P. »³⁵²

Certaines difficultés subsistent cependant. En particulier, le problème de la double imposition ne serait, dans certains cas, que partiellement résolu puisque le crédit applicable dans l’Etat P³⁵³ peut être inférieur à la retenue prélevée dans l’Etat S (en vertu du droit interne de l’Etat S ou de la convention R/S). La différence d’imposition constitue une double imposition que seul l’Etat R peut éliminer. Si l’on suit les commentaires OCDE sur ce point, il n’est pas proposé d’élimination complémentaire³⁵⁴. Notre proposition serait alors de permettre à l’Etat R d’éliminer ce supplément, et ce, même si ce dernier a un système d’exemption des profits de l’établissement stable. Le fondement de cette solution n’est toutefois pas évident. Le problème de l’évasion fiscale est placé au centre des débats pour justifier cette fatalité³⁵⁵.

³⁵² *Modèle de convention fiscale : quatre études, « Cas triangulaires », adopté par le Conseil de l’OCDE le 23 juillet 1992.*

³⁵³ En vertu de la convention P/S ou de l’article non-discrimination de la convention P/R, cf. nos développements en partie B de la présente section.

³⁵⁴ Différence entre le montant de la retenue à la source du traité R/S et celle supposée inférieure du traité S/P.

³⁵⁵ Ces commentaires précisent : « *Certains Etats qui appliquent la méthode de l’exemption (article 23 A) pourraient craindre que le régime découlant du paragraphe 2 amène des entreprises d’un Etat contractant à confier certains avoirs, tels que des actions, obligations ou brevets, à un établissement stable situé dans l’autre Etat contractant, afin d’y bénéficier d’un traitement fiscal plus favorable. Pour faire obstacle à de telles pratiques, qu’ils estiment abusives, certains Etats pourraient juger que la transaction est artificielle et considérer, pour cette raison, que ces avoirs ne se rattachent pas effectivement à l’établissement stable. D’autres Etats peuvent renforcer leur position en ajoutant au paragraphe 2 une condition stipulant que ce paragraphe ne s’applique pas aux cas où ces pratiques ont eu pour objectif essentiel de tirer avantage de cette disposition ». *Modèle de convention fiscale : quatre études, « Cas triangulaires », adopté par le Conseil de l’OCDE le 23 juillet 1992.**

Quelles solutions objectives peuvent être envisagées pour remédier à cette double imposition ?

Tout d'abord, même si une méthode d'exemption est applicable, il convient d'analyser si l'article d'élimination des doubles impositions du traité R/S peut avoir un effet.

L'article 23A (2) du traité R/S précise, en particulier :

« Lorsqu'un résident d'un Etat contractant reçoit des éléments de revenu qui, conformément aux dispositions des articles 10 et 11³⁵⁶, sont imposables dans l'autre Etat contractant, le premier Etat accorde, sur l'impôt qu'il perçoit sur les revenus de ce résident, une déduction d'un montant égal à l'impôt payé dans cet autre Etat. Cette déduction ne peut toutefois excéder la fraction de l'impôt, calculé avant déduction, correspondant à ces éléments de revenus reçus de cet autre Etat. »³⁵⁷

On pourrait s'interroger pour savoir si on peut considérer que les retenues à la source perçues dans l'Etat S sur les intérêts, dividendes ou redevances pourraient être imputées dans l'Etat R puisqu'elles auraient été perçues dans l'Etat S « *conformément à l'article 10 et 11* ». Cependant, même si les revenus sont, certes, imposés conformément aux dispositions de l'article 10 et 11 du traité S/R, ils sont aussi en principe exonérés en application du traité R/P. Dans la mesure où les revenus sont rattachables à l'établissement stable situé dans l'Etat P, il n'est pas certain que les articles 10 et 11 du traité S/R rendent « suffisamment » imposables les revenus dans l'Etat R, car les revenus sont imposés dans l'Etat P et exonérés dans l'Etat R en vertu de l'article 7 du traité P/R³⁵⁸. La prédominance d'un dispositif sur l'autre n'est pas évidente et demeure sans réponse satisfaisante.

Il semble, en outre, qu'il n'est pas possible d'admettre cette solution à la lecture stricte des articles 23A.2 ou 23B du Modèle de convention fiscale qui ne permet pas d'accorder un crédit d'impôt dans l'Etat R si aucun impôt n'est perçu dans cet Etat³⁵⁹, ce qui devrait être

³⁵⁶ Certains traités prévoient aussi que les redevances soient incluses dans cet article.

³⁵⁷ Extrait du Modèle de convention fiscale.

³⁵⁸ Et ceci même si l'article 7-6 prévoit : « *Lorsque les bénéficiaires comprennent des éléments de revenu traités séparément dans d'autres articles de la présente Convention, les dispositions de ces articles ne sont pas affectées par les dispositions du présent article* ». Car cet article couvre les revenus visés par d'autres articles de la même convention et non d'une autre convention.

³⁵⁹ Les termes « *sur l'impôt qu'il perçoit* » contenus par exemple dans l'article 23 A.2 du Modèle indiquent qu'un impôt doit être perçu dans l'Etat R pour corrélativement être en mesure de bénéficier d'un crédit d'impôt dans cet Etat. Que cet impôt soit perçu en application du traité S/R ou pour tout autre motif à notre sens (en particulier comme nous le verrons en

le cas puisque, par hypothèse, les revenus sont attribués à l'établissement stable situé dans l'Etat P et que ces revenus ne sont pas imposables dans l'Etat R (exemption). Le seul moyen serait de soutenir que l'absence d'impôt dans l'Etat R est une condition contenue dans le traité S/R, alors que dans le cas visé ici, l'absence d'impôt est liée à l'application d'une exemption contenue dans le traité P/R. Cet argument n'est pas totalement satisfaisant. L'analyse est toutefois nuancée en ce qui concerne l'excédent éventuel de retenue à la source prélevé dans l'Etat S puisque, dans ce cas, le supplément est imposé dans l'Etat S, en application du traité R/S.

La déduction en charge dans l'Etat P de ce supplément pourrait réduire l'impact de cet inconvénient sans l'éliminer. Ici encore, la seule solution réellement efficace, à notre avis, serait d'obliger l'Etat S à appliquer au maximum la retenue à la source S/P (en effet l'Etat R n'étant pas signataire du traité S/P, il serait probablement plus opportun d'obliger un Etat signataire du traité S/P et R/S à limiter son prélèvement). Il nous semblerait possible compte tenu du rôle essentiel dédié à l'Etat P par l'OCDE que celle-ci exige de l'Etat P d'éliminer la totalité de la double imposition même si cette dernière est issue de l'application du traité S/R.

b L'Etat R applique un système de crédit d'impôt

L'hypothèse est celle dans laquelle l'Etat R applique une méthode de crédit d'impôt, soit en vertu du traité R/P, soit en combinant son droit interne et/ou la convention fiscale R/P. L'Etat R prévoit alors une méthode de crédit d'impôt dans les deux traités³⁶⁰. La logique analysée ci-avant est moins évidente, puisque l'imposition dans l'Etat R existe par application de la méthode de crédit d'impôt, même si celle-ci peut être éliminée en totalité ou partiellement.

application du traité P/R) qui pourrait prévoir un mécanisme de crédit d'impôt pour l'établissement stable, ci-après nos développements.

³⁶⁰ Comme indiqué ci-dessus l'article 23 (A) 2 pour le traité R/S et l'article 23 B pour le traité P/R prévoient un crédit d'impôt pour les revenus passifs et l'article 23 B prévoit une méthode de crédit d'impôt pour les revenus d'établissements stables.

Dans cette hypothèse, l'OCDE recommande que l'Etat R accorde un crédit d'impôt égal à l'impôt perçu dans l'Etat P³⁶¹³⁶². Cependant, contrairement à la conclusion de l'OCDE, la double imposition n'est pas éliminée totalement si le taux de retenue à la source prélevée dans l'Etat S, en application du traité S/R est supérieure à la retenue à la source S/P, sauf si l'Etat P permet à l'établissement d'éliminer la double imposition, ce qui est improbable.

On peut, en outre, analyser des propositions alternatives.

Pour l'Etat R, les deux conventions (R/S et R/P) sont en principe applicables. La convention R/S, parce que les revenus proviennent de l'Etat S et vont à un résident de l'Etat R, et la convention R/P parce qu'il s'agit de bénéfices d'un établissement stable situé dans l'Etat P. L'Etat R impose, par hypothèse, les bénéfices de l'établissement stable, qui englobent les revenus provenant de l'Etat S, et il accorde un crédit d'impôt. Ce crédit d'impôt prend en considération les impôts payés dans l'Etat P, mais l'Etat R est également dans l'obligation d'éviter la double imposition conformément à la convention R/S. Lorsqu'il ne s'agit pas de cas triangulaires, l'Etat R impute d'ailleurs l'impôt résiduel de l'Etat S sur l'impôt auquel il soumet les revenus provenant de l'Etat S.

Dans les cas triangulaires, l'Etat R doit déjà accorder un crédit pour les impôts payés dans l'Etat P mais « *se pose la question de savoir s'il devrait également prendre en considération les impôts payés dans l'Etat S et non imputés dans l'Etat P.* »³⁶³

La revue du traité R/S pourrait autoriser, en application d'une analyse constructive, une élimination de la double imposition puisque contrairement au cas précédent, les revenus versés par le résident de l'Etat S sont effectivement imposables dans l'Etat R (indirectement par application du traité R/P, il faut l'admettre³⁶⁴). Cet élément d'extranéité ne semble pas affecter le mécanisme d'élimination de la double imposition³⁶⁵³⁶⁶. En effet,

³⁶¹ Conformément à la convention P/R, les profits de l'établissement stable sont imposés dans l'Etat P et un crédit d'impôt est accordé dans l'Etat R dans lequel ils sont aussi pris en compte.

³⁶² *Modèle de convention fiscale : « Cas triangulaires »*, adopté par le Conseil de l'OCDE le 23 juillet 1992 n° 14.

³⁶³ *Modèle de convention fiscale : « Cas triangulaires »*, adopté par le Conseil de l'OCDE le 23 juillet 1992, n° 14

³⁶⁴ On remarquera que l'OCDE ne vise pas la situation où le traité R/S prévoit une méthode de crédit d'impôt alors que le traité R/P ou le droit interne - ce qui serait le cas de la France - prévoit une méthode d'exemption. L'OCDE en réalité n'accorde une importance qu'au régime d'élimination de la double imposition dans l'Etat R pour la relation R/P et non pour la relation R/S. Il n'est pas certain que cela change l'analyse.

³⁶⁵ Un doute pourrait exister mais à notre sens en cas de méthode d'exemption c'est l'article 23-2 qu'il faut appliquer, il ne requiert qu'une imposition sans condition supplémentaire contrairement à l'article 23, qui selon nous ne s'applique pas aux revenus passifs.

³⁶⁶ Lorsque l'élimination de la double imposition est effectuée en fonction de l'article 24 même si une condition d'être « *imposable* » est mentionnée, on peut penser que ce dernier n'a pas à être imposé effectivement mais uniquement que le droit d'imposer doit être donné à l'Etat R conformément à la convention alors que l'article prévoit ensuite « que ce crédit est imputable « sur l'impôt qu'il perçoit sur les revenus de ce résident » sans exiger que cet impôt soit prélevé en application du

l'article 23 ne nécessite pas que le crédit d'impôt corresponde au montant payé dans l'Etat S en application du traité R/S, mais uniquement « *payé dans cet autre Etat* » donc même si ceux-ci étaient payés en application du traité S/P ou R/P. Si l'élimination de la double imposition est conforme à l'article 23A, les termes « *conformément aux dispositions des articles 10 et 11* » ne laissent pas, à notre avis, de liberté d'imputation et limitent le crédit d'impôt au montant maximum prévu par la convention R/S³⁶⁷.

La question se limite donc principalement à déterminer le montant de crédit d'impôt lorsque l'impôt effectivement perçu dans l'Etat S est supérieur au taux prévu par le traité R/S³⁶⁸. L'OCDE fait porter la nécessité d'élimination sur le droit de l'Etat P,³⁶⁹ ce qui ne sera pas possible selon l'Organisation si le taux de la retenue à la source excède celui prévu par le traité S/P. Un double crédit d'impôt dans l'Etat R pourrait être envisagé à condition d'appliquer un plafonnement au montant de l'impôt effectivement payé. On notera, pour illustrer notre propos, une décision rendue par la juridiction danoise permettant cette imputation³⁷⁰. Ces conclusions pourraient être affectées au cas où un système de CFC s'applique dans l'Etat R.

II. L'élimination de la double imposition dans l'Etat de l'établissement stable

A supposer les difficultés analysées précédemment non résolues³⁷¹, la pratique a tenté de trouver une solution aux potentielles doubles impositions dans l'Etat P par application de l'article de non-discrimination contenu dans le traité entre l'Etat P et l'Etat R³⁷² (A). Le droit communautaire propose une analyse extensive de la notion qui offre des perspectives (B).

traité R/S puisque en l'espèce l'impôt serait prélevé en application du traité R/P puisque l'Etat R applique une méthode de crédit d'impôt.

³⁶⁷ Lorsqu'un résident d'un Etat contractant reçoit des éléments de revenu qui, conformément aux dispositions des articles 10 et 11, sont imposables dans l'autre Etat contractant, le premier Etat accorde, sur l'impôt qu'il perçoit sur les revenus de ce résident, une déduction d'un montant égal à l'impôt payé dans cet autre Etat.

³⁶⁸ Cas probablement assez rare, sauf convention particulière.

³⁶⁹ Prats (F), « *Triangular case and residence as a basis for alleviating international double taxation. Rethinking the objective scope of double tax treaty* », *Intertax*, 1994/11, p. 476.

³⁷⁰ Skd, 1^{er} septembre 1986 Tfs 1986.501.

³⁷¹ L'établissement stable ne peut être un résident de l'Etat P et donc bénéficiaire du traité S/P.

³⁷² Prat (G), « *Triangular cases and residence as a basis for alleviating international double taxation. Rethinking the subjective scope of double tax treaties* », *Intertax*, *Kluwer*, 1994/11, p. 473; Jimenez (A), Prats (A), Calderon (J), « *Triangular cases, tax treaties and EC law: the Saint-Gobain decision of the ECJ* », *Bulletin*, IBFD, June 2001 p. 246. Bruno

A. *L'application du principe de non-discrimination*

L'alternative proposée est de tenter de trouver une solution indirecte, non dans le traité entre l'Etat S et l'Etat P lui-même, mais dans le traité entre l'Etat R et l'Etat P. Cette solution impliquerait donc d'accepter l'influence du traité R/P sur une situation bilatérale entre l'Etat S et l'Etat P.

Elle permet à l'établissement d'éliminer les doubles impositions dans l'Etat P sur les revenus de source S, en application de l'article de non-discrimination contenu dans le traité R/P qui précise :

« L'imposition d'un établissement stable qu'une entreprise d'un Etat contractant a dans l'autre Etat contractant n'est pas établie dans cet autre Etat d'une façon moins favorable que l'imposition des entreprises de cet autre Etat qui exercent la même activité. La présente disposition ne peut être interprétée comme obligeant un Etat contractant à accorder aux résidents de l'autre Etat contractant les déductions personnelles, abattements et réductions d'impôt en fonction de la situation ou des charges de famille qu'il accorde à ses propres résidents. »³⁷³

Le but d'une telle démarche est de forcer l'Etat P à traiter les établissements stables situés sur son territoire d'une manière « *qui n'est pas moins favorable* » que les sociétés localisées sur son territoire et, en particulier, d'accorder une élimination de la double imposition pour ces derniers, comparable aux entités résidentes de son territoire. Même si cette approche est probablement restreinte par le principe d'effet relatif des traités, elle autorise d'atteindre partiellement l'objectif d'élimination des doubles impositions. Cette solution pourrait se heurter, en théorie, au principe d'effet relatif des traités (1). Cette limite ne nous semble cependant pas présenter de difficultés excessives en matière d'établissement stable (2).

Gouthière, *les impôts dans les affaires internationales étude 21*, Editions Francis Lefebvre 8^e éditions. Baker (B), *Double taxation conventions and international law*, second edition 1994.

³⁷³ Modèle de convention fiscale article 24.(3).

1. *Le principe « d'effet relatif des traités »*

a *L'existence d'un principe*

La première objection à une application de l'article de non-discrimination contenu dans le traité P/R pour résoudre une double imposition entre l'Etat S et l'Etat P est fondée sur l'apparente contradiction avec le principe « d'effet relatif des traités » qui, selon certains auteurs, pourrait interdire toute influence d'un traité avec un Etat (Etat R) sur une situation couverte par un traité avec un autre Etat tiers (Etat S)³⁷⁴. Cette restriction logique est issue de la conception « contractuelle » du traité international et serait issue de l'idée que ce qui est négocié avec un Etat ne s'applique pas à un autre Etat, qui n'était pas partie à la première négociation. En pratique, le travail d'administration et d'uniformisation du Modèle de traité effectué par l'OCDE tendrait à réduire la portée, au moins politique, de l'argument. La cohérence des politiques de négociations des conventions fiscales³⁷⁵, parfois formalisée, semble, elle aussi, limiter la portée de cette discussion, en particulier comme aux Etats-Unis, lorsqu'un Etat dispose d'un Modèle de convention qu'il utilise comme un contrat d'adhésion pour négocier avec ses partenaires.

Ce concept provient de la convention de Vienne³⁷⁶ et en particulier des articles 34 et 36 :

« Un traité ne crée ni obligations ni droits pour un Etat tiers sans son consentement³⁷⁷. Une obligation naît pour un Etat tiers d'une disposition d'un traité si les parties à ce traité entendent créer l'obligation au moyen de cette disposition et si l'Etat tiers accepte expressément par écrit cette obligation³⁷⁸. Un droit naît pour un Etat tiers d'une disposition d'un traité si les parties à ce traité entendent, par cette disposition, conférer ce droit soit à l'Etat tiers ou à un groupe d'Etats auquel il appartient, soit à tous les Etats, et si l'Etat tiers y consent. Le consentement est présumé tant

³⁷⁴ John Avery Johns, « The non-discrimination article in tax treaties », *European Taxation*, IBFD, 1991, p. 310-347. L'argument majeur étant la non résidence de l'établissement comme indiqué ci avant.

³⁷⁵ En particulier aux USA.

³⁷⁶ Convention de Vienne sur le droit des traités 23 mai 1969.

³⁷⁷ Article 34 de la convention de Vienne.

³⁷⁸ Article 35 de la convention de Vienne.

qu'il n'y a pas d'indication contraire, à moins que le traité n'en dispose autrement (...). »³⁷⁹

Même si certains Etats appliquent les principes issus de la convention de Vienne sans l'avoir ratifiée³⁸⁰, il nous semble que l'énoncé ci-dessus n'est que l'affirmation formelle d'un principe de réciprocité qui empêcherait un Etat tiers d'être lié par des effets d'un traité qu'il n'a pas signé ou ratifié.

Ce principe a, par exemple, été rappelé dans les commentaires originaux du Modèle OCDE de la manière suivante :

« Si une entreprise d'un Etat (A) bénéficie normalement pour l'établissement stable qu'elle a dans un autre Etat (B) des dispositions de la convention entre ces deux Etats A et B, elle ne peut en revanche, dans l'hypothèse où cet établissement stable tirerait des revenus d'un Etat tiers (C), invoquer au profit de celui-ci les dispositions de la convention entre les Etats B et C, dès lors en effet qu'elle n'est résidente d'aucun de ces deux Etats (cf. article 1). C'est là l'application du principe bien connu de la relativité des traités selon lequel ceux-ci n'ont d'effet qu'entre les Etats contractants »³⁸¹

De même, il était ajouté :

« La même entreprise ne pourrait davantage invoquer aux mêmes fins la clause dite de la nation la plus favorisée stipulée —même dans les termes les plus généraux— dans un traité ou accord conclu entre les Etats A et B. En effet, il a toujours été admis qu'une telle clause ne s'appliquait pas dans le cas des conventions de double imposition pour la raison que celles-ci sont essentiellement fondées sur le principe de la réciprocité (...) »³⁸²

³⁷⁹ Article 36 de la convention de Vienne.

³⁸⁰ Par exemple la France.

³⁸¹ Modèle de convention fiscale de l'OCDE 1977, paragraphe 54.

³⁸² Modèle de convention fiscale commentaire de l'article 24 de non-discrimination.

Ce principe est, dans sa composante fiscale, issu de l'article 1 du Modèle OCDE qui prévoit que la convention n'est applicable qu'entre « résidents des Etats contractants ». Dès lors que l'OCDE considère l'établissement stable comme « non-résident de l'Etat dans lequel il est implanté », l'accès à une protection conventionnelle ne peut lui être accordé au-delà de celle éventuellement issue de la convention R/P, mais certainement pas du réseau mis en place par l'Etat P, notamment avec l'Etat S.

b La non-application aux situations triangulaires

Une première limite objective aux conséquences de ce principe, est que la tentative pour éliminer la double imposition, dans l'hypothèse analysée ici, n'est pas directement d'imposer un effet d'un traité sur un autre Etat non-signataire. En effet, et c'est bien la différence avec l'approche qui consisterait à reconnaître la résidence de l'établissement stable, l'idée est d'obliger l'Etat P, en vertu du traité R/P à traiter l'établissement de son pays comme les sociétés établies dans l'Etat P. Il est donc créée une obligation en application du traité R/P sur l'Etat P, à charge pour ce dernier, de respecter cette obligation qui peut être affectée par des traités signés par ce dernier avec d'autres Etats. La proposition n'a pas d'effet sur l'Etat tiers S. L'élimination de la double imposition est effectuée par l'Etat P, seul au terme de l'article 24(3) du traité P/R, dans les mêmes conditions que les sociétés résidentes, sans aucun changement du régime fiscal applicable dans l'Etat S. La relation demeure bilatérale³⁸³.

La question pourrait donc être d'une nature différente de celle de l'effet d'un traité sur l'autre, sauf à considérer que, lorsque l'Etat P élimine la double imposition à un niveau comparable à celui de ses sociétés résidentes, même s'il n'impose rien à l'Etat S, il applique au moins de manière unilatérale le traité P/S, résultant ainsi d'une influence d'un traité sur un autre. Cela serait particulièrement vrai lorsque l'Etat P n'élimine la double imposition qu'en vertu du droit conventionnel, ne disposant pas dans son droit interne de cette possibilité³⁸⁴. Nous considérons que l'obligation de l'Etat P est la réciproque de celle de l'Etat R qui, soit exempte, soit accorde un crédit d'impôt pour les profits de

³⁸³ S'il n'y a pas de traité entre l'Etat R et l'Etat S, l'élimination est probablement insuffisante pour éliminer l'imposition issue du droit interne de l'Etat S.

³⁸⁴ Cas de la France, par exemple, même si le traité est incorporé au droit interne.

l'établissement dans l'Etat R, elle n'est en aucun cas la réciproque d'une obligation imposée à l'Etat S.

A supposer même que la question de l'application de l'article 24(3) soit une exception au principe d'effet relatif et de réciprocité des traités, il n'est pas certain que l'OCDE attache une force indiscutable au principe.

Du principe fondateur, l'OCDE semble s'être éloignée peu à peu avec l'évolution des commentaires s'attachant plus au but (élimination des doubles impositions) qu'au moyen (application bilatérale stricte). On peut noter, à cet égard, que les commentaires postérieurs du Modèle de convention fiscale mis à jour sont plus nuancés puisqu'ils indiquent :

« La majorité des pays Membres sont en mesure d'octroyer l'imputation dans de tels cas soit sur la base de leur droit interne, soit en vertu du paragraphe 3. Les Etats qui ne peuvent ainsi octroyer l'imputation ou qui désirent clarifier la situation peuvent souhaiter compléter cette disposition dans leur convention avec l'Etat contractant dont l'entreprise est un résident par une formulation qui permette à l'Etat de l'établissement stable l'imputation de l'impôt de l'Etat de la source pour un montant qui n'excède pas celui que les entreprises qui sont résidents de l'Etat contractant dans lequel l'établissement stable est situé peuvent imputer sur la base de la convention de cet Etat avec l'Etat tiers. (...) en ajoutant la phrase suivante après la première phrase du paragraphe 3: « Lorsqu'un établissement stable dans un Etat contractant d'une entreprise de l'autre Etat contractant reçoit des dividendes, intérêts ou redevances provenant d'un Etat tiers et que le droit ou le bien générateur des dividendes, intérêts ou redevances se rattache effectivement à cet établissement stable, le premier Etat accorde un crédit d'impôt à raison de l'impôt payé dans l'Etat tiers sur les dividendes, intérêts ou redevances, selon le cas, en appliquant le taux d'imposition prévu dans la convention concernant les impôts sur le revenu et sur la fortune entre l'Etat dont l'entreprise est un résident et l'Etat tiers. Toutefois, le montant du crédit ne peut excéder le montant qu'une entreprise résidente du premier Etat peut réclamer en vertu de la

convention concernant les revenus et la fortune entre cet Etat et l'Etat tiers. »³⁸⁵³⁸⁶

Dès lors, l'OCDE admet que le principe d'effet relatif peut être contourné en application du traité R/P, en accordant un effet à ce traité. La tentative reste cependant prudente, puisque l'élimination de la double imposition est le motif pour restreindre le principe d'effet relatif. Le principe n'est donc qu'indirectement atténué.

On remarquera, par ailleurs, que l'imputation est limitée à un montant du crédit prélevé dans un Etat tiers, en conformité avec le traité S/P³⁸⁷. Si cet Etat de source applique le traité S/R et que la retenue à la source selon le traité S/R est supérieure à celle prévue par le traité S/P, alors la clause de non-discrimination ne permet pas d'éliminer la double imposition éventuelle sur la différence entre la retenue à la source prévue par le traité R/S et celle prévue par le traité S/P, elle autorise juste à traiter l'établissement « *pas plus mal qu'une filiale de l'Etat P* ». L'objet des conventions, en particulier du traité S/P, n'est pas totalement atteint, celui de la convention R/P (non-discrimination) est rempli.

Il existe d'autres arguments.

Comme nous l'avons indiqué, le fondement au principe d'effet relatif dans la situation analysée est constitué par l'article 1 du Modèle de convention fiscale et la restriction de l'effet des traités aux résidents de l'un des Etats contractants. Cette limitation ne nous semble cependant pas affecter l'application de l'article 24 (non-discrimination). L'article 24(3) ne fait pas référence uniquement au droit interne comme élément de comparaison pour déterminer si un établissement se trouve en situation discriminatoire au regard de l'imposition applicable à une société résidente de l'Etat P. Il précise, en effet, que l'établissement ne doit pas être imposé « *d'une façon moins favorable que l'imposition des entreprises de cet autre Etat qui exercent la même activité.* »³⁸⁸

³⁸⁵ Modèle de convention fiscale, article 24 de non-discrimination.

³⁸⁶ Solution implicitement reconnue dans la décision Saint-Gobain dans un cadre européen. CJCE 21 septembre 1999 aff. 307/97, plén. *Cie de Saint-Gobain ZN* : RJF 12/99 n° 1629.

³⁸⁷ Principe de l'imputation issue du droit interne, montant plafonné au traité S/P.

³⁸⁸ Modèle de convention fiscale.

Rien n'indique que cette comparaison doit être restreinte aux éléments issus du droit interne³⁸⁹, en particulier dans les pays dans lesquels le droit conventionnel est incorporé au droit interne. La comparaison doit donc être effectuée, selon nous, *in concreto*, en prenant en compte l'application éventuelle dans l'Etat P des traités en vigueur avec des Etats tiers, y compris avec l'Etat S. L'article 24 lui-même limite ainsi les restrictions liées à un effet relatif.

Par ailleurs, si aucune limitation explicite n'existe dans le traité R/P, il ne semble pas possible pour l'Etat P d'invoquer une interdiction d'effet relatif d'un traité en vigueur avec un Etat tiers (y compris S) pour limiter les effets du traité signé avec l'Etat R (par exemple article 24(3) prévoyant une non-discrimination). Envisager une autre solution permettrait à l'Etat P d'échapper aux obligations nées du traité P/R, en invoquant un traité avec un Etat tiers signé par lui-même. Cette approche serait alors directement contraire à la convention de Vienne qui prévoit que :

« Lorsque les parties au traité antérieur ne sont pas toutes parties au traité postérieur :

a) Dans les relations entre les Etats parties aux deux traités, la règle applicable est celle qui est énoncée au paragraphe 3³⁹⁰ ;

b) Dans les relations entre un Etat partie aux deux traités et un Etat partie à l'un de ces traités seulement, le traité auquel les deux Etats sont parties régit leurs droits et obligations réciproques. »³⁹¹

Le principe d'effet relatif ne permet donc pas limiter les effets de l'application de l'article de non-discrimination contenu dans le traité P/R pour résoudre une difficulté entre l'Etat S et l'Etat P. Bien entendu, il reste toujours aux Etats la possibilité soit de négocier un traité particulier, soit d'émettre des réserves sur le Modèle de convention fiscale.

³⁸⁹ Jimenez (A), Prats (A), Calderon (J), « Triangular cases, tax treaties and EC law: the Saint-Gobain decision of the ECJ », *IBFD, Bulletin*, June 2001, p. 245.

³⁹⁰ & 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 ».

³⁹¹ Convention de Vienne, article 30 (4)-b.

2. L'application effective du principe de non-discrimination aux établissements stables

a Une notion fondamentale

A supposer l'application possible de l'article de non-discrimination inclus dans le traité R/P pour tenter de régler une double imposition entre Etat S et Etat P, ce que nous pensons, la question des modalités d'application de ce dispositif subsiste.

L'article de non-discrimination du traité R/P constitue, selon nous, une ultime³⁹² tentative pour éliminer la double imposition éventuelle, potentiellement mise à la charge de l'établissement stable dans l'Etat P, même s'il ne permet pas, à notre avis, d'éliminer la partie excédentaire de retenue à la source prélevée en application du traité R/S.

Selon cet article, l'Etat P doit autoriser une élimination *a minima* équivalente à celle offerte aux sociétés résidentes de son territoire. L'effet du traité P/S est donc indirect³⁹³. Il s'agit d'un effet direct du traité R/P.

Certains auteurs ont établi que le principe de non-discrimination était universel, soulignant ainsi son importance et son universalité au regard d'autres principes³⁹⁴. On peut aussi constater que l'article de non-discrimination du Modèle de convention fiscale est par construction un « dispositif triangulaire ». En effet, ce dernier n'est par principe pas uniquement applicable aux résidents, mais également aux « nationaux » et cela contrairement au dispositif de l'article 1 du Modèle de convention fiscale qui définit les personnes bénéficiant du traité. Il est donc essentiel aux résolutions des situations triangulaires et n'est pas restreint par les considérations liées à l'article 1^{er} du traité³⁹⁵.

L'évolution historique permet aussi de comprendre la volonté progressive de l'OCDE d'affirmer le principe d'application de l'article 24 aux situations triangulaires.

³⁹² Non protection du traité pour un établissement confirmée par l'OCDE dans ses travaux récents sur la clause de non-discrimination, « *Whilst the permanent establishment is not itself a person and is therefore not entitled to the benefits of these tax conventions, this issue is relevant to the taxation on the permanent establishment* », Com. 68 sous l'article 24.

³⁹³ Van Raad (K), « The 1992 OECD Model treaty: triangular cases », IBFD, *European Taxation*, September 1993, p. 299.

³⁹⁴ Turot (J), « Le Juge Fiscal et les clauses de non-discrimination », *RJF* 6/90, p. 391.

³⁹⁵ En France, on notera le caractère triangulaire reconnu en matière de personnes physiques pour l'application du dispositif prévu à l'article 164C du CGI. CE 27 juillet 2005 n° 244671, 9^e et 10^e s.-s., *min. c/ Cohen* : *RJF* 11/05 n° 1241, concl. L. Vallée *BDCF* 11/05 n° 136 ; CE 27 juillet 2005 n° 253224, 9^e et 10^e s.-s., *min. c/ Ferrarese* : *RJF* 11/05 n° 1241, concl. L. Vallée *BDCF* 11/05 n° 136. « Article 164 C du CGI et droit de l'Union Européenne CAA Paris 24 juin 2010 » ccl Serge Gouès note Maitrot de la Motte (A), *Dr. Fisc.*, 14 octobre 2010, n° 41 Com. 525.

Même si les commentaires de 1997 contenaient déjà le principe proposant une non-application du traité S/P du côté du bénéficiaire³⁹⁶, l'analyse historique peut aider à comprendre.

La solution d'une éventuelle clause de la nation la plus favorisée était aussi éliminée dans les termes suivants :

« La même entreprise ne pourrait davantage invoquer aux mêmes fins la clause dite de la nation la plus favorisée stipulée - même dans les termes les plus généraux - dans un traité ou accord conclu entre les Etats A et B. En effet, il a toujours été admis qu'une telle clause ne s'appliquait pas dans le cas des conventions de double imposition pour la raison que celles-ci sont essentiellement fondées sur le principe de la réciprocité. »³⁹⁷

La clarté de ces commentaires était probablement discutable, aussi le Modèle de convention fiscale de 1992 fut modifié au paragraphe 51 à 54, sous l'article, de la manière suivante :

« Lorsque l'établissement stable dans un Etat contractant d'une entreprise qui est un résident de l'autre Etat contractant reçoit des dividendes, des intérêts ou des redevances provenant d'un Etat tiers, la question se pose alors de savoir si et dans quelle mesure l'Etat contractant dans lequel est situé l'établissement stable doit imputer l'impôt non récupérable de l'Etat tiers. Il y a consensus sur le fait qu'il y a une double imposition dans ces situations et qu'une méthode d'allègement doit être trouvée. La majorité des pays membres sont en mesure d'octroyer l'imputation dans de tels cas soit sur la base de leur droit interne, soit en vertu du paragraphe 3. Les Etats qui ne peuvent ainsi octroyer l'imputation ou qui désirent clarifier la

³⁹⁶ « Si une entreprise d'un Etat (A) bénéficie normalement pour l'établissement stable qu'elle a dans un autre Etat (B) des dispositions de la convention entre ces deux Etats A et B, elle ne peut en revanche, dans l'hypothèse où cet établissement stable tirerait des revenus d'un Etat tiers (C), invoquer au profit de celui-ci les dispositions de la convention entre les Etats B et C, dès lors en effet qu'elle n'est résidente d'aucun de ces deux Etats. C'est là l'application du principe bien connu de la relativité des traités selon lequel ceux-ci n'ont d'effet qu'entre les Etats contractants ». Com. 55 sous l'article 24 du Modèle de convention fiscale.

³⁹⁷ Com. 55 sous l'article 24 Modèle de convention fiscale.

situation peuvent souhaiter compléter cette disposition dans leur convention avec l'Etat contractant dont l'entreprise est un résident par une formulation qui permette à l'Etat de l'établissement stable l'imputation de l'impôt de l'Etat de la source pour un montant qui n'excède pas celui que les entreprises qui sont résidents de l'Etat contractant dans lequel l'établissement stable est situé peuvent imputer sur la base de la convention de cet Etat avec l'Etat tiers. Dans la mesure où l'impôt non récupérable selon la convention entre l'Etat tiers et l'Etat de résidence de l'entreprise qui a un établissement stable dans l'autre Etat contractant est plus bas que selon la convention entre l'Etat tiers et l'Etat contractant de l'établissement stable, seul doit être imputé l'impôt le plus bas perçu dans l'Etat tiers. »³⁹⁸

En résumé, donc, le crédit accordé est le plus faible du montant effectivement payé dans l'Etat S en comparant les montants suivants : en application de son droit interne, le montant payé dans l'Etat S en application du traité R/S et le montant versé dans l'Etat S en application du traité S/P³⁹⁹.

b Une application pratique partiellement satisfaisante

Assuré de l'application de l'article de non-discrimination, il convient de s'interroger sur la spécificité de son application aux situations triangulaires en comparaison avec l'application du principe dans des situations bilatérales classiques.

Tous d'abord, l'interprétation de l'article 24(3) doit être comparée avec celle des autres articles applicables en matière de non-discrimination contenus dans le Modèle de convention fiscale⁴⁰⁰. En particulier, l'article 24(3) diffère des articles 24(1), (2) et (5) en ce qu'il ne prévoit pas la prohibition des impositions « *autres ou plus lourdes* », mais

³⁹⁸ Com. 51 et 54 sous l'article 24 Modèle de convention fiscale

³⁹⁹ Pour une estimation du calcul effectif : van Raad (K), « The 1992 OECD model treaty : triangular cases », IBFD, *European Taxation*, 1993, p. 298-301 et Zhai (G), « Triangular cases involving income attributable to permanent establishment », LLM Paper for the ITC Leiden, 08/2008, « Triangular cases involving income attributable to permanent establishment », *TNI*, 23 March 2009, p. 1105.

⁴⁰⁰ Gifford (W.), « Permanent establishment and the non-discrimination clause », *Income Tax Treaties*, Law Institute New York, 1978, p. 419-443.

uniquement d'une imposition « *moins favorable que l'imposition des entreprises de cet autre Etat qui exercent la même activité.* »

On peut s'interroger afin de savoir si cela constitue une différence substantielle avec le reste du dispositif. Les commentaires explicitent les notions de manière extensive⁴⁰¹ et détaillée. Le but de cette disposition est de supprimer toute discrimination dans le traitement des établissements stables par rapport aux entreprises résidentes appartenant au même secteur d'activité en ce qui concerne les impôts assis sur les activités d'entreprise, spécialement les impôts sur les bénéfices des entreprises⁴⁰².

Contrairement à certaines obligations applicables en matière de société ou dans le domaine communautaire, cela ne signifie pas que l'établissement doit être imposé de la même manière que les filiales locales, mais uniquement qu'il ne doit pas subir une imposition plus forte. Il doit donc être systématiquement recherché, si l'effet d'une différence de traitement entraîne une imposition plus lourde. On peut imaginer imposer un établissement selon un système différent de celui applicable aux filiales locales, à condition que le système ne lui soit pas défavorable en matière de montant d'impôt. Cet élément, plutôt protecteur quant au but à atteindre, ne nous semble pas remettre en cause les commentaires précédents sur la possibilité d'imputer les impositions prélevées dans l'Etat S dans la limite de l'imposition qui serait imputée pour une filiale localisée dans l'Etat P, c'est-à-dire, dans la double limite de la retenue à la source effectivement versée dans l'Etat S et de celle prévue par le traité S/P.

La question de savoir si cela permettrait d'imputer une retenue à la source supérieure, par exemple, à celle prévue par le traité S/R n'est pas résolue et nous restons extrêmement réservé sur une réponse positive de l'OCDE, celle-ci donnant, certes, à l'Etat P le rôle d'élimination des doubles impositions, mais uniquement de manière au moins équivalente à celle des filiales localisées dans l'Etat P et non de manière plus favorable.

En outre, dans le cadre de l'analyse à effectuer, la question de la comparabilité de l'activité peut soulever des difficultés spécifiques. En effet, doit-on comparer l'activité de

⁴⁰¹ Modèle de convention fiscale Commentaire 19-54 sous l'article 24 de non-discrimination.

⁴⁰² Les commentaires du Modèle de convention fiscale expliquent en détail six aspects de l'imposition de l'établissement stable : l'assiette de l'impôt, dividendes reçus d'une participation allouée à l'établissement, structure du taux d'imposition, les retenues à la source ; crédit d'impôt pour les impôts étrangers et l'application du traité aux Etats tiers.

l'établissement lui-même (solution logique⁴⁰³) ou de l'entreprise entière à laquelle appartient l'établissement ?⁴⁰⁴ On peut penser que la discrimination recherchée est celle sur le territoire de l'établissement et est donc limitée à sa situation sur ce territoire. En effet, la prise en compte de l'absence d'imposition du siège étranger sur les revenus rattachables à l'établissement aboutirait inmanquablement à exclure les établissements de la protection en matière de non-discrimination, ce qui ne nous semble pas ressortir des textes⁴⁰⁵.

Ces principes ont été rappelés par certaines décisions de jurisprudence ou des prises de position d'autorités administratives.

A titre d'exemple, on mentionnera deux décisions de la Cour d'appel de Bruxelles, en 1993, dans le cas où des dividendes avaient été reçus par un établissement stable belge d'une société suisse. La Cour a indiqué que le refus d'accorder un crédit d'impôt à l'établissement stable pour la retenue à la source prélevée dans l'Etat de source est contraire à l'article 24(3) du traité en vigueur entre le Belgique et la Suisse⁴⁰⁶.

En France, le Conseil d'Etat a été appelé à se prononcer sur la portée d'une telle clause dans le cadre de la convention franco-italienne. Il a jugé que cette disposition permettait aux établissements stables en France, de sociétés italiennes, de bénéficier du régime fiscal des sociétés mères. Le régime des sociétés mères est actuellement applicable, quelle que soit la nationalité de celle-ci, dès lors qu'elle est soumise à l'impôt sur les sociétés au taux de droit commun⁴⁰⁷. Par ailleurs, la doctrine, à la suite d'évolutions législatives, est venue confirmer cette approche⁴⁰⁸.

⁴⁰³ Solution retenue par Gifford (W) dans, *Permanent establishment and non-discrimination clause*, Income tax treaties 1978.

⁴⁰⁴ O Brian in *Non-discrimination in international tax law*, Deventer Kluwer 1986, supra note 8, p. 141

⁴⁰⁵ Dans une telle hypothèse, effectivement, la société locale par hypothèse imposable localement ne serait jamais comparable avec la société étrangère imposable potentiellement uniquement dans l'Etat R.

⁴⁰⁶ Kerfs, « Taxation of permanent establishment in conflict with non-discrimination provisions in tax treaties », IBFD, *European Taxation*, 1994, p. 114.

⁴⁰⁷ CE 18 novembre 1985 n° 50643, 7^e et 9^e s.-s. : *RJF* 1/86, n° 100. Inst. 31 juillet 1986, 4 J-1-86 ; *D. adm.* 4 J-1313 n° 7, 1^{er} novembre 1995.

⁴⁰⁸ L'analyse fondée sur le droit communautaire lui-même est reprise au chapitre 2 infra. Inst. 31 juillet 1986, 4 J-1-86 ; *D. adm.* 4 J-1313 n° 7, 1^{er} novembre 1995 et issu de la Cour de justice des Communautés européennes qui a jugé discriminatoire et contraire aux dispositions de l'article 52 le refus d'accorder le bénéfice de l'avoir fiscal aux établissements stables en France de sociétés ayant leur siège dans un autre Etat membre de la CE (CJCE 28 janvier 1986, aff. 270/83 : *RJF* 11/86 n° 1020). Dans le même sens à propos du refus de l'Allemagne d'accorder à un établissement stable situé sur son territoire le bénéfice de l'exonération d'impôt sur les sociétés prévu par la convention entre l'Allemagne et un pays tiers : CJCE 21 septembre 1999 aff. 307/97, plén. *Cie de Saint-Gobain ZN* : *RJF* 12/99 n° 1629.

L'administration a effectivement confirmé l'application possible d'un crédit d'impôt uniquement en matière de dividendes de la manière suivante^{409 410} :

« Lorsque les dividendes ne relèvent pas du régime des sociétés mères, pour éviter toute discrimination, ils doivent être soumis à l'impôt sur les sociétés en appliquant les dispositions qui sont prévues pour les sociétés françaises. S'il s'agit de dividendes de source française, ils sont intégrés à la base de l'impôt sur les sociétés pour leur montant brut, avoir fiscal inclus. En contrepartie, l'avoir fiscal⁴¹¹ est déduit de l'impôt sur les sociétés dû par l'établissement stable. L'établissement stable bénéficiant ainsi de l'avoir fiscal de la même façon que les sociétés françaises, le précompte éventuellement acquitté lors de la distribution par la société française n'est pas remboursable. »⁴¹²

S'il s'agit de dividendes de source étrangère⁴¹³ :

« Il convient de distinguer suivant qu'ils proviennent, ou non, d'un Etat ou territoire lié à la France par une convention fiscale :

- en l'absence de convention, les dividendes sont soumis à l'impôt sur les sociétés après déduction de la retenue à la source éventuellement acquittée à l'étranger. Cette retenue n'est pas déductible de l'impôt sur les sociétés⁴¹⁴;*
- à l'inverse, si les dividendes proviennent d'un Etat ou territoire lié à la France par une convention fiscale, ils sont soumis à l'impôt sur les sociétés en appliquant les dispositions conventionnelles relatives aux dividendes perçus par les sociétés résidentes de France. Ces dispositions*

⁴⁰⁹ A l'instar de certains auteurs, on ne peut que s'étonner de la non publication d'une doctrine similaire en matière d'intérêts et redevances qui sont aussi couverts par la clause de non-discrimination. Cf. Gouthière (B), *Les impôts dans les affaires internationales*, Editions Francis Lefebvre.

⁴¹⁰ Situation triangulaire bilatérale.

⁴¹¹ Supprimé depuis l'entrée en vigueur de cette doctrine.

⁴¹² Inst. 31 juillet 1986, 4 J-1-86 ; D. adm. 4 J-1313 n° 10, 1^{er} novembre 1995.

⁴¹³ Situation triangulaire multilatérale.

⁴¹⁴ Ce qui marque le refus d'appliquer une élimination de la double imposition lorsqu'aucun traité n'est applicable entre la France et l'Etat S puisqu'une société française dans les mêmes circonstances ne bénéficierait pas d'un crédit d'impôt (sous réserve du droit communautaire bien entendu).

conduisent à liquider l'impôt sur les sociétés en tenant compte notamment du crédit d'impôt de source étrangère attaché à ces dividendes. »⁴¹⁵

D'un côté, le régime ne couvre pas les autres revenus passifs et est donc plutôt restrictif, d'un autre, il propose de traiter l'établissement de la même manière qu'une filiale, alors que l'obligation est uniquement de ne pas appliquer un traitement moins favorable.

La distinction, selon laquelle il existe un traité avec l'Etat S ou non, nous semble consacrer le fait que l'effet relatif des traités n'est pas un obstacle à l'élimination dans l'Etat P de la double imposition, en application au moins indirecte de certains éléments du traité S/P.

Cette doctrine n'indique, en outre, pas le montant exact de la retenue à la source créditable, en particulier lorsque la convention entre cet Etat de source et l'Etat du siège prévoit une retenue à la source supérieure.

On pourrait s'interroger, dans ce cas, si la doctrine permet d'imputer cette retenue à la source supérieure (vision très stricte du texte) ou si elle est limitée à la retenue à la source prévue par le traité entre la France et l'Etat de source (solution orthodoxe selon nous), le supplément éventuel pouvant *a minima*, à notre sens, être déduit en tant que charge par l'établissement⁴¹⁶⁴¹⁷⁴¹⁸. En tout état de cause, il apparaît que cette doctrine ne couvre pas la situation de la France en qualité d'Etat de source et particulièrement de savoir si dans une telle hypothèse la retenue à la source S/R ou S/P serait applicable. Le rôle de l'Etat de la source ne doit donc pas totalement ignorer le droit communautaire.

⁴¹⁵ Inst. 31 juillet 1986, 4 J-1-86 ; *D. adm.* 4 J-1313 n° 10, 1^{er} novembre 1995 ; *D. adm.* 4 H-5411 n° 62, 30 octobre 1996.

⁴¹⁶ Même si, comme nous l'avons indiqué, une discussion pourrait exister sur ce thème puisque le traité ne prévoit pas de solution pour cet excédent et que la jurisprudence classique française dont on peut douter de la pérennité prévoit l'application uniquement du traité. Dans cette hypothèse la situation est différente puisque l'excédent n'est pas prélevé en application du traité entre la France et l'Etat de source et que l'élimination de la double imposition n'est pas par application directe de ce traité en tout état de cause mais une application par ricochet au travers de la clause de non-discrimination contenue dans le traité entre la France et l'Etat de siège de l'entreprise. *Cf.* nos remarques précédentes.

⁴¹⁷ Inst. 31 juillet 1986 ; *D. adm.* 4 J-1313, 1^{er} novembre 1995, qui offre un résumé détaillé du régime fiscal des dividendes perçus par les établissements stables en France de sociétés étrangères.

B. *L'évolution positive issue du droit communautaire*

Un principe similaire à celui prévu par l'OCDE est appliqué dans l'Union européenne. Il est issu de l'application par la Cour européenne du principe de liberté d'établissement (1). Celui-ci nous paraît plus adapté aux situations triangulaires même si certaines difficultés subsistent (2).

1. *Les principes issus de la décision Saint-Gobain*

a *Le traitement d'une véritable situation triangulaire*

Le 21 septembre 1999, la CJCE a rendu une décision fondamentale dans le cas de la société Saint-Gobain⁴¹⁹. C'est la première occasion, à notre connaissance, pour la Cour de développer une analyse d'une situation triangulaire classique sous l'angle communautaire et l'influence du dispositif conventionnel.

Certes, la Cour avait déjà analysé une situation triangulaire bilatérale⁴²⁰ dans le cas concernant l'avoir fiscal et avait considéré à cette époque « *qu'en n'accordant pas aux succursales et agences en France de sociétés d'assurance ayant leur siège social dans un autre Etat membre, dans les mêmes conditions qu'aux sociétés d'assurance dont le siège est situé en France, le bénéfice de l'avoir fiscal pour les dividendes de sociétés françaises que ces succursales ou agences perçoivent, la République française a manqué aux obligations qui lui incombent en vertu de l'article 52 du Traité C.E.E.* »

Cette question rejoignait d'ailleurs indirectement la question posée la même année au Conseil d'Etat, dans un cadre conventionnel avec l'Italie, de l'application du régime mère-fille à une succursale française d'une société étrangère⁴²¹.

Le litige au principal opposait la succursale allemande de la société de capitaux française Compagnie de Saint-Gobain SA, (*Zweigniederlassung Deutschland* « *Saint-Gobain ZN* »), aux autorités fiscales allemandes.

⁴¹⁹ CJCE 21 septembre 1999 Aff. 307/97 plén. *Cie Saint-Gobain ZN* RJF 12/1999 n° 1629.

⁴²⁰ CJCE *Commission v France*, 28 janvier 1986 (270/83, Rec. p. 273).

⁴²¹ CE 18 novembre 1985, n° 50643, 7^e et 9^e s.-s. RJF 1/1986.

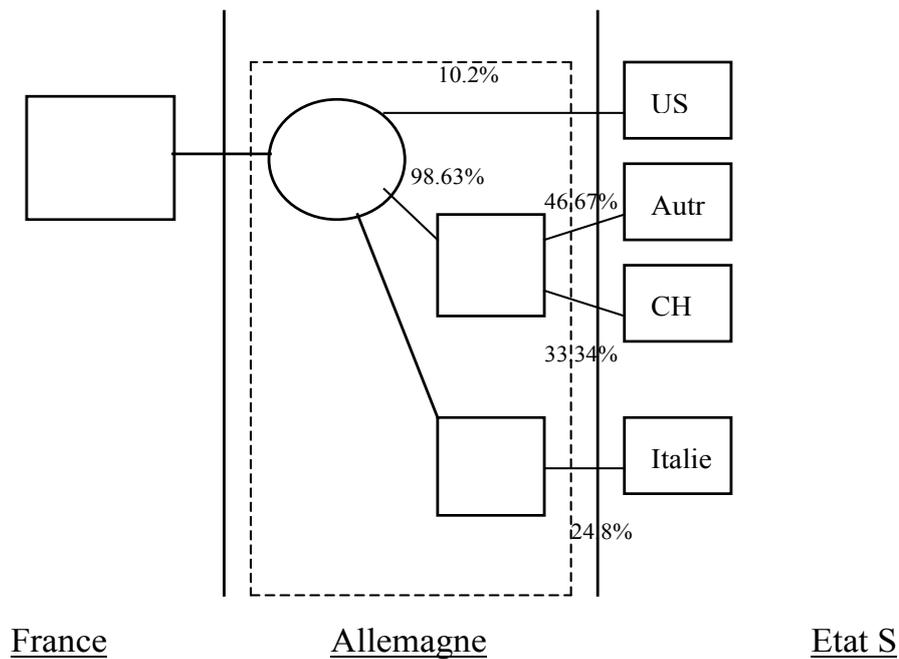
Saint-Gobain ZN, considérée comme un établissement stable de la société française était, en vertu du droit allemand, soumise en Allemagne à une obligation fiscale limitée, car ni son siège, ni sa direction commerciale ne se trouvaient en Allemagne. Cette obligation portait tant sur les revenus perçus en Allemagne par l'intermédiaire de son établissement stable que sur le patrimoine détenu dans celui-ci.

La particularité de la situation qui en faisait une situation triangulaire, était que le capital d'exploitation de la succursale allemande, détenait les participations suivantes :

- 10,2 % des actions de la société Certain Teed Corporation (CTC), établie aux Etats-Unis d'Amérique;
- 98,63 % du capital de la société Grünzweig & Hartmann AG, établie en Allemagne, dont les bénéfices, qui ont été transférés à la succursale allemande en vertu d'un contrat d'intégration fiscale et qui incluaient des dividendes (« *Schachteldividenden* ») distribués par deux filiales, Isover SA, établie en Suisse, et Linzer Glasspinnerei Franz Haider AG, établie en Autriche;
- 99 % du capital de la société Gevetex Titillas GmbH, établie en Allemagne, dont les bénéfices ont également été transférés à la succursale allemande en vertu d'un contrat d'intégration fiscale, et comportaient des dividendes d'une filiale italienne, Vitro fil Spa.

Ces deux filiales, établies en Allemagne, étaient donc chacune liées à la succursale allemande par un contrat d'intégration fiscale « *Organvertrag* »⁴²².

⁴²² Pour simplifier et comparer avec une situation française, on aurait le cas d'un établissement stable français d'une société européenne « tête d'intégration » fiscale auquel seraient allouées des participations dans des sociétés non françaises.



Dans son recours au principal, Saint-Gobain s'opposait à diverses mesures prises par l'administration fiscale allemande dans le cadre de l'imposition sur les sociétés pour l'année 1988, à savoir :

- le refus d'accorder l'exonération des dividendes provenant des Etats-Unis et de Suisse, prévue par les conventions de non double imposition conclues par la République fédérale d'Allemagne avec ces pays⁴²³. Celle-ci découle en particulier de l'article XV de la convention fiscale germano-américaine de 1954/1965⁴²⁴ qui prévoit que, en ce qui concerne une société de capitaux allemande, sont exclus de l'assiette de l'impôt allemand les revenus provenant de sources situées aux Etats-Unis et y étant imposables. Cela comprend les revenus

⁴²³ En effet, l'Allemagne à l'époque accordait le régime mère-fille sur les dividendes de source étrangère à ses sociétés résidentes sur le fondement du traité entre l'Etat de source et l'Allemagne.

⁴²⁴ Convention conclue le 22 juillet 1954 entre la République fédérale d'Allemagne et les Etats-Unis d'Amérique aux fins d'éviter les doubles impositions en matière d'impôts sur le revenu et de certains autres impôts, telle que modifiée par le protocole du 17 septembre 1965 (BGBl. 1954 II, p. 1118; 1966 II, p. 745). Le texte précise « (1) La double imposition est évitée de la manière suivante:

a) ...

b) 1. En ce qui concerne une personne physique résidant en République fédérale d'Allemagne et une société allemande, l'impôt prélevé par la République fédérale d'Allemagne est fixé comme suit:

aa) Sont exclus de l'assiette de l'impôt allemand les revenus provenant de sources situées aux Etats-Unis et qui, en vertu de la présente convention, ne sont pas exonérés de l'impôt aux Etats-Unis... Pour ce qui est des revenus provenant de dividendes, les dispositions de la phrase 1 ne s'appliquent toutefois qu'aux dividendes imposables en vertu du droit des Etats-Unis et versés par une société américaine à une société de capitaux allemande détenant directement au moins 25 % des actions à droit de vote de la société américaine ».

En vertu de l'article II, paragraphe 1, sous f), de la même convention, il faut entendre par société allemande une personne morale ayant sa direction commerciale ou son siège en Allemagne.

provenant de dividendes, lorsqu'ils sont versés par une société américaine à une société de capitaux allemande détenant directement au moins 25 % des actions à droit de vote de la société américaine. Il est important de noter que, puisque la détention dans la filiale américaine était inférieure à 25 %, la demande était fondée sur l'accès à une élimination de la double imposition sur le fondement de règles de droit interne allemand qui prévoyait celle-ci pour des participations inférieures à 25 %. De même, en ce qui concerne les dividendes en provenance de Suisse, la convention fiscale entre la Suisse et l'Allemagne⁴²⁵ prévoit que sont exclus de l'assiette de l'impôt allemand, les dividendes qu'une société de capitaux établie en Suisse distribue à une société de capitaux soumise à une obligation fiscale illimitée en Allemagne. Dans le cas suisse, l'élimination de la double imposition résultait d'une mesure conventionnelle. La Cour n'a pas procédé à une analyse différente selon que l'élimination de la double imposition était demandée sur le fondement du traité ou du droit interne allemand.

- L'administration fiscale allemande avait, certes, imputé sur l'impôt sur les sociétés, l'impôt à la source retenu dans les divers Etats où les sous-filiales distributrices étaient établies⁴²⁶, mais avait refusé l'imputation de l'impôt payé sur les bénéficiaires par les filiales et sous-filiales étrangères dans les Etats où elles étaient établies, imputation prévue par la loi interne allemande à l'époque. Il ressortait de ce dispositif que, lorsqu'une société mère imposable de façon illimitée détenait une participation dans le capital d'une filiale étrangère, elle

⁴²⁵ Convention conclue le 11 août 1971 entre la République fédérale d'Allemagne et la Confédération suisse en vue d'éviter les doubles impositions en matière d'impôts sur le revenu et sur la fortune, telle que modifiée par le protocole du 30 novembre 1978 (BGBl. 1972 II, p. 1022; 1980 II, p. 750). L'article 24 de la convention fiscale germano-suisse de 1971, dans la version en vigueur en 1988. Le texte précise : *(1) En ce qui concerne une personne établie en République fédérale d'Allemagne, la double imposition est évitée de la manière suivante*

1) Les revenus suivants, provenant de Suisse, qui, selon les articles précédents, sont imposables en Suisse, sont exclus de l'assiette de l'impôt allemand:

a) ...

b) Les dividendes, au sens de l'article 10, qu'une société de capitaux établie en Suisse distribue à une société de capitaux soumise à une obligation fiscale illimitée en République fédérale d'Allemagne, lorsque, selon la législation fiscale allemande, un impôt suisse perçu sur le bénéfice de la société distributrice pourrait également être imputé sur un impôt allemand sur les sociétés qui doit être perçu ».

⁴²⁶ Imputation directe prévue à l'article 26, paragraphe 1, du KStG L'article 26, paragraphe 2, du KStG fixe les règles en matière d'imputation indirecte:

« (2) Si, depuis au moins douze mois avant la date de clôture des comptes ... une société ... (société mère) imposable de façon illimitée ... a détenu directement et d'une manière ininterrompue une participation d'au moins un dixième dans le capital nominal d'une société de capitaux ayant son lieu de direction et son siège en dehors du champ d'application territorial de la présente loi (société filiale) ... la société mère peut, sur demande, être autorisée à imputer également sur l'impôt sur les sociétés dont elle est redevable à raison des dividendes que lui distribue la filiale un impôt sur les bénéficiaires à la charge de cette dernière. L'imputation porte sur une fraction de l'impôt analogue à l'impôt allemand sur les sociétés que la filiale a payé pour l'exercice au titre duquel elle a procédé à la distribution ».

pouvait, sur demande et sous certaines conditions, être autorisée à imputer sur l'impôt sur les sociétés dont la filiale étrangère était redevable.

- Enfin, Saint-Gobain contestait aussi les modalités d'imposition retenues en matière d'imposition sur la fortune mise à la charge de la succursale allemande qui prévoit que, sous certaines conditions, lorsqu'une société de capitaux allemande détient une participation directe dans le capital d'une filiale étrangère, la participation, sur demande, n'entre pas dans le patrimoine d'exploitation de la société allemande⁴²⁷.

A l'appui de son recours, Saint-Gobain ZN faisait valoir que les modalités d'imposition visées ci-dessus, et en particulier le fait de refuser à l'établissement stable allemand d'une société de capitaux établie dans un autre Etat membre le bénéfice de l'imputation indirecte et des privilèges d'affiliation en matière d'impôt sur les sociétés et d'impôt sur la fortune constituait une violation des articles 52 et 58 du traité CE.

De son côté, le ministère des Finances allemand soutenait que ce dispositif était conforme au droit allemand en vigueur en 1988 et refusait cette imputation. En effet, les dispositions prévoyant ceux-ci ne bénéficiaient qu'aux sociétés ayant en Allemagne une responsabilité fiscale illimitée, c'est-à-dire y ayant leur siège ou leur direction commerciale. La requérante au principal, succursale d'une société établie dans un autre Etat membre, ne remplissait donc pas cette condition.

b Une solution plus adaptée que celle proposée par l'OCDE

L'avocat général Mischo⁴²⁸ rappelle, à cette occasion, les principes en indiquant que:

« Toutefois, lorsque la législation d'un Etat membre met sur le même plan, aux fins d'une imposition, les sociétés ayant leur siège sur son territoire

⁴²⁷ Selon l'article 102, paragraphe 2, du BewG: « (2) Si une société de capitaux nationale ... « a une participation directe dans le capital nominal d'une société de capitaux ayant son siège et sa direction commerciale hors du champ d'application de cette loi (société filiale), et que cette participation s'élève au moins à 10 %, la participation, sur demande, n'entre pas dans le patrimoine d'exploitation, pour autant qu'elle existe de façon ininterrompue depuis douze mois au moins avant la date de clôture des comptes pertinente... »

national et les succursales et agences situées sur celui-ci de sociétés ayant leur siège à l'étranger, elle ne peut pas, dans le cadre de la même imposition, les traiter différemment⁴²⁹ en ce qui concerne l'octroi d'un avantage y relatif. En effet, en traitant d'une manière identique les deux formes d'établissement aux fins de l'imposition des bénéficiaires réalisés par eux, le législateur de cet Etat membre a admis qu'il n'existe entre les deux, au regard des modalités et des conditions de cette imposition, aucune différence de situation objective pouvant justifier une différence de traitement. »

L'avocat général prend, en outre, le soin de réaffirmer le principe selon lequel c'est le siège d'une société qui détermine son appartenance à l'ordre juridique d'un Etat et le siège correspond ainsi à la nationalité pour ce qui est des personnes physiques⁴³⁰. C'est en raison de ce fondement que le dispositif allemand était attaqué, puisque constituant une discrimination entre société étrangère (société implantée en France) et société allemande. La discrimination vise ainsi directement la société Saint-Gobain SA, même si la « victime » est son émanation en la « personne » de sa succursale allemande.

L'approche est différente de celle retenue par le Modèle OCDE, puisque la Cour ne compare pas avec des sociétés établies en Allemagne qui exerceraient « la même activité »⁴³¹. L'établissement, donc la nationalité, est le seul critère applicable selon le juge qui le confirme dans sa décision. La Cour, en effet, constate que la législation allemande limite les bénéficiaires desdites exonérations aux sociétés soumises en Allemagne à une obligation fiscale illimitée, soit par la législation fiscale nationale, soit par des conventions bilatérales conclues avec des pays tiers⁴³². C'est cette pratique que le juge attaque en indiquant que « *le refus d'accorder les avantages en cause au principal vise donc*

⁴²⁸ Conclusion 2 mars 1999, affaire C 307/97.

⁴²⁹ On rappellera nos remarques sur le Modèle OCDE et la clause de non-discrimination qui propose de traiter de manière équivalente les établissements et les filiales recherchant une égalité de résultat. Ici l'égalité doit être parfaite.

⁴³⁰ Jurisprudence mentionnée dans les conclusions. Voir, à titre d'exemple d'une jurisprudence constante, l'arrêt du 12 avril 1994, *Halliburton Services* (C-1/93, Rec. p. I-1137, point 15). La décision fait référence à l'arrêt *ICI* arrêt du 16 juillet 1998, *ICI*, C-264/96, Rec. p. I-4695, point 20.

⁴³¹ Modèle de convention fiscale OCDE, article 24(3), non-discrimination.

⁴³² Le gouvernement allemand soulevait un argument classique relevé par l'avocat General Mischo mais sans effet. : « *Le gouvernement allemand conteste l'existence d'une discrimination en l'espèce. Il rappelle, à cet égard, la jurisprudence constante de la Cour, en vertu de laquelle il y a discrimination lorsque sont traitées de façon différente des situations identiques ou de façon identique des situations différentes. Or, en matière fiscale, la situation des non-résidents serait fondamentalement différente de celle des résidents, ce que la Cour aurait confirmé dans son arrêt Schumacker* (Arrêt du 14 février 1995 (C-279/93, Rec. p. I-225) ».

principalement les sociétés non-résidentes en Allemagne et se fonde sur le critère du siège de la société pour déterminer le régime fiscal, en Allemagne, des participations dans des sociétés de capitaux établies dans d'autres Etats que la République fédérale d'Allemagne ainsi que des dividendes provenant de telles participations ». Le juge constate que les établissements de sociétés européennes localisés en Allemagne « se trouvent dans une situation moins favorable »⁴³³ que « celle des sociétés résidentes ». Là encore, une partie seule de l'article 24(3) du Modèle OCDE est reprise et l'on comprend bien que l'esprit tant de l'article 24(3) que de la liberté d'établissement n'est pas ici d'assurer une similitude parfaite entre les deux régimes d'imposition, mais d'éviter que l'établissement ne soit traité de manière « *moins favorable* » dans une situation comparable déterminée *in concreto*, c'est-à-dire en prenant aussi en compte les traités en vigueur avec des Etats tiers.

La Cour étudie, en outre, selon une démarche traditionnelle, si cette affirmation devrait être nuancée compte tenu d'éléments spécifiques tels :

- que les établissements stables et les filiales résidentes ne seraient pas dans une situation comparable dès lors que les sociétés résidentes seraient soumises à une obligation illimitée, au contraire des établissements stables soumis à une obligation fiscale limitée. La Cour analyse la comparabilité *in concreto*⁴³⁴ en ce qui concerne les revenus visés et non en termes d'obligation théorique et rejette cet argument⁴³⁵⁴³⁶.
- que l'application aurait pour conséquence une perte de recette fiscale, objectif qui « *ne figure pas parmi les raisons énoncées à l'article 56 du traité CE*

⁴³³ Aussi indiqué par l'avocat général en référence au point 68.

⁴³⁴ Analyse détaillée par l'avocat général aux points 45 à 50.

« *dès lors que la réglementation litigieuse met sur le même plan, aux fins de l'imposition de leurs bénéficiaires, les sociétés ayant leur siège social en France et les succursales et agences situées en France de sociétés ayant leur siège à l'étranger, elle ne peut pas, sans créer une discrimination, les traiter différemment, dans le cadre de cette même imposition en ce qui concerne l'octroi d'un avantage y relatif, tel que l'avoir fiscal. Les situations des sociétés résidentes et des sociétés non-résidentes sont d'autant plus comparables que, en réalité, la différence de traitement n'intervient qu'en ce qui concerne l'octroi des avantages fiscaux en question, qui permettent aux sociétés résidentes soit de déduire de l'impôt sur les sociétés le montant acquitté au titre de l'impôt étranger qui a frappé les dividendes provenant de participations dans des sociétés étrangères, soit d'exclure lesdits dividendes ou participations de leur revenu et de leur patrimoine mondiaux, qui sont imposables en Allemagne. Le refus d'octroyer ces avantages aux sociétés non-résidentes exploitant en Allemagne un établissement stable a pour conséquence que leur obligation fiscale, théoriquement limitée aux revenus et au patrimoine « nationaux », porte en réalité sur des dividendes de source étrangère et sur des participations dans des sociétés de capitaux étrangères. Pour les matières en cause, la différence entre obligation fiscale limitée et obligation fiscale illimitée n'est certainement pas pertinente dans la mesure où le revenu et le patrimoine mondiaux ne comprennent pas les dividendes reçus de sociétés étrangères ni les participations dans des sociétés étrangères, du fait de l'octroi des avantages fiscaux considérés, dont ne peuvent bénéficier les contribuables soumis à une obligation fiscale limitée.*

⁴³⁶ Cette analyse devrait à notre sens aussi prévaloir dans un cadre bilatéral en application de l'article de non-discrimination contenu dans le traité P/R.

(devenu, après modification, article 46 CE) et ne peut être considérée comme une raison impérieuse d'intérêt général pouvant être invoquée pour justifier une inégalité de traitement en principe incompatible avec l'article 52 du traité »⁴³⁷ ;

- que l'inconvénient de ce régime est compensé par l'avantage issu du fait que la succursale localisée en Allemagne ne verse pas de retenue à la source lors de la distribution des profits à leur siège étranger, alors que les dividendes peuvent être soumis à de telles retenues⁴³⁸.

La Cour confirme donc les conclusions de l'avocat général et indique :

« En conséquence, il convient de répondre à la juridiction de renvoi que les articles 52 et 58 du traité s'opposent à ce qu'un établissement stable situé en Allemagne et exploité par une société de capitaux ayant son siège dans un autre Etat membre ne bénéficie pas, dans les mêmes conditions que celles applicables aux sociétés de capitaux ayant leur siège en Allemagne, des avantages fiscaux suivants:

- *l'exonération de l'impôt sur les sociétés pour les dividendes reçus de sociétés établies dans des pays tiers (le privilège d'affiliation internationale en matière d'impôt sur les sociétés), prévue par une convention fiscale conclue avec un pays tiers afin d'éviter la double imposition,*
- *l'imputation, sur l'impôt allemand sur les sociétés, de l'impôt sur les sociétés qui a été prélevé dans un Etat autre que la République fédérale d'Allemagne sur les bénéfices d'une filiale qui y est établie, prévue par la législation nationale, et*
- *l'exonération de l'impôt sur la fortune pour les participations dans des sociétés établies dans des pays tiers (le privilège d'affiliation internationale en matière d'impôt sur la fortune), également prévue par la législation nationale ».*

⁴³⁷ Voir, en ce sens, arrêt *ICI*, précité, point 28.

2. *L'élimination plus efficace des doubles impositions*

Le premier point qui nous semble acquis est que cette décision reconnaît le principe d'une obligation de traitement non défavorable d'un établissement stable localisé dans un Etat communautaire dans son Etat d'implantation, à l'instar de l'article 24 du Modèle de convention fiscale.

La réponse apportée par le Modèle de convention fiscale est cependant fondamentalement différente. S'il existe une certaine incertitude sur les limites de la décision *Saint-Gobain* et, en particulier, si celle-ci reconnaît complètement la résidence de l'établissement stable au regard des traités, tant au niveau du bénéficiaire (reconnaissance indirecte) qu'au niveau de la source (reconnaissance directe), c'est parce que la question à laquelle répond l'OCDE dans son article 24 et celle à laquelle répond le traité dans son article 43 sont fondamentalement différentes.

Ce qui est important pour la Cour européenne c'est le droit d'établissement secondaire et non la qualité de résident au sens du traité S/P et les conséquences pour l'Etat S. Cette dernière, dans le cadre du traité, vérifie qu'un résident déjà établi dans un Etat dispose de la faculté de s'installer dans un autre. Elle vérifie si cette installation est traitée de manière identique à celle d'une filiale et non si l'Etat de source s'abstient de prélever une retenue à la source. La méthode pour atteindre cette équivalence, à savoir être traité comme un résident au sens du traité P/R ou au sens du traité P/S, n'a pas à être analysée en détail par la Cour puisque l'essentiel c'est l'effet et le traitement concret.

En particulier, il n'est pas important de savoir si le mécanisme proposé élimine des doubles impositions juridiques ou économiques simplement parce que le but du traité communautaire n'est pas d'éliminer les doubles impositions, mais de mettre en place un marché unique. Le but de la non-discrimination issue du traité communautaire est d'assurer le droit pour un résident établi dans un Etat de choisir librement de s'installer dans un autre Etat membre sous la forme d'une filiale ou d'un établissement dans des conditions économiquement comparables.

⁴³⁸ La Cour de même rejette cet argument qui en outre avec l'application de la Directive et du traité franco-allemand actuellement en vigueur n'aurait probablement plus de raison d'être invoqué.

a *Les effets dans l'Etat R*

Le principal inconvénient de la vision communautaire est sa limite géographique. Si l'Etat R n'est pas membre, il nous semble que la question redevient purement conventionnelle.

La seconde question est de déterminer si la décision *Saint-Gobain* impose à l'Etat R d'éliminer la double imposition. En effet, on peut s'interroger sur la question de savoir si l'éventuelle discrimination doit être analysée de manière globale afin de déterminer si la fiscalité appliquée dans son ensemble à l'opération est discriminatoire ou non.

Dans le cas de l'affaire *Saint-Gobain*, le cas de l'Etat de résidence n'a pas été directement envisagé. En l'espèce, la France prévoyait un système d'exemption totale sur les profits des établissements stables, tant en application de son droit interne que du traité entre la France et l'Allemagne, encore que ce dernier modifié sur ce point, prévoit désormais une exemption indirecte analysée dans le cadre de la décision *Gilly*⁴³⁹⁴⁴⁰, considérée par les autorités fiscales françaises comme équivalente à une exemption classique. Il n'y a cependant aucune raison de ne pas s'interroger, à l'instar de la situation conventionnelle, sur l'influence de l'approche communautaire sur le traitement réservé dans l'Etat R. Cette analyse doit être menée dans deux cas distincts, à savoir lorsque l'Etat R adopte un principe d'exemption ou lorsque celui-ci accorde un crédit d'impôt pour éliminer les doubles impositions afférentes aux profits réalisés dans l'Etat P, au travers de l'établissement stable qui s'y trouve.

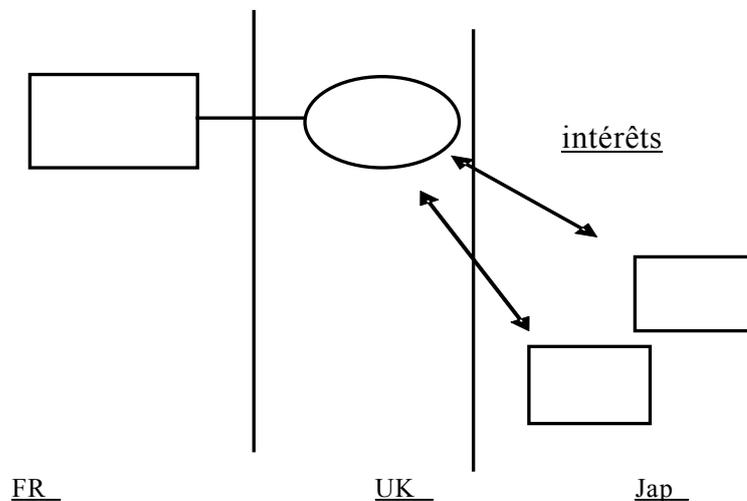
*L'Etat R applique un régime d'exemption

La logique de ce système est d'assurer une neutralité d'importation des capitaux. Ce système prévoit que les profits réalisés dans l'Etat P sont exonérés, soit totalement, soit uniquement pris en compte pour le calcul de l'impôt dans l'Etat R. Si l'on prend, par

⁴³⁹ C 336/96 ECJ, 12 mai 1998.

⁴⁴⁰ En effet, le traité prévoit que les profits d'un établissement sont certes imposés en France mais donnent droit à un crédit d'impôt équivalent à l'impôt payé en France sur ces profits, ce qui équivaut, sauf en cas de pertes, à une exemption classique et cela avait été négocié à l'époque au cas où le régime territorial français n'aurait pas été compatible avec le droit communautaire.

exemple, le cas d'une société française qui dispose d'un établissement au Royaume-Uni et qui reçoit des intérêts de source japonaise⁴⁴¹.



Les intérêts versés par la contrepartie japonaise sont attribués à l'établissement stable du Royaume-Uni et imposés en conséquence dans cet Etat. La retenue à la source, conformément à la décision *Saint-Gobain*, y est imputée en prenant comme hypothèse que la retenue à la source prévue dans le traité France/Japon (en principe applicable au Japon) est inférieure ou égale à la retenue à la source Japon/Royaume-Uni par principe imputée au Royaume-Uni.

Le profit de l'établissement du Royaume-Uni est exonéré en France, en application d'un principe d'exemption du traité France/Royaume-Uni.

La question est de savoir si la décision *Saint-Gobain* oblige la France ou tout autre Etat appliquant un principe d'imposition similaire à accorder un crédit d'impôt pour l'impôt perçu à la source au Japon.

Prenons l'exemple suivant :

- Taux d'imposition en France 33 %.

⁴⁴¹ Cet exemple est inspiré librement des exemples jugés par la Cour suprême néerlandaise dans l'affaire du 8 février 2002 (BNB 2002/184) où la situation était Pays-Bas/Suisse/Japon et l'affaire du 11 mai 2007 (BNB 2007/230) dans laquelle la situation était Pays-Bas/Belgique/Brésil/Italie/Mexique. Pötgens (F), « Then Netherlands Supreme court again excludes credit of withholding tax in a triangular case », *European Taxation*, IBFD, April 2008, p. 210-215. Louwinger (A), « Netherlands publishes resolution on international tax issues », *TNI*, December 1st, 2004. Vrouwelder (M), « No credit for

- Montant des intérêts de source japonaise 100 et retenue à la source locale 10 % en application du traité Japon/Royaume-Uni. Un crédit d'impôt accordé au Royaume-Uni en application de la décision *Saint-Gobain*.
- Imposition à l'impôt sur les sociétés au Royaume-Uni de 20 %.

La question est de déterminer si la société française en raison de son implantation dans un Etat européen sous la forme d'un établissement, a été pénalisée⁴⁴².

En l'absence d'établissement, l'imposition est :

- Au Japon : 10 (100 x 10 %)
- Au Royaume-Uni : 0
- En France : 23 (100 x 33 = 33 – 10)

Soit au total : 33

En présence d'un établissement, l'imposition est établie de la manière suivante :

- Au Japon : 10
- Au Royaume-Uni : 10 (100 x 20 % = 20 – 10)
- En France : 0

Soit au total : 20

La société française n'est donc pas imposée de manière plus lourde en raison de son implantation au Royaume-Uni, sous la forme d'un établissement, mais de manière moins lourde. Il n'y a donc pas de conflit avec les principes communautaires.

*L'Etat applique une méthode de crédit d'impôt

Pour savoir si l'Etat R doit aussi éliminer la retenue à la source qui ne serait pas éliminée dans l'Etat P, il convient de reprendre un cas pratique.

withholding taxes in Dutch triangular case », *TNI*, June 15, 2007. Van der Stoel, « Dutch Supreme court decides Triangular cases », *TNI*, March 19, 2002.

⁴⁴² Traité de manière moins favorable.

Si nous reprenons les hypothèses dans lesquelles les taux d'imposition sont les suivants :

- Etat S 10 %
- Etat P 20 %
- Etat R 30 %

En l'absence d'établissement stable :

- Imposition dans l'Etat S : 10
- Imposition dans l'Etat P : 0
- Imposition dans l'Etat R : 20 ($100 \times 30 \% = 30 - 10$)

Soit un total d'imposition de 30.

En présence d'un établissement stable et d'une retenue à la source, en application du traité P/S :

- Imposition dans l'Etat S : 10
- Imposition dans l'Etat P : 10 ($100 \times 20 \% = 20 - 10$)
- Imposition dans l'Etat R : 20 ($100 \times 30 \% = 30 - 10$)

Soit un total de 30 (voire 40, si l'impôt perçu dans l'Etat S n'est pas imputable en tant que crédit indirect)⁴⁴³.

On notera, qu'à l'inverse de ce qui a été indiqué dans le cas d'un pays utilisant une méthode d'exonération, le seul moyen d'être en conformité avec le droit communautaire est d'accorder un crédit d'impôt dans l'Etat R. Le droit communautaire offre donc une protection améliorée par rapport au droit conventionnel.

b Les conséquences incertaines dans l'Etat de source

Une grande partie de la doctrine considère que l'Etat de source, si celui-ci est un Etat Membre, n'est pas obligé de prélever la retenue à la source prévue dans le traité S/P, à supposer que celle-ci soit inférieure à celle prévue dans l'Etat R/S, applicable selon l'OCDE. Cette conclusion serait fondée sur le fait que l'article 43 du traité n'impose une obligation que sur deux Etats, à savoir l'Etat dont l'investisseur est originaire (Etat R) et

l'Etat dans lequel l'activité est exercée (l'Etat P)⁴⁴⁴. Ce point de vue semble aussi issu des conclusions de l'avocat général dans l'affaire Saint-Gobain. Nous ne partageons pas totalement cette vision⁴⁴⁵⁴⁴⁶.

Tout d'abord, notons que l'obligation est ici tripartite, car chaque Etat a l'obligation de participer à la réalisation de l'objet du droit communautaire. Il est intellectuellement difficile de penser que les concepts de liberté en jeu puissent être interprétés de manière différente par deux Etats membres, sous prétexte que l'un est l'Etat de source et l'autre Etat de l'établissement auquel les revenus sont rattachables.

En outre, la liberté d'établissement n'est que la traduction de l'obligation de créer un marché uniforme qui s'impose de manière égale à tous les Etats. La cohérence d'un marché unique s'applique à toutes les parties, que ce soit dans l'Etat de source ou dans l'Etat d'implantation secondaire. C'est ce qui différencie cette approche multilatérale de celle des conventions bilatérales. La mise en place d'un marché uniforme implique au moins qu'Etat de source et Etat du bénéficiaire, situés tous deux dans l'Union européenne, puissent analyser la question d'une manière uniforme.

Si cette solution était confirmée, aucune double imposition ne saurait subsister, car l'Etat S devrait lui aussi traiter l'établissement comme un résident de l'Etat P et prélever la retenue à la source S/P⁴⁴⁷. On notera que cette solution aboutirait à faire naître une obligation conventionnelle (prélèvement dans l'Etat S de la retenue à la source en vertu de la convention S/P), alors que la convention elle-même ne le prévoit pas. Un moyen d'éviter cette discussion serait de modifier l'article 11 et 12 pour permettre à un établissement stable d'un Etat tiers de bénéficier du traité S/P.

⁴⁴³ Ce qui devrait partiellement être le cas *cf.* Van Raad (K), « The 1992 OECD Model treaty: triangular cases », IBFD, *European Taxation*, September 1993, p. 299.

⁴⁴⁴ Konstense (HE), « The Saint-Gobain Case and the application of tax treaties evolution or revolution », *EC Tax review*, n° 4, 2000, p. 222 et Van Raad (K), « The impact of EC fundamental freedoms provisions on EU Member States : taxation in border crossing situations – current state of affaires », *EC tax review*, n° 4 1995, p. 197. Oliver (JDB), « Entitlement of a permanent establishment to third state treaty benefits: Saint-Gobain », *British Tax Review*, n° 3 2000, p. 182.

⁴⁴⁵ Position comparable Aramini (F), « Triangular cases under OECD Model convention and the European Court of Justice Case Law ».

⁴⁴⁶ Jimenez (A), Prats (A), Carrero (J), « Triangular cases, tax treaties, and EC law : the Saint-Gobain décision of the ECJ », IBFD, *Bulletin*, n° 6, 2001, p. 246 qui considèrent comme nous que l'Etat de source peut lui aussi violer sans justification possible les règles communautaires.

⁴⁴⁷ Kemmeren (C. C. M.), Peteers (H. P.) « Avoidance of double taxation and its interaction with European triangular arrangements », *EC Tax Review*, January 2010, p. 4-18.

Le problème formel est que la décision *Saint-Gobain* ne traite pas de l'imposition dans l'Etat de source directement. Elle se limite au traitement de l'établissement dans l'Etat P qui correspond à la question posée dans cette affaire. Cela a conduit une partie de la doctrine à considérer que la décision ne règle pas cette question⁴⁴⁸. De nombreux auteurs considèrent de manière plus juste, selon nous, que même si la décision *Saint-Gobain* n'affecte pas la situation de l'Etat de source, elle devrait avoir un effet relatif sur ce dernier, en particulier si celui-ci est un Etat membre⁴⁴⁹. C'est aussi notre analyse⁴⁵⁰ et cela même si l'avocat général Mischo n'a pas répondu au problème au point 89 de ses conclusions⁴⁵¹.

Enfin, d'autres auteurs isolés⁴⁵² considèrent que l'Etat S n'a pas à traiter l'établissement comme résident, en application de l'article 43 du Traité qui n'impose une obligation que pour deux Etats, à savoir l'Etat de résidence (Etat R) et l'Etat dans lequel l'activité est exercée (Etat P). Selon ces derniers, l'article 56 du Traité ne peut être invoqué dans la mesure où la question est juste de savoir si l'Etat S peut différencier deux non-résidents et non un résident de cet Etat et un résident d'un autre Etat membre⁴⁵³. Cette approche purement littérale ne permet pas, à notre sens, d'atteindre les objectifs du droit communautaire⁴⁵⁴.

Bien entendu, la possibilité de forcer l'Etat S à appliquer le traité S/P est plus probable si celui-ci est membre de l'Union, même si la méthode d'élimination de la double imposition et - donc on pourrait penser - l'application du traité P/S, relève de la compétence des Etats P et S. Ce qui est important, en l'espèce, ce n'est pas l'élimination de la double imposition qui constitue uniquement un moyen, mais l'objectif de constituer un marché commun de libre circulation. La liberté des Etats de décider de la double imposition n'existe que si elle

⁴⁴⁸ Kostense (HE), « The Saint-Gobain case and the application of tax treaties Evolution or revolution », *EC tax review*, 2000-4, p. 222 et Romano et Offermanns, « Treaty benefit for permanent establishments: the Saint-Gobain case », *European Taxation*, IBFD, May 2000, p. 187.

⁴⁴⁹ Jimenez (A), Prats (A), Carrero (J), « Triangular cases, tax treaties and EC law: the Saint-Gobain decision of the ECJ », *IBFD*, June 2001, p. 248.

⁴⁵⁰ Proposition faite dans le rapport Ruding annexe, 6 p. 373.

⁴⁵¹ Opinion identique - Van Raad (K), « The impact of the EC treaty's fundamental provisions on EU members states taxation in border-crossing situations. Current state of affairs », *EC tax review*, n° 4 1995, p. 197.

⁴⁵² Kostense (HE), « The Saint-Gobain case and the application of tax treaties. Evolution or Revolution ? », *EC tax review*, n° 4 2000, p. 222.

⁴⁵³ Position partagée par Oliver, « Entitlement of permanent establishment to third state treaty benefit Saint-Gobain », *British tax review*, n° 3.

⁴⁵⁴ Position dans un sens similaire Jimenez (A), Prats (A), Carrero (J), « Triangular cases tax treaties and EC law the Saint-Gobain decision », *ECJ Bulletin*, n° 6, 2001 p. 248.

ne s'oppose pas au but communautaire, qui prévaut sur les conventions⁴⁵⁵. Il est certain que le support formel de la décision manque pour développer une conclusion indiscutable. Cette analyse reviendrait à créer une approche similaire à celle de la nation la plus favorisée pour l'Etat S, ce qui nous paraît convenir à la logique de la question posée.

Si cette solution n'était pas acceptée, on pourrait imaginer d'obliger l'Etat P à éliminer la double imposition, même si la retenue à la source supérieure est prélevée dans l'Etat S en application du traité S/R. Ce serait alors exiger que l'Etat P traite l'établissement de manière plus favorable que les filiales résidentes de cet Etat, ce qui n'est pas le principe, comme nous l'avons vu, reconnu par le droit communautaire (chaque Etat conserve une part de l'obligation). Encore une fois, ce n'est pas pour forcer l'Etat S à appliquer le traité P/S que le droit communautaire aurait un effet, mais pour forcer l'Etat S à permettre à l'Etat P d'éviter de favoriser un traitement moins favorable de l'établissement que le droit communautaire interdit⁴⁵⁶. La résidence de l'établissement au sens du traité P/S serait alors l'unique solution pour respecter les libertés fondamentales communautaires imposées aux Etats membres. L'effet serait alors trilatéral dans l'Etat de source (limitation de la retenue à la source par le traité P/S), dans l'Etat de l'établissement (élimination de la double imposition par crédit, par exemple, de cette même retenue à la source) et dans l'Etat du siège. Dans l'Etat du siège, cette solution aurait pour effet d'être contraire au Modèle de convention fiscale, dans son article 21(2)⁴⁵⁷.

Cette analyse, qui nous paraît celle permettant d'atteindre l'objectif imposé par les normes communautaires, présente toutefois une complexité non négligeable.

⁴⁵⁵ *Les relations entre droit communautaire et le droit fiscal. International*, Thèse de Doctorat mars 2008, Emmanuel Raingard de la Bletière. Non-publiée.

⁴⁵⁶ Un opinion similaire est développée dans Radler « Tax treaties and the internal market » Ruling report annexe 6 n° 373 et Van Raad (K), « The impact of the EC treaty fundamental freedoms provisions on EU member states' taxation in border crossing situations current state of affairs », *EC Tax Review*, 1995-4, p. 190-197

⁴⁵⁷ Situations triangulaires bilatérales. Les commentaires de l'article 21 couvrent aussi le cas où le bénéficiaire et le débiteur du revenu sont tous deux résidents d'un même Etat contractant et où le revenu se rattache à un établissement stable que le bénéficiaire du revenu a dans l'autre Etat contractant. Dans ce cas, un droit d'imposition est attribué à l'Etat contractant dans lequel est situé l'établissement stable. S'il y a double imposition, l'Etat de la résidence devra y remédier, conformément aux dispositions de l'article 23A ou 23B. Cependant, une difficulté peut se présenter pour l'imposition de dividendes ou d'intérêts dans l'Etat de la résidence, en tant qu'Etat de la source : le jeu combiné des articles 7 et 23A empêche cet Etat d'imposer ces revenus, alors que s'ils étaient payés à un résident de l'autre Etat, le premier Etat, étant l'Etat de la source des dividendes ou des intérêts, pourrait imposer ces dividendes ou intérêts aux taux prévus au paragraphe 2 des articles 10 et 11. Les Etats contractants qui ne trouveraient pas cette situation satisfaisante pourront inclure dans leurs conventions une disposition selon laquelle l'Etat de la résidence a le droit en tant qu'Etat de la source des dividendes et des intérêts, de prélever un impôt sur ces revenus aux taux prévus au paragraphe 2 des articles 10 et 11. L'Etat où est situé l'établissement stable accorderait une imputation semblable aux dispositions du paragraphe 2 de l'article 23A ou du paragraphe 1 de l'article 23B ; le bénéfice de cette imputation ne devrait pas, évidemment, être accordé dans les cas où, en vertu de sa législation interne, l'Etat où est situé l'établissement stable n'impose pas les dividendes ou intérêts rattachés à cet établissement.

Elle serait peut être applicable pour des motifs différents, même si l'Etat S n'est pas membre de l'Union. Dans ce cas, il conviendrait de forcer l'Etat P à éliminer toute double imposition liée à une retenue dans l'Etat S, puisque l'Etat P ne peut pas négocier de traités avec des Etats tiers qui, en réalité, limitent les libertés communautaires (en l'espèce le droit pour un établissement d'une société d'un Etat membre d'être traité comme les sociétés locales). Cette approche, à notre connaissance, non validée à ce jour, aboutit à faire peser une obligation sur l'Etat P plus importante si l'Etat de source n'est pas membre afin de s'assurer, dans ce cas, que le traitement est similaire, dans le cas où l'Etat S non-membre ne jouerait pas le jeu. Elle n'oblige pas l'Etat S non-membre à appliquer un traitement fondé sur une liberté communautaire. Elle considère que l'Etat P doit éliminer la double imposition, même si l'Etat de source est non-communautaire. Elle serait la conséquence du fait que la liberté est une liberté d'établissement appliquée au profit d'un résident de l'Etat R. Il convient de noter qu'elle ne permet pas de reconnaissance du côté de S du statut de résident de l'établissement stable.

En conclusion, il convient de remarquer que la question de savoir qui de l'Etat S et/ou de l'Etat R doit faire respecter en premier les libertés fondamentales n'est pas simple et appelle quelques commentaires :

- Nous avons exprimé ci-avant que la logique de lecture miroir du traité P/S pencherait vers une obligation pour l'Etat S de prélever la retenue à la source P/S et donc de lui faire respecter les libertés fondamentales.
- L'Etat R, de son côté, devrait garantir au résident de R une implantation neutre dans l'Etat P sous forme d'établissement stable plutôt que d'une filiale. C'est lui qui devrait alors éliminer les effets induits de cette implantation dans l'Etat R constitués par l'impossibilité éventuelle d'éliminer la double imposition liée au prélèvement dans l'Etat S d'une retenue à la source conformément au traité R/S et supérieure à celle du traité S/P qui, par définition, devrait être imputée dans l'Etat P conformément à la décision de la Cour. Dans cette hypothèse, le crédit applicable nous semblerait plafonné à celui de l'impôt effectivement payé dans l'Etat S, en application du traité R/S si celle-ci est supérieure à celle prévue par le traité S/P.

- Une difficulté subsiste lorsque les Etats sont membres de l'Union européenne, mais ne sont pas liés par une convention fiscale. Dans cette hypothèse, rare en pratique, l'application du principe de non-discrimination communautaire serait conditionnée par l'élimination ou non d'une double imposition dans l'Etat R, elle-même conditionnée par l'absence de traité entre l'Etat S et l'Etat R.

En un mot, la liberté à garantir est celle pour le résident de R de s'implanter sans contrainte/discrimination dans l'Etat P. Cette obligation revient, dans l'ordre et à supposer qu'ils soient membres de l'Union Européenne, à l'Etat P puis, l'Etat S puis, enfin, de manière résiduelle à l'Etat R.

Section 2. Les situations triangulaires inversées

L'élimination de la double imposition par l'Etat de localisation du bénéficiaire dans le cadre de situations triangulaires inversées n'a pas été traitée de manière extensive par la doctrine. Il nous semble que ce sujet est essentiel, en particulier pour les Etats dont le droit interne ne permet pas l'élimination des doubles impositions⁴⁵⁸. Il ressort d'une revue du dispositif, que l'Etat R devrait être celui qui autorise une double élimination de la double imposition (I)⁴⁵⁹. Nous analyserons également si une solution multilatérale propose des améliorations au système (II).

I. La double élimination

Comme nous l'avons analysé dans le cadre de nos développements précédents, la question de la double source, et de la double imposition liée à cette double source, est une incertitude inhérente aux situations triangulaires inversées qui oblige corrélativement à accorder une double élimination de l'imposition contrairement à ce propose l'OCDE (A). Cependant, à supposer l'élimination possible, le mécanisme

⁴⁵⁸ Gurmeroli (M), « Triangular cases and the interest and Royalties Directive: untying the Gordian knot? Part I », IBFD, *European Taxation*, January 2005, p. 6. Pour plus d'analyse on se reportera à Avery Jones (JF), « Tax treaty problems relating to source », IBFD, *European Taxation*, March 1998, p. 81.

⁴⁵⁹ L'élimination de l'imposition à la double source paraissant incertaine Cf. Nos développements précédents.

d'élimination des multi-impositions constitue, en lui-même, une difficulté importante (B).

A. *Les principes contradictoires applicables*

Même si la nécessité d'une double élimination de l'imposition semble logique en raison de la double imposition potentiellement subie à la source, son application pratique présente des difficultés importantes issues de la rédaction inadaptée de l'article 23 du Modèle de convention fiscale (1). L'application éventuelle de l'article 21 ne permet pas de résoudre totalement la difficulté (2).

1. *L'application de l'article 23 du Modèle de convention fiscale*

Comme nous l'avons analysé plus avant, dans le cas d'une situation triangulaire inversée, la question se pose d'une éventuelle double source des revenus passifs, à savoir, source dans l'Etat de résidence (Etat R) puisque l'entité qui verse les revenus est juridiquement et d'un point de vue fiscal une entité localisée dans cet Etat, mais aussi de source de l'Etat dans lequel est localisé l'établissement stable (Etat P), les versements étant sourcés également dans ce dernier.

Ainsi, le bénéficiaire localisé dans l'Etat B devrait pouvoir éliminer la double imposition en application du traité B/P, mais aussi du traité B/R.

En principe, le traité B/R ne devrait pas poser de difficulté significative, car il est conclu entre deux Etats dont les parties sont résidentes⁴⁶⁰. C'est la solution proposée par l'OCDE. Cette solution n'est pas affectée par le fait que les revenus proviennent d'une autre source (l'Etat P) dans lequel l'établissement est localisé. La première élimination relève donc d'une relation bilatérale maîtrisée.

⁴⁶⁰ Gurmeroli (M), « Triangular cases and the interest and Royalties Directive: untying the Gordian knot? Part 1 », IBFD, *European Taxation*, January 2005, p. 6. Avery Jones (JF), « Tax treaty problems relating to source », IBFD, *European Taxation*, March 1998, p. 81.

En théorie, cependant, l'Etat du bénéficiaire dispose de deux traités qui déterminent la source des revenus et corrélativement la possibilité d'éliminer la double imposition.

Cette élimination pourrait dès lors être effectuée en application des articles 23A(2) et 23B des traités B/R ou P/B. Pour analyser cette possibilité, il est fondamental de prendre en considération que l'article élimination des doubles impositions du Modèle de convention ne prend pas en compte la source, mais uniquement le lieu d'imposition.

Les revenus, s'ils sont imposables dans l'Etat de source, qu'ils soient effectivement de source locale ou non (ainsi par exemple rattachés à un établissement étranger), peuvent, en théorie, bénéficier de l'élimination de la double imposition.

L'article 23A(1) et (2) du Modèle de convention fiscale précise en effet :

« 1. Lorsqu'un résident d'un Etat contractant reçoit des revenus ou possède de la fortune qui, conformément aux dispositions de la présente Convention, sont imposables dans l'autre Etat contractant, le premier Etat exempté de l'impôt ces revenus ou cette fortune, sous réserve des dispositions des paragraphes 2 et 3.

2. Lorsqu'un résident d'un Etat contractant reçoit des éléments de revenu qui, conformément aux dispositions des articles 10 et 11, sont imposables dans l'autre Etat contractant, le premier Etat accorde, sur l'impôt qu'il perçoit sur les revenus de ce résident, une déduction d'un montant égal à l'impôt payé dans cet autre Etat (...). »

Le bénéfice de l'élimination est donc conditionné par deux éléments : être imposable dans l'autre Etat en application du traité, et avoir donné lieu au paiement d'un impôt dans l'autre Etat. On notera que l'article ne vise pas l'article 12 du traité, ce qui pourrait paraître surprenant, mais se trouve expliqué par le fait que le Modèle de convention fiscale propose une exonération de retenue à la source pour les redevances. Il conviendrait à notre avis de permettre d'inclure cette imputation en

particulier pour tenter de résoudre la question lorsque l'Etat P applique son droit interne⁴⁶¹.

La première condition est uniquement que l'imposition soit prélevée « *conformément aux dispositions du traité* ». La seconde condition d'un paiement effectif de l'impôt dans l'Etat de source des revenus est présumée remplie, car nous ne sommes pas confronté à un crédit d'impôt fictif.

Nous considérons que, dans le cas d'une situation triangulaire inversée, l'imposition dans l'Etat P ou l'Etat B est faite en application de l'article 11 des traités P/R et B/R respectivement et que la condition requise est donc remplie. La double imposition doit donc être éliminée en application du 2 de l'article 23A.

Si cette imposition était prélevée en application du droit interne de l'Etat P, car celui-ci considère qu'aucun traité n'est applicable, alors ce dispositif ne permettrait pas d'éliminer la double imposition, l'imposition primaire n'ayant pas été prélevée « *conformément aux dispositions* » de l'article 11, mais en application du droit de l'Etat P. On peut donc constater que l'élimination de la double imposition résultant de l'application du droit interne de P n'est pas résolue.

La rédaction de ce dispositif n'a pas varié substantiellement depuis le Modèle de convention fiscale de 1977.

L'autre dispositif possible pour régler la question est celui de l'article 23B, qui précise :

« 1. Lorsqu'un résident d'un Etat contractant reçoit des revenus ou possède de la fortune qui, conformément aux dispositions de la présente Convention, sont imposables dans l'autre Etat contractant, le premier Etat accorde:

a) sur l'impôt qu'il perçoit sur les revenus de ce résident, une déduction d'un montant égal à l'impôt sur le revenu payé dans cet autre Etat;

⁴⁶¹ Sur ce point l'article 23 du Modèle de convention ONU permet l'imputation pour les redevances.

b) sur l'impôt qu'il perçoit sur la fortune de ce résident, une déduction d'un montant égal à l'impôt sur la fortune payé dans cet autre Etat. Dans l'un ou l'autre cas, cette déduction ne peut toutefois excéder la fraction de l'impôt sur le revenu ou de l'impôt sur la fortune, calculé avant déduction, correspondant selon le cas aux revenus ou à la fortune imposables dans cet autre Etat. »

Ce dispositif aboutit, à notre avis, à une conclusion similaire à celle de l'article 23A(2) ci-avant.

2. *L'application possible d'autres dispositifs*

La question incidente qui se pose est de savoir si l'article 21 et/ou éventuellement l'article 7 du Modèle de convention fiscale peuvent impacter l'analyse ci-dessus et l'application éventuelle de la double exonération.

L'article 21 précise :

« 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 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. »

Cet article interdirait plutôt toute élimination de la double imposition, donnant à l'Etat de situation de l'établissement stable le droit d'imposer. En réalité, l'article 21 du traité B/R et celui du traité P/B ne nous semblent pas avoir d'effet, dès lors que le bénéficiaire ne dispose pas lui-même dans l'autre Etat d'un établissement stable. Pour

le traité B/R comme le traité P/B, l'établissement stable est celui d'un autre résident et non celui du bénéficiaire, interdisant ainsi l'application de l'article 21(2).

En tout état de cause, l'article 21(1) n'est applicable que lorsque l'article 11 n'est pas lui-même applicable, puisque ce serait alors un flux « *traité dans les articles précédents de la présente convention* »⁴⁶². La question de savoir ce que le terme « applicable » signifie n'est pas non plus résolue.

Nous considérons que l'article n'est pas pertinent, lorsque l'article 11 exonère d'imposition à la source. De même, la solution est aussi incertaine lorsque l'article 11 accorde le droit d'imposer à un Etat tiers, autre que celui prévu par l'article 11(1), c'est-à-dire celui du bénéficiaire. Dans ce cas en effet, l'article 11 « traite », certes, du revenu mais c'est pour lui donner une source dans un Etat tiers et donc l'exclure de l'influence du-dit traité. Dans cette hypothèse, aucune élimination de la double imposition ne serait, à notre avis, accordée, l'article 21 donnant le droit au bénéficiaire d'imposer en totalité. D'une manière générale, l'article 23 offre une solution plus protectrice que l'article 21.

B. L'élimination unique ou cumulative de la double imposition

En plus de la complexité des mécanisme en jeu, l'OCDE n'a pas démontré une volonté sérieuse d'éliminer plusieurs fois la double imposition (1). Nous considérons toutefois qu'une lecture constructive des articles 23 du Modèle de convention fiscale, offre une perspective intéressante (2).

1. Le refus de la double élimination par l'OCDE

La question posée est aussi celle de déterminer si l'application des traités permet une imputation totale du crédit d'impôt. Il existe, en effet, un risque que l'Etat B n'accepte pas une imputation totale pour les impôts payés dans l'Etat P et dans l'Etat R. L'OCDE considère qu'un seul crédit doit être accordé. Les commentaires du

⁴⁶² En l'espèce l'article 11. On peut s'interroger, si le fait que dans certains cas l'article 11 interdise ou permette l'imposition dans l'Etat de source n'est pas un indicateur que le revenu n'est pas traité dans la convention au sens de l'article 21.

Modèle de convention fiscale prévoient que les Etats doivent se concerter pour régler la difficulté. Cette question est liée à l'approche du Modèle de convention qui conserve à l'Etat R le droit d'imposer en qualité de résident, puisque l'établissement est localisé dans un Etat tiers, donnant ainsi le droit d'éliminer l'imposition à l'Etat B en application du traité B/R:

« Le paragraphe 5 n'apporte pas de solution à l'hypothèse, qu'il laisse en dehors de ses prévisions, où le bénéficiaire et le débiteur sont bien des résidents des Etats contractants, mais où les sommes empruntées l'ont été pour les besoins d'un établissement stable du débiteur situé dans un Etat tiers et qui supporte la charge des intérêts. En l'état actuel du paragraphe 5, seule la première phrase de ce paragraphe trouvera donc à s'appliquer en pareille hypothèse. Les intérêts seront censés provenir de l'Etat contractant dont le débiteur est un résident et non de l'Etat tiers sur le territoire duquel est situé l'établissement stable pour le compte duquel l'emprunt a été contracté et qui doit payer les intérêts. »⁴⁶³

Cette interprétation est en conflit avec notre lecture du dispositif et nous considérons qu'elle doit être plus constructive. Dès lors, selon l'OCDE, subsiste une possible double imposition puisque *« (...) les intérêts seront imposés à la fois dans l'Etat contractant dont le débiteur est un résident et dans l'Etat contractant où réside le bénéficiaire. Mais si la double imposition pourra être supprimée entre ces deux Etats suivant les modalités prévues à l'article, elle ne sera pas éliminée entre eux et l'Etat tiers, si ce dernier Etat impose à la source les intérêts de l'emprunt, lorsque le paiement est à la charge de l'établissement stable situé sur son territoire. »⁴⁶⁴*

Contrairement à notre analyse, l'OCDE considère que le traité R/B ne permet d'éliminer, que le montant de l'imposition prélevée en application de l'article 11(1) du traité B/R. Si l'Etat R exonère de retenue à la source lesdits intérêts, la double imposition n'est pas éliminée en application du traité P/R. Corrélativement, si l'Etat P ne prélève pas de retenue à la source, en application de son droit interne, alors la double imposition est totalement éliminée dans l'Etat R, en application du traité R/B.

⁴⁶³ Com. 28 sous l'article 11 du Modèle de convention fiscale.

Le Modèle ne traite, en tout état de cause, pas notre cas⁴⁶⁵ et confirme que, selon l'OCDE, « *l'Etat contractant où résiderait le débiteur n'est donc pas tenu de renoncer à son imposition à la source au profit de l'Etat tiers où serait situé l'établissement stable pour le compte duquel l'emprunt aurait été contracté et qui supporterait la charge des intérêts.* »

Cette approche est influencée par un risque présumé d'évasion fiscale, car l'Organisation considère que « *si ce n'était pas le cas et si l'Etat tiers ne soumettait pas les intérêts à la charge de l'établissement stable à la retenue à la source, il serait possible d'essayer de se soustraire à l'imposition à la source dans l'Etat contractant par l'utilisation d'un établissement stable situé dans cet Etat tiers.* »⁴⁶⁶

Ici encore, il n'est pas proposé de solution du point de vue de l'élimination totale de la double imposition. Il est envisagé soit une convention multilatérale, soit un recours à la procédure amiable, marquant ainsi l'échec sur ce sujet. Il est renvoyé au paragraphe 3 de l'article 25 qui précise :

« Les autorités compétentes des Etats contractants s'efforcent, par voie d'accord amiable, de résoudre les difficultés ou de dissiper les doutes auxquels peuvent donner lieu l'interprétation ou l'application de la Convention. Elles peuvent aussi se concerter en vue d'éliminer la double imposition dans les cas non prévus par la Convention. »

2. L'élimination effective d'une partie de la double imposition

Notre analyse diverge sur ce point, puisque nous considérons que les articles 23(1) A ou 23B permettent une double élimination de l'imposition. Bien entendu, cette double élimination ne peut excéder le montant autorisé par la convention dans l'Etat B. Ainsi, si l'imputation dans l'Etat B, en application du traité B/R, est plafonnée à un

⁴⁶⁴ Com. 28 sous l'article 11 du Modèle de convention fiscale.

⁴⁶⁵ Com. 29 sous l'article 11 du Modèle de convention fiscale.

⁴⁶⁶ Com. 29 sous l'article 11 du Modèle de convention fiscale.

montant inférieur aux deux impositions prélevées dans l'Etat R et l'Etat P, alors une double imposition subsiste.

La double imposition éliminée est de toute manière limitée à celle prévue par l'article 23, qui autorise une imputation au mieux sur une base nette⁴⁶⁷. La question est aussi non résolue en cas de pertes⁴⁶⁸.

Par exemple, si une retenue à la source de 20 % est prélevée dans chaque Etat et que la situation nette des intérêts dans l'Etat B ne permet qu'une imposition de 15 % du montant brut reçu, une double imposition subsiste. De même, dans le cas où la société établie dans l'Etat B serait refinancée, il est possible que la base d'imposition soit très inférieure aux retenues à la source, effectivement prélevées dans l'Etat P et l'Etat R respectifs. Dans une telle situation, une double imposition subsiste, renvoyant au droit interne la possibilité d'imputer, reporter en avant ou déduire l'excédent.

II. L'analyse de solutions alternatives possibles

Il peut être tenté de résoudre la difficulté en jeu au moyen de clauses conventionnelles spécifiques (A). L'exemple français est relativement représentatif à cet égard (B).

A. Les solutions conventionnelles spécifiques

En pratique, certains Etats conservent dans la rédaction de l'article relatif à l'élimination des doubles impositions une référence à la source des revenus, afin d'éviter une double imputation de retenues à la source, qui auraient été prélevées dans deux Etats dont l'un n'est même pas un Etat contractant au sens du traité B/R, même s'il l'est au sens du traité B/P⁴⁶⁹.

⁴⁶⁷ Com. 63 sous l'article 23 du Modèle de convention fiscale.

⁴⁶⁸ Com. 44 et 65 sous l'article 23 du Modèle de convention fiscale.

⁴⁶⁹ A priori, ce n'est pas le cas de la Suisse et des Pays-Bas.

On peut s'interroger sur le principe même de conserver une telle référence, alors que le Modèle de convention fiscale permet, comme nous l'avons analysé, dans certaines limites, une double élimination des impôts payés dans des Etats.

Une circonstance où cela conserverait un sens serait celle dans laquelle un dispositif de droit interne prévoit lui-même des règles de source, qui pourraient être importantes pour la détermination du droit à crédit dans l'Etat B et qui pourraient être différentes de celles prévues par un traité. On peut en effet imaginer qu'un Etat ne souhaite pas créer de règles de source plus favorables, en application d'un traité.

On peut ainsi imaginer qu'un Etat souhaite traiter un revenu partiellement de source locale et partiellement de source étrangère, et ainsi limiter le droit d'imputation sur la partie de source interne, alors qu'en application d'un traité les revenus seraient traités totalement comme source étrangère et par conséquent créditable dans l'Etat B⁴⁷⁰. Certains Etats ont toutefois spécifiquement indiqué que le dispositif conventionnel devait s'appliquer au détriment des règles de source interne⁴⁷¹. On ne peut justifier une règle différente que pour des raisons budgétaires.

B. La politique conventionnelle française

En France, l'élimination de la double imposition est généralement accordée en référence à l'impôt versé localement, mais prend en compte la provenance desdits revenus sans que cet effet soit toujours important.

Par exemple, le traité entre la France et la Norvège prévoit⁴⁷² :

« 1. En ce qui concerne la France, les doubles impositions sont éliminées de la manière suivante:

a. Les revenus qui proviennent de Norvège, et qui sont imposables ou ne sont imposables que dans cet Etat conformément aux dispositions de la présente Convention, sont pris en compte pour le calcul de l'impôt

⁴⁷⁰ *Yates vs CGA international* 1991 STC 157 <http://www.hmrc.gov.uk/manuals/intmanual/intm163030.htm>

⁴⁷¹ Exemple des Etats-Unis depuis les années 80.

français lorsque leur bénéficiaire est un résident de France et qu'ils ne sont pas exemptés de l'impôt sur les sociétés en application de la législation interne française. Dans ce cas, l'impôt norvégien n'est pas déductible de ces revenus, mais le bénéficiaire a droit, sous réserve des conditions et limites prévues aux i et ii, à un crédit d'impôt imputable sur l'impôt français. Ce crédit d'impôt est égal :

i) Pour les revenus non mentionnés au ii, au montant de l'impôt français correspondant à ces revenus à condition que le bénéficiaire soit soumis à l'impôt norvégien à raison de ces revenus ;

ii) Pour les revenus visés à l'article 10, aux paragraphes 1 et 3 de l'article 13, à l'article 14, au paragraphe 3 de l'article 15, à l'article 16, aux paragraphes 1 et 2 de l'article 17 et au paragraphe 5 de l'article 1er du Protocole, au montant de l'impôt payé en Norvège, conformément aux dispositions de ces articles ; toutefois, ce crédit d'impôt ne peut excéder le montant de l'impôt français correspondant à ces revenus. »

Ainsi, pour le revenu d'intérêt, par exemple, le crédit d'impôt est égal à l'impôt français à condition que ce revenu soit soumis à l'impôt en Norvège. A priori, la rédaction n'exige pas que la source des intérêts soit effectivement en Norvège ou que ces revenus soient imposés localement en raison de cette source. L'imputation serait cependant limitée par les règles de buttoir. De même, lorsque le pays du bénéficiaire limite le droit d'imputer pays par pays, la notion de source indifférente pour le droit à imputer, née de la convention fiscale pourrait être importante pour déterminer le droit effectif. C'est le cas de la France.

D'autres traités, au contraire, ne font aucune référence à la source, mais uniquement au lieu d'imposition. C'est le cas de la convention avec l'Argentine qui ne prend pas en compte la provenance des revenus, mais seulement leur imposition effective dans l'Etat de source où il est indiqué :

⁴⁷² Rédaction souvent utilisée. Cf. Par exemple convention avec les USA, article 24, l'Italie, article 24, le Japon, article 23, la Suède article 24 etc.

« Art. 24. (modifié par l'avenant du 15 août 2001). 1. En ce qui concerne la France, les doubles impositions sont éliminées de la manière suivante:

a. Nonobstant toute autre disposition de la présente Convention, les revenus qui sont imposables ou ne sont imposables qu'en Argentine conformément aux dispositions de la Convention sont pris en compte pour le calcul de l'impôt français lorsqu'ils ne sont pas exemptés de l'impôt sur les sociétés en application de la législation interne française. Dans ce cas, l'impôt argentin n'est pas déductible de ces revenus, mais le résident de France a droit, sous réserve des conditions et limites prévues aux i et ii, à un crédit d'impôt imputable sur l'impôt français. Ce crédit d'impôt est égal:

i) Pour les revenus non mentionnés au ii, au montant de l'impôt français correspondant à ces revenus, à condition que le bénéficiaire résident de France soit soumis à l'impôt argentin à raison de ces revenus;

ii) Pour les revenus soumis à l'impôt sur les sociétés visés à l'article 7 et au paragraphe 2 de l'article 13 et pour les revenus visés aux articles 10, 11 et 12, au paragraphe 1 de l'article 13, au paragraphe 3 de l'article 15, à l'article 16 et aux paragraphes 1 et 2 de l'article 17, au montant de l'impôt payé en Argentine conformément aux dispositions de ces articles ; toutefois, ce crédit d'impôt ne peut excéder le montant de l'impôt français correspondant à ces revenus. »

Ici encore, la notion de source ne présente qu'une importance secondaire, le lieu de règlement de l'impôt étant primordial. L'impôt payé localement est imputable dans les limites de l'impôt français. On peut interpréter ce dispositif comme limitant l'imputation selon les règles de calcul de l'impôt français y compris les règles de source, celles-ci ne s'effaçant pas devant les règles de source ou équivalentes issues de la convention fiscale.

La convention avec le Royaume-Uni ne propose, elle aussi, aucune référence à la source des revenus et précise, en ce qui concerne l'élimination de la double

imposition, que les revenus doivent être imposés localement en application de l'article 11, sans préciser la source⁴⁷³⁴⁷⁴.

Conclusion du chapitre 1

L'OCDE accorde une importance essentielle au rôle de l'établissement stable au sein des situations triangulaires. C'est ainsi, à l'Etat de situation de l'établissement stable que le rôle d'éliminer les doubles impositions est confié. Dès lors que, les impositions à la source, même multiples, sont acceptées par l'Organisation, ce rôle est tout à fait fondamental.

Cette approche est renforcée par le fait que l'Organisation présume que le régime d'imposition dans l'Etat de résidence ne présente pas de difficulté et n'a pas de rôle à jouer. En effet, selon elle, l'Etat R élimine la double imposition, soit par application d'un régime de crédit d'impôt avec l'Etat P, soit par ce qu'il applique une méthode d'exemption en application du traité P/R⁴⁷⁵, aboutissant, selon l'Organisation, à une non-imposition de fait.

Mais l'OCDE n'accorde une élimination de la double imposition que par « ricochet ». Elle n'accorde, en effet, pas dans l'Etat P une élimination en application de la relation

⁴⁷³ Rédaction utilisée à de nombreuses reprises. Cf. La Hongrie, les Pays-Bas, par exemple.

⁴⁷⁴ 3. *En ce qui concerne la France, les doubles impositions sont éliminées de la manière suivante:*

a) nonobstant toute autre disposition de la présente Convention, les revenus qui sont imposables ou ne sont imposables qu'au Royaume-Uni conformément aux dispositions de la présente Convention sont pris en compte pour le calcul de l'impôt français lorsqu'ils ne sont pas exemptés de l'impôt sur les sociétés en application de la législation interne française. Dans ce cas, l'impôt du Royaume-Uni n'est pas déductible de ces revenus, mais le résident de France a droit, sous réserve des conditions et limites prévues aux alinéas (i) et (ii) et au paragraphe 4, à un crédit d'impôt imputable sur l'impôt français. Ce crédit d'impôt est égal:

(i) pour les revenus non mentionnés à l'alinéa (ii), au montant de l'impôt français correspondant à ces revenus à condition que le résident de France soit soumis à l'impôt du Royaume-Uni à raison de ces revenus;

(ii) pour les revenus soumis à l'impôt sur les sociétés visés à l'article 7 et au paragraphe 3 de l'article 14 et pour les revenus visés à l'article 11, aux paragraphes 1, 2 et 6 de l'article 14, au paragraphe 3 de l'article 15, à l'article 16, aux paragraphes 1 et 2 de l'article 17 et au paragraphe 3 de l'article 23, au montant de l'impôt payé au Royaume-Uni conformément aux dispositions de ces articles ; toutefois, ce crédit d'impôt ne peut excéder le montant de l'impôt français correspondant à ces revenus;

b) pour l'application de l'alinéa a) du présent paragraphe, l'expression « montant de l'impôt français correspondant à ces revenus » désigne:

(i) lorsque l'impôt dû à raison de ces revenus est calculé par application d'un taux proportionnel, le produit du montant des revenus nets considérés par le taux qui leur est effectivement appliqué;

(ii) lorsque l'impôt dû à raison de ces revenus est calculé par application d'un barème progressif, le produit du montant des revenus nets considérés par le taux résultant du rapport entre l'impôt effectivement dû à raison du revenu net global imposable selon la législation française et le montant de ce revenu net global.

c) pour l'application de l'alinéa a) du présent paragraphe, l'expression « montant de l'impôt payé au Royaume-Uni » désigne le montant de l'impôt du Royaume-Uni effectivement supporté à titre définitif à raison des revenus considérés, conformément aux dispositions de la présente Convention.(...) ».

⁴⁷⁵ L'application d'un régime d'exemption en application d'un droit interne étant rare à l'exception notable du régime français.

Etat de source Etat de situation de l'établissement stable, mais en application du principe de non-discrimination contenu dans le traité R/P, qui oblige l'Etat P à traiter l'établissement stable de manière aussi favorable qu'une société résidente dans cet Etat. On a donc une fiction de résidence de l'établissement stable uniquement du point de vue de l'Etat P, l'Etat S, continuant à appliquer le traité S/R. L'article de non-discrimination, contenu dans le Modèle de convention devient un article triangulaire, prenant en compte la situation d'un Etat tiers au traité. C'est une avancée, certes insuffisante en comparaison avec l'analyse du régime fiscal applicable dans les Etats de source.

La difficulté est que cette fiction n'affecte pas les autres Etats et qu'elle n'est, en réalité, qu'un succédané d'un réel principe d'élimination de la double imposition qui voudrait que l'imposition dans l'Etat S soit éliminée corrélativement dans l'Etat P⁴⁷⁶. L'efficacité de ce principe est limitée, parce ce qu'elle ne fait pas naître d'obligation envers l'Etat de source et ne permet donc pas une élimination totale de la double imposition, en particulier lorsque la retenue à la source prévue par le traité R/S est supérieure à celle prévue par le traité S/P. Elle ne permet pas non plus au sein de l'article 23 du Modèle de s'assurer que la totalité de la double imposition soit systématiquement éliminée.

L'Organisation est restée, en outre, insensible à l'évolution proposée au sein de l'Union européenne, qui propose un critère de liberté d'établissement plus efficace que celui de non-discrimination et probablement plus adapté en imposant, selon nous, à l'Etat de source de respecter la neutralité de choix entre une filiale ou un établissement stable. En tout état de cause, le seul moyen d'éviter cette double imposition serait, à notre avis, l'application du traité S/P, que nous recommandons mais que l'OCDE et la majorité de la doctrine refusent.

⁴⁷⁶ Ou que l'imposition éventuelle dans l'Etat P soit éliminée dans l'Etat B dans le cas de situations triangulaire inversées.

Chapitre 2. Les situations triangulaires dérivées

Comme nous l'avons indiqué plus avant, les situations triangulaires dérivées peuvent être de deux formes : soit poly-angulaire, combinant ainsi plus de trois relations nécessitant une élimination de la double imposition (Section 1), soit issues de la multiplicité des établissements stables d'une même société (Section 2). Ces deux formes nécessitent bien entendu une élimination de la double imposition, compte tenu des doubles impositions créées par l'application inadaptée des traités dans les Etats de source⁴⁷⁷.

Section 1. Situations poly-angulaires

Comme nous l'avons analysé plus avant, ces situations poly-angulaires sont des situations triangulaires primaires, dont l'un des éléments essentiels a évolué ou des situations issues de la combinaison de telles situations. Celles-ci peuvent être bilatérales (I) ou multilatérales (II), selon que deux Etats ou plus sont en cause. L'étude du régime d'élimination des éventuelles doubles impositions applicables requiert de combiner les analyses précédentes.

I. Les situations poly-angulaires bilatérales

Comme pour l'application des traités, nous distinguerons les situations originelles inversées (A), des situations hybrides (B).

A. Les situations originelles inversées

Reprenant la distinction établie dans la partie précédent de nos travaux en matière d'imposition à la source, nous analyserons les situations avec confusion de Etat de source (1), puis celles avec confusion de l'Etat du bénéficiaire (2).

⁴⁷⁷ Cf. Notre analyse dans la Section 1 du présent titre.

1. *Les situations avec confusion entre Etats de source*

a *La confusion entre l'Etat S et l'Etat R*

Dans cette hypothèse, L'Etat P n'est pas obligé de garantir une élimination de la double imposition sur les revenus de source S/R dès lors qu'il peut être considéré que le revenu n'est pas imposable dans l'Etat S/R en application d'un traité⁴⁷⁸. En effet, dans le cas visé, le revenu n'étant pas couvert par le traité S/R/P, et celui-ci étant imposable exclusivement au niveau de l'établissement stable, aucune élimination ne doit être accordée, laissant une imposition à la source non éliminée, si celle-ci est effectivement prélevée.

De son côté, l'Etat R peut imposer le revenu de source interne, mais doit uniquement accorder une élimination de la double imposition de l'établissement en application du traité S/P/R. La question devient assez étrange lorsque la méthode d'élimination de la double imposition est l'exonération. Dans ce cas, en effet, l'on pourrait imaginer que l'Etat S/R ne puisse pas imposer le revenu en application de la méthode d'exemption, celui-ci étant attribué à l'établissement étranger, alors même que le revenu est de source interne de l'Etat S/R et qu'il aurait pu être imposé sous la forme de retenue à la source pour des intérêts, s'ils avaient été versés à un non-résident, par exemple.

On notera l'exemple spécifique du traité France/Italie pour lequel l'article 25(2)-b prévoit que :

« b. Lorsqu'un établissement stable situé dans un Etat reçoit des dividendes, intérêts ou redevances provenant de l'autre Etat et correspondant à des biens ou droits effectivement rattachables à ses activités, ces revenus sont imposables dans l'Etat de la source conformément aux dispositions respectives des articles 10, paragraphe 2-b), 11, paragraphe 2, et 12, paragraphe 2. L'Etat où est situé l'établissement stable élimine la double imposition dans les conditions prévues à l'article 24, paragraphe 2 ou paragraphe 1-a), abstraction faite

⁴⁷⁸ Les conditions de l'article 23 du Modèle de convention fiscale ne sont pas réunies.

du dernier alinéa. Cette disposition est applicable quel que soit le lieu du siège de l'entreprise dont dépend l'établissement stable. »

Il nous semble que la dernière phrase permet à l'Etat R, en qualité d'Etat de source, d'imposer le revenu dans la limite de l'article 11 du traité pour les intérêts, par exemple, et d'accorder une élimination de la double imposition dans la mesure où le lieu du siège est indifférent y compris, à notre avis, si celui-ci est le même que l'Etat de source. Dans cette situation, une élimination de la double imposition serait accordée dans l'Etat ES ainsi que du côté de l'Etat du siège où l'imposition de l'établissement stable serait exonérée par la méthode de l'exemption. On est ici dans une situation acceptable⁴⁷⁹. La solution italienne offre donc une opportunité.

b La confusion entre l'Etat S et l'Etat P

Dans cette hypothèse, le revenu est versé par un résident de l'Etat P à un résident de l'Etat R, même si ce dernier dispose d'un établissement bénéficiaire des paiements dans l'Etat P. Dans ce cas, l'article 11(4) du traité accorde à l'Etat de localisation de l'établissement le droit d'imposer, laissant le revenu soumis à un régime identique aux autres revenus de l'établissement et imposable en totalité au niveau de celui-ci. La double imposition éventuelle est celle entre l'établissement et l'Etat du siège, cette dernière étant éliminée en application du traité S/P/R, de manière traditionnelle dans une situation bilatérale.

2. Les situations avec confusion entre Etats du bénéficiaire

a La confusion entre l'Etat B et l'Etat R

La situation est incertaine. Sur le plan des principes, l'article 11(5) du traité P/BR prévoit la source des versements dans l'Etat P, celui-ci donnant implicitement à l'Etat B/R le droit d'imposer et la possibilité d'accorder un crédit pour l'impôt versé dans l'Etat P. Cette analyse est fondée sur le fait que l'article 11(1) ne distingue pas la

⁴⁷⁹ Analyse partagée Gusmeoli (M), « Triangular cases and the interest and royalty directive: untying the Gordian knot ? », IBFD, *European Taxation*, January 2005, p. 8.

résidence du payeur, mais uniquement la source de l'intérêt, d'une part, et la résidence du bénéficiaire, d'autre part, accordant un caractère transfrontalier à ce flux pour les besoins de l'application du traité. L'élimination de la double imposition est soumise aux mêmes contraintes que pour les situations triangulaires inversées étudiées ci-avant ; la présence dans le même Etat des deux parties ne modifiant pas cette approche, puisqu'il n'y a pas de conflit entre deux traités. Un crédit d'impôt devrait être accordé dans l'Etat B/R avec un risque de double imposition plus réduit que pour les cas de situations triangulaires bilatérales inversées, dès lors que dans le cas, ici l'Etat de résidence, étant aussi celui du payeur, il aura une tendance assez faible à imposer une retenue à la source, le flux étant non transfrontalier de son point de vue.

b La confusion entre l'Etat B et l'Etat P

Dans cette situation, la difficulté provient du fait que l'article 11 du traité BP/R n'est pas applicable, dès lors que le payeur et le bénéficiaire sont localisés dans le même Etat. Les autres articles du traité donnent un droit exclusif à l'Etat de localisation de l'établissement d'imposer. L'Etat B/P n'est donc pas restreint dans son droit, comme pour une situation purement interne, que ce soit en qualité d'Etat de source, mais aussi en qualité d'Etat de bénéficiaire, donc en qualité d'Etat en charge d'éliminer la double imposition éventuelle. Le traité BP/R n'a aucune raison d'éliminer une double imposition dans l'Etat B/P qui lui paraîtrait extraterritoriale, alors que le droit d'imposer lui est accordé en totalité en application de l'article 7 ou 21 du traité. L'Etat R perd son droit d'imposer corrélativement. La solution est donc uniquement organisée par le droit interne de l'Etat B/P.

B. Les situations hybrides

Au sein des situations hybrides inversées, nous distinguerons les situations avec confusion entre Etats, que ce soit entre Etats P ou entre Etats R (1), avant d'analyser les situations croisées (2).

1. *Les situations inversées avec confusion entre Etats*

a *Les situations bilatérales hybrides avec confusion des Etats P*

Ici, la première question est l'élimination de l'imposition payée par l'établissement dans son Etat d'implantation (Etat P) par le siège de l'entreprise bénéficiaire (Etat R) et la seconde, l'élimination éventuelle de la double imposition correspondant à la retenue à la source versée dans l'Etat P, ce dernier étant l'Etat de source du revenu, même si l'entreprise versante n'est pas résidente de cet Etat ; comme nous l'avons noté ci-avant, l'article 11 impose en fonction de la source du débiteur et non seulement en fonction de sa résidence.

Pour la première question, il nous semble que l'élimination de la double imposition se fait, en application du traité R/P article 23, de manière identique à celle des autres situations triangulaires.

Pour la seconde imposition, l'Etat P est l'Etat de source, et a le droit d'imposer le bénéficiaire. On ne comprendrait pas pourquoi il devrait limiter son droit d'imposer le flux à la source, à charge à cet Etat, en qualité d'Etat de localisation d'éliminer cette double imposition au niveau de l'établissement. La question pourrait apparaître simple puisque l'Etat P serait obligé d'accorder une élimination dans le calcul du profit de l'établissement. Cependant, le fondement pour l'OCDE de ce crédit d'impôt est l'application de l'article de non-discrimination du traité R/P.

Lorsque l'on compare les situations possiblement discriminées, la situation comparée est celle d'une société étrangère qui verse des intérêts à un établissement de l'Etat P, à charge de cet Etat d'accorder à l'établissement un traitement au moins équivalent à celui des sociétés localisées dans cet Etat et percevant de tels revenus, auquel cas nous sommes en présence d'une situation triangulaire classique.

Une autre possibilité est de considérer que l'impôt payé dans l'Etat P, en qualité d'Etat de source, n'est pas identique et donc imputable puisqu'il ne s'agit pas de l'impôt éventuellement payé à la source dans l'Etat R. Dans ce cas, l'élimination de la double imposition n'est pas accordée. Cette situation nous semble avérée lorsque

l'article 23 est conforme au Modèle 23A du Modèle de convention fiscale, plutôt que l'article 23B qui ne fait pas référence au lieu où est payé l'impôt.

b Les situations bilatérales hybrides avec confusion de l'Etat R et l'Etat S

Dans cette hypothèse, la situation est celle d'une situation inversée bilatérale. L'Etat P ne doit, selon nous, avoir aucun droit d'imposer sauf application de l'article 11(1) du traité P/R, ce qui ne devrait pas être le cas l'article 11(5), laissant à l'Etat R en qualité d'Etat de source le droit d'imposer. Pour l'Etat R, en qualité d'Etat de source, il s'agit, en effet, d'une situation de droit interne. Quant à l'Etat R, en qualité d'Etat du bénéficiaire, son droit d'imposer est aussi régi par le droit interne de l'Etat R, sans interaction du traité. Ici aussi la convention fiscale ne permet pas la double élimination.

2. Les situations bilatérales hybrides croisées

Dans cette hypothèse, l'intérêt est sourcé dans l'Etat R en application du traité P/R, dès lors que, selon ce traité, l'intérêt n'est pas versé par un résident de l'Etat R à un résident de l'Etat P (mais l'inverse). L'Etat P, quant à lui, en qualité de bénéficiaire du revenu, peut imposer le revenu, mais pourrait considérer d'éliminer la double imposition selon deux dispositifs : l'article 23A ou B ou le principe de non-discrimination. On se trouve dans un cas assez proche d'une situation triangulaire classique.

En ce qui concerne l'article 23A ou 23B, la plus grande difficulté provient du fait que, pour l'OCDE, celui-ci nécessite le versement d'un flux de source R au profit d'un résident de l'Etat P. Le flux est, en réalité, versé par un résident de l'Etat P. En outre, l'établissement de l'Etat P n'est pas un résident de l'Etat R/P et ne devrait pas bénéficier de ce droit. Cependant, l'établissement ne peut pas être traité de manière moins favorable qu'une société localisée dans l'Etat P qui recevrait des intérêts de source R (probablement pour être complet payé par un établissement localisé dans l'Etat R afin de comparer deux situations identiques). Ainsi, une telle société devrait, à notre avis, bénéficier du crédit d'impôt, puisque l'objection sur la rédaction de

l'article 23, qui fait référence à la notion de résident de l'Etat P pour pouvoir imputer le crédit d'impôt, serait irrecevable.

L'Etat R devrait aussi accorder une élimination de la double imposition des profits de l'établissement dans l'Etat R. On peut s'interroger si, en cas d'application d'une méthode de crédit d'impôt, cet Etat accepterait de prendre en compte le crédit d'impôt accordé dans l'Etat P à l'établissement pour la retenue éventuellement payée dans l'Etat R, dans la mesure où l'Etat R, dans son droit interne, ne le permettrait pas. Il serait logique de considérer que l'impôt payé dans l'Etat R, en qualité d'Etat de source, ne doit pas être pris en compte, car il n'aurait pas existé en cas de versement direct sans interposition d'un établissement stable. Rien dans le texte des conventions n'autorise une telle approche car les modalités de calcul du crédit d'impôt effectif ne sont pas détaillées dans le Modèle de convention fiscale.

II. Les situations multilatérales

Au sein des situations poly-angulaires multilatérales peuvent être distinguées les situations trilatérales à source ou résidence multiples (A), des situations à source et résidence multiples (B).

A. Les situations trilatérales à sources ou résidences multiples

Notre analyse de l'élimination de la double imposition sera d'abord consacrée aux situations inversées à résidence multiple et source unique (1) avant de se consacrer aux situations à source multiple et résidence unique (2).

1. Les situations à source unique et résidences multiples

L'Etat R2 doit accorder une première élimination car, selon le traité R1/R2, l'intérêt est imposable dans l'Etat R2, en application de l'article 11 de ce traité (intérêt payé par un résident d'un Etat à un résident d'un autre). Bien entendu, à supposer que l'Etat R1 applique une retenue à la source.

L'Etat R2 doit aussi accorder une élimination de la double imposition de l'établissement stable. Si la méthode est l'exemption, il n'accordera probablement pas d'élimination pour la retenue à la source payée dans l'Etat R1, car celle-ci devra être éliminée par l'Etat P en qualité de lieu de situation de l'établissement et en application de l'article de non-discrimination du traité R2/P. Cela supposera qu'une société établie dans l'Etat P, dans des circonstances similaires, puisse elle aussi bénéficier d'une élimination de la retenue à la source sur le flux reçu. Ce qui rend la situation encore plus complexe qu'une situation triangulaire traditionnelle, c'est le fait que le flux n'est pas versé par une société étrangère, permettant par fiction de comparer la situation avec celle d'une société de l'Etat P qui reçoit un intérêt de l'Etat R1, mais il est versé par un établissement de l'Etat P ; or, il est probable qu'une société localisée dans l'Etat P ne subirait pas la retenue à la source pour un versement reçu d'un établissement de son territoire. Il existe donc un risque de double imposition important selon nous.

Il est donc essentiel d'autoriser l'imputation de la retenue à la source perçue dans l'Etat R1 dans l'Etat R2 directement, ce qui oblige donc à accorder une double élimination.

2. *Les situations à sources multiples et résidence unique*

Tout d'abord, l'Etat P1 ne semble pas restreint dans son droit d'imposer le flux reçu. Il s'agit, de son point de vue, d'une situation triangulaire originelle. La question de savoir s'il doit accorder une élimination de la double imposition pour la retenue à la source éventuellement versée sur ce flux par le débiteur n'est cependant pas simple. Cette retenue à la source peut être celle prévue par le droit interne de l'Etat R, car, pour lui, aucun traité ne s'applique en qualité d'Etat de source. Plus vraisemblablement il s'agira d'une retenue à la source prélevée dans l'Etat P2 alors que le traité P1/P2 est probablement inapplicable, le flux étant entre deux établissements stables.

Faire jouer la clause de non-discrimination du traité R/P1 pour accorder ce crédit d'impôt paraît extrêmement constructif et nécessite d'identifier la situation comparable. Il pourrait s'agir d'une situation triangulaire inversée au profit d'un

établissement stable d'un bénéficiaire. En pratique, il est probable que l'Etat P1 sera laissé avec une double imposition, correspondant à la retenue à la source éventuellement prélevée dans l'Etat P2.

L'Etat R, quant à lui, doit éliminer la double imposition des profits de l'établissement stable situé dans l'Etat P1, en application du traité R/P1. Si la méthode est l'exemption, la double imposition précédente n'est pas éliminée et si la méthode est le crédit d'impôt, on peut s'interroger si l'Etat R calculera l'impôt à imputer en prenant en compte ou non l'impôt payé dans l'Etat P2. En effet, si le flux était payé directement, celui-ci pourrait probablement imputer cette retenue à la source en application de l'article 23 du traité R/P2, car celui-ci ne fait pas référence à la résidence du payeur, mais à la source de revenus et à leur lieu imposition. L'interposition de l'établissement fait peser un risque supplémentaire de double imposition.

B. Les situations trilatérales à sources multiples et résidences multiples

Une situation plus inédite serait une variante de la précédente, mais en y ajoutant un conflit de source. On reste ici encore limité à trois Etats, donc une situation trilatérale (1). On peut augmenter la complexité et faire face à des situations à quatre Etats ou plus (2).

1. Les situations à trois Etats

- Les situations triangulaires à sources multiples et résidences multiples, lorsque l'Etat du débiteur et de l'établissement du bénéficiaire sont identiques

Dans ce cas, l'Etat P (Etat de source) est limité par le traité R2/P, puisque R1/P n'est pas applicable (règlement entre deux établissements stables). L'article 11(5) du traité R2/P accorde à l'Etat P la source des revenus et le droit d'imposer avec obligation pour l'Etat R2 (localisation de résidence du bénéficiaire) d'accorder une première élimination de la double imposition.

L'Etat R1, quant à lui, est aussi restreint par le traité R2/P, puisque le traité R1/P n'est pas applicable. L'article 11(4) de ce traité, en qualité d'exception à l'article 11(1), donne droit à l'Etat R1 d'imposer le revenu de l'établissement situé sur son territoire. Les conditions de l'élimination de la double imposition sont celles issues de l'article de non-discrimination, contenu dans le traité R2/P qui prévoit que l'établissement localisé dans l'Etat R1 n'est pas traité de manière moins favorable que les sociétés localisées dans cet Etat.

Le montant du crédit d'impôt accordé dans l'Etat R1 est donc celui qui serait applicable en présence d'une société dans l'Etat R1. Ce crédit devrait être le plus faible entre la retenue à la source prévue par le traité R1/P et la retenue à la source prévue par le traité R2/R1, à l'instar des situations triangulaires classiques⁴⁸⁰. La question spécifique dans le cas étudié ici, est de savoir si le fait que le versement soit effectué par un établissement stable affecte la conclusion. En effet, la situation à comparer est celle d'une succursale d'un Etat qui doit être traité de manière aussi favorable qu'une société implantée dans le même Etat qui bénéficierait de revenus versés par un établissement stable localisé dans un autre Etat.

L'Etat R2 doit accorder une élimination de la double imposition des profits de l'établissement en application de deux textes : soit une élimination en application du traité R2/P (Etat R2 est celui du résident bénéficiaire de revenus de source P), soit aussi en application du traité R2/R1 en qualité de siège d'un établissement localisé dans l'autre Etat contractant. La double imposition devrait donc être éliminée.

- Les situations triangulaires à sources multiples et résidences multiples, lorsque l'Etat de l'établissement stable de la source et celui de l'établissement stable du bénéficiaire sont différents

Dans ce cas, l'Etat R2 devrait théoriquement être uniquement restreint dans son droit d'imposer par le traité R2/R1, dès lors que le traité P/R2 ne devait pas avoir d'effet sur l'Etat R2. L'article 11(5) de ce traité précise que l'intérêt devrait trouver sa

⁴⁸⁰ Cf. Titre 2 de la présente partie.

source dans l'Etat R1, mais l'article 11 dans son ensemble n'a pas d'effet puisque le bénéficiaire est aussi un résident de l'Etat R1 (Etat de source). La situation est donc en réalité une situation régie par le droit interne.

L'Etat P, en qualité d'Etat du bénéficiaire, est uniquement limité par le traité R1/P, le traité R2/P n'ayant pas d'influence. Même si l'article 11 devrait donner une source dans l'Etat R1, en réalité le traité n'a pas d'effet, car la situation n'est pas celle visée à l'article 11(1) (versement d'un intérêt à un résident de l'autre Etat). Du côté du bénéficiaire, l'Etat P devrait, en conséquence, accorder une élimination de la double imposition du revenu de l'établissement. La clause de non-discrimination contenue dans le traité R1/P oblige l'Etat P à accorder un traitement de l'établissement, équivalent à celui d'une société localisée dans cet Etat, renvoyant à une analyse comparable à celle effectuée en matière de situations triangulaires classiques⁴⁸¹.

La question est de savoir quelle retenue à la source peut être éliminée dans l'Etat P en application de ce principe : soit celle du traité R1/P, soit celle du traité R2/P. A notre avis, c'est plutôt celle prévue par le traité R2/P, car c'est un résident de l'Etat R2 qui verse l'intérêt. Il existe un risque que l'Etat R1 considère que la retenue à la source est celle du traité R1/P et que cette dernière est supérieure à celle prévue par le traité R2/P, laissant alors subsister une double imposition.

Enfin, l'Etat R1 doit uniquement accorder une élimination de la double imposition pour les profits imposés au niveau de l'établissement stable localisé dans l'Etat P, comme dans une situation triangulaire ordinaire.

2. *Les situations quadrangulaires*

On peut augmenter la complexité et distinguer le cas poly-angulaire quadrilatéral, version combinée des situations précédemment décrites.

Dans cette hypothèse, de nombreuses questions pratiques restent non-résolues.

⁴⁸¹ Cf. Titre 2 de la présente partie.

Du point de vue de l'Etat R2, seul le traité R1/R2 est applicable et l'intérêt est de source R2 en application de ce traité, donnant obligation à l'Etat R1 d'accorder une élimination de la double imposition comme en matière de situations triangulaires inversées.

Du point de vue de l'Etat P2, seul le traité R1/P2 pourrait avoir un effet, donnant une source de l'intérêt dans l'Etat R2 et une obligation d'éliminer la double imposition pour l'Etat R1 en application de ce traité.

L'Etat R1 a donc deux obligations d'éliminer la double imposition (avec des taux qui peuvent varier, mais qui devraient être adaptés, si l'Etat R2 n'applique pas uniquement son droit interne, mais l'un des traités).

L'Etat P1 n'est pas soumis à une obligation d'élimination, cependant l'article de non-discrimination contenu dans le traité R1/P1 oblige l'Etat P1 à accorder une élimination de la double imposition au moins égale à celle qui serait accordée à une société implantée dans l'Etat P1, dans des circonstances équivalentes. La question est de savoir si l'élimination couvre la retenue à la source du traité R2/P1 ou P2/P1. On peut imaginer que celle prévue par le traité R2/P1 est plus acceptable, car elle concerne celle payée par un résident de l'autre Etat. Elle serait cependant probablement plafonnée à celle du traité P2/P1, si celle-ci est inférieure. Un risque de double imposition n'est pas à exclure.

Enfin l'Etat R1, en application du traité R1/P1, devra éliminer l'imposition de l'établissement stable localisé dans l'Etat P1.

Section 2. Les situations à établissements stables multiples

La question est ici de déterminer les moyens d'éliminer la double imposition dans une situation triangulaire à sous-établissement. Cette double imposition peut être éliminée

dans l'Etat de localisation d'un établissement stable (I) ou dans l'Etat de résidence où est localisé le siège de l'entreprise (II).

I. L'élimination de la double imposition dans l'Etat de localisation d'un établissement stable

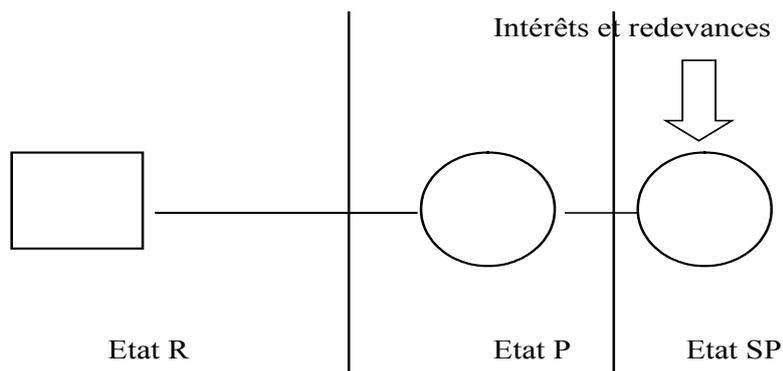
La double imposition peut être éliminée dans l'Etat de localisation du sous-établissement stable (A) ou celui de localisation de l'établissement stable principal (B).

A. La double imposition dans l'Etat du sous-établissement stable

La situation analysée est comparable à celle d'une situation triangulaire primaire originelle. Le sous-établissement stable peut recevoir effectivement des revenus de source tierce (1) ou non, et transférer des revenus à une autre partie de l'entreprise (2). La différence est que celui-ci n'est pas un établissement direct d'un siège d'une société résidente, mais une émanation d'un établissement stable principal.

1. L'imposition des profits reçus d'Etats Tiers

La situation visée est la suivante :



Dans l'Etat SP, la question est similaire à celle relative aux situations triangulaires originelles. En effet, il s'agit ici d'un établissement stable qui reçoit d'un Etat tiers des revenus passifs, ayant été possiblement soumis à une retenue à la source dans l'Etat S.

Comme pour les situations originelles, il est probable que la convention SP/S ne sera pas applicable, l'Etat S appliquant le traité S/R. Le sous-établissement ne pourra donc pas éliminer la double imposition en application de ce traité. Le risque de double imposition subsiste, en tout état de cause, si la retenue à la source prélevée en application du traité S/R est supérieure à celle prévue par le traité S/SP.

A l'instar des solutions applicables en matière de situations triangulaires, il convient de s'interroger s'il est possible d'obtenir un effet équivalent à celui de la reconnaissance de la résidence de l'établissement stable, en application d'un principe de non-discrimination. A l'évidence, l'idée d'appliquer une clause de non-discrimination contenue dans un traité applicable semble la direction la plus efficace. Deux possibilités théoriques, l'article 24(3)⁴⁸² du traité SP/P ou l'article 24(3) du traité SP/R, l'article 24(3) du traité R/P ne présentant à l'évidence ici aucun intérêt.

Ce dispositif permet, selon nous, à une entreprise d'un Etat qui dispose d'un établissement stable dans l'autre de se voir imposer dans ce second Etat de manière aussi favorable que les résidents de ce dernier. Afin de déterminer le champ d'application de cet article, il convient de définir le terme « entreprise » au sens du traité. Celui-ci est défini à l'article 3 du Modèle de convention fiscale comme :

- « c) le terme « entreprise » s'applique à l'exercice de toute activité ou affaire;*
- d) les expressions « entreprise d'un Etat contractant » et « entreprise de l'autre Etat contractant » désignent respectivement une entreprise exploitée par un résident d'un Etat contractant et une entreprise exploitée par un résident de l'autre Etat contractant(...) »*

⁴⁸² L'article 24(3) précise : « 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 autre Etat qui se trouvent dans la même situation, notamment au regard de la résidence. La présente disposition s'applique aussi, nonobstant les dispositions de l'article 1, aux personnes qui ne sont pas des résidents d'un Etat contractant ou des deux Etats contractants.

2. (...).

3. L'imposition d'un établissement stable qu'une entreprise d'un Etat contractant a dans l'autre Etat contractant n'est pas établie dans cet autre Etat d'une façon moins favorable que l'imposition des entreprises de cet autre Etat qui exercent la même activité. (...) »

On peut constater que le siège, ou l'établissement stable principal, constitue une « entreprise » au sens du traité. Ce critère ne permet donc pas en lui-même de déterminer le traité applicable. La seconde partie de la définition nous semble indiquer que l'entreprise doit être celle d'un résident de l'autre Etat, laissant penser que seul le traité R/SP est applicable si l'on admet que l'établissement stable n'est pas un résident au sens du traité SP/P.

Les commentaires sous l'article 24(3) semblent aussi confirmer cette approche de la manière suivante :

« Ce paragraphe a pour objet de remédier aux discriminations qui ne sont pas à proprement parler fondées sur une notion de nationalité mais sur le lieu même d'établissement d'une entreprise. Il intéresse donc indistinctement, quelle que soit leur nationalité, tous les résidents d'un Etat contractant qui ont des établissements stables dans l'autre Etat contractant. »⁴⁸³

Deux interprétations. La première, constructive, est de considérer que la référence à la localisation du résident n'est pas importante, seules les opérations au lieu de l'établissement étant à prendre en compte. C'est en substance ce que précise le texte, sans certitude définitive sur ce point.

Une seconde interprétation, plus stricte, impose le cumul de conditions sur l'établissement, à savoir : la résidence du propriétaire de cet établissement (obligation transfrontalière) et aussi la localisation du siège dans l'autre Etat contractant. Il ne suffit pas, pour le propriétaire de l'entreprise, d'être non-résident, il faut être non-résident dans l'autre Etat contractant. Il est probable que cette solution serait celle adoptée par les autorités fiscales des Etats en présence surtout si l'Etat en cause applique une approche de « *Dual PE* » plutôt que de « *Sub-PE* ».

Compte tenu de ce qui précède, le sous-établissement stable sera traité d'une manière similaire à celle décrite dans les situations triangulaires originelles, permettant

⁴⁸³ Com. 33 sous l'article 24 du Modèle de convention fiscale.

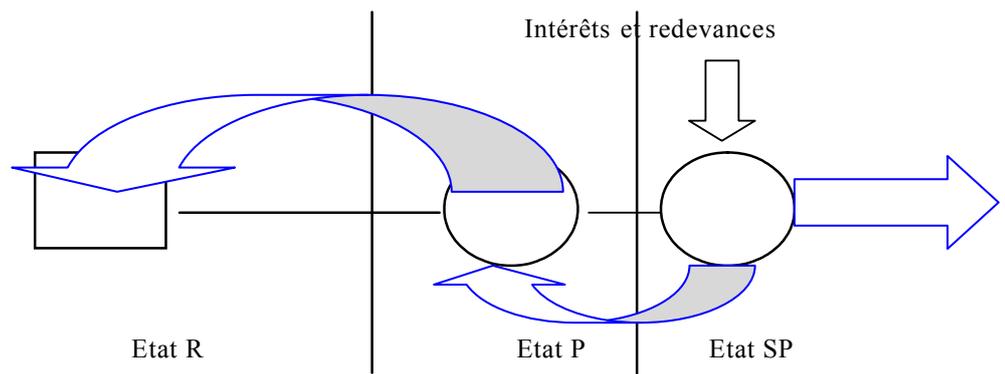
d'obtenir un crédit d'impôt total ou partiel dans l'Etat SP, en application du traité R/SP, comme indiqué dans les commentaires visés ci-avant.

Sur la nature de la comparaison à effectuer, l'établissement sera comparé avec des activités similaires à celles effectuées par une société résidente de l'Etat SP. La question subsiste de savoir si le fait qu'une partie de l'activité soit exercée dans un autre établissement stable peut influencer cette analyse. Il nous semble qu'il doit être répondu par la négative, dans la mesure où les éléments de comparaison font principalement référence à des éléments issus de l'observation de l'activité exercée dans l'Etat SP.

Il convient d'ajouter que la situation peut être plus compliquée. Il existe en effet des situations dans lesquelles on pourrait être confronté à des sous-établissements stables d'établissements stables, c'est à dire des *sub-sub-PE*, voire des sous établissements « en couche »⁴⁸⁴,⁴⁸⁵.

2. L'imposition des versements effectués par le sous-établissement stable

La question se pose de déterminer comment seront imposés les versements effectués par le sous-établissement. Ces versements peuvent prendre les formes suivantes :



Trois sortes de flux peuvent donc exister :

- Les flux versés à une autre société du groupe (situation triangulaire inversée) ;

⁴⁸⁴ En Anglais “*layer*”.

⁴⁸⁵ Zhai (G.), « Triangular cases involving income attributable to permanent establishment », *TNI*, 23 March 2009, p. 1105-1123.

- Les flux versés à destination de l'établissement stable ;
- Les flux versés à destination du siège.

En ce qui concerne le premier type de flux, il nous semble que ceux-ci doivent être traités de manière similaire à ceux versés dans le cas de situations triangulaires inversées⁴⁸⁶. Ils devraient donc être couverts par l'article 11(1) et 11(5) du Modèle de Convention fiscale.

Du point de vue de l'Etat SP, seul le dispositif contenu dans le traité SP/R devrait s'appliquer, dans la mesure où celui-ci n'est applicable que pour les versements effectués au profit « d'un résident » de l'Etat contractant, interdisant ainsi l'application du traité entre SP et P.

Pour ce qui est de la déductibilité de ces intérêts, l'application de l'article de non-discrimination du traité SP/R devrait aboutir à permettre la déduction des intérêts dans l'Etat SP de manière identique à celle de sociétés résidentes.

Quant au second type de flux, ceux-ci seront versés entre deux établissements stables d'un même siège. Le traité SP/P n'a pas vocation à avoir un effet, dès lors que les établissements ne sont pas résidents au sens de ce traité. La situation sera similaire à une situation triangulaire inversée du point de vue de l'Etat SP, sauf que la retenue à la source éventuellement prélevée sera couverte par le dispositif de l'article 11 du traité SP/R. En réalité, le sous-établissement fait un versement au siège.

Le troisième type de versement sera lui aussi traité comme un versement entre un établissement à son siège, couvert par le même traité. La solution devrait être assurée par l'article 24(3) du traité R/SP qui ne fait pas de différence selon que les flux sont versés à un siège d'un Etat contractant ou à une société résident d'un Etat tiers.

⁴⁸⁶ Cf. Nos développements au Titre 1, chapitre 1 Section 1-II

B. *La double imposition dans l'Etat de l'établissement stable*

Comme en matière de situations triangulaire originelles, le rôle de l'établissement stable, pour ce qui est de l'élimination de la double imposition, est central. Pour résoudre cette difficulté, il est nécessaire d'analyser le lien hiérarchique éventuel entre établissement stable et sous établissement stable (1) et de tenter d'appréhender l'effet de l'application du principe de non-discrimination (2).

1. *L'existence d'un lien hiérarchique entre établissement stable et sous-établissement stable.*

La question est de déterminer le régime d'imposition dans l'Etat P. En particulier, la méthode pour éliminer la double imposition éventuelle.

La première remarque est d'indiquer que, du point de vue de l'Etat P, le traité SP/P n'est pas applicable⁴⁸⁷.

Il convient de déterminer si les deux établissements doivent être traités dans l'Etat P de manière identique ou en prenant en compte un lien hiérarchique entre eux. Légalement, bien sûr, les deux établissements sont deux établissements de la même entité et ne sont donc pas concernés par cette question. Opérationnellement, cependant, nous avons vu que la motivation pour l'émergence du concept est effectivement une hiérarchie, dans la mesure où l'un est une émanation de l'autre. Il est possible que cet élément puisse avoir une influence sur la détermination du profit allouable à chaque établissement. Par exemple, les fonctions exercées par l'établissement qui n'ont pas été transférées au sous-établissement seront présumées être exercées par l'établissement et non au siège, comme dans une relation bilatérale classique. Il s'agit ici de ce que la doctrine qualifie de « *fictivité de l'établissement siège* »⁴⁸⁸. Nous souscrivons à cette doctrine dès lors que l'approche est celle de la « personnalisation » de l'établissement stable, même si celle-ci ne dispose pas d'un fondement indiscutable d'un point de vue théorique, cela nous semble être en ligne

⁴⁸⁷ Sutter (FP), Stieglitz (A), « Triangular tax cases the sub-permanent establishment in a third state », *Triangular tax cases* Linde, Verlag 2004, p. 103.

⁴⁸⁸ Position contraire Sutter (FP) Stieglitz (A), « Triangular tax cases the sub-permanent establishment in a third state », *Triangular tax cases*, Linde Verlag 2004, p. 103 et p. 103 note 16.

avec la vision opérationnelle de la question qui prévaut en matière de prix de transfert, en particulier, entre établissements d'une même entité. Elle est aussi la conclusion logique de l'étude du concept, qui veut que le sous-établissement n'existe que parce que l'établissement existe et donc que sa reconnaissance même est subordonnée à l'existence du premier établissement. C'est cette approche opérationnelle qui doit guider l'analyse, y compris fiscale.

Comme nous l'avons analysé, une partie de la doctrine considère que l'Etat P n'a pas de restriction formelle à l'imposition des profits issus du sous-établissement stable. Nous considérons, au contraire, que le critère d'allocation est probablement plus adapté que celui de source et aboutit à une conclusion divergente. Quelle que soit la solution retenue par l'Etat P, il existe la possibilité que ce dernier tente d'imposer une partie des profits réalisés par le sous-établissement stable. Il convient alors de s'interroger sur la capacité de l'Etat P à accorder une élimination de cette double imposition. En l'absence de celle-ci, en particulier en raison de la non-application du traité S/SP, il existe un risque de taxer les profits, deux voire trois fois, à savoir dans l'Etat SP (où l'activité est menée), dans l'Etat P (où l'établissement, source hiérarchique des profits, est situé), et dans l'Etat R (en cas de conflit). A supposer que l'Etat R ne bénéficie pas d'une triple élimination de la double imposition, l'Etat P pourrait être amené à autoriser une imputation sur la base de son droit interne.

2. *L'application du principe de non-discrimination*

Si nous appliquons à l'Etat P les principes développés en matière de situations triangulaires originelles, nous sommes amené à envisager la possibilité, dans l'Etat P, de bénéficier d'un principe de non-discrimination contenu dans le traité P/R.

Ce dispositif est issu de l'article 24(3) du Modèle, qui prévoit que l'imposition d'un établissement stable qu'une entreprise d'un Etat contractant a dans l'autre Etat contractant, n'est pas établie dans cet autre Etat d'une façon moins favorable que l'imposition des entreprises de cet autre Etat qui exercent la même activité.

En l'espèce, ce principe peut être utilisé afin de permettre une élimination de la double imposition des profits déjà taxés dans l'Etat SP. La discussion est similaire à

celle en matière de situations triangulaires originelles, sauf qu'il est nécessaire d'appliquer un dispositif différent de celui en place dans ces situations en matière d'élimination des revenus passifs. Ici, en effet, l'idée est de comparer l'établissement situé dans l'Etat P à une filiale de cet Etat qui disposerait dans l'Etat SP d'un établissement, renvoyant à l'article 7 et 23 du traité (exonération ou crédit d'impôt). Le sous-établissement reprend alors, du point de vue de l'Etat P, puisque cette solution n'a pas d'effet dans l'Etat SP, son statut de premier d'établissement stable principal soumis hiérarchiquement à la présence taxable dans l'Etat P. Certes, cette approche est une fiction, mais elle semble en ligne avec l'analyse opérationnelle.

Comme nous l'avons noté dans notre revue des situations triangulaires originelles, cette vision ne remet pas en cause le principe de bilatéralité des traités, mais permet de donner un effet complet à la clause de non-discrimination contenue dans le traité R/P dans l'Etat P qui est l'Etat dans lequel l'une des parties au traité est localisée⁴⁸⁹. L'effet n'est donc qu'indirect.

II. L'élimination de la double imposition dans l'Etat de résidence

En raison de l'absence de doctrine sur ce sujet, nos propositions en matière d'élimination des doubles impositions sont fondées sur l'analyse développée en matière de situations triangulaires primaires (A), en prenant en compte de manière plus approfondie l'interaction entre les traités (B).

A. L'alignement partiel avec les situations triangulaires primaires

Partant de la comparaison avec les situations triangulaires originelles, il convient, à notre sens, de se reporter à nos développements sur ce sujet afin de déterminer le traitement fiscal dans l'Etat R⁴⁹⁰. Même si l'OCDE considère que le rôle de l'Etat P

⁴⁸⁹ Position soutenue par une partie significative de la doctrine en particulier Gang (z), « Triangular case involving income attributable to PEs », *TNI*, March 23, 2009, p. 118.

⁴⁹⁰ Cf. Titre 1 chapitre 2 Section 1-I- A-2.

est essentiel à cet égard, le rôle de l'Etat R ne doit pas être négligé, dès lors que certaines doubles impositions peuvent subsister⁴⁹¹.

La situation analysée ici est celle pour laquelle l'Etat R, lui aussi, va exiger le droit d'imposer les profits réalisés par l'établissement et le sous-établissement afin d'éliminer ensuite cette double imposition.

Du point de vue de l'Etat R, celui-ci, comme dans le cas des situations triangulaires primaires originelles, peut en théorie appliquer deux traités, à savoir le traité R/P et le traité R/SP. A la différence des situations précédemment analysées, il n'accordera pas la protection des deux traités en deux qualités, à savoir Etat du siège et Etat du bénéficiaire, mais en qualité unique d'Etat du siège dans les deux cas. Il devrait, en principe, dans cette hypothèse, être amené à accorder deux éliminations de double imposition. Ces deux éliminations peuvent être prévues, soit en application d'une méthode identique (exemption *Vs* crédit d'impôt), soit en application de deux méthodes divergentes. Ces deux méthodes sont prévues à l'article 23 du Modèle de convention. En comparaison avec les situations originelles, il convient de mentionner qu'en matière d'intérêt et de revenus passifs, la grande majorité des Etats accordent une élimination des doubles impositions selon une méthode du crédit d'impôt applicable dans ces situations en application de l'article 23B ou 23A du traité S/R⁴⁹². La situation est en pratique extrêmement complexe.

Ainsi, par exemple, pour l'application de la méthode de crédit d'impôt, de nombreux pays appliquent une limitation pays par pays et revenu par revenu, alors que la méthode d'exemption est en principe neutre sur cette question, puisque les profits étrangers ne sont pas pris en compte dans le calcul de la base imposable dans l'Etat R. Par définition, les limites applicables en matière de crédit d'impôt quant à la base dans laquelle le revenu est inclus n'existent pas.

En cas d'application de la méthode d'exemption, le risque est que l'Etat R accorde une double élimination pour un profit qui n'est pas imposé deux fois, en fonction de

⁴⁹¹ En particulier, lorsque la retenue à la source prévue par le traité S/R excède celle prévue par le traité P/S et que donc l'application du principe de non-discrimination au niveau de l'Etat P ne permet pas de résoudre avec certitude la double imposition qui subsiste.

la répartition entre l'Etat P et l'Etat SP. En effet, l'Etat R pourrait être amené à accorder une exonération de profits SP et profits P selon une base purement bilatérale, alors qu'une partie de l'imposition des profits réalisés dans l'Etat SP pourrait avoir été éliminée dans l'Etat P.

Corrélativement, et en application du traité R/P, les profits de l'établissement stable P seraient exonérés dans l'Etat R. Il n'est donc pas certain que globalement le revenu soit exonéré deux fois et taxé une fois, mais il existe un risque que l'impôt d'un Etat soit transféré dans un autre.

On peut ainsi comprendre que, si l'impôt n'est pas équivalent dans l'Etat P et SP, le groupe peut avoir un intérêt à transférer l'élimination de la double imposition dans un sens plutôt que dans l'autre, évitant aussi un risque de double imposition potentiel.

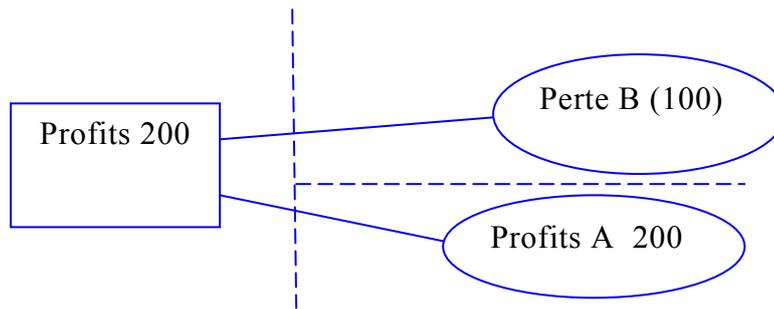
B. Les effets possibles de l'interaction entre les traités

Ce qui rend l'analyse encore plus incertaine, c'est l'interaction entre les méthodes d'élimination des doubles impositions contenues dans les traités R/P et R/SP respectivement. Cette démonstration a un effet relatif pour un Etat qui prévoit dans son droit interne une méthode généralisée d'exemption, comme en France (1). L'effet peut être plus important lorsqu'un système de crédit d'impôt est applicable (2).

1. En cas d'utilisation d'une méthode d'exemption

Prenons un exemple dans lequel les taux d'imposition sont identiques par exemple 20 %

⁴⁹² Cette règle n'est pas applicable en matière de redevances.



Si l'on applique une limite globale

- Profit mondial : $200 + 200 - 100 = 300 \times 20 \% = 60$
- Elimination de la double imposition profits mondiaux : $100/300 \times 60 = 20$
- Imposition dans l'Etat R : $60 - 20 = \underline{40}$

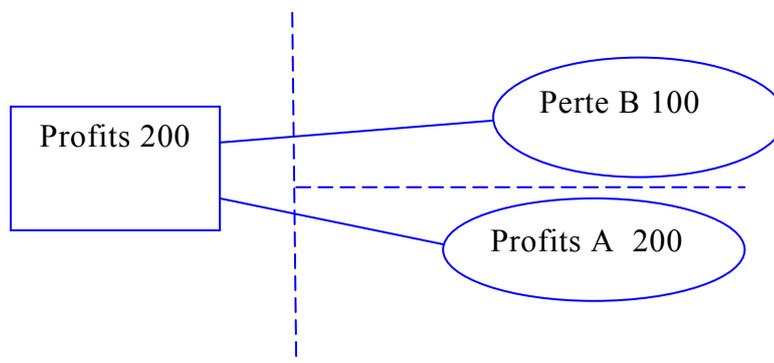
Taux moyen : $300/80 = 27 \%$

Si l'on applique une limite pays/pays

- Profit mondial : $200 + 200 - 100 = 300 \times 20 \% = 60$
- Elimination de la double imposition profits B : $(100)/300 \times 60 = 0$
- Elimination de la double imposition profits A : $200/300 \times 60 = 40$
- Imposition dans l'Etat R : $60 - 40 = \underline{20}$

Taux moyen : $300/60 = 20 \%$

Prenons un autre exemple, dans lequel les taux d'imposition sont identiques, par exemple 20 %, mais les pays sont tous profitables :



Si l'on applique une limite globale

- Profit mondial : $200 + 200 + 100 = 500 \times 20 \% = 100$
- Elimination de la double imposition profits mondiaux : $300/500 \times 100 = 60$

- Imposition dans l'Etat R : $100 - 60 = \underline{40}$

Taux moyen : $500/100 = 20 \%$

Si l'on applique une limite pays/pays

- Profit mondial : $200 + 200 + 100 = 500 \times 20 \% = 100$

- Elimination de la double imposition profits B : $100/500 \times 100 = 20$

- Elimination de la double imposition profits A : $200/500 \times 100 = 40$

- Imposition dans l'Etat R : $100 - 60 = \underline{40}$

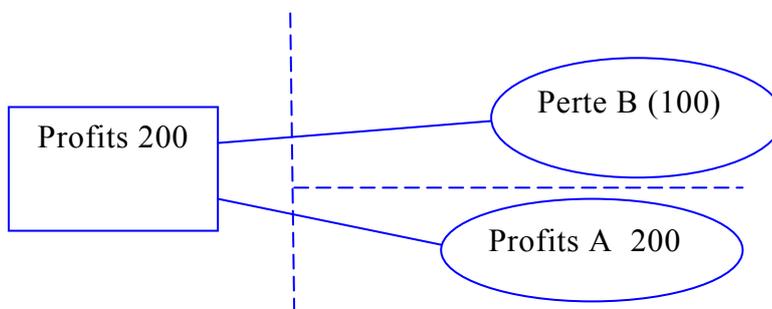
Taux moyen global : $500/100 = 20 \%$

On voit, dans ce second cas, que le résultat est équivalent. Cette conclusion est à l'évidence affectée lorsque l'un des Etats est en perte, mais serait aussi affectée si l'un des Etat SP ou P éliminait une partie de la double imposition selon son droit interne en considérant, par exemple, le lien hiérarchique entre les deux établissements.

2. En cas d'utilisation d'une autre méthode

La question existe aussi lorsque les deux Etats n'appliquent pas la même méthode d'élimination de la double imposition.

Prenons, par exemple, les cas ci-avant, mais en considérant que le traité R/A utilise une méthode de crédit d'impôt et le traité R/B une méthode de crédit d'impôt en reprenant les exemples utilisés ci-dessus.



Si l'on applique un crédit d'impôt pour les profits de l'Etat B⁴⁹³

- Profit mondial : $200 + 200 - 100 = 300 \times 20 \% = 60$
- Elimination de la double imposition profits A : $200/300 \times 60 = 40$
- Imposition dans l'Etat R : $60 - 40 = \underline{20}$

Taux moyen : $300/60 = 20 \%$

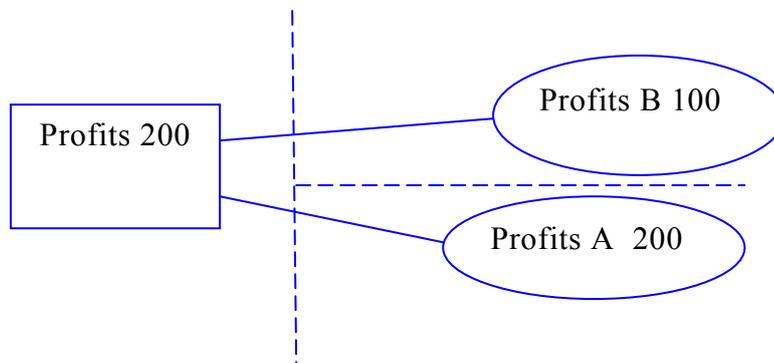
Le montant de l'imposition versé dans l'Etat R est inférieur. Le montant global est aussi inférieur au cas précédent.

Si l'on applique une situation inverse dans laquelle l'Etat A applique en crédit d'impôt :

- Profit mondial : $200 + 200 - 100 = 300 \times 20 \% = 60$
- Elimination de la double imposition profits B : $(100)/300 \times 60 = 0$
- Elimination de la double imposition profits A : $200 \times 20 \% = 40$
- Imposition dans l'Etat R : $60 - 40 = \underline{20}$

Taux moyen : $300/60 = 20 \%$

Effectuons le même calcul pour le second cas :



Si l'on applique une méthode de crédit d'impôt sur les profits de l'Etat B :

- Profit mondial : $200 + 200 + 100 = 500 \times 20 \% = 100$
- Elimination de la double imposition profits Etat A : $200/500 \times 100 = 40$
- Elimination de la double imposition profits Etat B : $100 \times 20 \% = 20$
- Imposition dans l'Etat R : $100 - 60 = \underline{40}$

Taux moyen $500/100 = 20 \%$

⁴⁹³ Par définition nul puisque l'Etat B est en perte.

Si l'on applique une méthode de crédit d'impôt sur les profits de l'Etat A :

- Impôt sur profit mondial : $200 + 200 + 100 = 500 \times 20 \% = 100$
- Elimination de la double imposition profits Etat A : $200 \times 20 \% = \underline{40}$
- Elimination de la double imposition profits Etat B : $100/500 \times 100 = 20$
- Imposition dans l'Etat R : $100 - 60 = \underline{40}$

Taux moyen $500/100 = 20 \%$

On constate empiriquement que le problème pour l'Etat R, lorsqu'il existe, est lié à l'obligation d'accorder une double élimination des impositions, en application des deux traités. La question devient encore plus critique lorsque l'Etat P élimine tout ou partie de l'imposition prélevée dans l'Etat SP et que cette élimination n'est pas prise en compte pour le calcul de l'élimination de double imposition accordée dans l'Etat R. Dans une telle hypothèse, l'Etat R accorde une élimination pour une imposition qui n'existe, en réalité, pas, subventionnant ainsi une optimisation fiscale.

Même si cette élimination est mécanique et issue des engagements internationaux de l'Etat R, on peut s'interroger si cette approche est en ligne avec les commentaires introductifs du modèle qui précisent :

« Les pays membres de l'Organisation de Coopération et de Développement Économiques ont pris conscience depuis longtemps de la nécessité de clarifier, unifier et garantir la situation fiscale des contribuables qui exercent des activités commerciales, industrielles, financières ou autres dans d'autres pays grâce à l'application par tous les pays de solutions communes aux cas de double imposition identiques. »⁴⁹⁴

Cette analyse devrait conduire à appliquer dans l'Etat R une méthode cohérente, aboutissant toujours au même niveau d'imposition ce qui est loin d'être la situation en pratique.

⁴⁹⁴ Commentaires introductifs du Modèle de convention fiscale n° 2 et s.

Conclusion du chapitre 2

Pour permettre une élimination même imparfaite de la double imposition éventuellement applicable aux situations triangulaires dérivées, l'observateur est abandonné à lui-même avec deux principes: la non-résidence de l'établissement stable qui rend toute application directe d'un traité hasardeuse, et, le principe de non-discrimination qui tente de pallier indirectement à cette déficience.

La vision optimiste de la situation est que les difficultés rencontrées en matière de situations triangulaires dérivées ne sont pas conceptuellement plus importantes que celles rencontrées pour les situations triangulaires primaires analysées dans le premier chapitre de cette partie. Ce serait considérer que l'addition de situations complexes n'ajoute rien à la difficulté.

Une vision plus pessimiste est d'admettre que le risque de double imposition à la source étant renforcé dans le cas des situations triangulaires dérivées, une gestion adaptée du problème, nécessiterait une application du principe de non-discrimination élargie. Ce n'est pas la situation constatée à l'issue de notre analyse et la complexité factuelle des situations rend l'établissement de conclusions certaines et simples quasi impossible.

Des tentatives de conclusions limitées par analogie avec les situations triangulaires primaires analysées auparavant est probablement le seul but réaliste de notre étude à ce stade. La reconnaissance de la résidence de l'établissement stable apparaît ici comme une nécessité impérieuse si l'on souhaite apporter de la simplicité au débat. Le faible intérêt de la doctrine pour ce sujet nous laisse penser que cet objectif n'est pas prioritaire.

Conclusion du titre 2

L'OCDE a tenté, en application du principe de non-discrimination, de résoudre avec un succès notable bien que limité, les difficultés résultant des imperfections de sa propre doctrine qui refuse l'application du traité entre l'Etat de situation de l'établissement stable et l'Etat de source en ce qui concerne les situations

triangulaires primaires originelles ou, entre l'Etat de situation de l'établissement stable et l'Etat du bénéficiaire pour ce qui est des situations triangulaires inversées. Elle y parvient en partie mais en partie uniquement.

Aussi efficace que soit l'application de ce principe fondateur, il ne permet pas de traiter la difficulté de manière globale, mais seulement de corriger une partie des contraintes liées au bilatéralisme des traités. Il ne permet pas une évolution disruptive de la pensée, ni une élimination de la double imposition totale et systématique. Il n'impose pas d'obligation à l'Etat de source. Les différences de taux de retenue à la source dans les traités en cause restent un obstacle potentiel à l'élimination des doubles impositions auquel il ne répond pas de manière satisfaisante. L'élimination possible de la double imposition dans l'Etat de l'établissement stable ne contre-balance pas les inconvénients des multimpositions à la source, en particulier pour les situations triangulaires dérivées dans lesquelles les divers Etats peuvent successivement ou cumulativement être Etat de source, de résidence ou du bénéficiaire.

De son côté, l'Union européenne propose une alternative fondée sur une jurisprudence en évolution qui offre selon nous, une amélioration de la situation même si, l'espace harmonisé conserve des frontières et que la situation de l'Etat de source externe à ces frontières n'est pas définitivement réglée.

Conclusion de la première partie

Au terme d'une analyse approfondie du traitement fiscal des situations triangulaires passives, il convient de noter que les solutions proposées par l'OCDE de régime fiscal applicable à ces situations ne permettent pas, à notre avis, de résoudre les risques de doubles impositions dont les entreprises sont les victimes. Que ce soit du côté de l'Etat de situation du débiteur ou de celui du bénéficiaire, l'élimination totale des doubles impositions n'est pas accordée dans tous les cas.

Nous pourrions nous risquer à penser que les risques qui subsistent sont, en réalité, liés au fait que les situations triangulaires sont présumées abusives par l'OCDE et, qu'en conséquence, l'Organisation se heurte à l'absence de volonté forte des Etats qui la compose à régler le problème de manière efficace et définitive. Les évolutions récentes de l'OCDE sur sa vision de l'optimisation fiscale, nous semblent confirmer cette idée.

Si l'on veut être objectif, il faut aussi reconnaître que certaines situations triangulaires sont motivées par la recherche d'avantages fiscaux. Nier ce fait serait limiter les chances d'évolutions possibles du régime fiscal applicable aux situations triangulaires passives. Par contre, l'accepter et l'analyser objectivement, permet de relancer le débat et de le faire évoluer de manière positive. Notre proposition est donc de mettre en place un traitement fiscal amélioré pour les situations triangulaires qui n'entrent pas dans la catégorie de situations motivées par des considérations fiscale prédominantes. Il est donc corrélativement de définir un traitement pour les situations triangulaires qui posent un problème d'optimisation fiscale.

Les questions liées à l'optimisation fiscale deviennent donc centrales. Le sujet n'est pas que technique mais aussi politique. Le seul moyen d'être suivi dans nos propositions de solutions exposées dans cette première partie, est d'accepter de prendre en compte la vision dominante qui veut que les situations triangulaires sont intimement liées à la notion d'optimisation fiscale. En reconnaissant une partie du problème et le point de vue des Etats qui défendent leurs ressources budgétaires tout en encourageant l'investissement, on peut probablement s'approcher de solutions

techniquement efficaces mais aussi politiquement acceptables et donc envisageables, en pratique. Résoudre la difficulté liée à l'optimisation fiscale attachée à la mise en place de certaines situations triangulaires est donc un exercice obligatoire pour progresser dans la réflexion.

Partie 2 Les situations triangulaires actives

« *La fraude est à l'impôt ce que l'ombre est à l'homme.* »⁴⁹⁵

Jusqu'à ce stade des développements, nous avons démontré combien les conventions fiscales internationales actuelles ne permettent pas directement de trouver une solution simple et satisfaisante aux situations triangulaires.

Dans cette seconde partie, la problématique n'est plus celle d'une résolution d'éventuelles multi-impositions, mais celle de la lutte contre la recherche potentielle de multi-exonérations ou d'une optimisation fiscale d'une autre nature. En temps de disette budgétaire, les institutions se préoccupent encore plus de lutter contre l'évasion et même l'optimisation fiscale, qu'elles considèrent comme un obstacle évident à l'objectif de l'équilibre budgétaire⁴⁹⁶. Cette action est d'abord guidée par la volonté politique de saisir l'opportunité représentée par la crise mondiale pour tenter de s'attaquer de manière coordonnée aux paradis fiscaux, leur faisant porter de manière souvent discutable le fardeau de la cause de cette crise. Les paradis fiscaux sont et ont été attaqués de toutes parts⁴⁹⁷. Ils constituent la première phase de l'évolution, celle-ci étant actuellement étendue à tout le système fiscal mondial, au travers des travaux les plus récents de l'OCDE dits « *BEPS* »⁴⁹⁸ et par mimétisme au sein de l'Europe⁴⁹⁹. La lutte contre l'évasion fiscale passe par la lutte contre les paradis fiscaux, mais aussi contre les situations qui profitent de zones de libre-échange ou de législations divergentes pour n'être imposées nulle part,

⁴⁹⁵ Georges Pompidou.

⁴⁹⁶ Rapport de M. Éric Bocquet, fait au nom de la Commission d'enquête Evasion des capitaux, n° 673, tome I (2011-2012) - 17 juillet 2012, p. 68, n° 1243. Rapport d'information déposé par la Commission des Finances de l'Assemblée nationale le 10 juillet 2013 en conclusion des travaux d'une mission d'information sur l'optimisation fiscale des entreprises dans un contexte international présenté par M. Pierre-Alain Muet.

⁴⁹⁷ Par exemple, publications du Forum mondial sur la transparence et l'échange de renseignements à des fins fiscales au travers de son communiqué du 26 juin 2012.

⁴⁹⁸ En anglais, « *Base erosion and profit shifting* » engagée par l'OCDE depuis 2012.

⁴⁹⁹ Proposition de directive du Conseil établissant les règles pour lutter contre la pratique d'évasion fiscale qui ont une incidence directe sur le fonctionnement du marché intérieur, 2016/011 (CNS) du 28 janvier 2016 adopté le 21 juin 2016.

créant des agents économiques sans fiscalité, profitant de multi-exonérations⁵⁰⁰. Ces concepts ont reçu une écoute attentive depuis le début de la crise économique actuelle au sein du G20 ou du G7 qui sont devenus moteurs de cette évolution. L'Europe, effrayée à l'idée d'être qualifiée de laxiste, a suivi le mouvement⁵⁰¹. Notre analyse est que ces derniers ont tenté, de manière coordonnée, d'apporter une réponse à leur impuissance politique à résorber la crise économique en tentant de convaincre les opinions publiques que leur action pour rétablir une fiscalité « plus juste »⁵⁰² était la justification de leur existence. Le modelage d'une société nouvelle légitime leur ayant échappé, les gouvernements se sont concentrés sur la fiscalité, passant d'un sujet de finances publiques à un sujet de justice sociale. Ce mouvement ne cessera plus.

Du côté des groupes multinationaux, la question n'est plus simplement une question de réduction des coûts, mais aussi de concurrence et de croissance dans un monde où l'augmentation des parts de marché ou de la taille des marchés eux-mêmes est faible. Dans un tel environnement, certains acteurs peuvent être tentés de rechercher plusieurs fois des avantages fiscaux offerts, transformant cette multiplicité d'avantages en un élément compétitif favorable. Il faut admettre qu'ils y sont souvent encouragés par les Etats eux-mêmes qui tentent désespérément d'attirer une faible croissance sur leur territoire.

Les situations triangulaires, dans leur version « active », telle qu'étudiée dans cette seconde partie de nos travaux, constituent un choix effectué en conscience par les groupes multinationaux, c'est, en tout cas, ce que pense l'OCDE. Ce ne sont plus des situations subies. Initiateur de ce mouvement, l'industrie digitale, se considérant elle-même parfois comme l'alternative aux politiques pour changer le monde, s'est engouffrée dans un système fiscal mondial vieillissant, inadapté à cette nouvelle donne, et représente probablement l'illustration la plus évidente de la situation paroxystique dans laquelle nous nous trouvons. Elle est le déclencheur du mouvement de lutte contre l'optimisation fiscale agressive et il n'est pas certain qu'elle en soit la principale victime.

⁵⁰⁰ En anglais, « *Stateless income* ». Kleinbard (E), « The Lessons of Stateless Income », 65 *Tax Law Review* 99 (2011); « Stateless Income's Challenge to Tax Policy », *USC Legal Studies Research Paper*, n° 11-13, 25 June 2011. « Herman Cain's 9-9-9 Tax Plan », *Tax Notes*, October 24, 2011, p. 469. « Stateless Income's Challenge to Tax Policy, Part 2 », *Tax Notes*, September 17, 2012, p. 1431-1448 ; « Through a Latte, Darkly: Starbucks's Stateless Income Planning », *Tax Notes*, June 24, 2013, p. 1515-1535 ; « Competitiveness Has Nothing to Do With It », 144 *Tax Notes*, 1055 (September 1, 2014) ; « Stateless Income », *Florida tax review*, Volume 11, 2011, Number 9.

⁵⁰¹ *Paquet de mesures contre l'évasion fiscale* du 28 janvier 2016. Communication from the Commission to the European Parliament and the Council, *Anti-tax avoidance package: next steps towards delivering effective taxation and greater tax transparency in EU*, COM (2016) 23/2 du 28 janvier 2016.

⁵⁰² Concept de « *fair share of tax* ».

On peut ainsi identifier une première catégorie de situations triangulaires actives qu'un groupe choisit pour des raisons opérationnelles, et même fiscales. Ce sont les situations triangulaires actives « provoquées ». Ce n'est pas que le contribuable a anticipé sans incertitude les conséquences fiscales de la structure juridique utilisée, mais c'est qu'en principe, il a choisi en conscience celle-ci, en raison d'une appétence au risque fiscal ou réputationnel. Il s'agit de situation dans lesquelles l'établissement stable est interposé pour bénéficier d'un avantage fiscal inexistant en l'absence de cette interposition (Titre 1). Ainsi, par exemple, le contribuable établi dans un Etat, choisit de localiser ses marques dans un établissement stable, localisé dans un autre Etat où les revenus sont soumis à une faible imposition effective, pour recevoir des revenus passifs d'un troisième. Le point commun de ces situations est que le contribuable ne subit pas inopinément une situation triangulaire et les avantages/inconvénients fiscaux y afférents : il les recherche.

On peut identifier une seconde catégorie de situations triangulaires actives. Ce sont les situations dans lesquelles les autorités d'un Etat mettent en évidence l'existence de situations triangulaires que le contribuable n'a pas déclarées préalablement, volontairement ou non (Titre 2). Ce sont des situations triangulaires « révélées ». Dans ces cas, le caractère triangulaire lui-même n'est pas connu/choisi à l'origine et les conséquences fiscales, par définition inconnues, peuvent être mal maîtrisées par les groupes. L'objet recherché demeure l'optimisation fiscale, mais ce sont généralement des situations dans lesquelles l'application d'une règle anti-abus par une administration fiscale est l'élément « révélateur », pour la mise en évidence de la situation triangulaire, sanction d'un comportement que les autorités souhaitent décourager. Une situation facialement bilatérale est, par exemple, révélée comme triangulaire pour éliminer l'avantage fiscal escompté initialement. Le cas le plus emblématique, selon l'OCDE, est probablement celui dans lequel un groupe tente d'éviter la reconnaissance d'un établissement stable dans un Etat, afin de continuer à imposer les revenus d'un Etat tiers, dans l'Etat du siège.

C'est indirectement l'OCDE qui est à l'origine de ces concepts en matière de filiales, puisque l'Organisation qualifie elle-même certaines situations abusives de « situations triangulaires ». Il n'est plus alors uniquement question d'utilisation de structures dans trois Etats en présence d'un établissement stable, mais d'interpositions de structures pour éviter ou limiter l'imposition. Ce sont des situations dans lesquelles le caractère triangulaire est donné au travers de l'interposition d'une entité écran. La situation visée est alors celle dans

laquelle « *le contribuable tente d'échapper à l'impôt en abritant des revenus dans une société écran, il entre dans un « triangle fiscal » constitué par le pays de sa résidence, le pays écran (le paradis fiscal) et le pays de la source des revenus* »⁵⁰³.

L'Organisation menace, dans ce cas, directement les auteurs de telles structures en indiquant que :

*« Cette situation, qui peut procurer des avantages fiscaux considérables, risque aussi de conduire le contribuable à supporter de manière inattendue des charges fiscales qu'il n'aurait pas encourues s'il n'avait pas fait usage d'une société écran. Ainsi, les impôts perçus par le pays de la source peuvent s'avérer élevés, en particulier s'il n'est pas possible d'invoquer une convention entre le pays écran et le pays de la source du fait que, en raison de la situation artificielle qui a été créée, l'un des Etats contractants ou les deux considèrent que l'on serait en présence d'un usage incorrect de cette convention. Il n'est pas non plus impossible que le contribuable ait à faire face aussi à des difficultés du fait même de stipulations imprévues de la loi interne. »*⁵⁰⁴

La menace est également interne, puisque « *ces difficultés peuvent sans aucun doute être aggravées par les dispositions défensives mises en œuvre dans le pays de résidence. Il est clair que le contribuable ayant recours à une société écran doit supporter les risques que comporte la situation qu'il a délibérément créée* ». ⁵⁰⁵

La révélation du caractère triangulaire de la situation devient alors une arme défensive des autorités fiscales pour combattre des situations facialement bilatérales, dont elles considèrent qu'elles sont abusives. La menace est alors celle d'une double imposition économique⁵⁰⁶.

⁵⁰³ *L'application du Modèle de convention fiscale de l'OCDE aux sociétés de personnes*, Ed. OCDE, adopté par le comité des affaires fiscales de l'OCDE en janvier 1999. Com. 85.

⁵⁰⁴ *L'application du Modèle de convention fiscale de l'OCDE aux sociétés de personnes*, Ed. OCDE, adopté par le comité des affaires fiscales de l'OCDE en janvier 1999.

⁵⁰⁵ Par la mise en place de règles de « *controlled foreign corporation* » (CFC) similaires au régime de l'article 209B du CGI en France et généralisées dans la plupart des Etats industrialisés.

⁵⁰⁶ *L'application du Modèle de convention fiscale de l'OCDE aux sociétés de personnes*, Ed. OCDE, adopté par le comité des affaires fiscales de l'OCDE en janvier 1999 Com. 86.

On notera que l'équilibre entre les deux stratégies est un exercice périlleux, voire incompatible et source d'incertitude, les autorités tentant dans le premier cas de nier l'existence de situations triangulaires jugées abusives, alors qu'elles affirment dans le second cas, mettre en évidence de telles situations non déclarées, leur absence étant dans cette hypothèse présumée abusive. Cette apparente antinomie est en réalité la révélation de la motivation extrêmement politique et opportuniste des actions menées, dont le but est aussi de communiquer des messages aux agents économiques.

Titre 1. LES SITUATIONS TRIANGULAIRES PROVOQUEES PAR LES CONTRIBUABLES

La situation analysée est formellement identique à celle étudiée dans la première partie de notre étude, mais la motivation des groupes est supposée être très différente. Alors que, dans notre première partie, la mise en place de situations triangulaires répondait à des contraintes opérationnelles autres que fiscales, il est considéré ici que la recherche objective d'avantages fiscaux est l'unique motivation⁵⁰⁷ de mise en place des structures. Selon l'OCDE, la méthode utilisée pour atteindre l'objectif d'optimisation est l'interposition d'un établissement stable (Chap. 1) à l'instar de la situation des filiales interposées. Toute la démarche de l'Organisation est fondée sur une présomption d'optimisation élément indissociable de l'interposition.

Il existe, à notre avis, des alternatives aux solutions imparfaites traditionnellement proposées par l'OCDE. Il peut en effet être mis en place, selon nous, des approches unilatérales mais coordonnées, les Etats se concentrant sur la protection de leur intérêt propre (Chap. 2). C'est dans cette seconde direction que se dirigent les travaux les plus récents de l'OCDE n'allant cependant pas jusqu'à proposer une harmonisation.

⁵⁰⁷ Ou la motivation essentielle.

Chapitre 1. L'interposition d'un établissement stable

On est ici en présence de situations présumées par l'OCDE comme uniquement ou essentiellement motivées par la recherche d'avantages fiscaux (Section 1). Cette analyse monolithique est fondée sur une extension aux établissements stables des solutions applicables aux filiales. Il nous semble qu'en réalité l'Organisation se trompe de cible. La conséquence de cette erreur est de rendre les solutions proposées, peu adaptées à la particularité des situations triangulaires (Section 2).

Section 1. La présomption d'évasion fiscale par interposition

Afin de mesurer l'objectif de la lutte, la première étape de la revue est de déterminer la situation objet de la comparaison. En effet, si l'on veut déterminer si une situation triangulaire a été mise en place pour des motivations fiscales prédominantes, il faut déterminer, à l'instar du traitement fiscal en matière de filiale, si une autre structure, sans interposition aurait dû être utilisée et quelles en auraient été les conséquences fiscales. Il convient ainsi de s'interroger si le recours à une situation triangulaire par interposition d'un établissement stable est toujours motivé, principalement ou exclusivement, par la volonté d'éluder l'impôt qui aurait été dû, si une situation bilatérale avait été choisie.

Cette présomption constitue le fondement de l'analyse développée par l'OCDE. C'est elle qui justifie la non-application du traité P/S aux situations triangulaires :

« Quelques Etats sont d'avis qu'il serait souhaitable que la convention P/S soit appliquée dans les cas triangulaires, soit par une modification du Modèle de Convention, soit par la voie de la procédure amiable. La majorité des Etats est strictement contre une telle solution, surtout parce que ces Etats craignent qu'elle pourrait inciter les entreprises résidentes des Etats qui exonèrent les bénéficiaires des établissements stables situés en dehors de leur territoire à rattacher leurs avoirs générateurs de revenus

passifs à des établissements stables implantés dans les Etats qui offrent le maximum d'avantages fiscaux. »⁵⁰⁸

L'OCDE établit donc un lien fondamental entre imposition favorable dans l'Etat P, d'une part, et une présomption de motivation fiscale de la situation triangulaire, d'autre part.

L'Organisation se focalise ainsi pratiquement exclusivement sur le risque d'optimisation fiscale par création d'une situation triangulaire, au moyen de l'interposition d'un établissement stable bénéficiant d'un régime fiscal favorable dans son Etat d'implantation (I), alors même qu'un groupe pourrait, dans de nombreuses situations, obtenir les mêmes avantages en incorporant une filiale dans l'Etat P⁵⁰⁹, et que l'avantage, notamment conventionnel qui devrait être au centre des préoccupations de l'Organisation, présumé être la motivation de l'interposition de l'établissement stable, n'est pas systématiquement démontré (II).

I. La recherche systématique d'un avantage fiscal

L'OCDE présume la recherche d'avantages fiscaux comme motivation essentielle. Ces avantages sont, selon elle, la conséquence de la mise en place d'une stratégie systématique de *treaty shopping* (A) ou de la recherche d'avantages fiscaux spécifiques (B).

A. Le risque identifié par l'OCDE

Ce qui est en cause ici, c'est l'utilisation d'une convention pour un but abusif appelé de manière générique « *treaty shopping* » (1). Cette notion peut être définie comme « *le cas, par exemple, d'une personne (résident ou non d'un Etat contractant) qui agirait par l'entremise d'une entité juridique créée dans un Etat essentiellement pour obtenir les*

⁵⁰⁸ *Modèle de convention fiscale : quatre études, « Cas triangulaires », adopté par le Conseil de l'OCDE le 23 juillet 1992. Com. 39.*

⁵⁰⁹ Prats (F), « Triangular case and residence as a basis for alleviating international double taxation. Rethinking the objective scope of double tax treaty », *Intertax*, 1994/11, p. 476.

allègements d'impôts prévus dans les conventions conclues par cet Etat et auxquels cette personne n'aurait pas droit directement. »⁵¹⁰ 511 512

On notera cependant qu'en matière de situations triangulaires, au contraire des situations traditionnellement visées par l'OCDE, il n'existe pas de présomption d'utilisation de bonne foi de traités (2).

1. *Le treaty shopping*

L'OCDE s'est toujours attachée à limiter les effets négatifs liés à l'utilisation abusive des traités en tentant d'en décrire les mécanismes afin de permettre, soit au travers de mesures bilatérales et d'interprétations communes, soit au moyen de mesures nationales unilatérales mais coordonnées, de combattre cette utilisation. Cette volonté est motivée par un instinct de survie, qui pousse l'Organisation à résoudre ces difficultés le plus efficacement possible pour ne pas remettre en cause l'existence même des traités fiscaux, au motif que ceux-ci favoriseraient l'évasion. Ainsi, même si, les fondements de l'optimisation fiscale vont bien au-delà de la simple question de l'accès à un traité, les situations triangulaires apparaissent, pour l'OCDE, comme un moyen d'atteindre ce but, en détournant les revenus au travers d'entités ou d'établissement interposées dans divers Etats afin de bénéficier d'un avantage fiscal.

a *L'interposition de sociétés*

En partant de son analyse en matière de sociétés, l'OCDE tente d'étendre celle-ci aux situations triangulaires pour considérer qu'il existe un risque élevé d'interposition entre l'Etat de source et l'Etat de résidence. Pour l'OCDE, c'est plus l'existence d'un établissement stable faiblement imposé qui aboutit à présumer le risque d'évasion fiscale

⁵¹⁰ Com. 9 de l'article 1 du Modèle de convention fiscale.

⁵¹¹ Ainsi, dans son ouvrage publié en 1985, *Guide mondial des paradis fiscaux*, A. Beauchamp définit cette pratique comme : « *le treaty shopping est la pratique qui tire avantage des dispositions d'un traité (essentiellement exonération fiscale et les réductions du taux de l'impôt) par des individus, sociétés ou autre personnes morales n'ayant pas droit aux avantages du traité. Le moyen principal utilisé est l'interposition entre le contribuable potentiel, investisseur réel et l'investissement, d'une entité intermédiaire dans un Pays ayant conclu avec le pays où est réalisé l'investissement un traité. Cette entité reçoit de ces pays des revenus sous forme de dividendes intérêts et redevances. Si elle est considérée comme résidente dans un pays ayant conclu avec le pays où a eu lieu l'investissement un traité fiscal, elle pourra, généralement, obtenir un taux réduit ou une exonération de l'impôt retenue à la source sur les revenus brut de l'investissement* ». Même si cette définition semble un peu simplifiée compte tenu de l'évolution des techniques utilisées, elle recouvre la notion. Exemple cité dans *Jurisclasser International*, Plagnet (B), « Abus de traités ».

⁵¹² Rosenbloom (D), « Derivative benefits: emerging US treaty policy », *Intertax*, February 1994, p. 83.

que la présence d'une situation triangulaire elle-même, cette dernière n'étant qu'une conséquence.

Deux axes ont été traditionnellement développés par l'Organisation : à l'origine, une revue factuelle et technique de situations abusives et des propositions de changement des conventions afin de lutter contre ces pratiques⁵¹³ et, plus récemment, une approche de communication et de transparence afin de permettre aux Etats d'accéder à l'information de manière généralisée pour leur faciliter la lutte contre les structures, dont l'avantage fiscal est fondé sur l'absence de transmission de l'information dont le *CBCR*⁵¹⁴⁵¹⁵ est l'exemple symptomatique. Nous ne nous attacherons pas, dans le cadre de notre étude, au cas où l'optimisation fiscale est la conséquence de l'absence d'information⁵¹⁶.

Dès 1986, et repris sous les commentaires de l'article 1^{er} du Modèle de convention fiscale, l'OCDE a exprimé sa préoccupation à l'égard de l'usage incorrect des conventions fiscales. Elle a tenté de présenter des situations dans lesquelles une société établie dans un Etat contractant sert à faire transiter un revenu dont le bénéfice est, d'un point de vue économique, recueilli par une personne domiciliée dans un autre Etat, qui est alors en mesure de profiter « indûment » des avantages prévus par une convention fiscale⁵¹⁷. Dès cette époque, la préoccupation première de l'Organisation a été de défendre, d'une part, l'Etat de source dont elle considérait qu'il était extrêmement vulnérable, mais aussi l'Etat du domicile dont le traitement fiscal a été analysé dans un second rapport⁵¹⁸.

Les avantages prévus par les conventions auxquelles il est fait référence à cette époque, peuvent être obtenus principalement de deux manières : par l'utilisation d'une société « relais direct » ou par une stratégie de « tremplin ». La société dite « relais direct » est une société résidente de l'Etat A qui reçoit de l'Etat B des dividendes, intérêts ou redevances et qui en vertu de la convention fiscale signée entre l'Etat A et l'Etat B, demande à l'Etat B une exonération totale ou partielle de la retenue à la source opérée par cet Etat. Cette

⁵¹³ *L'application du Modèle de convention fiscale de l'OCDE aux sociétés de personnes*, Ed. OCDE, adopté par le comité des affaires fiscales de l'OCDE en janvier 1999.

⁵¹⁴ Country by country reporting.

⁵¹⁵ *Lutter contre la planification fiscale agressive par l'amélioration de la transparence et de la communication de renseignements Rapport sur les initiatives en matière de communication de renseignements*, février 2011, Ed. OCDE, Paris.

⁵¹⁶ Cas qui relève de la fraude caractérisée qui se situe en dehors de notre étude.

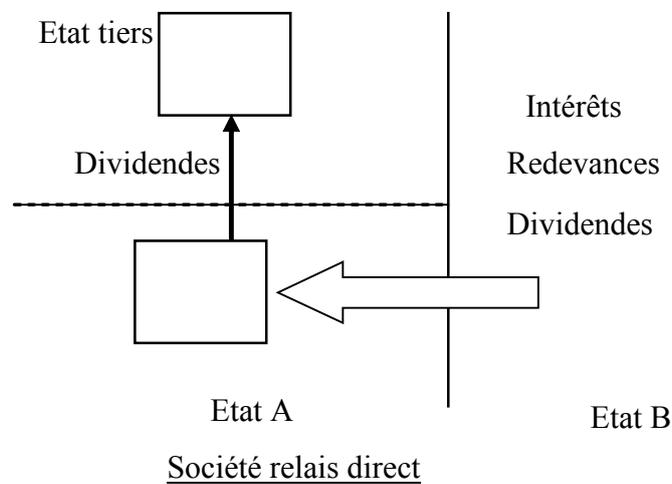
⁵¹⁷ *Les conventions préventives de la double imposition et l'utilisation des sociétés relais*. Adopté par le Conseil de l'OCDE le 27 novembre 1986, Com. 2, Ed. OCDE, Paris

⁵¹⁸ *Les conventions préventives de la double imposition et l'utilisation des sociétés écran*. Adopté par le Conseil de l'OCDE le 27 novembre 1986, Ed. OCDE, Paris. Ce rapport est consacré principalement à des structures qui utilisent des paradis fiscaux au moyen de « sociétés écran » (*base companies*) établies dans des zones à faible imposition dans le but d'y mettre à l'abri des revenus et de réduire ainsi les impôts dus dans le pays du domicile du contribuable.

société, en réalité, appartient entièrement à un résident d'un Etat tiers qui ne peut bénéficier des dispositions de la convention signée entre les Etats A et B.

Cette structure est donc constituée afin de profiter des avantages prévus par la convention fiscale. Dans le cas de dividendes, le revenu est exonéré d'impôt dans l'Etat A, en vertu d'un régime sociétés mères/filiales ou équivalent prévu par la législation interne de l'Etat A ou par la convention entre l'Etat A et l'Etat B. Nous sommes en présence d'une situation formellement bilatérale, analysée comme une situation triangulaire dans l'esprit.

Cette structure est représentée de la manière suivante :



Une alternative est celle dite de « tremplin »⁵¹⁹, pour laquelle la situation est similaire à celle de l'exemple précédent, mais la société résidente de l'Etat A est intégralement assujettie à l'impôt dans cet Etat. Elle verse corrélativement un montant élevé d'intérêts, commissions, rémunérations de services et de dépenses similaires à une seconde société apparentée, créée dans l'Etat D. Ces versements, étant déductibles des bénéfices de la société établie dans l'Etat A, réduisent d'autant la base imposable de celle-ci ; ils sont également exonérés d'impôt dans l'Etat D, où elle dispose d'un régime fiscal par définition favorable. Cette stratégie peut être observée dans la réalité⁵²⁰.

⁵¹⁹ « *Stepping stone* », *Les conventions préventives de la double imposition et l'utilisation des sociétés relais*. Adopté par le Conseil de l'OCDE le 27 novembre 1986, Com. 2, Ed. OCDE, Paris.

⁵²⁰ Pour illustrer nos propos par un exemple contemporain, on mentionnera la situation du groupe Google, reprise par la presse, même s'il convient de nuancer le propos dans la mesure où les profits rapatriés aux Etats-Unis seraient imposés à un taux normal dans cet Etat, l'avantage fiscal n'étant que temporaire, jusqu'au moment de la distribution. « L'OCDE s'attaque à Google, Amazon ou Apple », *Le Figaro*, 21 janvier 2013.

La question de l'acceptabilité de ces situations est posée par l'OCDE, qui considère que la situation n'est pas satisfaisante dès lors que les avantages accordés par la convention conclue entre deux Etats profitent économiquement à des personnes qui sont résidentes d'un Etat tiers, « *d'une manière qui n'était pas prévue par les Etats contractants* », et que cela fait échec au principe de la réciprocité et rompt l'équilibre des sacrifices consentis par les parties contractantes dans une convention fiscale⁵²¹. Cet argumentaire doit être, selon nous, réfuté en matière de situations triangulaires.

b L'inapplicabilité des concepts existants aux situations triangulaires

Dans le cas des situations triangulaires, l'analyse de l'OCDE peut être remise en cause, dans la mesure où, si les conventions en place suivent toutes le même Modèle prôné par l'OCDE, l'argument principal qui consiste à soutenir que la convention fiscale est utilisée de manière non voulue par les Etats contractants n'existe pas puisque les sacrifices sont acceptés consciemment lors de la mise en place des conventions par les Etats contractants.

Le second argument développé par l'OCDE, serait qu'un revenu ne peut être totalement exonéré, ou faire l'objet d'une imposition anormalement faible d'une manière non voulue par les Etats contractants, ne nous semble pas, formellement acceptable. On notera de manière accessoire que la notion d'imposition faible de l'établissement stable n'est pas définie, rendant la vision objective quasi impossible et démontrant aussi le caractère relativement archaïque du concept.

Des arguments supplémentaires sont développés dans le cadre de l'étude de l'Organisation sur les situations triangulaires dans laquelle l'établissement stable faiblement imposé est présumé source de situations abusives⁵²². Il s'agit d'un argument fondé sur la motivation, pour les Etats contractants, à consentir une renonciation réciproque au droit d'imposer en tant qu'élément essentiel à la conclusion d'un traité. La renonciation d'un Etat à son droit d'imposer au travers de la mise en place d'une convention fiscale serait motivée par la volonté réciproque de l'autre Etat de renoncer lui aussi, et non par une volonté de permettre la mise en place de structures optimisantes.

⁵²¹ *Les conventions préventives de la double imposition et l'utilisation des sociétés relais*. Adopté par le Conseil de l'OCDE le 27 novembre 1986, Com. 7, Ed. OCDE, Paris.

⁵²² *Modèle de convention fiscale : quatre études, « Cas triangulaires »*, adopté par le Conseil de l'OCDE le 23 juillet 1992.

Cet argument, certes audible, n'est pas totalement convaincant si l'on considère que les deux Etats ont, implicitement, unilatéralement accepté de renoncer à toute imposition, quelle que soit l'imposition perçue par l'autre. La question politique de la renonciation consciente d'un Etat à une imposition, certes d'actualité, ne nous semble pas une raison suffisante pour remettre en cause le système. Il n'apparaît d'ailleurs pas que le Modèle de convention combatte formellement les situations dans lesquelles les deux Etats renoncent à leur droit d'imposer, même si l'imposition globale devient alors très faible.

Pour nuancer nos précédents propos, on peut imaginer que dans le cas où la faiblesse de l'imposition est la conséquence d'une évolution législative unilatérale d'un Etat, postérieurement à la mise en place d'une convention fiscale, la renonciation initiale des Etats à leur droit d'imposer pourrait être remise en cause. Cette vision laisse cependant une place extrême à l'analyse « contractuelle » des conventions fiscales internationales. La question de la stabilité du traité, en fonction des modifications des droits internes des Etats est probablement une question plus large d'interprétation, à laquelle une réponse de principe dépasse notre sujet et relève plus de la notion de concurrence fiscale.

Le dernier argument avancé par l'OCDE est que l'Etat de résidence du bénéficiaire du revenu en dernier ressort est peu incité à conclure une convention avec l'Etat de la source, car ses propres résidents peuvent continuer à profiter indirectement des avantages accordés par l'Etat de la source, tout en interposant une entité ou un établissement dans un Etat tiers, sans que l'Etat de la résidence lui-même ait à accorder des avantages équivalents. C'est la raison pour laquelle l'OCDE refuse l'application du traité S/P, comme nous le proposons.

Cet argument est, certes, intéressant, mais d'un effet limité. Chaque Etat de source peut comprendre que, si la possibilité d'investir sans impôt est offerte par une route indirecte, il n'y a pas de raison de ne pas négocier une telle non-imposition directement. Pour l'Etat de résidence, l'imposition réduite par la mise en place du traité n'a pas d'impact négatif sur son budget. Il est même possible que, la réduction de l'imposition dans l'Etat de source puisse avoir un impact positif sur son budget, lorsque cette retenue à la source est imputée sur les revenus imposables dans l'Etat de résidence dans une situation bilatérale et que celle-ci ne l'est plus dans la situation d'interposition.

Par ailleurs, dans les cas de *treaty shopping* par interposition de sociétés, l'OCDE est extrêmement prudente, réservant traditionnellement l'application de mesure anti-abus aux

situations manifestement abusives, c'est-à-dire lorsque la bonne foi ne peut être présumée⁵²³. Ces précautions ne sont pas reprises en ce qui concerne les situations triangulaires par interposition d'un établissement stable faiblement imposé, sans que la raison en soit réellement identifiée.

2. *La présomption de bonne foi inapplicable aux situations triangulaires*

Comme nous l'avons noté, en matière de situations triangulaires par interposition d'un établissement stable, l'OCDE est moins équitable que pour les filiales et ne mentionne pas de manière affirmée la présomption de bonne foi des transactions.

a *L'absence de justification pertinente du refus*

L'approche de l'Organisation est paradoxale. Dès lors que la crainte de permettre une optimisation agressive généralisée d'une utilisation abusive des conventions fiscales est une stratégie acceptable, on comprend mal l'absence de présomption de bonne foi. En effet, l'interposition supposée d'un établissement étant neutre fiscalement pour le pays de source, le traitement fiscal devrait être au moins aussi favorable en matière d'établissements stables que de filiales.

On peut donc légitimement s'interroger sur l'application d'une présomption d'optimisation fiscale dans le cas de situations triangulaires alors qu'elle n'existe pas en matière de filiales. La question n'est pas tranchée.

De manière assez surprenante, la notion de rattachement et la nécessité de réunir les éléments matériels caractéristiques d'identification d'un établissement stable prévu à

⁵²³ En effet, il est indiqué que : « *Les situations (...) se produisent dans de nombreuses transactions normales d'entreprises qui opèrent sur le plan international. Ainsi, une société mère d'un groupe établie dans l'Etat X peut avoir une filiale de production dans l'Etat A, qui a mis au point pour ses fabrications un brevet dont elle a concédé l'usage à une entreprise établie dans l'Etat B dont elle perçoit des redevances. Il est clair que le bénéfice des exemptions d'impôts prévues pour ces redevances dans la convention conclue entre l'Etat A et l'Etat B ne saurait être refusé parce qu'aucune convention n'a été signée entre l'Etat de la source des redevances (B) et l'Etat de la société mère (X). Ces transactions de bonne foi n'entrent pas dans le cadre du présent rapport car elles n'impliquent manifestement aucune utilisation incorrecte des conventions fiscales. Il en est ainsi, d'une façon générale, dans tous les cas où les actifs ou droits générateurs du revenu pour lequel les avantages prévus par la convention sont réclamés sont effectivement liés à certaines activités exercées dans l'Etat A, comme la production, la prestation de services ou la commercialisation de marchandises* ». *Les conventions préventives de la double imposition et l'utilisation des sociétés relais*. Conseil de l'OCDE le 27 novembre 1986, Ed. OCDE, Paris.

l'article 5 du Modèle de convention fiscale ne semblent pas atténuer les craintes exprimées par l'OCDE⁵²⁴⁵²⁵.

Notre opinion est que, le risque de *treaty shopping*, en présence d'un établissement stable, est, au contraire, plus faible dans la mesure où le besoin de substance pour faire exister un établissement stable est plus important que la substance requise pour créer une filiale. On imagine mal un groupe recourir à un prête-nom pour diriger un établissement, alors que sa responsabilité juridique ne serait pas limitée, au contraire d'une filiale, où la pratique de la mise en place d'administrateurs sans pouvoir opérationnel est assez courante.

De même, du point de vue de la notion de résidence, lorsque le critère est celui du lieu de l'enregistrement, il semble que l'existence d'un établissement stable fondée sur des caractéristiques matérielles et opérationnelles crée moins de risque de fraude et d'évasion que le critère purement formel de l'incorporation.

Même si la mise en place d'un établissement stable peut se faire sans enregistrement, au contraire d'une société, cet argument n'est cependant pas pertinent dans la mesure où les pays sélectionnés pour ce type d'évasion sont en général assez flexibles quant aux formalités d'enregistrement des sociétés.

En réalité, ce qui semble justifier la méfiance de l'OCDE vis-à-vis des établissements stables est le fait que les transactions entre l'établissement stable⁵²⁶ et le siège ne sont encadrées par aucun formalisme, puisqu'il s'agit de la même personne morale. En conséquence, leur contrôle serait plus complexe et devra être mené avec minutie. Le risque d'allocation des actifs à un établissement pour bénéficier d'un avantage fiscal serait plus élevé. On retrouve cette vision dans les travaux consacrés à ce sujet qui insistent sur le fait qu'*« il est donc nécessaire d'examiner plus attentivement les opérations internes entre un ES et le reste de l'entreprise dont il fait partie que les transactions entre deux entreprises associées. Il est aussi nécessaire d'examiner plus attentivement la documentation (en l'absence inévitable de contrats juridiquement contraignants par exemple) qui pourrait exister par ailleurs et considérant la singularité de la question, les pays souhaiteraient*

⁵²⁴ *Modèle de convention fiscale : quatre études, « Cas triangulaires »*, adopté par le Conseil de l'OCDE le 23 juillet 1992.

⁵²⁵ Sous réserve des activités dématérialisées.

⁵²⁶ Ou même les établissements eux-mêmes en cas de sous-établissements stables.

qu'il incombe aux contribuables de prouver clairement que l'opération interne doit être prise en compte »⁵²⁷.

On peut raisonnablement s'interroger si le risque de fictivité entre entreprises contrôlées, d'une part, entre établissement et siège ou entre établissements du même siège, d'autre part, est uniquement différencié par un formalisme juridique, que la plupart des législations permettent d'écarter en cas de fraude. Dès lors qu'un groupe a décidé de mettre en place une structure de *treaty shopping* lui-même, ne pas respecter la substance des relations que celles-ci soient matérialisées par des contrats intra-groupe conclus « avec lui-même », ou par des allocations purement formelles entre le siège et l'établissement stable, ne nous semble pas justifier une différence de traitement.

En pratique, les groupes s'obligent à formaliser ces relations de manière comparable, ce critère ne nous semblant pas permettre de considérer les situations triangulaires en présence d'un établissement stable comme particulièrement risquées du point de vue des administrations. Pourtant, selon l'OCDE, c'est cet argument, quoique postérieur aux travaux spécifiques sur les situations triangulaires, qui rendrait le risque d'évasion par attribution d'actifs à un établissement, non ou faiblement imposé, plus élevé qu'en cas de filiales.

Notons que la liberté des groupes dans ce domaine n'est pas toujours totale et que les décisions d'attribution formelle à des établissements peuvent avoir des conséquences juridiques vis-à-vis de tiers, comme par exemple la protection de la propriété industrielle en matière d'incorporels ou l'application ou non de réglementations des activités financières dans le pays d'établissement.

Il nous semble que la question est plus une question de substance qu'un risque accru d'évasion fiscale, liée à l'existence de situations triangulaires⁵²⁸.

b L'incohérence avec les autres principes de l'OCDE

⁵²⁷ *Rapport sur l'attribution de bénéfices aux établissements stables du 22 juillet 2010*, approuvé par le Comité des Affaires Fiscales le 22 juin 2010 et par le Conseil de l'OCDE, le 22 juillet 2010 pour publication. Section B3, p. 21. Repris Com. 25 sous l'article 7 du Modèle de convention fiscale.

⁵²⁸ L'OCDE semble d'ailleurs avoir identifié cette question dans le cadre de ses études les plus récentes, *Action 5 : Lutter plus efficacement contre les pratiques fiscales dommageables, en prenant en compte la transparence et la substance*, 19 juillet 2013, OCDE, *Plan d'action concernant l'érosion de la base d'imposition et le transfert de bénéfices*, Éd. OCDE.

Certains éléments contenus dans les travaux de l'OCDE éclairent le sujet de manière contradictoire.

Ainsi, par exemple, l'OCDE contredit dans ses commentaires la présomption d'évasion fiscale lorsqu'est réaffirmée la non-application d'un principe d'attraction pour l'établissement stable⁵²⁹. L'abandon ou plus exactement la non-application de ce principe, conforte la logique de non-présomption d'évasion fiscale lors de la mise en place de situations triangulaires. *A contrario*, la filiale bénéficie d'une sorte de « principe d'attraction » puisque toutes les transactions conclues par une filiale sont présumées attribuées à cette filiale, alors que, pour l'établissement, il faut démontrer l'allocation, protégeant ainsi les Etats d'une fraude par fictivité.

L'OCDE définit, en outre, désormais de manière assez précise la méthode pour attribuer les profits à un établissement stable ce qui, selon nous, constitue le succédané de règles anti-abus en matière d'établissements stables comparables à celles applicables aux filiales. Les autorités fiscales des pays doivent ainsi considérer, une par une, les diverses sources des bénéfices que l'entreprise tire de leur pays et appliquer à chacune le critère de l'établissement stable, sous réserve de l'application éventuelle des autres articles de la Convention. L'OCDE reconnaît d'ailleurs qu'une entreprise « *peut avoir des raisons commerciales parfaitement valables pour procéder ainsi fondées, par exemple, sur la structure historique de son activité ou sur des motifs de convenance sur le plan commercial.* »⁵³⁰ Les commentaires insistent sur la notion de « *bénéfices qui sont attribuables à l'établissement stable* » figurant au paragraphe 1 de l'article 7 et confirment l'importance de cette méthodologie.

Le sous-jacent est qu'un établissement doit se voir reconnaître le montant de bénéfices « (...) *que l'établissement aurait pu réaliser 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*

⁵²⁹ Il est précisé que : « *Même si certaines conventions fiscales bilatérales prévoient une règle anti-abus de portée limitée fondée sur une conception restreinte de la force d'attraction s'appliquant uniquement aux bénéfices d'entreprise tirés d'activités similaires à celles exercées par un établissement stable, l'approche de la force d'attraction générale décrite précédemment est désormais rejetée dans la pratique internationale en matière de conventions fiscales* ». Com. 12 sous l'article 7 du Modèle de convention fiscale.

⁵³⁰ Com. 12 sous l'article 7 du Modèle de convention fiscale.

risques assumés par l'intermédiaire de l'établissement stable et d'autres parties de l'entreprise »⁵³¹.

Ainsi, la crainte de voir des entreprises transférer de manière fictive des actifs et profits du siège vers l'établissement par principe non-imposé est en pratique couverte par le régime des allocations et non celui d'un système de présomption. Le risque de fraude par interposition d'un établissement pourrait s'avérer même plus faible que pour une filiale.

Le système d'allocation est plus objectif que celui de l'analyse « d'une imposition faible », puisque l'établissement est observé sur la base de son activité propre, car ce régime « *ne cherche pas à répartir les bénéfices globaux de l'ensemble de l'entreprise entre l'établissement stable et les autres parties de l'entreprise, mais prévoit au contraire que les bénéfices attribuables à un établissement stable doivent être déterminés comme s'il s'agissait d'une entreprise distincte. Des bénéfices peuvent donc être attribués à un établissement stable même si l'entreprise dans son ensemble n'a jamais réalisé de bénéfices. À l'inverse, le paragraphe 2 peut conduire à n'attribuer aucun bénéfice à un établissement stable même si l'entreprise dans son ensemble a réalisé des bénéfices* »⁵³².

La vision de l'OCDE s'applique même en matière de documentation, puisqu'elle propose sans justification indiscutable des obligations « *pour les opérations internes qui soient plus lourdes que celles qui s'appliquent aux transactions intervenues entre entreprises associées* »⁵³³.

L'Organisation n'est pas cohérente avec le principe de non-discrimination qui oblige à ne pas traiter de manière défavorable les établissements en comparaison des filiales conformément à l'article 24(3) du Modèle de convention fiscale. Une présomption renforcée d'optimisation à l'encontre des établissements stables sous le prétexte d'un risque théorique de délocalisation accrue au travers de la mise en place de situations triangulaires, pourrait s'opposer à l'analyse retenue par cette Organisation en matière de non-discrimination « *afin de faire en sorte que les établissements stables soient, dans la mesure du possible, traités de la même manière que les filiales* »⁵³⁴. On notera que

⁵³¹ Com. 15 sous l'article 7 du Modèle de convention fiscale.

⁵³² Com. 17 sous l'article 7 du Modèle de convention fiscale.

⁵³³ Com. 26 sous l'article 7 du Modèle de convention fiscale.

⁵³⁴ Com. 26 sous l'article 7 du Modèle de convention fiscale.

l'affirmation de ce principe, assez timide sous l'article 7, puisque les établissements seraient « *dans la mesure du possible traités de la même manière que les filiales* », doit être jugée comme soumise à une interprétation beaucoup plus tranchée, issue de l'article 24(3) et de ses commentaires, qui confirment l'impossibilité de traiter un établissement d'une manière moins favorable qu'une filiale et confirme l'impossibilité d'appliquer aux établissements stables, en général, et aux situations triangulaires, en particulier, une présomption de fraude.

Enfin, il nous semble qu'il n'est pas possible en application du droit communautaire de traité de manière défavorable les établissements stables en comparaison avec des filiales. Cet élément devrait pousser l'OCDE à appliquer en priorité de manière comparable els dispositifs destinés à lutter contre l'interposition de filiales aux situations triangulaires, restreignant leurs options dans le cadre de la mise en place du projet *BEPS*⁵³⁵.

B. L'optimisation réellement recherchée

Si l'on admet que certains situations triangulaires sont mises en place dans un but d'optimisation fiscale, il convient de noter que celle-ci est de plusieurs natures : conventionnelle (1) mais aussi motivée par la tentative de bénéficier de la combinaison de régimes fiscaux internes des Etats en présence (2).

1. La création d'un réseau virtuel de conventions fiscales

a La combinaison d'avantages dans plusieurs Etats

L'optimisation fiscale recherchée n'est pas seulement celle identifiée par l'OCDE relative à la volonté d'accéder à la faible imposition dans l'Etat P⁵³⁶. L'avantage fiscal potentiellement recherché dépend à la fois de l'existence ou non de traités entre les Etats, des différents niveaux de retenue à la source dans les divers traités, du régime fiscal applicable dans l'Etat R (crédit d'impôt ou exemption) et de celui applicable à l'établissement dans l'Etat P (faible imposition).

⁵³⁵ Panayi (C.), « The compatibility of the OECD/G20 base erosion and profit shifting proposals with EU law », *European Taxation*, IBFD, January/February 2016, p. 95-112.

La combinaison de ces avantages peut permettre⁵³⁷ :

- 1- De localiser l'imposition dans un Etat à faible pression fiscale (Etat P ou l'Etat R).
- 2- D'avoir accès à un traité d'une manière induite, alors même que les Etats peuvent ne pas avoir souhaité que ce soit le cas (traité S/R).
- 3- De bénéficier de retenues à la source qui, en l'absence de la situation triangulaire, seraient plus élevées (traité S/R).
- 4- De bénéficier éventuellement de l'élimination de doubles impositions, qui n'existent pas dans l'Etat R et/ou dans l'Etat P.

L'avantage fiscal peut donc être recherché dans un, deux ou trois Etats. On retrouve ici, de manière assez logique, le caractère multilatéral des situations triangulaires mais aussi le caractère combiné des optimisations possibles.

Le principal avantage identifié par l'OCDE est celui lié à l'imposition potentiellement favorable dans l'Etat de localisation de l'établissement et le risque de détournement des revenus pour les localiser artificiellement dans cet Etat⁵³⁸. Il est en réalité la combinaison d'une imposition faible dans l'Etat P et d'une exonération des profits dans l'Etat R. Il s'agit ici, en réalité, d'une maximisation des opportunités offertes par un environnement de concurrence fiscale entre Etats qui, à notre avis, est hors des compétences de l'OCDE.

L'OCDE résume cette situation de la manière suivante :

« Une autre question qui se pose en relation avec les cas triangulaires est celle des abus. Dans les cas où l'Etat contractant dont l'entreprise est un résident exonère les bénéfices de l'établissement stable situé dans l'autre Etat contractant, le danger existe que de telles entreprises transfèrent des actifs tels que des actions, des obligations ou des brevets à des

⁵³⁶ *Modèle de convention fiscale : quatre études, « Cas triangulaires »*, adopté par le Conseil de l'OCDE le 23 juillet 1992.

⁵³⁷ Les avantages 2 et 3 pouvant être considérés principalement comme de optimisations liées à l'interposition d'un siège.

⁵³⁸ Notons que le risque d'opération d'évasion fiscale utilisant une méthode de tremplin est probablement réduit dans le cas de situations triangulaires, dans la mesure où, en pratique, les charges payées au siège par un établissement sont déductibles de manière plus restrictive que les charges payées par une filiale à sa société mère. Même si certains Etats acceptent de manière similaire et, en tout état de cause, pas plus favorable, la déduction de charges payées par un établissement à son

établissements stables dans des Etats qui prévoient un traitement fiscal particulièrement favorable. »⁵³⁹

Cette préoccupation est aussi relevée dans les commentaires sous l'article 21, où il est indiqué :

« Certains Etats qui appliquent la méthode de l'exemption (article 23A) pourraient craindre que le régime découlant du paragraphe 2 amène des entreprises d'un Etat contractant à confier certains avoirs, tels que des actions, obligations ou brevets, à un établissement stable situé dans l'autre Etat contractant, afin d'y bénéficier d'un traitement fiscal plus favorable. Pour faire obstacle à de telles pratiques, qu'ils estiment abusives, certains Etats pourraient juger que la transaction est artificielle et considérer, pour cette raison, que ces avoirs ne se rattachent pas effectivement à l'établissement stable. D'autres Etats peuvent renforcer leur position en ajoutant au paragraphe 2 une condition stipulant que ce paragraphe ne s'applique pas aux cas où ces pratiques ont eu pour objectif essentiel de tirer avantage de cette disposition. »⁵⁴⁰

On notera que, dans ce cas, l'objet n'est pas uniquement de bénéficier d'un régime favorable local dans l'Etat P, mais aussi de contourner les règles d'attribution des actifs⁵⁴¹. En pratique, l'OCDE se concentre principalement sur les revenus passifs qui sont, selon elle, les revenus les plus soumis à une évasion fiscale visant implicitement (et même explicitement) les banques. Comme l'établissement stable est présumé favorable aux fraudes ou optimisations, cette fraude ou optimisation est, pour l'OCDE, le fait principalement des institutions financières qui, pour des raisons réglementaires, utilisent de manière systématique des établissements stables. L'automatisme du lien n'est pas démontrée, selon nous.

siège, de nombreux Etats posent, en effet, des restrictions supplémentaires ou interdisent totalement la déduction de ces charges, rendant le recours à une situation triangulaire, pour une volonté d'interposition tremplin, probablement inefficace

⁵³⁹ Com. 71 sous l'article 24(3) du Modèle de convention fiscale version 2008.

⁵⁴⁰ Commentaire Modèle de convention fiscale sous articles 21 et 6.

⁵⁴¹ Cf. Nos développements relatifs aux situations triangulaires imparfaitement déclarées au Titre 2 de la présente partie.

L'ONU, de son côté, ne propose pas d'innovations particulières. Elle reprend, dans son Modèle mis à jour en 2012, des principes identiques. Dans le cadre de l'utilisation abusive des traités, il est précisé que les situations triangulaires peuvent receler des abus de traités lorsque l'Etat de localisation de l'établissement stable impose faiblement les profits reçus par ce dernier. L'ONU reprend sur ce point les commentaires de l'OCDE sous l'article 24, ainsi que les options alternatives de rédaction proposées sur une base bilatérale⁵⁴². Ici aussi, les concepts ne sont pas révolutionnaires.

En réalité, l'avantage lié à l'existence d'une faible imposition dans l'Etat P, ne se matérialise que si l'Etat R dispose d'une méthode d'exemption interdisant l'imposition de revenus qui auraient été imposés dans l'Etat R d'y être effectivement imposés et que celui-ci n'applique pas des règles de *CFC* interdisant cette exonération. Il est la conséquence de l'application du traité P/R proposée par l'OCDE elle-même.

b L'interposition d'un siège

Il nous semble qu'il existe en réalité un avantage plus évident que celui identifié par l'ONU et l'OCDE, qui est celui de l'application même d'un traité, alors que les Etats de source ne possèdent pas de traité avec l'Etat P, donc, par hypothèse, on considère qu'ils s'assimilent à un paradis fiscal.

Il s'agit d'une opération de *treaty shopping* classique, non pas par interposition d'un établissement stable, mais interposition d'un siège. Le risque n'est pas alors une allocation fictive des actifs dans le paradis fiscal, mais une création d'un siège fictif dans l'Etat R, permettant de réduire la retenue à la source dans l'Etat S. Cette migration est d'ailleurs opérationnellement plus simple que l'attribution des actifs d'un Etat dans un autre.

Assez paradoxalement, une société de l'Etat P aurait ainsi intérêt à migrer dans l'Etat R pour bénéficier du traité S/R, alors qu'elle ne pourrait pas en bénéficier en l'absence de migration. Cette situation relève plus des questions liées à l'utilisation de sociétés résidentes de plusieurs Etats (« *DRC* ») plutôt que de l'interposition d'un établissement

⁵⁴² Commentaires du Modèle de convention ONU mis à jour 2012 sous l'article 1^{er}, *Improper use of tax treaties*.

stable. L'évolution de l'article 4 du Modèle de convention est une direction adaptée pour régler cette difficulté, même si l'étude détaillée du sujet dépasse le cadre de notre étude⁵⁴³.

Cet avantage essentiel lié à la mise en place d'une situation triangulaire est créé par la logique même du traitement proposé par l'OCDE et l'application du traité S/R. Economiquement, les biens sont exploités depuis l'Etat P et possèdent des liens avec cet Etat, alors que celui-ci pourrait ne pas avoir de traité avec les Etats de source. Cette situation permet à l'Etat de localisation de l'établissement stable de créer un réseau « notionnel » de conventions « virtuelles » ou, de manière plus simple, d'étendre le réseau de l'Etat P à celui dont l'Etat R pourrait disposer.

L'OCDE ne semble pas préoccupée directement par cette question, se contentant, soit de considérer la situation dans laquelle aucun traité n'existe et constate alors que « *l'entreprise est assujettie sans aucune limitation à l'impôt dans l'Etat R. Les bénéfices de l'établissement stable, y compris les revenus provenant de l'Etat S, sont imposés dans l'Etat P. L'Etat S peut prélever son impôt à la source sur le revenu versé à l'établissement stable* »⁵⁴⁴, soit d'analyser la situation lorsque tous les Etats sont liés par une convention sans pourtant, même dans ce cas, évacuer le risque d'évasion fiscale⁵⁴⁵. L'OCDE crée elle-même le risque qu'elle est censée combattre⁵⁴⁶.

En toute logique, ce n'est pas la résidence de l'établissement stable qui devrait être refusée pour des raisons d'évasion fiscale, c'est l'application même d'un système d'exonération dans l'Etat R, comme prévu par le traité R/P. La vision exprimée nous semble totalement incohérente de la part d'une organisation, qui propose elle-même ce système d'exemption

⁵⁴³ Raad (K), « Triangular cases », IBFD, *European Taxation*, September 1993, p. 298-301. Raad (K), « Dual residence », IBFD, *European Taxation*, August 1988, p. 241-246. Madeira (E), « Exploring the boundaries of the application of article 10(5) of the OECD Model », *Intertax*, Kluwer Volume 35, issue 8/9, p. 473-483. Dommes (S), Herdin (J), « The consequences of the tie breaker rule for Dual resident companies », SWI 2004, p. 450-455. Raad (K), « Dual residence and 1977 OECD Model treaty article 4(1), second sentence », IBFD, *European Taxation*, January 1990, p. 27-29. Gennep (C), « Dual resident companies. The second sentence of article 4(1) of the OECD Model Convention 1977 », IBFD, *European Taxation*, May 1991. Avery (JA), « 2008 OECD Model, place of effective management – What one can learn from history », IBFD, *Tax Treaty Monitor*, May/June 2009, p. 183-186. John (JA), « Place of effective management as a residence tie breaker », IBFD, *Bulletin*, January 2005, p. 20-24. Hinnekens (L), « Revised OECD-Tag definition of effective management in Treaty tie breaker rule », *Intertax*, Kluwer, Volume 31, issue 10, p. 314-319. Shalvav (S), « The evolution of article 4(3) and its impact on the place of effective management tie breaker rule », *Intertax*, Volume 32, issue 10, p. 460-476. Brugers (J), « Some thoughts on further refinement of the concept of place of effective management for tax treaty purposes », *Intertax*, Kluwer, Volume 35, issue 6/7, p. 378-386.

⁵⁴⁴ *Modèle de convention fiscale : quatre études*, « Cas triangulaires », adopté par le Conseil de l'OCDE le 23 juillet 1992. Com. 7.

⁵⁴⁵ Cas utilisé pour l'analyse développée dans *Modèle de convention fiscale : quatre études*, « Cas triangulaires », adopté par le Conseil de l'OCDE le 23 juillet 1992.

⁵⁴⁶ *Modèle de convention fiscale : quatre études*, « Cas triangulaires », adopté par le Conseil de l'OCDE le 23 juillet 1992. Com. 39.

au sein de son Modèle de convention fiscale. L'application du traité S/P aurait permis aux Etats de source, qui considèrent que l'Etat P est un paradis fiscal, de ne pas conclure de traité avec ce dernier, alors que le système proposé par l'OCDE permet une extension d'un réseau conventionnel à des Etats avec lesquels l'Etat S ne souhaite pas disposer d'un traité.

2. *La recherche cumulée d'avantages non-conventionnels*

Les avantages fiscaux liés à la mise en place de situations triangulaires sont, en réalité, la manifestation de la recherche plusieurs fois d'un avantage normalement utilisable une seule fois dans le pays de l'investissement. C'est la combinaison des droits internes qui est le but recherché.

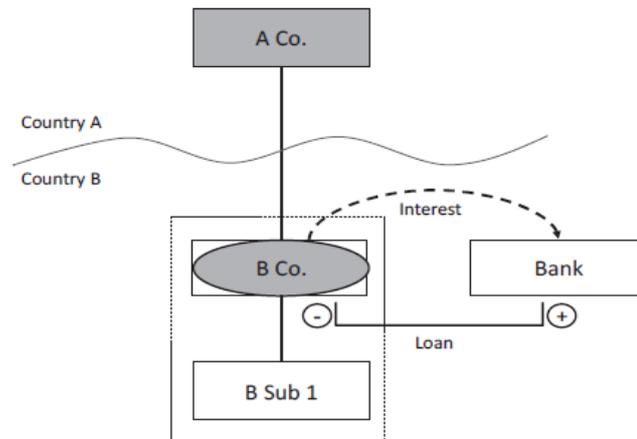
a *La combinaison de principes territoriaux et mondiaux⁵⁴⁷*

L'un des moyens utilisés pour obtenir des déductions multiples est le recours à des structures hybrides. Il n'est pas fait référence ici à des instruments hybrides⁵⁴⁸. Ces structures dans leur composante la plus répandue se présentent sous la forme d'un investissement effectué par un Etat qui applique un régime mondial permettant de prendre en compte la perte réalisée, dans l'Etat de localisation de l'établissement et dans l'Etat du siège. L'OCDE propose quelques exemples dans lesquels, des sociétés ou des établissements stables peuvent être utilisés et adaptés sous forme de situations triangulaires. Paradoxalement, l'OCDE donne une partie des recettes.

⁵⁴⁷ Il n'est pas question ici de présenter des exemples validés techniquement en détail, mais uniquement les concepts. Il est bien évident que ceux-ci devraient être analysés au regard des diverses législations en particulier des législations applicables en matière d'abus de droit dans les divers Etats ou celles applicables en matière de *CFC* même si leur effet reste plus limité dans un contexte communautaire.

Ainsi, par exemple :

Figure 3.1 Basic Double Deduction Structure Using Hybrid Entity



549

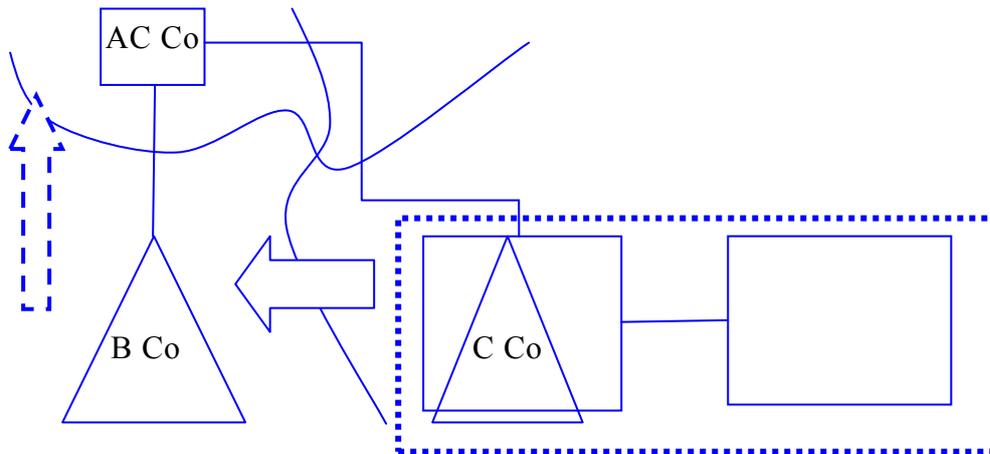
L'analyse est fondée sur une approche de territorialité flexible dans l'Etat du siège, celui-ci pouvant considérer que la perte réalisée dans l'Etat d'implantation de la filiale ou de l'établissement (B Co) est une perte ou une charge déductible aussi dans l'Etat du siège. Puisque, en général, l'Etat du siège prévoit aussi une imposition future des profits de l'établissement entraînant un risque de double imposition, l'optimisation doit être couplée avec la réalisation par l'établissement dans l'Etat P d'aucun revenu imposable ou d'un revenu exonéré dans l'Etat R, afin d'éviter la double imposition de celui-ci, contrepartie de la double déduction. L'idée est de prendre en compte les pertes dans les deux Etats, mais pas les profits. On peut conclure qu'il s'agit d'une subvention de l'Etat du siège à l'investissement hors de son territoire, l'Etat de situation des filiales ou, pour une situation triangulaire, de l'établissement stable, étant quant à lui neutre.

Ces structures ne sont pas dans leur forme originelle des structures triangulaires multilatérales, mais elles peuvent le devenir lorsqu'elles sont utilisées pour recevoir des revenus d'un Etat tiers et que les revenus passifs versés à B Sub1 proviennent de source d'un Etat C.

⁵⁴⁸ *Neutralising the Effects of Hybrid Mismatch Arrangements, Action 2 - 2015 Final Report*, OECD October 2015. Dourado (A.P.), « Aggressive Tax Planning in EU Law and in the Light of BEPS: The EC Recommendation on Aggressive Tax Planning and BEPS Actions 2 and 6 », 2015-43 *Intertax*, Issue 1, p. 42-57

⁵⁴⁹ Exemple issu de *Neutralizing the effects of Hybrids mismatches arrangements*, Ed. OECD 2014.

Une version utilisant des sociétés de personnes peut aussi être envisagée :



Dans cette hypothèse, l'Etat A où est localisé A Co, ne considère pas les flux puisque les deux sociétés B Co et C Co sont, pour lui, transparentes. L'avantage potentiel est lié au fait que l'Etat C considère la société C Co comme opaque. En conséquence, il permet à celle-ci non seulement d'être tête de groupe (ce n'est pas ici l'avantage recherché⁵⁵⁰), mais aussi de déduire le versement effectué. L'Etat B pourrait quant à lui ne pas imposer les flux reçus dans la mesure où ces versements sont de source étrangère, qu'il considère les sociétés de personnes comme totalement transparentes, et que la société de personnes B Co est elle-même détenue par un non-résident⁵⁵¹. Au cas où l'Etat B ne considérerait pas les entités comme totalement transparentes, alors un versement serait effectué de l'Etat B vers l'Etat A pour obtenir une déduction dans l'Etat B, elle-même non reconnue dans l'Etat A qui considère la société comme transparente.

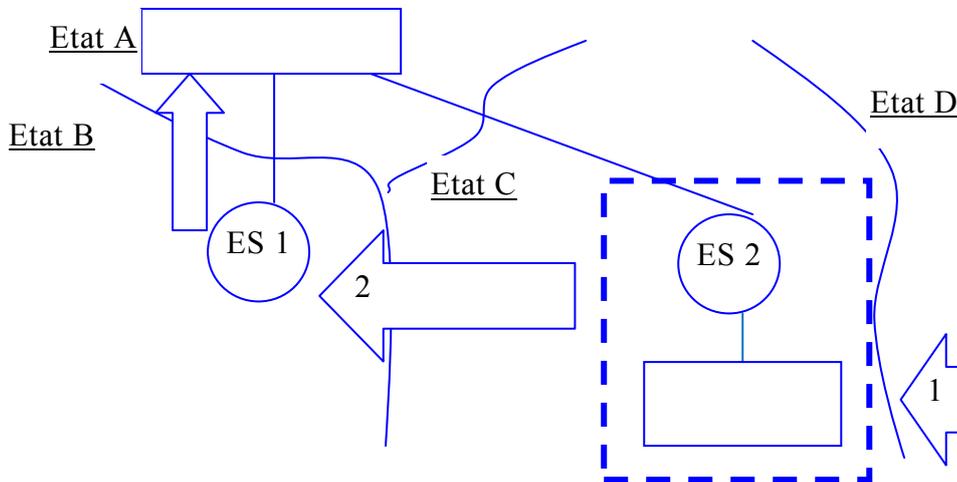
Les travaux récents de l'OCDE ne sont pas directement consacrés à l'interposition d'établissement stable, mais principalement à la mise en place d'instruments hybrides. La question n'est pas fondamentalement différente, même si l'avantage est procuré par la divergence fondamentale entre deux visions (territoriale et mondiale) alors que l'optimisation, résultant de la mise en place d'instruments hybrides, est fondée sur une divergence d'interprétation d'un instrument donné. Une structure optimisante peut ainsi parfaitement combiner l'utilisation d'établissements stables

⁵⁵⁰ Cf. Nos développements sur la double intégration fiscale.

⁵⁵¹ L'Etat B ne devrait pas imposer le revenu puisqu'il reconnaît la transparence de B, considère les revenus de source étrangère et que la société de personnes est exclusivement détenue par des non-résidents.

pour obtenir un résultat similaire à celui dénoncé par l'OCDE dans le cadre de son analyse consacrée aux hybrides.

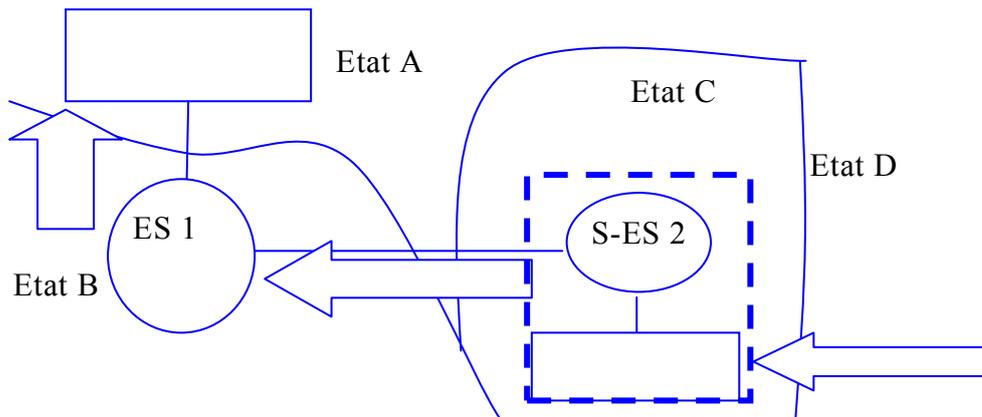
Cela peut être fait, par exemple, sous la forme de Dual PE :



Dans cette hypothèse, le revenu reçu dans l'Etat C de source D, par la filiale établie dans l'Etat C, est réduit d'une déduction effectuée dans l'établissement ES 2, lui-même donnant lieu à une déduction supplémentaire dans l'Etat A, en application du régime mondial de ce dernier. La question est de savoir si l'Etat A impose les profits de l'Etat B, sans déduction des versements effectués par l'établissement entre l'Etat B et l'Etat A, l'Etat B n'étant lui pas imposé, car la différence entre le revenu reçu de l'Etat C et la charge versée à l'Etat A étant nulle, si celui-ci traite l'établissement stable comme une société⁵⁵². On est donc ici en face d'une déduction sans imposition du revenu équivalent et même parfois d'une double déduction sans imposition du revenu équivalent.

⁵⁵² Sous réserve de la mise en place d'une rémunération conformes aux règles applicables en matière de prix de transfert.

Cette structure peut être proposée en utilisant un sous-établissement stable :



Dans ce cas, les versements sont effectués au profit du sous-établissement stable, celui-ci n'étant imposé nulle part. Les déductions effectives sont accordées dans l'Etat D.

A la différence des situations en matière d'hybride, pour lesquelles l'OCDE considère que l'avantage fiscal constitue la manifestation de la volonté d'optimisation, ces structures, à effet fiscal équivalent, ayant recours à l'utilisation d'établissements stables, ne sont pas présumées de manière irréfragable comme frauduleuses par l'Organisation. On touche les limites de l'approche de l'OCDE.

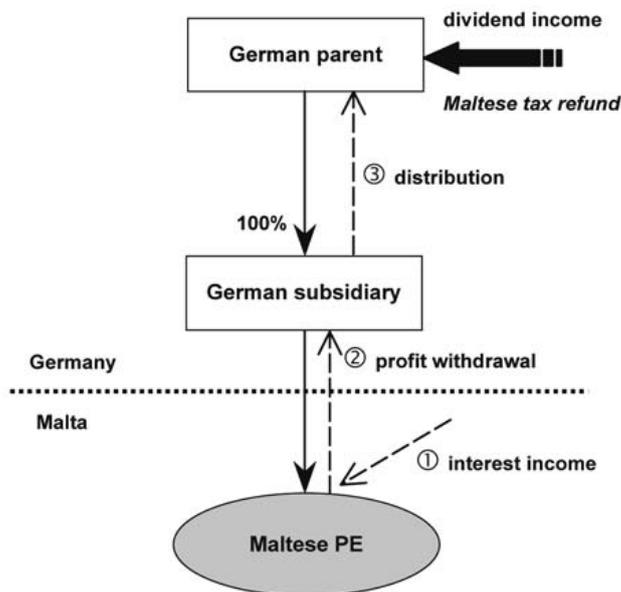
Les structures présentées ci-dessus ne sont pas que théoriques et ont été utilisées de manière régulière à la fin des années 90, pour des financements d'acquisitions, par exemple entre la France et le Royaume-Uni⁵⁵³.

Mettre un terme, autrement que par des règles unilatérales d'abus de droit interne ou de *CFC*, reviendrait à des remises en cause structurelles de chaque régime fiscal et nécessiterait une harmonisation qui reste, même dans l'Union européenne, compliquée et incertaine. On voit ici que la responsabilité est partagée entre les groupes qui utilisent les combinaisons favorables des systèmes et les Etats qui maintiennent ces systèmes différenciés en place pour attirer les capitaux chez eux.

⁵⁵³ Cas identifié par l'administration fiscale française qui a tenté de le combattre en remettant en cause l'existence de l'établissement stable se fondant donc sur une approche de substance qui ne peut atteindre que des montages sans réalité

En marge de ces exemples, on mentionnera que dans certains situations très spécifiques, la mise en place d'une situation triangulaire est un moyen d'échapper à l'application d'une règle anti-abus interne. Ainsi, dans certains cas, l'utilisation de succursale peut être un moyen d'échapper aux règles de *CFC* qui constituent cependant, selon nous une réponse adaptée à la question des situations triangulaires agressives.

On mentionnera par exemple le cas suivants dans lequel la création de la succursale permet une non-application des règles de *CFC* allemandes⁵⁵⁴ :



b L'utilisation de doubles intégrations fiscales

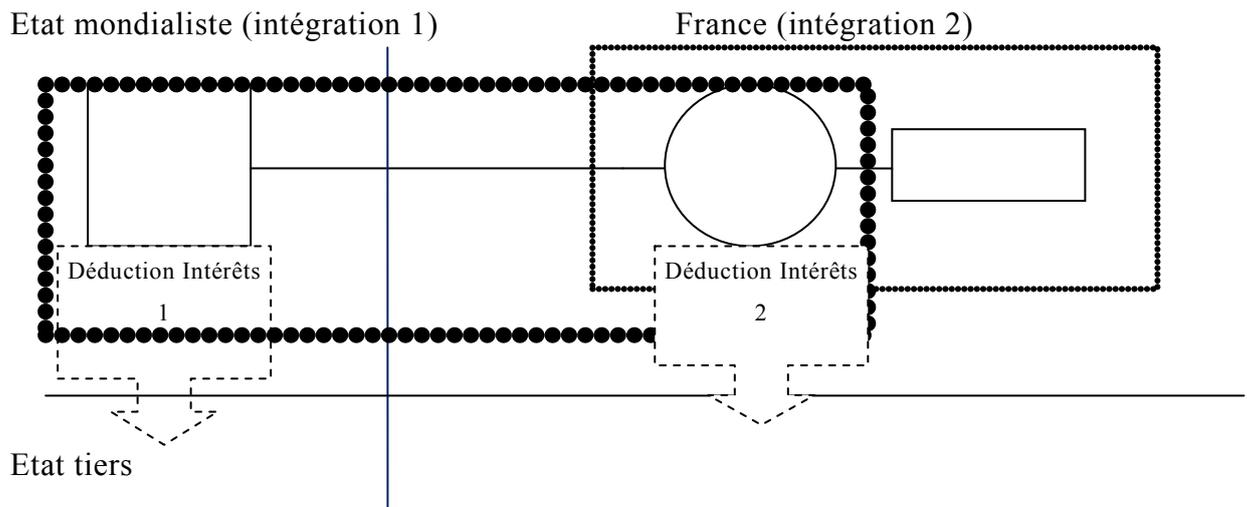
La situation précédente peut être combinée avec des intégrations fiscales dont la tête est un établissement stable mettant en œuvre des optimisations similaires à celles utilisant des sociétés doubles résidentes⁵⁵⁵.

opérationnelle. Panorama des redressements fiscaux. Compte rendu de la 9^{ème} conférence annuelle organisée le 2 juin 2007, *Dr. Fisc* n° 43, Comm 933.

⁵⁵⁴ Kollrus (T), « German CFC legislation 2011: new anti-avoidance provisions and tax planning opportunities », *European Taxation*, IBFD, January 2011, p. 12-18 mentionnant un exemple d'interposition d'un établissement stable à Malte.

⁵⁵⁵ Par exemple, Stefaner (M. C.), « Using Dual Resident companies under Austria's group tax regime », *TNI*, 14 August 2006, p. 575-577. Exemple en Italie utilisant des sociétés double résidente présentant des problématiques similaires Rossi (M. Q.), « Using Dual Resident companies under Italian's tax consolidation rules », *TNI*, October 16, 2006, p. 205-209. Dik (B.P.), « Dual residence fiscal unity: supreme court allows consolidated return in case of subsidiary with dual residence », *European Taxation*, IBFD, December 1988, p. 400-401. Betten (R.), « Denial of certificate of residence to Dual resident company », *European Taxation*, November 1989, p. 370-372. « Dual resident companies and the Netherlands dividend tax », *European Taxation*, June 1990, p. 165-167. « Dual resident companies and the Netherlands dividend tax again », *European*

Le premier cas analysé est celui directement dérivé de situations qui peuvent se rencontrer en matière de sociétés doubles résidentes. L'idée est de permettre à une société, qui pourrait être en perte, de transférer dans deux Etats ces pertes. On est en présence d'une intégration fiscale multiple d'une entité unique. En matière d'établissement stable, on peut rencontrer les structures sous la forme suivante :



Il convient de ne pas confondre cette question avec celle liée à la possibilité ou non de mettre en place une consolidation fiscale, « au travers, ou comprenant » des sociétés étrangères, question adressée principalement dans un cadre communautaire au travers de la décision *Papillon*⁵⁵⁶, reprise à l'article 23A du CGI ou dans le cadre de la décision *X Holding*⁵⁵⁷. Dans ces situations, l'objet n'est pas directement l'optimisation, mais l'accès à un avantage fiscal lié à la possibilité de consolider profits et pertes alors que l'un des éléments de la chaîne de participation n'est pas localisé dans l'Etat des sociétés consolidées⁵⁵⁸. Dans notre exemple, l'idée est d'accéder à deux avantages fiscaux combinés, à savoir la déduction des pertes dans plusieurs Etats.

Taxation, August/September 1990, p. 257-259. Smit (P. M.), « Treaty residence of a company in a triangular situation: decision of Supreme Court of February 2001 », *European Taxation*, IBFD, April 2002, p. 301-308.

⁵⁵⁶ ECJ C-418/07 *Société Papillon vs Ministère du budget des comptes publics et de la fonction publique* du 27 novembre 2008.

⁵⁵⁷ ECJ case C-337/08 *X Holding BV vs Staatssecretaris van financien* du 19 novembre 2009.

⁵⁵⁸ Boulogne (GF), « Group taxation within European Union: did Papillon and art 24(5) of the OECD Model Tax convention create a butterfly effect », *European Taxation*, IBFD, May 2011.

II. La démonstration incertaine de l'existence systématique d'un avantage fiscal

Le postulat de l'OCDE dans ses travaux est que l'avantage fiscal est indissociable des situations triangulaires. Il nous semble que ce théorème doit être démontré. La mise en place d'une présomption uniquement liée au niveau d'imposition non définie dans l'un des Etats ne permet, à notre avis, de comprendre et d'analyser la multipolarité des situations triangulaires. Si l'on poursuit la logique de l'OCDE, c'est-à-dire d'étendre les solutions applicables aux filiales aux situations triangulaires, il est nécessaire, selon nous, de démontrer que l'interposition apporte un avantage fiscal indu. Il convient donc d'évaluer celui-ci, ainsi que les situations à comparer. L'interposition d'un établissement stable couvrant des cas pratiques assez différents.

Ainsi, il peut s'agir de comparer l'interposition d'un établissement au lieu de celui d'une filiale (A) ou de comparer l'interposition d'un établissement faiblement imposé en comparaison avec une situation directe (B). La revue de la première situation permet de déterminer s'il faut prévoir des solutions autres que celles applicables, en matière d'interposition de filiales au motif que l'interposition d'un établissement procurerait un avantage supplémentaire identifié. L'analyse de la seconde précise la cible de l'OCDE dans sa lutte contre la mise en place de situations triangulaires, par interposition d'un établissement faiblement imposé. Notre approche nécessite la quantification de l'avantage dans les deux situations, afin de déterminer si un avantage systématique existe.

La difficulté de l'exercice provient en réalité du fait que les Etats se plaignent de l'imposition qu'ils ont perdue, sans se préoccuper si cette imposition est reprise dans un autre Etat et si la situation globale de l'entreprise n'est pas plus défavorable. Les groupes, au contraire, évaluent leur charge d'impôt de manière consolidée.

Par ailleurs, pour étayer leurs propos, les Etats nous semblent devoir démontrer que l'avantage n'est pas uniquement lié au taux d'imposition, car l'harmonisation de celui-ci n'est pas l'objectif des organisations internationales, que ce soit l'OCDE ou de la Communauté européenne. La difficulté de comparaison est encore plus grande

lorsque l'avantage n'est que temporaire ou comptable et que la temporalité dépend de l'action du contribuable⁵⁵⁹.

L'idée est de présenter, sous forme de cas pratiques, l'intérêt de la mise en place d'une situation triangulaire utilisant un établissement stable, en comparaison avec l'utilisation d'une filiale, afin de permettre de corroborer notre vision de l'inutilité d'un traitement défavorable des situations triangulaires par rapport à celles des filiales interposées.

A. *L'interposition pour bénéficier d'une exonération de retenue à la source*

Dans de nombreux cas, les profits de l'établissement stable ne sont pas soumis à retenue à la source dans l'Etat de situation de l'établissement lors de leur transfert au siège, alors que ces mêmes profits seraient soumis à une retenue à la source, s'ils étaient payés sous forme de dividendes par une filiale établie dans l'Etat P à son associé localisé dans l'Etat R. L'interposition peut être négative (1), c'est-à-dire plus coûteuse que la situation « normale » considérée ou, elle peut être positive et donc « optimisante » (2).

1. *L'interposition négative*

Contrairement à l'approche retenue par l'OCDE en matière de situations triangulaires fondée sur une présomption d'évasion fiscale, il existe des cas dans lesquels l'interposition d'un établissement stable présente un coût fiscal global supplémentaire, en comparaison avec l'interposition d'une filiale ou même d'un versement direct. Dans cette hypothèse, le régime fiscal « favorable » applicable dans l'Etat P à l'établissement stable n'est pas, pour les groupes, un élément déterminant au regard de l'imposition globale.

Cette situation se rencontre, par exemple, en matière de dividendes, lorsque l'Etat du bénéficiaire P ou R dispose d'un régime mère-fille et que le seul arbitrage est celui de la retenue à la source favorable, retenue à la source par hypothèse plus faible dans le traité S/P. Dans une telle hypothèse, l'interposition d'une filiale semble plus favorable que celle

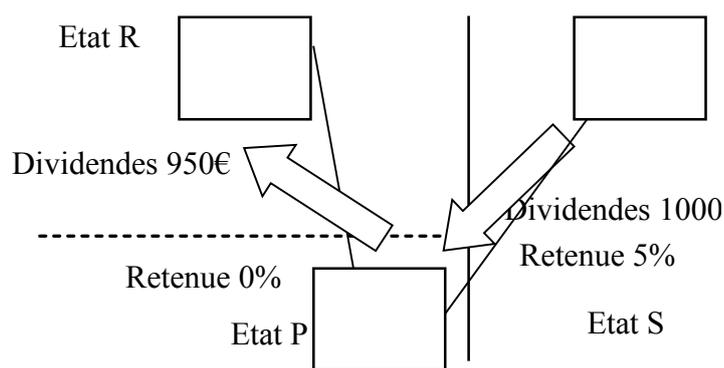
⁵⁵⁹ Cas des sociétés américaines qui dans certaines circonstances, lorsque les règles de *CFC* ne sont pas applicables ne sont imposables que lors du rapatriement des gains aux Etats-Unis.

d'un établissement⁵⁶⁰ et doit être analysée de manière quantitative globale, car l'existence ou non d'un régime à faible imposition dans l'Etat P sur les dividendes, n'est pas un critère adapté pour présumer l'optimisation fiscale. Le régime fiscal de l'Etat P doit à la fois être favorable, mais aussi plus favorable que celui de l'Etat R et de l'Etat S. Il nous semble qu'un critère fondé sur une imposition globale « plus favorable », en prenant en compte toutes les impositions versées serait plus adapté pour créer cette présomption à l'instar de ce que nous proposons en matière de *CFC*⁵⁶¹.

Notons que nous ne tentons pas de démontrer qu'aucun avantage fiscal n'existe en raison de la mise en place d'une situation triangulaire, mais que cet avantage fiscal serait au moins équivalent en cas d'interposition d'une filiale, alors même que l'OCDE ne met pas en place une présomption de fraude en cas d'interposition d'une filiale.

Prenons, par exemple, la situation dans laquelle des dividendes de source S sont versés à une société résidente de l'Etat R, la retenue à la source sur dividendes du traité R/S étant de 15 %, alors que la retenue à la source entre l'Etat S et un Etat P est de 5 %. La retenue à la source dans le traité P/R est considérée comme nulle.

La première option est l'interposition d'une filiale localisée dans l'Etat P dans lequel elle bénéficie d'un régime mère-fille.

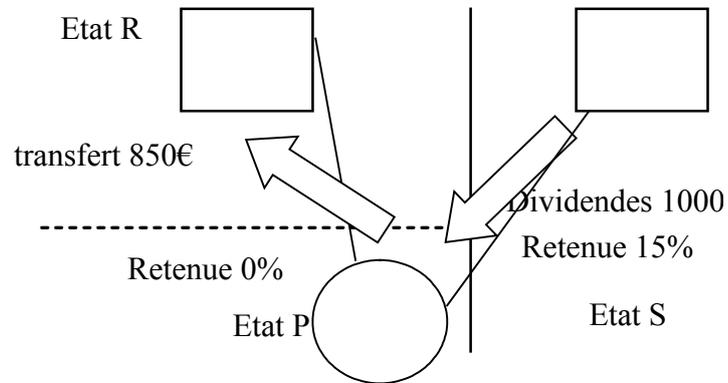


Interposition d'une filiale

⁵⁶⁰ Puisque le traité S/P continue de s'appliquer.

⁵⁶¹ Cf. Nos développements sur le sujet en titre 2 de la présente partie.

La seconde option est de comparer avec l'interposition d'un établissement stable en prenant comme hypothèse que celui-ci bénéficie d'un régime mère-fille équivalent.



Interposition d'un établissement stable

Si l'on compare les impositions respectives, on peut observer que l'interposition de l'établissement n'a pas d'effet positif sur l'imposition globale, mais un effet de neutralité ou négatif, démontrant ainsi que la présomption de fraude par interposition d'un établissement faiblement imposé n'est pas démontrée. On constate de manière incidente que la préoccupation de l'OCDE relative à l'interposition d'une filiale est validée.

Les différences d'imposition sont calculées ci-dessous selon les situations visées.

	Sans interposition	Interposition d'une filiale	Interposition d'un établissement
Dividendes versés	1000	1000	1000
RAS Etat S	150	50	150
Imposition Etat P (1)	0	0	0
RAS P	0		0
Imposition Etat R (1)	0	0	0
Total imposition	150	50	150

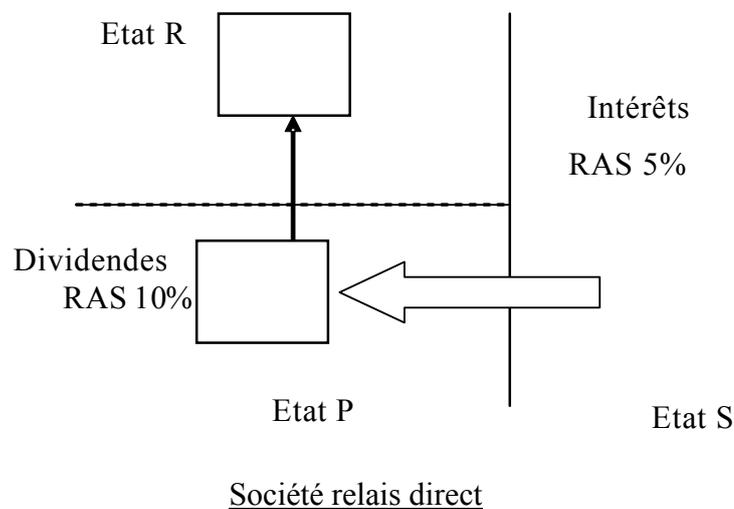
(1) Application d'un régime mère-fille

2. *L'interposition positive*

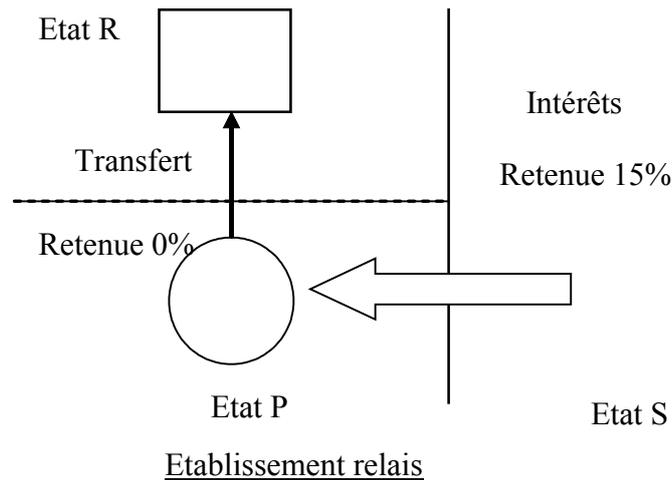
Une société verse un revenu passif de source S vers une société établie dans l'Etat R. Dans l'Etat S est applicable une retenue à la source de 25 % que le traité R/S réduit à 15 % et que le traité S/P réduit à 5 %.

L'impôt sur les sociétés dans l'Etat S, l'Etat R et l'Etat P est de 35 %. La retenue à la source sur dividendes dans l'Etat P est de 25 %, réduite à 10 % selon le traité P/R. Celle-ci est de 0 sur les profits d'un établissement stable rapatriés vers le siège étranger. L'Etat R exempte les profits des établissements stables étrangers, soit selon son droit interne⁵⁶², soit en application du traité P/R.

Afin d'optimiser la situation, le groupe propose de mettre en place une filiale localisée dans l'Etat P ou un établissement stable dans l'Etat P, en mettant en place alternativement les deux structures suivantes.



⁵⁶² Cas de la France.



Les différences d'imposition sont calculées ci-dessous selon les situations visées⁵⁶³.

	Sans interposition	Interposition d'une filiale	Interposition d'un établissement
Intérêts versés	1000	1000	1000
RAS Etat S	150	50	150
Imposition Etat P (1)	0	300	300
Imposition Etat P (2)	0	0	0
RAS P	0	65/95	0
Imposition Etat R	200	0	0
Total imposition	350	415/145	450/150

(1) Si Etat R impose les profits de source étrangère

(2) Si Etat P n'impose pas les profits de source étrangère

Plusieurs conclusions :

- On remarque que l'interposition d'un établissement n'est pas nécessairement favorable, sauf si l'Etat P exonère uniquement les revenus de source étrangère pour les établissements stables et non les filiales, ce qui est un cas possible, mais non généralisé en particulier sur les revenus passifs.
- L'approche systématique de l'OCDE, qui prévoit une présomption de fraude par mise en place d'une situation triangulaire dans un Etat où l'établissement bénéficie d'une fiscalité favorable, n'est pas démontrée dans toutes les situations.

⁵⁶³ Nous avons ajouté dans les estimations le cas où l'Etat P ne perçoit pas d'imposition, soit par exonération des revenus de source étrangère lorsqu'un établissement est localisé sur son territoire, soit par application d'un impôt sur les sociétés nul.

- L'interposition d'une société n'est pas toujours favorable, si par exemple l'Etat R permet l'imputation de la retenue à la source en cas de versement direct.

L'objet de notre revue quantitative n'est pas de démontrer que dans tous les cas une interposition d'un établissement stable n'est pas favorable, mais que la présomption d'avantage fiscal n'est pas vérifiée.

B. L'interposition pour bénéficier d'un régime favorable dans l'Etat de localisation de l'établissement stable

Dans cette hypothèse, suivant la logique de l'OCDE, nous analysons des situations dans lesquelles l'objet de l'interposition dans l'Etat P est d'accéder à un régime favorable local (1) et tenterons de quantifier cet avantage (2).

1. L'optimisation fiscale recherchée

Pour comprendre ce que l'OCDE cible, la première difficulté est de définir la notion de « faiblement imposé ». Les analyses de l'OCDE sont muettes sur ce point. On pourrait présumer faiblement imposés, les Etats dans lesquels il n'existe pas d'imposition sur les sociétés, même si cette présomption est extrêmement imprécise, certains Etats pouvant prélever d'autres impositions. Une approche objective serait de calculer l'imposition effective tous prélèvements confondus. L'OCDE n'a pas atteint ce niveau de précision.

Le régime applicable dans l'Etat P peut aussi être « favorable » à plusieurs titres : les profits sont faiblement imposés localement ; les profits de source étrangère ne sont pas imposés en raison du régime d'imposition de l'établissement etc. L'Etat P peut prélever une retenue à la source sur les dividendes alors qu'il n'applique pas de *branch tax*, l'établissement peut déduire de sa base imposable une charge notionnelle au titre des « versements effectués » à son siège⁵⁶⁴, alors que ceux-ci ne sont pas taxables dans l'Etat du siège, sur le fondement de la théorie de l'absence de personnalité juridique de l'établissement stable, permettant de réduire sa base d'imposition sans imposition corrélative de ce flux dans l'Etat R du siège par mise en place d'une stratégie hybride telle

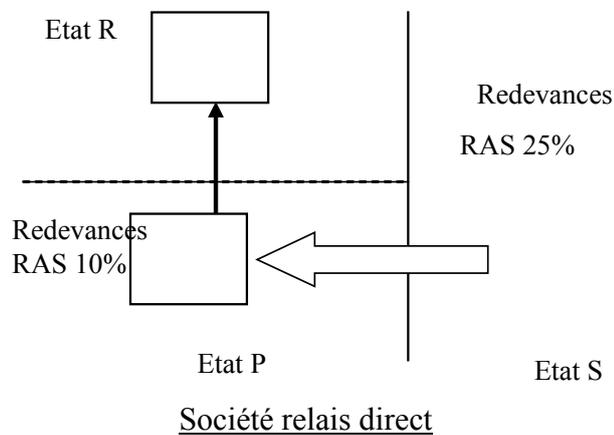
⁵⁶⁴ En réalité, juste des transferts de fonds puisqu'il n'y a pas de différence de personnalité juridique.

que décrite plus avant dans nos travaux. L'objet de nos travaux n'est pas de déterminer tous les cas pratiques, mais de démontrer l'absence de présomption d'avantage fiscal par interposition d'un établissement stable. Il s'agit d'une faiblesse structurelle du système proposé par l'OCDE. Le système est aussi mis à mal par une analyse quantitative.

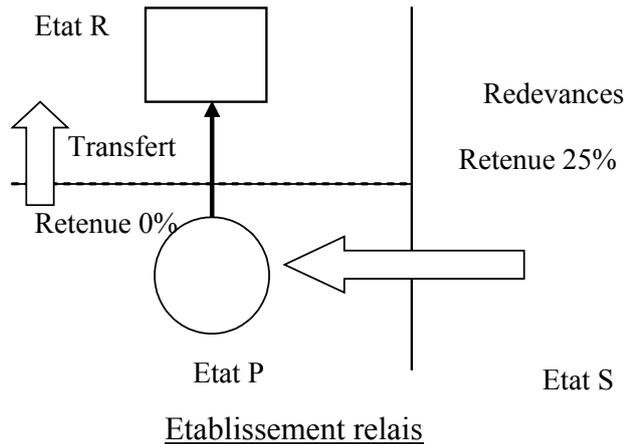
La situation est la suivante. Une société verse 1000 € de redevances de source S vers une société établie dans l'Etat R. Dans l'Etat S, est applicable une retenue à la source de 30 % que le traité R/S réduit à 25 % et que le traité S/P réduit à 25 %. L'impôt sur les sociétés dans l'Etat S, l'Etat R et l'Etat P est de 35 %.

La retenue à la source sur redevances dans l'Etat P est de 25 % réduite à 10 %, en application du traité P/R. Celle-ci est de 0 sur les redevances d'un établissement stable rapatriées à l'étranger. L'Etat R exempte les profits des établissements stables étrangers, soit selon son droit interne⁵⁶⁵, soit en application du traité P/R.

Afin d'optimiser la situation, le groupe propose de mettre en place une filiale localisée dans l'Etat P ou, alternativement, un établissement stable.



⁵⁶⁵ Cas de la France.



2. Calcul de l'avantage fiscal effectif

Les différences d'imposition sont calculées ci-dessous selon les situations visées⁵⁶⁶.

	Sans interposition	Interposition d'une filiale	Interposition d'un établissement
Redevances versées	1000	1000	1000
RAS Etat S	250	250	250
Imposition Etat P (2)	0	0	0
RAS P	0	75 (4)	0
Imposition Etat R (1)	100	236,2	0/262,5 (3)
Total imposition	350	561,2	250/512,5

(1) Si Etat R impose les profits de source étrangère

(2) Si Etat P n'impose pas les profits de source étrangère (régime fiscal favorable)

(3) Selon que l'Etat R peut taxer ou non les profits payés au siège par l'établissement

(4) Par hypothèse aucun *spread* n'est laissé localement

Plusieurs conclusions. Tout d'abord, l'interposition ne fonctionne que si l'Etat R ne peut pas imposer les revenus versés par l'établissement à son siège ou les revenus de l'établissement lui-même, et cela même en application d'un régime de *CFC*. On remarque que l'interposition d'une filiale n'est pas favorable. La conclusion est que l'optimisation n'est pas fondée sur le caractère triangulaire de l'opération, mais sur l'imposition hybride, qui pourrait être pratiquée entre l'Etat P et l'Etat R, l'un permettant une déduction des flux payés sans retenue à la source, l'autre n'imposant pas ces mêmes flux. Il ne s'agit pas

contrairement à l'analyse de l'OCDE d'un avantage conséquence d'un régime fiscal favorable dans l'Etat P, mais d'un avantage fiscal combiné P/R.

Le risque de l'interposition est la perte des crédits d'impôt, si la retenue à la source S/P est supérieure à la retenue à la source R/S.

Les calculs précédents démontrent, *a minima*, que la présomption d'un avantage fiscal systématique lié à la mise en place d'une situation triangulaire ne peut être établie. Ils ne démontrent pas, bien entendu, que les situations triangulaires par interposition d'un établissement stable ne sont jamais un élément d'une stratégie d'optimisation fiscale d'un groupe.

Section 2. L'efficacité partielle des solutions disponibles

A supposer que l'analyse de l'OCDE soit retenue, il conviendrait alors de tenter d'appliquer aux établissements stables les solutions prévues en matière de filiale (I). Nous démontrerons que cette proposition, même si elle offre une réponse, n'est pas totalement adaptée aux situations triangulaires et analyserons ensuite les autres solutions offertes par l'OCDE issues du Modèle de convention fiscale (II).

I. L'extension aux établissements stables des solutions mises en place pour les filiales

L'OCDE s'est intéressée de manière détaillée à l'interposition de filiales pour la recherche d'optimisations fiscales indues. Les conclusions de ces travaux sont incluses dans les commentaires sous l'article 1^{er} du traité. Il est donc naturel d'examiner, en premier lieu, la possibilité d'étendre les solutions proposées aux situations triangulaires afin d'en évaluer la pertinence. L'OCDE envisage dans ce

⁵⁶⁶ Nous avons ajouté dans les estimations le cas où l'Etat P ne perçoit pas d'imposition, soit par exonération des revenus de source étrangère lorsqu'un établissement est localisé sur son territoire, soit par application d'un impôt sur les sociétés nul.

domaine deux possibilités, à savoir soit des limites générales (A), soit des dispositifs spécifiques (B).

A. *L'application de limitations générales*

La première approche, extrêmement séduisante, est d'aborder la difficulté en exigeant du côté du bénéficiaire, une imposition minimum (1)⁵⁶⁷. Il peut être ensuite envisagé d'utiliser les concepts traditionnellement applicables en matière de filiales pour restreindre l'effet des traités, comme le concept du bénéficiaire effectif (2).

1. *L'application d'une imposition minimale*

a *L'imposition dérogatoire du bénéficiaire du revenu*

La première⁵⁶⁸ solution envisageable, à l'instar de ce qui est proposé par l'OCDE en matière de sociétés relais, serait d'introduire une clause dans le traité P/S imposant la nécessité d'une imposition minimum dans l'Etat de localisation de l'établissement stable. L'idée est de n'appliquer des mesures anti-abus que si le revenu est soumis à une imposition effective faible au niveau de l'établissement stable. Il ne s'agit pas ici de revenir sur la notion de présomption d'interposition mais de quantifier la notion « d'imposition faible » dans l'Etat P.

Cette proposition est issue des commentaires du Modèle de convention fiscale sous l'article 1^{er}, qui suggèrent une clause comparable rédigée pour les sociétés de la manière suivante :

« Les clauses générales d'assujettissement à l'impôt prévoient que le bénéfice de la Convention ne sera accordé dans l'Etat de la source que si le revenu correspondant est soumis à l'impôt dans l'Etat de résidence⁵⁶⁹. Cela correspond pour l'essentiel à l'objet des conventions fiscales, qui est

⁵⁶⁷ Dibout (P), et Arnold (B), « *Limits on the use of low tax regimes by multinational businesses: current measures and emerging trends* », in *Cahiers de droit fiscal international*, vol. LXXXVIb, Deventer Kluwer, 2001.

⁵⁶⁸ ZHAI (G), « *Triangular cases involving income attributable to permanent establishment* », *TNI*, 23 march 2009, p. 1105-1123, ou « *Triangular cases involving income attributable to permanent establishment* », LLM Paper at ITC leaden, August 2008.

d'éviter la double imposition. Toutefois, pour un certain nombre de raisons, le Modèle de Convention de l'OCDE ne recommande pas l'adoption d'une disposition aussi générale. Cela se conçoit dans le cas de relations internationales normales, mais une clause d'assujettissement à l'impôt pourrait être justifiée en cas d'existence d'une société relais. Une clause de sauvegarde de ce genre pourrait être libellée de la façon suivante :

Lorsqu'un revenu provenant d'un Etat contractant est perçu par une société qui est un résident de l'autre Etat contractant et qu'une ou plusieurs personnes qui ne sont pas des résidents de cet autre Etat contractant, a) ont directement ou indirectement, ou par l'intermédiaire d'une ou de plusieurs sociétés, quel que soit leur pays de résidence, un intérêt substantiel dans cette société, sous forme d'une participation ou sous une autre forme, ou

b) exercent directement ou indirectement, seules ou ensemble, la direction ou le contrôle de ladite société, toute disposition de la présente Convention qui prévoit une exonération ou une réduction d'impôt s'applique uniquement aux revenus qui sont assujettis à l'impôt dans cet autre Etat d'après les règles ordinaires de sa législation fiscale.

(...)

La clause d'assujettissement à l'impôt semble présenter certains avantages. Elle peut être utilisée dans le cas d'Etats dont les structures économiques sont très développées et dont la législation fiscale est complexe. Il sera cependant nécessaire de la compléter en insérant dans la convention des clauses de bonne foi afin d'obtenir la souplesse nécessaire (...) »⁵⁷⁰

Les solutions exposées ci-dessus ont un caractère général et il est nécessaire de prévoir, en liaison avec elles, des dispositions spéciales pour avoir l'assurance que le bénéfice de la convention sera accordé dans les situations de bonne foi. Ces dispositions peuvent prendre les formes suivantes :

⁵⁶⁹ Pour une situation triangulaire l'Etat P.

« Les dispositions précédentes ne s'appliquent pas lorsque la société établit que son principal objet, ses activités ainsi que l'acquisition et la conservation de la participation ou de tout autre bien générateur du revenu en question sont motivés par de saines considérations commerciales et n'ont donc pas essentiellement pour but de recueillir des avantages procurés par la Convention. »⁵⁷¹

Le système est cependant soumis à certaines limites :

- Une impossibilité de définir un niveau minimum d'imposition de manière quantitative.
- Le refus d'application d'un traité lorsque des mesures locales aboutissent à une imposition faible dans l'Etat du bénéficiaire en raison de la détention de la société interposée par des non-résidents (régime type *offshore* pour lequel une société qui est détenue par des non-résidents et reçoit des revenus de source étrangère, n'est pas imposée). Les situations triangulaires rempliraient ce critère, par construction.
- La mise en place d'une présomption de bonne foi avec insertion de clauses spécifiques, en particulier, lorsque la route directe est au moins aussi favorable.

Cette stratégie n'est pas compatible avec la proposition faite en matière de situation triangulaire analysée plus avant, qui prévoit une présomption d'optimisation lorsque l'établissement stable est faiblement imposé..

⁵⁷⁰ Com. 15 sous l'article 1^{er} du Modèle de convention fiscale.

⁵⁷¹ Com. 19 sous l'article 1^{er} du Modèle de convention fiscale. L'OCDE propose aussi des dispositifs plus ciblés tels que :

« b) Clause relative à l'activité

Les dispositions précédentes ne s'appliquent pas lorsque la société exerce des activités d'entreprise importantes dans l'État contractant dont elle est un résident et que l'allègement d'impôt demandé à l'autre État contractant concerne un revenu qui a un lien avec ces activités. »

c) Clause relative au montant de l'impôt

« Les dispositions précédentes ne s'appliquent pas lorsque la réduction d'impôt demandée n'est pas supérieure au montant de l'impôt effectivement perçu par l'État contractant dont la société est un résident. »

d) Clause de la cotation en Bourse

« Les dispositions précédentes ne s'appliquent pas à une société qui est un résident d'un État contractant si les actions de la principale catégorie d'actions de cette société sont cotées sur une bourse de valeurs agréée dans un État contractant ou si elles sont détenues dans leur totalité, directement ou par l'intermédiaire d'une ou plusieurs sociétés dont chacune est un résident du premier État contractant, par une société qui est un résident du premier État contractant et dont les actions de la principale catégorie sont cotées de la même façon. »

e) Clause de l'allègement alternatif

Dans les cas où une clause destinée à éviter l'usage abusif de conventions fiscales se réfère aux non-résidents d'un État contractant, il pourrait être prévu que cette expression « sera interprétée comme n'incluant pas les résidents d'États tiers qui ont conclu des conventions relatives à l'impôt sur le revenu avec l'État contractant auquel un allègement d'impôt est

La vision équilibrée pour les filiales n'est, en effet, pas transcrite en matière d'établissement stable, démontrant la méfiance de l'Organisation, vis-à-vis de ces derniers, en général, et des situations triangulaires, en particulier. Nous n'avons pas identifié dans les travaux de l'OCDE de motifs objectifs pour une différenciation autre qu'une méfiance vis-à-vis de l'activité financière, utilisateur favori de l'établissement stable.

On peut toutefois s'interroger sur l'adaptabilité d'une telle clause en matière d'établissement stable.

Par exemple, on peut s'interroger sur l'analyse à retenir lorsqu'un revenu n'est pas imposé parce qu'il est imputé sur des pertes. De même, un établissement qui ne verserait pas d'impôt dans l'Etat P, en raison de crédits d'impôts étrangers utilisables, ne devrait pas être soumis à de telles limitations. Les filiales locales pouvant imputer le crédit d'impôt, le régime fiscal de l'établissement stable ne serait pas favorable en comparaison avec celui d'une filiale.

La question pourrait être plus compliquée lorsque le revenu, bien qu'imposé, est en réalité exonéré en application de règles fiscales de déduction d'autres charges favorables ou une capacité à imputer des pertes d'autres entités. En réalité, l'avantage indu n'existe que lorsque l'établissement est imposé de manière plus favorable qu'une filiale. L'idée n'est pas de placer l'établissement stable en situation de désavantage en comparaison avec une filiale, mais dans une position identique, et non pas « au moins égale » comme prévu par l'article 24.3 du Modèle de convention fiscale applicable en matière de non-discrimination.

b Le contrôle du bénéficiaire des revenus par un résident d'un Etat tiers

Si ces deux Etats ont décidé de mettre en place une convention fiscale, c'est en toute connaissance de cause quant au régime fiscal de l'un et de l'autre applicable aux résidents des deux Etats. L'idée de refuser la protection du traité en raison d'un régime spécifique d'imposition de l'Etat du bénéficiaire ne fait pas sens, car c'est l'utilisation abusive qui est

demandé, dès lors que ces conventions prévoient un allègement d'impôt qui n'est pas inférieur à celui qui est demandé en

visée, et non le régime fiscal du partenaire commercial. Bien sûr, cette remarque est moins évidente lorsque le régime interne de l'un des Etats est modifié après entrée en vigueur. On s'écarte ainsi de l'analyse proposée par l'OCDE pour les situations triangulaires.

L'OCDE a pris en compte le fait que la solution ci-dessus pourrait ne pas être adaptée et propose une approche dite du transit⁵⁷² de la manière suivante:

« (...) Il a été suggéré de régler le problème des sociétés relais d'une manière plus directe par l'insertion d'une disposition qui viserait spécifiquement les cas d'abus en se référant aux formules mêmes de relais (approche dite « du transit »). Une telle disposition pourrait être énoncée dans les termes suivants :

Lorsque des revenus provenant d'un Etat contractant sont perçus par une société qui est un résident de l'autre Etat contractant et qu'une ou plusieurs personnes qui ne sont pas des résidents de cet autre Etat :

a) ont directement ou indirectement, ou par l'intermédiaire d'une ou plusieurs sociétés, quel que soit leur pays de résidence, un intérêt substantiel dans cette société, sous forme d'une participation ou sous d'autres formes, ou

b) exercent directement ou indirectement, seules ou ensemble, la direction ou le contrôle de ladite société, toute disposition de la présente convention qui prévoit une exonération ou une réduction d'impôt ne s'applique pas si plus de 50 pour cent de ces revenus sont utilisés pour satisfaire à des engagements envers ces personnes (intérêts, redevances, frais de développement, de publicité, d'établissement et de déplacement, amortissement de biens de toute nature y compris de biens incorporels, procédés de production, etc.) »⁵⁷³

vertu de la présente convention. »

⁵⁷² En Anglais « *channel approach* ».

⁵⁷³ Com. 17 sous l'article 1^{er} du Modèle de convention fiscale.

Cette solution préférée par l'OCDE, a été retenue par les USA et la Suisse⁵⁷⁴. On la retrouve plus spécifiquement dans le cas de conventions fiscales signées par la France avec ces Etats. L'OCDE souligne, cependant, commentaires auxquels nous souscrivons, que ces mesures anti-abus ne peuvent être considérées, sans la mise en place de clause de bonne foi⁵⁷⁵. C'est ici aussi l'incohérence avec son analyse en matière d'établissement stable.

La solution proposée ici est probablement mieux adaptée que celle proposée en matière de situations triangulaires, même si la notion de « *revenus utilisés pour satisfaire des engagements* » n'est pas totalement limpide et pourrait potentiellement être facilement contournée, par exemple, si les versements sont effectués au profit d'un sous-établissement.

Sous réserve des principes rappelés ci-dessus, l'extension de l'approche existante en matière de filiale aux situations triangulaires nous paraît possible. La difficulté provient toutefois du fait que ces solutions ont été promues par les Etats de source pour lutter contre les opérations de *treaty shopping* destinées à limiter le droit de l'Etat de source de prélever une retenue à la source, alors que la lutte contre les situations triangulaires par interposition d'un établissement stable n'est pas dirigée contre un avantage fiscal indu obtenu dans l'Etat de source, mais une combinaison d'avantages dans l'Etat P et l'Etat R.

2. *La non-application du concept de bénéficiaire effectif*

Dans le contexte conventionnel, c'est dès l'origine que l'OCDE s'est intéressée au risque d'une utilisation abusive des traités, par interposition de sociétés de capitaux, notamment dans un rapport de 2002⁵⁷⁶ qui traite de la question du bénéficiaire effectif

Le concept est défini à l'article 11 et précise :

« Sous réserve d'autres conditions imposées par l'article, la limitation de l'impôt perçu dans l'Etat de la source reste disponible lorsqu'un

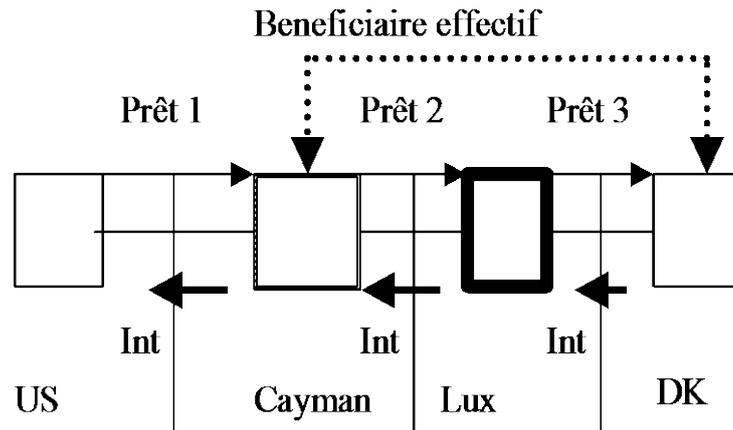
⁵⁷⁴ Com. 18 sous l'article 1^{er} du Modèle de convention fiscale.

⁵⁷⁵ Propositions identiques à celles mentionnées ci-avant, Com. 19 sous l'article 1^{er} du Modèle de convention fiscale.

⁵⁷⁶ Rapport sur la limitation du droit aux avantages des conventions fiscales du 7 novembre 2002, qui faisait suite au rapport adopté par le Conseil en avril 1998 intitulé *Concurrence fiscale dommageable : un problème mondial*. Ces travaux faisaient

intermédiaire tel qu'un agent ou autre mandataire situé dans un Etat contractant ou dans un Etat tiers est interposé entre le bénéficiaire et l'organisme payeur, mais que le bénéficiaire effectif est un résident de l'autre Etat contractant. Les Etats qui veulent expliciter ce point peuvent le faire lors des négociations bilatérales. »⁵⁷⁷

Pour l'exemple, mentionnons ici une situation typique en matière d'intérêt⁵⁷⁸ :

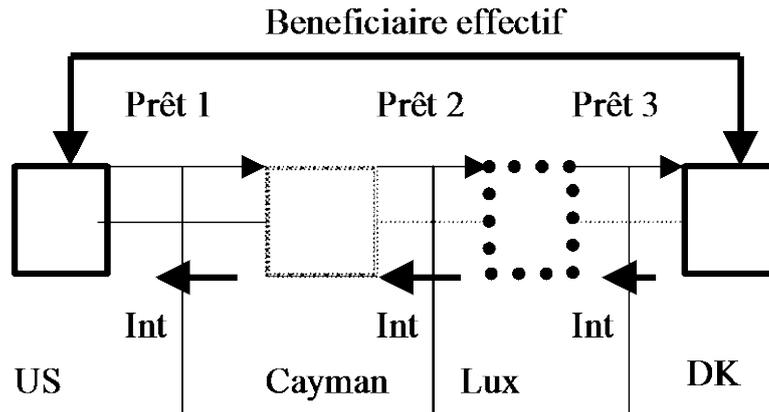


Dans cette situation, les intérêts reçus du prêt 2 sont faiblement imposés aux Caïmans, la retenue à la source est non existante en raison du droit interne luxembourgeois, la société luxembourgeoise imposable sur les intérêts reçus, bénéficie d'une déduction pour l'intérêt versé conformément au prêt 2 (imposition sur une marge réduite éventuellement garantie par un *ruling* local). Les intérêts versés par la filiale danoise ne sont pas soumis à une retenue à la source locale, en application du traité ou de la Directive Intérêts et Redevances si, bien entendu, la société luxembourgeoise est le bénéficiaire effectif. Si les autorités danoises considèrent, qu'en réalité la structure cache une opération abusive, elles mettront en évidence une situation triangulaire, en considérant que le bénéficiaire effectif est la société des Caïmans, et tenteront d'appliquer la retenue à la source prévue par leur droit interne (le Danemark n'ayant pas de traité avec les Caïmans). Les Etats analyseraient la situation réelle suivante :

suite à d'autres travaux sur *les conventions préventives de la double imposition et l'utilisation de sociétés relais*, adopté par le Conseil le 27 novembre 1986.

⁵⁷⁷ Com. 11 sous l'article 11 du Modèle de convention fiscale.

⁵⁷⁸ Exemple donné par Bundgaard (J) et Winther Sorensen (N), « Beneficial ownership in international financing structure », *TNI*, 21 May 2008. On notera dans le même sens une décision du 16 avril 2010 (SKM2010.268.LSR).



Le concept a fait l'objet de nombreux articles et commentaires, dont la grande majorité ne s'est pas intéressée à la question des situations triangulaires et l'interposition d'un établissement stable⁵⁷⁹⁵⁸⁰⁵⁸¹⁵⁸²⁵⁸³⁵⁸⁴. L'idée serait de transposer ce concept aux situations triangulaires.

Il nous semble, cependant, que la démarche n'est pas possible et que ce concept ne peut pas être appliqué aux établissements interposés pour les motifs exposés ci-après.

Tout d'abord, l'objet même de la notion n'est pas adapté aux situations triangulaires. La concept de bénéficiaire effectif est présentée comme une explication des termes « payés [...] à un résident » tels qu'ils sont utilisés au paragraphe 1 de l'article afin de préciser clairement que l'Etat de la source n'est pas obligé de renoncer au droit d'imposer les revenus de dividendes uniquement parce que ces revenus ont été

⁵⁷⁹ Baker (P), « The double taxation conventions and beneficial ownership clauses », congress international de direito tributario, Congres Rio de Janeiro (2007). Du Toit (C.), « The evolution of the term "beneficial ownership" in relation to international taxation over the past 45 years », *Tax Treaty Monitor Bulletin*, IBFD, October 2010, p. 500-509.

⁵⁸⁰ Tandon (C), « UK anti treaty shopping ruling disturbing treasury official says », *TNI*, 23 March 2006. « Tax Officials Debate UK Court Ruling », *TNI*, 22 March 2006. Mehta (N) and Haberton (K), « UK tax authorities issue draft guidance in wake of Indofood decision », *TNI*, 8 November 2006. Mc Gowan (M), « UK court Expand interpretation of beneficial ownership », *TNI*, 19 June 2006. Sheppard (L), « Indofood and bank of Scotland: who is the beneficial owner ? », *TNI*, 6 February 2007. « UK publishes draft indofood guidance », *TNI*, 9 October 2006. Johns (A), « The origins of concepts and expressions used in the OECD model and their adoption by States », IBFD, *Bulletin tax treaty monitor*, June 2006, p. 247.

⁵⁸¹ Royal Dutch Oil Dividends case n° 28638 BNB 1994/217, 6 avril 1994. Born (H), « Beneficial ownership », *European Taxation*, IBFD, December 1994, p. 472.

⁵⁸² Dibout (P), « Bénéficiaire effectif : l'approche française », *Fiscalité et entreprises : politiques et pratiques mélanges en l'honneur de Jean-Pierre, Le Gall Dalloz*, 2007

⁵⁸³ *Dr. Fisc.*, n° 24, 13 Juin 2013, 328, « Abus de droit : les arrêts Bank of Scotland et Abbey National Treasury Services à la lumière des écrits de Patrick Dibout », Nicolas Melot et Maxime Buchet, *Dr. Fisc.*, n° 51, 22 décembre 2005, Com. 831. « Notion de bénéficiaire effectif des dividendes pour l'application de la convention franco-britannique », commentaire par Pierre-Pascal Bruneau et Édouard Bertrand, *Dr. Fisc.*, n° 4, 25 janvier 2007, Com. 87. « Un contrat de *treaty shopping* qualifié de fraude à la convention fiscale franco-britannique », Commentaire par Olivier Fouquet, *Dr. Fisc.*, n° 47, 22 novembre 2007, 977. « La frontière entre abus de droit et optimisation s'est-elle déplacée ? », étude par Philippe Martin et Patrick Dibout, Jean-Louis Gautier.

immédiatement perçus par un résident d'un Etat avec lequel l'Etat de la source a conclu une convention »⁵⁸⁵. Il s'agit donc d'une réponse spécifique à une question plus large. En effet, le terme « *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* »⁵⁸⁶. Celui-ci est destiné à réprimer des situations prédéfinies, « *lorsqu'un élément de revenu est perçu par un résident d'un Etat contractant agissant en qualité d'agent ou autre mandataire* », dès lors qu'il serait alors « *contraire à l'objet et au but de la Convention que l'Etat de la source accorde une réduction ou une exonération de l'impôt du seul fait que le bénéficiaire immédiat du revenu est un résident de l'autre Etat contractant.* »

Sauf à faire jouer à la « personnalisation fiscale » de l'établissement stable un rôle essentiel, ce que l'OCDE se refuse à faire, on voit mal comment la définition pourrait être appliquée à un établissement en qualité de mandataire du siège, ou même au siège en qualité de mandataire de l'établissement stable, en l'absence de personne morale propre.

Une autre justification en faveur de la non-application du dispositif aux situations triangulaires est que, jusqu'à ce jour, la mise en jeu de ce dispositif a été organisée par les Etats de source. Il est la transcription par ces Etats des principes définis sous l'article 1^{er} de la Convention Modèle. Dans le cas des situations triangulaires, si l'application du traité R/S est privilégiée par l'OCDE, en présence ou non d'une interposition d'un établissement stable, alors la justification du dispositif dans l'Etat S n'a pas de sens.

En outre, l'unicité de la personne juridique de l'établissement et du siège interdit de considérer que le revenu aurait été perçu par l'établissement stable « pour le compte » de lui-même, étant lui-même l'entité bénéficiaire du revenu. Si cette fiction devait évoluer vers une personnalisation fiscale plus grande de l'établissement stable, alors notre

⁵⁸⁴ Madec (A), « La clause de bénéficiaire effectif à la lumière de la révision 2014 des commentaires OCDE », *Dr. Fisc.*, n° 47, 20 novembre 2014, Com. 632. Cet article s'intéresse au sujet de l'application de la clause de bénéficiaire effectif à un établissement mais refuse cette application.

⁵⁸⁵ Com. 12 sous l'article 10 du Modèle de convention fiscale.

⁵⁸⁶ Com. 10 sous l'article 10 du Modèle de convention fiscale.

proposition serait d'appliquer le traité S/P, et de prévoir dans ce traité des limitations similaires à celles prévues en matière de filiale, y compris un concept de bénéficiaire effectif applicable à un établissement stable. Il conviendra cependant de remarquer que le principe d'allocation déjà contenu dans le Modèle de convention fiscale et destiné à saisir la réalité des fonctions et risques exercés par l'établissement, remplit partiellement une fonction identique à celle de bénéficiaire effectif, rendant celui-ci moins nécessaire.

Enfin, une interprétation stricte du dispositif conduit à une incohérence. Ainsi, seul le dispositif contenu dans le traité S/R devrait être applicable dans la mesure où le traité S/P n'a pas vocation à avoir d'effet puisque le versement n'est pas effectué à un résident au sens de ce traité. Or, selon ce traité, même si le versement est reçu dans un Etat tiers du point de vue de l'Etat R, le versement est effectué par un résident de l'Etat S à un résident de l'Etat R, qui reçoit ce revenu, en qualité de bénéficiaire et non pour le compte d'autrui ou en qualité de mandataire, sauf à créer un concept de « mandataire purement fiscal », ce qui ne semble pas possible dans le cadre du traité. L'application du dispositif est donc impossible. Notre conclusion est partagée par certains auteurs⁵⁸⁷.

B. L'application de clauses spécifiques

Traditionnellement, l'exclusion d'une convention peut être la conséquence d'une clause de *limitation of benefit* « LOB »⁵⁸⁸ (1), dont l'inclusion est systématique dans les traités mis en place par les Etats-Unis⁵⁸⁹ (2).

1. Les clauses de LOB imparfaites⁵⁹⁰

Il pourrait être envisagé d'appliquer certaines clauses proposées par le Modèle de convention à des situations triangulaires.

⁵⁸⁷ Yong (SY), « Tax optimization using branches », IBFD, *Bulletin*, August 2012, p. 424-435.

⁵⁸⁸ En anglais « *Base erosion test* » ou clause de « *limitation of benefit LOB* ».

⁵⁸⁹ Bates (J.), Berman (D.), Gani (R.), Gutmann (D.), Imamura (T.), Klugman (G.), Rust (A.), « Intertax, Limitation on Benefits articles in income tax treaties: the current state of play », *Intertax*, 2016, Volume 41, issue 6/7, p. 395-408.

⁵⁹⁰ L'une des imperfections étant les doutes sur leur complète compatibilité avec le droit communautaire en fonction de la rédaction de chacune : Kofler (G.), « European taxation under an Open Sky: LOB clauses in tax treaties between the US and EU member States », *TNI*, 2004 July 5, p. 45-89. Craig (A.), « Open your eyes: what the "Open skies" case could mean for The US tax treaties with the EU Member states », *Bulletin*, IBFD, February 2003, p. 63-74. Panayi (C.), « Limitation on benefits and state aid », *European Taxation*, IBFD, February/March 2004, p. 83-98.

a *La clause LOB*⁵⁹¹

Le Modèle de convention fiscale propose une clause de limitation du bénéfice de la convention qui pourrait, sous réserve de modifications mineures, être appliquée aux situations triangulaires⁵⁹².

Ce qui est important pour notre sujet c'est que, la proposition en matière de *LOB* contenue dans le Modèle de convention inclut la clause de sauvegarde suivante, qui, selon nous pourrait être transposée en matière de situations triangulaires :

*« Un résident d'un État contractant qui n'est pas une personne admissible en vertu des dispositions du paragraphe 2 ou qui ne peut prétendre aux avantages de la Convention en vertu des paragraphes 3 et 4 peut néanmoins bénéficier des avantages prévus par la Convention si l'autorité compétente de l'autre État contractant décide que la constitution, l'acquisition ou la conservation de cette personne et l'exercice de ses activités n'ont pas parmi leurs objets principaux d'obtenir les avantages prévus par la Convention. »*⁵⁹³

Les clauses mentionnées préalablement dans nos travaux sont attentives à la détention du capital de la société qui demande l'application du traité afin d'éviter la simple interposition. La clause *LOB* est une version plus sophistiquée de cette approche, car elle permet une non-application du traité, non seulement dans des situations où le bénéficiaire des paiements n'est pas détenu en majorité par un résident du même Etat, mais aussi

⁵⁹¹ Pour une analyse détaillée de la clause LOB qui dépasse notre sujet : Wardzinski (A.), « The limitation on benefits article in the OECD Model: closing abusive (undesired) conduit gateways », *Bulletin*, September 2014, p. 471-479. Rasmussen (S.), Bernhardt (D.), « The "limitation on Benefit" provision in the tax treaties with the United States », *European Taxation*, IBFD, April 2001, p. 138-152. Huber (M.), Blum (M.), « Limitation on Benefits under article 22 of the Switzerland-US tax treaty », *TNI*, 8 August 2005, p. 547-567.

⁵⁹² Com. 20 sous l'article 1^{er} du Modèle de convention fiscale. Selon cette proposition, la convention est applicable uniquement si :

« (i) pendant au moins la moitié de l'année fiscale, des personnes qui sont des personnes admissibles en vertu des alinéas a), b), d) ou du sous-alinéa c) (i) du présent paragraphe détiennent, directement ou indirectement, au moins 50 pour cent du total des droits de vote et de la valeur des actions ou d'autres intérêts effectifs dans cette personne, et
(ii) moins de 50 pour cent du revenu brut de la personne au titre de l'année fiscale est payé ou dû, directement ou indirectement, à des personnes qui ne sont résidentes d'aucun des Etats contractants sous la forme de paiements déductibles, aux fins des impôts visés par la Convention, dans l'Etat de résidence de cette personne (sauf paiements de pleine concurrence effectués dans le cadre ordinaire d'activités d'entreprise au titre de services ou biens corporels et paiements concernant des obligations financières envers une banque, sous réserve que lorsque la banque n'est pas un résident d'un Etat contractant, ce paiement soit attribuable à un établissement stable de cette banque situé dans l'un des Etats contractants. »

⁵⁹³ Com. 20 sous l'article 1er du Modèle de convention fiscale.

lorsque le bénéficiaire de la convention n'est pas détenu par des résidents qualifiés qui peuvent être localisés dans le même Etat⁵⁹⁴. Elle est donc, par nature, partiellement triangulaire. C'est une solution retenue de manière systématique par les USA dans leur Modèle de convention fiscale⁵⁹⁵.

La difficulté pour une transposition aux situations triangulaires est que ce test n'est pas adapté aux établissements stables. Par ailleurs, ces clauses ont un objet différent puisqu'elles sont destinées à protéger l'Etat de source, alors que dans une situation triangulaire l'Etat de source n'est pas nécessairement lésé, si l'on applique l'analyse de l'OCDE qui veut que le traité S/R demeure applicable.

Une clause adaptée devrait être axée principalement sur la question de l'érosion de la base fiscale, plutôt que sur la détention du capital. Elle pourrait aussi prendre en compte le transfert de charges fiscales d'un Etat fortement imposé vers un Etat à faible imposition, ce qui n'est qu'indirectement le cas actuellement, en référence aux paiements au profit d'autres entités du groupe non localisé dans un Etat contractant. C'est l'exemption des revenus attribués à l'établissement interposé qui pose problème, ce qui n'est pas visé par le texte.

Dans le cas de situations triangulaires, la clause *LOB* doit être incluse dans le traité S/P ou/et le traité S/R. Il convient de noter cependant que cette stratégie peut être limitée par sa comptabilité discutable avec les règles européennes⁵⁹⁶. Enfin, on notera que ce système n'est plus limité aux traités avec les Etats-Unis sans que la question de compatibilité avec le droit communautaire ne disparaisse, au contraire⁵⁹⁷.

b Les autres clauses

A l'instar de la proposition en matière de situations triangulaires, l'OCDE propose des modèles de clauses, afin d'éviter l'application du traité lorsque le revenu est faiblement

⁵⁹⁴ Ou dans des versions plus sophistiquées dans un Etat qui aurait signé une convention avec l'Etat de source.

⁵⁹⁵ *US Model treaty convention*, article 22. Les Etats-Unis ont environ 46 traités en vigueur qui contiennent une clause *LOB*.

⁵⁹⁶ Debelva (F.), Scornos (D.), Van Den Berghen (J.), Van Brabant (P.), « *LOB Clauses and EU law compatibility: a debate revived by BEPS* », *EC Tax Review*, 2015-3. p. 132-147. Guerra (J. C.), « *Limitation on benefits clauses and EU law* », *European Taxation*, IBFD, February/March 2011, p. 85-96. Osterweil (E.), « *Are Lob provisions in double tax conventions contrary to EC treaty freedom?* », *EC Tax Review*, 2009-5, p. 236-248.

imposé en raison d'un régime préférentiel⁵⁹⁸. On pourrait adapter la portée de cette disposition en ne couvrant que le paiement de certaines catégories de revenus, tels que les dividendes, intérêts, gains en capital, tantièmes, ce qui pourrait être adapté aux situations triangulaires. L'OCDE envisage une approche plus large⁵⁹⁹.

Il s'agit d'une exonération pour les structures *offshore* qui n'est probablement pas adaptée pour les cas où le régime de droit commun est favorable.

Enfin, plus intéressantes sont les clauses qui prévoient une non-application de la convention lorsque la structure est abusive. Celles-ci devraient être, selon nous, adaptées afin de viser les situations triangulaires elles-mêmes. Une telle clause pourrait être rédigée de la manière suivante :

« Les dispositions du présent article ne sont pas applicables si le principal objectif ou l'un des principaux objectifs de toute personne intervenant dans la création ou la cession [article 10 : « des actions ou autres droits », article 11 : « de la créance », articles 12 et 21 : « des droits »] au titre desquels [ou « de laquelle » le cas échéant] sont versés [article 10 : « les dividendes », article 11 : « les intérêts », article 12 : « les redevances » et article 21 : « les revenus »] consiste à tirer avantage du présent article au moyen de cette création ou de cette cession. »⁶⁰⁰

⁵⁹⁷ O'Shea (T.), « Limitation on benefits clauses and EU law: examining the Japan-Netherlands treaty LOB », *Worldwide tax treaty*, *TNI*, 19 April 2016, p. 33.

⁵⁹⁸ Com. 21 sous l'article 1^{er} du Modèle de convention fiscale.

⁵⁹⁹ Com. 21.2 sous l'article 1^{er} du Modèle de convention fiscale. « *Toute société, fiducie ou société de personnes qui est un résident d'un État contractant et qui est détenue effectivement ou contrôlée, directement ou indirectement, par une ou plusieurs personnes qui ne sont pas des résidents de cet État n'a pas droit aux avantages de cette Convention si le montant de l'impôt perçu par cet État sur les revenus ou la fortune de la société, fiducie ou société de personnes (après prise en compte de toute réduction ou imputation de l'impôt de quelque manière que ce soit et notamment en raison d'un remboursement, apport, crédit ou dotation effectuée au bénéfice de la société, de la fiducie ou de la société de personnes, ou à toute autre personne) est largement inférieur au montant qui serait exigé par cet État si la totalité des actions du capital de la société ou des participations détenues dans la fiducie ou la société de personnes, selon le cas, appartenaient effectivement à un ou plusieurs résidents de cet État* ».

⁶⁰⁰ Com. 21.4 sous l'article 1^{er} du Modèle de convention fiscale.

C'est l'approche proposée conjointement par l'OCDE et l'Union Européenne, marquant probablement une évolution notable de ce sujet⁶⁰¹. Dans ce domaine, l'Europe propose la rédaction suivante :

«Nonobstant les autres dispositions de la présente Convention, un avantage au titre de celle-ci ne sera pas accordé au titre d'un élément de revenu ou de capital si l'on peut raisonnablement conclure, compte tenu de l'ensemble des faits et circonstances propres à la situation, que l'octroi de cet avantage était 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 ce montage ou cette transaction correspond à une activité économique authentique ou que l'octroi de cet avantage dans ces circonstances serait conforme à l'objet et au but des dispositions pertinentes de la présente Convention. »

Cette analyse est alors uniquement fondée sur le caractère abusif celui-ci n'étant pas relié objectivement à une faible imposition dans l'Etat P, mais plutôt une revue global sans chiffrer l'avantage fiscal minimum nécessaire pour déclencher l'application.

2. La stratégie américaine ciblée

Les Etats-Unis occupent une place particulière quant à la prise en compte des situations triangulaires. Elles ne sont pas uniques car le Royaume-Uni a utilisé aussi la même méthode de manière ponctuelle⁶⁰². Cet Etat est le seul à notre connaissance à avoir inclus et fait évoluer son Modèle pour prendre en compte systématiquement cette question fondant son approche sur une analyse quantitative de la motivation fiscale et sur la possibilité de démontrer qu'une situation triangulaire peut être motivée par des considérations commerciales acceptables. La motivation quantitative compare l'imposition en l'absence d'une situation triangulaire à celle en présence d'une telle situation et fixe un seuil objectif.

⁶⁰¹ C(2016) 271 final RECOMMANDATION DE LA COMMISSION du 28.1.2016 concernant la mise en œuvre de mesures contre l'utilisation abusive des conventions fiscales, du 30 janvier 2016.

⁶⁰² Traité entre le Royaume-Uni et les Pays-Bas signé le 26 septembre 2008 en. Protocol Article 7.

a L'évolution du Modèle de convention américain⁶⁰³

L'objet du dispositif américain est de lutter contre les investissements aux Etats-Unis par l'intermédiaire de succursales situées dans un paradis fiscal⁶⁰⁴. On retrouve ainsi l'objectif des travaux initiaux de l'OCDE. Il est intéressant de noter que les Etats-Unis n'ont ciblées le caractère abusif de la situation que récemment. Ce n'est en effet qu'en 1992 que le Congrès a proposé cet amendement qui prévoyait que le traité ne devait pas permettre à des investisseurs nettement moins imposés d'en profiter⁶⁰⁵.

En mai 2015, les Etats-Unis ont proposé de modifier leur Modèle de convention fiscale et de rédiger un nouvel article 1(7), relatif aux établissements stables exonérés localisés dans un Etat tiers. La situation visée est celle dans laquelle un résident d'un Etat, qui a conclu une convention fiscale avec les Etats-Unis, reçoit des revenus au travers d'un établissement stable situé dans un Etat Tiers. On est au sein du traité S/R pour régler la difficulté liée à l'interposition d'un établissement stable. Cette clause est une évolution de la clause « établissement stable exonéré »⁶⁰⁶ existant, mais dans ce cas, le résident, en conséquence de l'interposition, est soumis à une fiscalité significativement plus faible pour les revenus qui sont attribués à l'établissement stable⁶⁰⁷. Cette approche fut introduite avec les Pays-Bas en 1994, la France mais aussi l'Autriche, le Luxembourg, la Suisse, l'Afrique du Sud. On notera que le dispositif ne s'applique pas de manière réciproque laissant celui-ci partiellement efficace, cet élément étant expliqué par le fait que les Etats-Unis ont un système de crédit d'impôt. On notera enfin qu'à l'origine le dispositif n'était applicable que pour les revenus passifs mais a été étendu.

L'idée est d'empêcher que les revenus attribués à l'établissement stable ne soient exonérés en application des traités et du droit interne en précisant, dans le texte du traité R/S, que celui-ci ne serait alors pas applicable en ce qui concerne l'imposition

⁶⁰³ Parillo (K) et Velarde (A), « Treasury Proposes Sweeping Changes to U.S. Model Tax Treaty », *TNI*, May 21, 2015. Fuller (J), « U.S. Tax Review », *TNI*, July 7, 2015.

⁶⁰⁴ Gani (R), *La clause de limitation des bénéfices dans la convention de double imposition entre la Suisse et les Etats-Unis*, OREF, 2008, p. 602.

⁶⁰⁵ Bonnard (Y), « The « triangular case » in the new US-Netherlands tax treaty : Mechanism and tax planning », *RF* 1995, p. 161-181.

⁶⁰⁶ En anglais « *Exempt PE* ».

⁶⁰⁷ Le cas Suisse est assez comparable mais n'est qu'un exemple d'une politique généralisée: Huber (M.), Blum (M), « Limitation on Benefits under article 22 of the Switzerland-US tax treaty », *TNI*, 8 August 2005, p. 547-567.

des revenus en cause. Ainsi, par exemple, les Etats-Unis se réserveraient le droit d'appliquer une retenue à la source en qualité d'Etat de source.

Le nouveau paragraphe 7 de l'article 1^{er} du Modèle, précise que ce dispositif ne s'appliquera pas si l'une des conditions suivantes est remplie :

- 1- Les profits de l'établissement stable sont soumis à un impôt cumulé d'au moins 60 % de l'impôt qui aurait été dû en l'absence d'interposition dans l'Etat R. L'imposition prise en compte est celle cumulée dans les Etats autres que l'Etat de source. Le taux d'impôt sur les sociétés est pris en compte.
- 2- L'Etat de localisation de l'établissement stable n'a pas de traité avec l'Etat qui applique le traité, sauf si l'Etat R prend en compte le revenu de l'établissement stable faisant ainsi référence soit à un système de crédit d'impôt soit à l'application de règles des *CFC* dans l'Etat R.

A titre personnel, nous soutenons cette approche sophistiquée qui combine à la fois la lutte contre le *treaty shopping* pour accéder à une convention et l'imposition manifestement faible liée à l'interposition, à l'exception de la référence au taux de l'impôt sur les sociétés. Cette référence est cependant présentée comme la combinaison des taux effectifs dans les instructions publiées par l'administration fiscale américaine⁶⁰⁸.

b Le traité franco-américain

Le traité franco-américain contient une clause spécifique qui est, en réalité, un mélange de *LOB* et d'imposition minimum moins sophistiquée que la version actuelle⁶⁰⁹⁶¹⁰.

⁶⁰⁸ U.S. Treasury Releases Draft Model Treaty PE Provisions, *TNI*, 20 may 2015.

⁶⁰⁹ Art. 30 modifié par l'avenant du 13 janvier 2009.

⁶¹⁰ Convention France/Etats-Unis modifiée par l'avenant du 13 janvier 2009 qui précise : « 1. Un résident d'un Etat contractant ne peut bénéficier des avantages accordés aux résidents d'un Etat contractant aux termes de la présente Convention que dans la mesure prévue par le présent article. (...) »

5. Nonobstant les dispositions précédentes du présent article, lorsqu'une entreprise d'un Etat contractant bénéficie de revenus provenant de l'autre Etat contractant qui sont imputables à un établissement stable que cette entreprise a dans une tierce juridiction, les avantages fiscaux qui seraient accordés en application des autres dispositions de la Convention ne s'appliquent pas à ces revenus si le montant de l'imposition cumulée effectivement acquitté sur ces revenus dans le premier Etat contractant et dans la tierce juridiction est inférieur à 60 % de l'impôt qui aurait été exigible dans le premier Etat si le revenu était réalisé dans ce premier Etat par l'entreprise et n'était pas imputable à l'établissement stable dans la tierce juridiction. Les dividendes, intérêts ou redevances auxquels s'appliquent les dispositions du présent paragraphe sont soumis dans l'autre Etat à un impôt n'excédant pas 15 pour cent de leur montant brut. Les autres revenus auxquels s'appliquent les

Ce dispositif précise que, pour que les avantages de la convention s'appliquent, un seuil minimum d'impôt sur les sociétés doit être payé globalement par le siège et l'établissement stable. La notion du profit à prendre en compte pour calculer l'avantage est plus claire dans ce traité qu'à l'origine du Modelé américain. Il est en effet clair, que l'impôt à comparer est celui afférent aux revenus uniquement. Les pertes réalisées sur d'autres activités, ne devraient donc pas être prises en compte, celles-ci pouvant être imputées sans affecter la comparaison. La question de savoir si des pertes déductibles dans l'Etat d'implantation, qui ne seraient pas déductibles aux US, subsiste même si nous sommes plutôt d'avis que ce qui compte est la déductibilité des pertes dans l'Etat de localisations de l'établissement⁶¹¹.

Le total de l'impôt sur les bénéfices payés au titre de ces revenus par la société résidente de France et par l'établissement stable doit représenter au moins 60 % de l'impôt sur les bénéfices qui aurait été payé en France, au titre des mêmes revenus, en l'absence d'établissement stable dans l'Etat tiers. Ici aussi on peut considérer que l'impôt combiné payé sur les revenus de source américaine sans prendre en compte les pertes éventuellement déduites.

L'idée est de ne pas autoriser de délocaliser dans l'Etat tiers des revenus qui y seraient moins imposés, alors même que la retenue à la source serait celle prévue par le traité. Ce régime est aussi applicable pour des revenus de source française versés à un établissement stable localisé dans un paradis fiscal d'une société européenne, permettant probablement de régler certaines situations directes dans l'économie digitale. Il faudrait peut-être l'étendre aux établissements stables indirects.

dispositions du présent paragraphe sont soumis à l'impôt selon la législation interne de l'autre Etat, nonobstant toute autre disposition de la Convention. Les dispositions précédentes du présent paragraphe ne s'appliquent pas si:

a) dans le cas des redevances, les redevances sont payées en contrepartie de l'usage ou de la concession de l'usage de biens incorporels produits ou développés par l'établissement stable lui-même; ou

b) (...)

6. Un résident d'un Etat contractant qui n'a pas droit aux avantages visés aux paragraphes précédents du présent article peut néanmoins bénéficier des avantages de la Convention si l'autorité compétente de l'autre Etat contractant décide que l'établissement, l'acquisition ou le maintien de cette personne et la conduite de ses opérations n'ont pas eu comme un de leurs objets principaux l'obtention d'avantages prévus par la Convention. L'autorité compétente de l'autre Etat consulte l'autorité compétente du premier Etat avant de refuser d'accorder le bénéfice des avantages prévus par la Convention en application des dispositions du présent paragraphe. »

⁶¹¹ Bonnard (Y), « The « triangular case » in the new US-Netherlands tax treaty : Mechanism and tax planning », RF 1995, p. 161-181.

Si cette condition d'imposition minimum n'est pas satisfaite, les dividendes, intérêts et redevances de source américaine, imputables à l'établissement stable visé, sont soumis, en tout état de cause, à une retenue à la source égale à 15 % de leur montant brut, tandis que les autres revenus de source américaine imputables à cet établissement stable sont soumis à la législation interne américaine ou française selon la situation, laissant principalement la possibilité de prélever des retenues à la source plus élevées. Il existe cependant des exceptions à l'application de ce régime qui en réduisent la portée. Ici encore, la question de déterminer le montant imputable dans le pays de localisation de l'établissement est importante. Il existe un risque réel que l'Etat de localisation ne permette qu'une imputation de la retenue à la source prévue par le traité Etats-Unis /Etat de localisation, en application de l'article non-discrimination contenu dans le traité entre l'Etat de localisation de l'Etablissement stable et celui du siège. Dès lors que les traités avec les Etats-Unis permettent une réduction de retenue à la source à 0 % (sous réserve des clauses *LOB*), il est possible que l'Etat n'accorde aucune imputation, à l'instar de la situation des sociétés résidentes de cet Etat avec lequel la situation de l'établissement stable doit être comparée.

Cette disposition ne s'applique pas :

- dans le cas des redevances, lorsqu'elles sont payées en contrepartie de l'usage ou de la concession de l'usage de biens incorporels produits ou développés par l'établissement stable lui-même, ce qui semble assez raisonnable, dans ce cas le transfert de technologie dans un Etat n'existe pas et la relation est en réalité bilatérale ;
- dans le cas des autres revenus, lorsque les revenus de source américaine se rattachent ou sont accessoires à une activité industrielle ou commerciale exercée effectivement par l'établissement stable dans l'Etat tiers d'implantation (activité autre qu'une activité d'investissement et de gestion de placements, à moins que cette activité ne soit exercée par une banque ou un opérateur agréé). On est ici en présence de la nécessité de démontrer l'aspect prédominant de la volonté d'optimisation fiscale.

On notera, qu'en tout état de cause, la convention permet un arbitrage pour les situations spécifiques si la conduite de ces opérations n'a pas pour « objet principal » d'obtenir des

avantages conventionnels, clause parfaitement adaptée, à notre avis, et qui fonctionne en pratique entre les deux Etats. Nous proposons la généralisation de cette clause dans les traités en changeant quelques éléments.

II. L'application aux situations triangulaires de dispositifs applicables aux établissements stables

L'OCDE a fait d'autres propositions qui pourraient être étendues aux situations triangulaires, que ce soit dans le texte du Modèle (A), lui-même ou dans les commentaires (B).

A. Les solutions issues directement du Modèle de convention

L'OCDE prévoit dans l'article 21 du Modèle de convention un système prévoyant un système de rattachement aux établissements stables strictes (1). Ce dispositif nous semble cependant en contradiction avec la présomption d'optimisation fondant la doctrine de l'Organisation en matière de situations triangulaires faiblement imposées dans l'Etat P (2).

1. L'article 21 du Modèle de convention fiscale

La première solution proposée par l'OCDE est celle contenue dans l'article 21, qui prévoit une analyse plus stricte des règles d'attribution des actifs à l'établissement stable. Elle a pour effet de mettre en place une quasi-présomption d'attribution de revenus à l'établissement dans une situation triangulaire bilatérale.

Ce dispositif prévoit une dérogation à l'application de l'article « Autre revenu », lorsqu'il existe un établissement stable :

« Les dispositions du paragraphe 1 ne s'appliquent pas (...) 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. »

En comparaison des autres dispositifs, celui-ci est directement destiné aux situations triangulaires et semble fondé sur une approche totalement opposée à celle de l'interposition, puisqu'il prévoit, au contraire, de présumer l'attribution à l'établissement de revenus de source d'un Etat tiers, même si ce rattachement doit être « effectif ».

2. *L'inadéquation du dispositif avec la présomption d'optimisation*

En réalité, ce dispositif est moins ambitieux qu'il n'y paraît puisqu'il ne propose pas un dispositif autonome, mais un renvoi au régime de l'article 7, sans dérogation au principe de rattachement effectif⁶¹². Fondamentalement, il ne constitue qu'un complément du régime de l'article 7 qui est plutôt destiné aux situations triangulaires imparfaitement déclarées qu'aux situations triangulaires par interposition⁶¹³. Il ne s'agit pas réellement d'un dispositif anti-abus dédié spécifiquement aux situations triangulaires « agressives ».

L'analyse retenue en application de l'article 21 ne vise, en outre, que quelques situations triangulaires bilatérales et donc ne représente pour nous qu'une solution anecdotique. Il ne vise que les revenus de source d'Etats tiers lorsque le bénéficiaire et le débiteur sont tous deux résidents du même Etat, mais que le bénéficiaire dispose d'un établissement dans un autre Etat, favorisant plutôt l'attribution à un établissement hors du territoire du siège qu'un règlement de la question d'un établissement faiblement imposé, soulevée par l'Organisation dans ses travaux relatifs aux situations triangulaires.

L'effet du dispositif peut être analysé, *a contrario*, pour défendre l'idée que le principe de rattachement effectif constitue en réalité un dispositif destiné à lutter contre l'interposition des établissements stables. Il supporte l'idée que le régime général favorable ou non de l'Etat P n'est pas un sujet pour l'Organisation, à condition que l'imposition soit applicable aux revenus effectivement rattachés à un établissement stable non-fictif. Nous serions plus

⁶¹² Com. 5.1 sous l'article 21 du Modèle de convention fiscale.

⁶¹³ Cf. Titre 2 de la présente partie.

favorables à une telle position, qui a pour inconvénient de ne pas s'intéresser aux situations manifestement frauduleuses autrement que par l'application de clauses générales non ciblées, sans prendre en compte l'avantage fiscal laissant une marge d'interprétation trop large pour définir les situations inacceptables.

B. Les solutions issues des commentaires du Modèle de convention

A notre avis, l'application stricte du principe de rattachement effectif, déjà contenu dans les conventions fiscales, permettrait de différencier les situations, où l'allocation des actifs à l'établissement stable est fictive de celles où elle ne l'est pas, sans distinguer selon le régime fiscal applicable dans l'Etat P, à supposer bien sûr que celui-ci ne soit pas dérogatoire (1). En effet, pour les impositions dérogatoires, l'arsenal proposé par l'OCDE nous semble parfaitement adapté et autoriserait l'exclusion de l'application des traités.

L'avantage de cette approche est qu'elle est fondée sur des dispositifs déjà existants, directement applicables aux situations triangulaires, en particulier en matière de revenus passifs (2).

1. Le principe du « rattachement effectif »

L'utilisation du principe du rattachement effectif des revenus imposables, fondement du système d'imposition proposé par l'OCDE, constitue selon nous, une stratégie intéressante en matière d'optimisation abusive, même si le concept est probablement plus adapté aux situations imparfaitement déclarées analysées plus avant.

L'OCDE, en dehors de réfléchir à limiter les risques d'interposition de filiales, s'est attachée à proposer de renforcer le contrôle sans disqualifier les situations triangulaires, mais en s'assurant que les situations triangulaires n'étaient pas purement fictives. On est passé de la lutte contre l'interposition à la lutte contre l'allocation fictive (et donc de la lutte contre l'optimisation fiscale), à la recherche d'une répartition équilibrée du droit d'imposer les profits, l'imposition réelle n'étant que secondaire, elle n'est pas totalement nulle.

L'idée n'est plus de combattre les situations triangulaires en leur refusant un régime fiscal favorable mais, par interprétation factuelle, de refuser indirectement l'interposition d'un établissement en indiquant qu'en réalité les revenus considérés ne sont pas rattachables à l'établissement stable, mais au siège. Sans nier l'existence de la situation triangulaire, le dispositif a pour effet indirect de se concentrer sur la question du transfert d'un profit d'un Etat à un autre, plutôt que l'imposition faible dans un Etat.

Cette approche est issue des travaux effectués par l'OCDE qui ont abouti aux modifications des commentaires du Modèle de convention fiscale en 2003⁶¹⁴⁶¹⁵, en relation avec les modifications de l'article 1^{er}, même s'il s'agit de commentaires non repris sous l'article 1^{er}, mais sous chaque article correspondant à chaque revenu passif.

Ce dispositif clarifie l'analyse retenue de l'OCDE en matière d'abus, mais limite ses effets spécifiquement aux relations entre établissements stables et siège. Il est formalisé en matière de dividendes, d'intérêts et de redevances. Les nouveaux paragraphes des commentaires, sous les articles concernés offrent une aide.

On peut imaginer que leur emplacement au sein des commentaires les destine spécifiquement aux situations triangulaires et non à l'abus en général traité sous l'article 1^{er}. En effet, les articles relatifs aux revenus passifs sont, par définition, des articles triangulaires en ce qu'ils prévoient des exceptions aux règles d'imposition en présence de situations triangulaires.

On peut aussi considérer qu'ils auraient probablement pu être insérés sous l'article 7, qui définit les principes d'attribution des profits.

⁶¹⁴ J Martin Jimenez (A), « The 2003 revision of the OECD commentaries on the improper use of tax treaties: a case for the declining effect of OECD commentaries? », IBFD, *Bulletin*, January 2004, p. 17-30. Arnold (B), « The treaties and tax avoidance: the 2003 revisions to the commentary to the OECD Model », IBFD, *Bulletin*, June 2004, p. 244-260. Zimmer (F), « Domestic anti avoidance and tax treaties-Comment on Brian Arnold's article », IBFD, *Bulletin*, January 2005, p. 25-26.

⁶¹⁵ 28 janvier 2003 par le rapport intitulé : *La mise à jour 2002 du Modèle de Convention fiscale*, adopté par le Conseil de l'OCDE le 28 janvier 2003, sur la base d'un autre rapport intitulé *Questions soulevées par l'article 5 (établissement stable) du Modèle de Convention fiscale* (adopté par le Comité des affaires fiscales de l'OCDE le 7 novembre 2002).

2. *L'application aux revenus passifs*

a *Le cas des dividendes*

En matière de dividendes, il est clairement indiqué que certaines situations triangulaires présentent un risque d'évasion systématique, en particulier en cas de « *transfert d'actions à des établissements stables constitués uniquement à cette fin dans des pays réservant un traitement préférentiel aux revenus de dividendes.* »⁶¹⁶

L'idée est une évolution du concept initial issu de travaux relatifs aux situations triangulaires. Ce n'est plus l'accès au régime qui est répréhensible, mais l'accès de manière fictive. La différence est sibylline. La généralisation d'un régime mère/fille dans de nombreux Etats rend ces commentaires moins adaptés.

L'OCDE propose, comme moyen de défense, de vérifier si l'attribution des actifs à l'établissement est fondée sur des critères fictifs⁶¹⁷, approche objective sans prise en compte du régime fiscal local. La nécessité d'un rattachement effectif est issue de l'article 10(4), lui-même critère présent dans le texte qui a évolué déjà dans le Modèle de convention fiscale de 1963. Il représente donc une vision constante de l'Organisation⁶¹⁸. La force attractive n'est pas appliquée, le rattachement devant être effectif et non-fictif, afin d'éviter l'interposition d'un établissement stable sous-entendu imposé favorablement. La cohérence avec la position exprimée dans le cadre de travaux spécifiques relatifs aux situations triangulaires est maintenue de manière désormais indirecte.

b *Le critère renforcé en matière d'intérêts et de redevances*

La question en jeu est plus importante et d'actualité en matière d'intérêts mais surtout de redevances. Elle est d'ailleurs au centre d'évolutions notables dans le cadre de l'initiative *BEPS*⁶¹⁹.

⁶¹⁶ Com. 32 sous l'article 10 du Modèle de convention fiscale.

⁶¹⁷ Com. 32 sous l'article 10 du Modèle de convention fiscale.

⁶¹⁸ Com. 32.1 sous l'article 10 du Modèle de convention fiscale.

⁶¹⁹ Action 5 : *Lutter plus efficacement contre les pratiques fiscales dommageables, en prenant en compte la transparence et la substance*, 19 juillet 2013, OCDE, Plan d'action concernant l'érosion de la base d'imposition et le transfert de bénéfices, Éd. OCDE.

Elle est approchée ici aussi au travers de la notion de force attractive dont l'application est refusée, aboutissant à la notion de rattachement effectif⁶²⁰, selon une rédaction proche, dans son principe, de celle de l'article 10.

A l'instar des participations, la question qui est posée est celle des transferts fictifs de prêts, sous-entendu pour bénéficier d'un régime fiscal favorable dans l'Etat de situation de l'établissement stable⁶²¹. La notion de rattachement d'une créance est définie de manière plus précise depuis les changements intervenus dans les commentaires en 2010. Ainsi :

« Une créance génératrice d'intérêts se rattache effectivement à un établissement stable et fait donc partie de son actif si la propriété « économique » de cette créance est attribuée à cet établissement stable selon les principes développés dans le rapport du Comité intitulé Attribution de bénéfices aux établissements stables¹ (voir en particulier les paragraphes 72 à 97 de la Partie I du rapport) aux fins de l'application du paragraphe 2 de l'article 7. Dans le contexte de ce paragraphe, la propriété « économique » d'une créance signifie l'équivalent de la propriété, aux fins de l'imposition du revenu, d'une entreprise distincte, avec les bénéfices et les charges correspondants (par exemple le droit aux intérêts afférent à la propriété de cette créance et le risque de gains ou pertes liés à l'augmentation ou de la diminution de la valeur de cette créance). »⁶²²⁶²³

La situation des intérêts est plus complexe qu'en matière de dividendes, car elle vise également l'établissement débiteur des intérêts. Dans ce cas, le texte diffère, car nous ne sommes pas en présence d'une nécessité de rattachement effectif, mais de paiement de charges financières, effectivement dues par l'établissement.

L'article précise :

⁶²⁰ Com. 24 sous l'article 11 du Modèle de convention fiscale.

⁶²¹ Com. 25 sous l'article 10 du Modèle de convention fiscale et non-transfert « d'actions » comme indiqué sous l'article 10 Com. 32.

⁶²² Com. 25.1 sous l'article 11 du Modèle de convention fiscale.

⁶²³ Le cas des entreprises d'assurance est visé Com. 25.2 sous l'article 11 du Modèle de convention fiscale.

« Les intérêts sont considérés comme provenant d'un Etat contractant lorsque le débiteur est un résident de cet Etat. Toutefois, lorsque le débiteur des intérêts, qu'il soit ou non un résident d'un Etat contractant, a dans un Etat contractant un établissement stable pour lequel la dette donnant lieu au paiement des intérêts a été contractée et qui supporte la charge de ces intérêts, ceux-ci sont considérés comme provenant de l'Etat où l'établissement stable est situé. »⁶²⁴

Il est probable que le critère de source contenu dans cet article diverge de celui du rattachement effectif analysé plus avant. Il s'agit, selon nous, d'un critère autonome défini de la manière suivante :

« Ce paragraphe pose le principe que l'Etat de la source des intérêts est l'Etat dont le débiteur des intérêts est un résident. Cependant, il prévoit une dérogation à cette règle dans l'hypothèse où il s'agit d'emprunts productifs d'intérêts qui ont un lien économique évident avec l'établissement stable que le débiteur aurait dans l'autre Etat contractant. Si l'emprunt a été contracté pour les besoins de cet établissement et si ce dernier assume la charge des intérêts, le paragraphe stipule que la source des intérêts se trouve située dans l'Etat contractant où l'établissement stable est situé, abstraction faite du lieu de résidence du propriétaire de l'établissement et lors même que ce propriétaire serait un résident d'un Etat tiers. »⁶²⁵

On notera que l'emprunt doit être productif d'intérêts, payé par l'établissement et contracté pour ses besoins. Ces critères apparaissent plus pragmatiques et factuels que ceux applicables à la notion de rattachement effectif même si, à notre avis, ils ciblent la même question. Les flux de *cash* semblent un critère important alors que, selon nous, cette vision est relativement formelle⁶²⁶. Ces critères étaient déjà présents dans le Modèle de

⁶²⁴ Article 11(5) du Modèle de convention fiscale.

⁶²⁵ Com. 26 sous l'article 11 du Modèle de convention fiscale.

⁶²⁶ Com. 27 sous l'article 11 du Modèle de convention fiscale. Ainsi, il est précisé :

« (...) Par ailleurs, la dérogation à la règle fixée dans la première phrase du paragraphe 5 ne se justifie que dans les cas où le lien économique entre l'emprunt et l'établissement stable est suffisamment caractérisé. Sous ce rapport, on doit distinguer plusieurs hypothèses :

convention fiscale depuis celui de 1963. On n'est pas ici en face d'une révolution de l'analyse, mais d'une restriction progressive de l'interprétation des dispositifs dérogatoires triangulaires applicables aux intérêts.

On notera que l'article 11 n'impose pas les critères lorsque le siège de l'établissement est situé dans un Etat tiers, ce qui peut paraître surprenant dans la mesure où ces critères sont principalement la confirmation des règles d'attribution des profits aux établissements stables et ne devraient donc pas être influencés par cet élément. En pratique, nous serions surpris si cette spécificité était jugée importante par des administrations et juridictions.

Les redevances sont elles aussi visées. Les commentaires sont en pratique identiques à ceux mentionnés ci-avant, affirmant le principe de rattachement effectif⁶²⁷. Les explications sont ajustées pour tenir compte de la nature des droits en cause⁶²⁸. On notera que l'OCDE reprend exactement l'approche synthétisée sous l'article 21⁶²⁹.

Les propositions spécifiques en matière de revenus passifs, même si elles nous semblent plus adaptées que celles issues des travaux sur les situations triangulaires, ne ciblent pas les situations triangulaires optimisantes, car elles ne fixent pas de conditions liées à un avantage fiscal issu de l'interposition. L'absence de référence quantitative à l'avantage éventuellement obtenu est probablement la principale

a) La direction de l'établissement stable a contracté un emprunt qu'elle affecte aux besoins propres de celui-ci, qu'elle inscrit à son passif et dont elle paye directement les intérêts au créancier.

b) Le siège de l'entreprise a contracté un emprunt dont le produit est uniquement destiné aux besoins d'un établissement stable situé dans un autre pays. Le service des intérêts est assuré par le siège de l'entreprise, mais la charge définitive en incombe à l'établissement stable.

c) L'emprunt est contracté par le siège de l'entreprise et son produit est affecté à plusieurs établissements stables situés dans différents pays.

Dans les hypothèses a) et b), les conditions posées par la seconde phrase du paragraphe 5 sont remplies et l'Etat de situation de l'établissement est à considérer comme l'Etat de la source des intérêts. Par contre, l'hypothèse c) tombe en dehors des prévisions du paragraphe 5 dont le texte ne permet pas d'attribuer une pluralité de sources à un même emprunt. Une telle solution donnerait d'ailleurs lieu à de grandes complications administratives et mettrait les prêteurs hors d'état de calculer par avance les charges fiscales grevant les intérêts. Cependant, deux états contractants peuvent restreindre l'application de la disposition finale du paragraphe 5 à l'hypothèse a) ou l'étendre à l'hypothèse ».

⁶²⁷ Com. 21.1 sous l'article 12 du Modèle de convention fiscale

⁶²⁸ Activité d'assurance visée au Com. 22.2 sous l'article 12 du Modèle de convention fiscale.

⁶²⁹ Com. 5.1 sous l'article 21 du Modèle de convention fiscale ajouté en 2010 d'une manière purement mécanique, à notre avis. « Aux fins du paragraphe, un droit ou bien générateur de revenus se rattache effectivement à un établissement stable si la propriété « économique » de ce droit ou bien est attribuée à cet établissement stable selon les principes développés dans le rapport du Comité intitulé Attribution de bénéfices aux établissements stables¹ (voir en particulier les paragraphes 72 à 97 de la Partie I du rapport) aux fins de l'application du paragraphe 2 de l'article 7. Dans le contexte de ce paragraphe, la propriété « économique » d'un droit ou bien signifie l'équivalent de la propriété, aux fins de l'imposition du revenu, d'une entreprise distincte, avec les bénéfices et les charges correspondants (par exemple le droit à tout revenu afférent à la propriété de ce droit ou bien, le droit à tout amortissement disponible et le risque de gains ou pertes liés à l'augmentation ou de la diminution de la valeur de ce droit ou bien. »

faiblesse du système. La principale force au contraire est son existence même et donc sa capacité à être utilisé sans modification des normes applicables.

On notera que les travaux actuels se dirigent plus vers une approche de substance que de rattachement formel exigeant, pour l'octroi d'un régime favorable, un lien direct avec l'Etat dans lequel l'avantage est obtenu⁶³⁰. Il s'agit d'éviter que les critères de rattachement ne soient remplis de manière uniquement formelle.

Conclusion du chapitre 1

L'OCDE dispose en matière de *treaty shopping* d'un arsenal efficace et éprouvé d'analyse et de dispositifs destinés à lutter contre l'interposition de sociétés afin de bénéficier d'un régime conventionnel favorable. Cette vision pourrait être appliquée aux situations triangulaires dans lesquelles un établissement stable est interposé pour bénéficier, dans son lieu d'implantation, d'un régime fiscal favorable. C'est la structure combattue de manière systématique et qui est identifiée comme celle posant un problème systémique d'évasion fiscale. L'OCDE présume donc cette situation comme motivée par la volonté de bénéficier d'un avantage fiscal indu, pour justifier de la non-application du traité S/P.

Cette affirmation est discutable même si nous concédons qu'il existe des situations triangulaires par interposition dans lesquelles la recherche d'un accès à un régime favorable dans l'Etat P est une motivation importante. Ce risque cependant ne nous paraît pas plus élevé qu'en matière de filiale et ne justifie donc pas la reconnaissance d'une présomption d'évasion fiscale, d'autant que l'avantage fiscal recherché n'est pas conventionnel, mais éventuellement celui offert par le régime d'imposition de l'Etat P qui, s'il n'est pas déloyal, n'est pas contraire aux objectifs de l'OCDE.

Les solutions spécifiques qui existent en matière de filiales interposées, telles que les *LOB*, ne sont pas satisfaisantes. Elles sont, en effet, inadaptées aux situations

⁶³⁰ *Action 5 : Lutter plus efficacement contre les pratiques fiscales dommageables, en prenant en compte la transparence et la substance*, 19 juillet 2013, OCDE, Plan d'action concernant l'érosion de la base d'imposition et le transfert de bénéfices, Éd. OCDE. *Lutter plus efficacement contre les pratiques fiscales dommageables, en prenant en compte la transparence et la substance ACTION 5 : Rapport d'étape 2014* p.28. OCDE Ed. 2014.

triangulaires et soumis à des contraintes opérationnelles et de comptabilité avec le droit de l'Union européenne.

Seuls, les Etats-Unis ont tenté de mettre en place des clauses spécifiques pour limiter le recours à l'interposition d'établissement stable faiblement imposé. L'intérêt de ces clauses est qu'elles tentent de quantifier l'avantage fiscal minimum requis pour être considéré comme fiscalement trop avantageux. Ces clauses généralisées dans les traités avec les Etats-Unis sont la seule tentative vraiment différente, même si elles ne règlent pas toutes les situations, dès lors que leur application est restreinte à certains cas d'investissement vers les Etats-Unis et que l'avantage éventuel recherché n'est pas déterminé en prenant en compte la globalité de l'imposition économique en cause, se limitant, à l'instar de l'OCDE, à une approche d'analyse du niveau de l'imposition juridique.

Chapitre 2. Les évolutions possibles

En dehors des réponses déjà existantes proposées par l'OCDE analysées préalablement qui ne traitent qu'une partie de la question, il convient de s'interroger s'il n'existe pas des moyens plus efficaces pour les Etats de se défendre contre des attaques redoutées.

L'Organisation a tenté, soit de traiter les situations triangulaires du point de vue de la source, soit d'offrir des solutions en matière d'allocation fictive des actifs à un établissement stable ou encore en interdisant l'application d'un traité lorsque l'établissement stable bénéficie d'un régime fiscal dérogatoire dans son Etat d'implantation. Toutes ces approches, même si elles marquent une évolution positive en comparaison avec les travaux originaux en matière de situations triangulaires, ne ciblent pas, à notre avis, le véritable sujet qui est de déterminer si la situation est exclusivement motivée par des raisons d'optimisations fiscales identifiées, ou non. Ce ne sont pas les situations triangulaires qu'il convient de combattre, mais les situations triangulaires optimisées de manière induue.

Pour répondre à cette contrainte, deux directions peuvent être envisagées : la mise en place de mesures ciblées mettant en évidence un avantage fiscal global indu au moyen d'un dispositif de droit interne compatible avec les conventions fiscales (Section 1), ou la mise d'une stratégie multilatérale (Section 2).

Section 1. Les évolutions unilatérales

A notre avis, la lutte anti-situations triangulaires optimisées par interposition d'établissement stable relève principalement de dispositifs mis en place par l'Etat de résidence. C'est lui qui est la principale victime. Ce sont les profits qui pourraient être réalisés dans cet Etat qui sont éventuellement délocalisés dans l'Etat P.

Il s'agit donc ici de contester l'effet fiscal de la situation triangulaire dans l'Etat de résidence, ce dernier ayant vu s'échapper la base fiscale. L'analyse est fondamentalement différente de celle de l'OCDE, qui considère que l'Etat P est responsable du problème. Nous considérons que l'Etat R doit être protégé sans attribuer une responsabilité à l'Etat P.

La première question est de s'interroger sur le rôle du droit interne (I). Il conviendra de préciser, ensuite, si une action ciblée nécessite une modification des textes des conventions fiscales en vigueur, ou si cette réponse est compatible de manière suffisamment convaincante (II).

I. Le rôle essentiel du droit interne

Le droit interne présente un rôle primordial dans ce domaine. Il s'agit, à notre avis, en particulier du droit interne de l'Etat R (A) et, dans une moindre mesure de l'Etat S, l'Etat P devant jouer un rôle secondaire (B). L'approche actuelle du droit interne n'est cependant pas uniquement unilatérale puisque l'OCDE elle-même tente de coordonner cette question.

A. La protection de l'Etat R

L'OCDE connaît les instruments qui pourraient être utilisés. Il s'agit principalement des dispositifs SEC (« sociétés étrangères contrôlées »), connus en pratique sous la dénomination anglo-saxonne de *CFC* (« *controlled foreign corporations* ») (1). Ils se sont généralisés dans les années récentes et ont bénéficié d'un intérêt soudain de l'Organisation dans le cadre des travaux *BEPS* en cours⁶³¹ reprise par l'Europe⁶³². Elles constituent, selon nous, un élément essentiel de la recherche d'un équilibre entre gestion fiscale et limitation de l'optimisation.

Lutter contre les arbitrages issus de la mise en place de situations triangulaires optimisées nécessite en outre de s'intéresser aux limites à la déduction multiples des pertes (2).

1. La mise en place de CFC

Les mesures *CFC* sont au centre d'une attention politique qui pourrait permettre de concevoir une harmonisation réelle dans ce domaine que ce soit du côté de l'OCDE⁶³³ mais aussi au niveau européen⁶³⁴.

a La lutte contre l'accumulation de profits non-taxés

C'est dans l'Etat R que doit se concentrer la lutte éventuelle contre les abus. Il est vrai que les abus supposés sont constamment mis en exergue par la presse, principalement en direction des groupes américains dont le régime fiscal favorise l'exonération des profits laissés à l'étranger, même si les *CFC* américaines sont probablement, dans un certain nombre de cas, beaucoup plus efficaces que les règles françaises ou européennes.

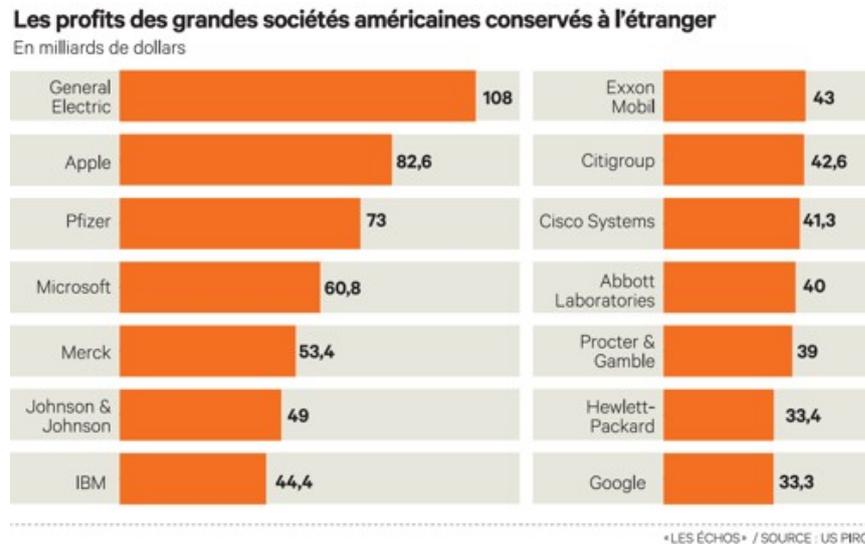
⁶³¹ *BEPS, Action 3: strengthening CFC rules*, 12 May 2015, Ed. OCDE.

⁶³² Paquet de mesures contre l'évasion fiscale du 28 janvier 2016. *Communication from the Commission to the European Parliament and the Council, Anti-tax avoidance package: next steps towards delivering effective taxation and greater tax transparency in EU*, COM (2016) 23/2 du 28 janvier 2016.

⁶³³ Arnold (J.), « Tax treaties and tax avoidance: the 2003 revisions to the commentary to the OECD Model », *Tax Treaty Monitor*, IBFD, June 2004, p. 244-260.

⁶³⁴ *Paquet de mesures contre l'évasion fiscale* du 28 janvier 2016. *Communication from the Commission to the European Parliament and the Council, Anti-tax avoidance package: next steps towards delivering effective taxation and greater tax transparency in EU*, COM (2016) 23/2 du 28 janvier 2016 approuvée le 21 juin 2016.

Même si nous contestons l'évolution médiatique et cette orientation publique du débat, son existence nous oblige à ne pas l'ignorer dans le cadre de nos travaux.



Le phénomène est souvent, volontairement ou non, mal maîtrisé et cela même par la presse européenne, qui confond parfois le montant des profits laissés à l'étranger, des profits distribués de filiales étrangères en direction des Etats-Unis, ou même des liquidités⁶³⁵. Dans de nombreux cas, le montant laissé à l'étranger ne correspond qu'à des liquidités utilisées dans ces pays.

La raison de ces confusions est parfois liée à la communication organisée des multinationales non-américaines qui sont persuadées que la désignation des groupes américains, en tant que « coupables », permettra d'éviter les changements pour les groupes européens, stratégie vaine, à notre avis. Il existe cependant, il faut l'admettre, dans le secteur du numérique, des cas dans lesquels les liquidités sont laissées sans utilisation immédiate de réinvestissement dans l'activité, en particulier parce que la plupart des acquisitions de ces groupes sont aux Etats-Unis⁶³⁶⁶³⁷.

⁶³⁵ *Les Echos* : « Les stars de la cote américaine plébiscitent les paradis fiscaux », Marina Alcaraz, 01/08/2013.

⁶³⁶ En particulier, Apple qui en même temps qu'il dispose d'un trésor de guerre hors des Etats-Unis a procédé en 2014 à l'émission d'obligations pour financer des distributions de dividendes ou rachat d'actions. Même si cette transaction avait des effets favorables sur la valorisation boursière, le rapprochement a choqué les opinions publiques.

⁶³⁷ Adaken (Y), « Riche à milliards, Apple s'endette pour racheter ses actions », *l'Express l'Expansion*, 02/05/2014. http://l'expansion.lexpress.fr/high-tech/riche-a-milliards-apple-s-endette-pour-racheter-ses-actions_1535282.html#BcZMDMf3WwAvXdXl.99

Ce phénomène a été, par exemple, décrit dans le *Wall Street Journal* en 2013, estimant que les 60 plus grandes sociétés américaines laissent à l'étranger 166 milliards de dollars de profits non rapatriés, estimant ainsi le manque à gagner pour le trésor américain⁶³⁸. On peut discuter cette volonté de « *naming and shaming* », et le fait que ce « *scoop* » ne fait que reprendre des données publiques connues de l'Etat américain, mais l'importance du phénomène et l'angle d'attaque utilisé par des détracteurs ont poussé les organisations non-gouvernementales et l'OCDE à tenter d'étendre les règles de *CFC*, comme réponse au phénomène. Ce mouvement ne va pas disparaître et c'est la raison pour laquelle nous privilégions cet instrument, qui répond à la fois aux objectifs techniques mais aussi politiques.

Alors que nous sommes réservés sur certains points de l'initiative *BEPS*, cette volonté de faire évoluer les *CFC* nous semble offrir des perspectives intéressantes dans la mesure où si c'est la localisation des profits dans l'Etat P qui crée la difficulté conjointement avec l'exclusion de tels profits dans l'Etat R, alors la possibilité de conserver le droit d'imposer les-dits profits dans l'Etat R, permettrait de s'assurer que la localisation dans l'Etat P n'est pas motivée par une volonté de bénéficier de la combinaison d'un taux réduit dans l'Etat P, d'une part, et une exonération dans l'Etat R, d'autre part.

Cette question n'est pas ignorée par l'OCDE ou par les Etats, puisque, à ce jour, la plupart des grands Etats ont mis en place de tels régimes et que les Etats qui n'en disposent pas encore sont en train d'y réfléchir⁶³⁹⁶⁴⁰. Les régimes en place devraient cependant être modifiés pour prendre en compte la spécificité des situations triangulaires en particulier en ce qui concerne les impositions prises en compte pour déterminer si les profits sont soumis à un régime fiscal favorable. L'action est ici unilatérale mais doit être coordonnée.

L'OCDE elle-même n'interdit pas toute marge de manœuvre au droit interne des Etats en la matière et cela en application des commentaires de l'article 1^{er} issus des travaux

⁶³⁸ Thurml (S), Linebaugh (K), « More US profits parked abroad saving taxes », *WSJ*, March 10, 2013.

⁶³⁹ *Guide to controlled foreign company regime*, Deloitte, May 2014 <http://www.dits.deloitte.com>.

⁶⁴⁰ Quelques pays n'ont effectivement pas adopté ce type de législation tels que : la Belgique, le Chili, la Colombie, Chypre, Maurice... Les grands pays industrialisés s'y étant résolus.

et modifications de 2003 du Modèle de convention. Les CFC ne sont pas en contradiction avec l'initiative *BEPS* non plus⁶⁴¹.

L'OCDE, sur ce point, indique avec précaution que :

*« Le principal objectif des conventions de double imposition est de promouvoir les échanges de biens et services et les mouvements des capitaux et des personnes, en éliminant la double imposition internationale. Elles ont également pour but d'empêcher l'évasion et la fraude fiscales. »*⁶⁴²

L'objet des conventions n'est donc pas à l'origine en priorité de lutter contre l'évasion fiscale, mais d'éliminer les doubles impositions. La lutte n'est que le second but. L'institution n'est cependant pas étrangère à la réflexion sur ce sujet et cela surtout depuis 2003. En effet :

*« Les contribuables peuvent être tentés d'abuser de la législation fiscale d'un Etat en exploitant les différences entre les lois de différents pays. Ces tentatives peuvent être réprimées par des dispositions ou règles jurisprudentielles faisant partie du droit national des Etats concernés. Ces Etats ne souhaiteront sans doute pas accepter, dans leurs conventions fiscales bilatérales, des dispositions qui auraient pour effet de permettre les transactions abusives qui seraient par ailleurs réprimées par les dispositions et règles de ce type contenues dans leur législation nationale. En outre, ils ne souhaiteront pas appliquer leurs conventions bilatérales d'une façon qui produirait cet effet. En effet, la contrepartie de la volonté d'extension du nombre de convention en place entraîne, ipso facto, une augmentation du risque de fraude au moyen de tels instruments. »*⁶⁴³

La question fondamentale, à l'origine, est donc non seulement de savoir si une convention peut être utilisée afin d'accéder à un avantage indu, mais également si les mesures mises

⁶⁴¹ Kane (M), « The Role of CFC legislation in the OECD Base Erosion and profit shifting project », *Bulletin*, IBFD, June/July 2014, p. 321-325.

⁶⁴² Com. 7 sous l'article 1^{er} du Modèle de convention fiscale.

en place par un Etat pour limiter ce risque sont compatibles avec les dispositifs des conventions elles-mêmes⁶⁴⁴.

Ces deux aspects peuvent sembler liés, mais présentent des différences. Même si les conventions n'ont pas pour but de faciliter les optimisations par l'utilisation d'arbitrages fiscaux, mais de promouvoir les échanges de biens et services ainsi que les mouvements de capitaux et de personnes en éliminant la double imposition internationale, elles ne sont pas directement en place pour empêcher ceux-ci. Dès lors, il incombe aux Etats concernés de prendre dans leurs législations internes des dispositions allant à l'encontre de manœuvres éventuelles⁶⁴⁵. C'est pour cela que les *CFC* et les traités ont toujours entretenu une relation duale.

A l'origine, l'OCDE, même si elle considère la possibilité de lutter contre les utilisations abusives, laisse une place relativement restreinte aux pays en question pour lutter contre le phénomène, soit en mettant en place des dispositifs anti-abus locaux, soit en refusant l'application des traités. Avec le temps et l'évolution des commentaires, l'Organisation a orienté ses travaux sur la possibilité de lutter contre l'évasion fiscale, y compris en ayant recours aux mesures de droit interne, posant ainsi la difficulté de la compatibilité de ces dispositifs avec les traités eux-mêmes⁶⁴⁶. Depuis 2003, les commentaires prévoient de manière formelle cette possibilité. Il est clair que cette affirmation n'est pas partagée par toutes les juridictions et que la question reste posée, surtout en matière de situations triangulaires.

Les situations visées à l'origine par l'Organisation sont cependant purement théoriques, car les commentaires ne les décrivent pas en détail, contrairement aux développements issus de l'initiative *BEPS* actuelle. On peut expliquer cette vision originelle par une analyse bilatérale du rôle des traités, celle-ci ayant évolué vers une approche multilatérale à l'initiative des dirigeants de l'Organisation en place durant la période récente. Ces derniers ont une compréhension plus claire de la globalisation mondiale, donc du multilatéralisme des instruments et des optimisations fiscales comme le transcrivent les

⁶⁴³ Com. 7.1 sous l'article 1^{er} du Modèle de convention fiscale.

⁶⁴⁴ Com. 9.1 sous l'article 1^{er} du Modèle de convention fiscale.

⁶⁴⁵ Article 1^{er} du Modèle de convention fiscale.

travaux récents⁶⁴⁷. Les exemples utilisés pour illustrer les propos de l'Organisation sont désormais multilatéraux.

Les travaux les plus récents de l'OCDE⁶⁴⁸ relancent ce débat et laissent les Etats de l'Union européenne mettre en place des règles non harmonisées⁶⁴⁹. Le sujet est identifié, les solutions non contraignantes. On est dans un domaine dont l'OCDE laisse la maîtrise pratique aux Etats, ce qui n'est probablement pas adapté aux situations triangulaires.

b L'adaptation des CFC aux situations triangulaires

En principe, les règles *CFC* sont adaptées, selon nous, pour permettre de résoudre la difficulté posée par les situations triangulaires. On ne sera toutefois pas angélique dans notre analyse car dans certaines situations, la situation triangulaire est un moyen d'échapper à l'application de *CFC* car celles-ci sont parfois mal adaptée à traiter de la situation des établissements stables⁶⁵⁰.

Le régime est en général applicable aux établissements stables étrangers et aux filiales sans distinction. Dès lors, mis à part le conflit possible avec une convention fiscale, les *CFC* nous semblent parfaitement répondre à la question posée par les situations triangulaires.

Elles ont, en outre, un champ d'application dédié, en principe, en priorité aux revenus passifs et donc ici aussi aux situations triangulaires. Les mesures adoptées par les Etats prévoient également des exceptions fondées sur la motivation économique de l'implantation et des distributions minimales évitant la localisation fictive de profits dans des Etats où ils sont faiblement imposés⁶⁵¹. La question de la présomption de fraude en présence de revenus faiblement imposés n'est généralement pas éliminée, puisque la charge de la preuve de l'objet non-fiscal des structures est en principe sur

⁶⁴⁶ Congress IFA 2010, Rome, *Tax treaties and tax avoidance: application of anti-avoidance provisions*, vol.95A.

⁶⁴⁷ *Action 15: A Mandate for the Development of a Multilateral Instrument on Tax Treaty Measures to Tackle BEPS*, Ed. OCDE 2015.

⁶⁴⁸ *BEPS, Action 3: strengthening CFC rules*, 12 May 2015, Ed. OCDE.

⁶⁴⁹ *BEPS, Action 3: strengthening CFC rules*, 12 May 2015, Ed. OCDE.

⁶⁵⁰ Kollrus (T), « German CFC legislation 2011: new anti-avoidance provisions and tax planning opportunities », *European Taxation*, IBFD, January 2011, p. 12-18 mentionnant un exemple d'interposition d'un établissement stable à Malte.

les groupes. Cette présomption ne laisse pas les Etats démunis face à des pratiques que la charge de la preuve empêcherait de poursuivre. La présomption est cependant, en principe, simple, ce qui est primordial dans ce domaine. Elle ne laisse donc pas démunis les groupes qui mettent en place des situations triangulaires pour des motivations non principalement fiscales. L'équilibre nous semble adapté aux situations triangulaires visées ici.

Cette approche n'est pas abandonnée dans les évolutions récentes des projets *BEPS* au sein de l'Action 3 qui propose de « *renforcer les règles relatives aux SEC. Élaborer des recommandations concernant la conception des règles relatives aux sociétés étrangères contrôlées, en coordination avec les travaux menés dans d'autres domaines, le cas échéant* »⁶⁵², ce projet ne traitant pas directement du cas spécifique des situations triangulaires.

L'autre avantage des règles *CFC*, est qu'elles proposent un arbitrage dans l'Etat qui est potentiellement celui qui pourrait être affecté de manière négative par la mise en place d'une situation triangulaire. En effet, l'interposition d'une situation triangulaire est souvent destinée, non pas à diminuer l'imposition dans l'Etat de source ou de situation de l'établissement stable interposé, mais à limiter l'imposition dans l'Etat de résidence en transférant le revenu en principe imposable dans cet Etat dans un autre Etat, où il est faiblement ou pas imposé. Les *CFC* répondent à cette question en éliminant les effets de cette interposition, lorsque ceux-ci n'ont pas de motivations économiques ou que l'effet fiscal recherché est à l'évidence le critère essentiel de choix. Elles couvrent en priorité, non pas uniquement les revenus faiblement imposés, mais aussi les revenus qui ont été délocalisés dans un lieu où ils sont moins imposés. Cela nous semble en ligne avec notre vision des situations triangulaires abusives qui nécessitent une analyse *in concreto*, au cas par cas.

Pour ce faire, les régimes prennent en compte, en principe, l'activité menée sur place et son caractère opérationnel et effectif ou non, mais aussi le niveau d'imposition en comparaison avec ce que celui-ci pourrait être dans l'Etat R si les revenus y avaient

⁶⁵¹ Congress IFA 2010 Rome « Tax treaties and tax avoidance: application of anti-avoidance provisions », vol.95A, p. 40-41.

été perçus. Ces deux critères pourraient être adaptés pour présumer une situation triangulaire passive ou active⁶⁵³, à condition que l'imposition minimisée soit calculée en prenant en compte tous les éléments, c'est-à-dire l'imposition dans l'Etat P, mais aussi dans les autres Etats et la question de savoir si l'avantage est temporaire ou définitif, ce que les travaux actuels de l'OCDE ne prennent pas en compte. En effet, la principale complexité avec les *CFC* est que ces dernières sont mises en place de manière unilatérale par l'Etat R et, qu'en conséquence, elles ne reprennent pas toujours en compte l'imposition dans les autres Etats que l'Etat P⁶⁵⁴. L'OCDE a évolué sur ce sujet, indiquant que cette prise en compte est souhaitable⁶⁵⁵.

La principale contrainte est de permettre une élimination de la double imposition économique créée par l'application de ces régimes. C'est une difficulté essentielle que l'OCDE ne prend pas en compte, limitant son action à l'élimination de la double imposition juridique sauf peut-être dans le cadre limité du dispositif issu de l'article 9 du Modèle de convention⁶⁵⁶.

Le traité n'ayant pas vocation à éliminer les doubles impositions non expressément visées, ne permet pas d'éliminer la double imposition économique issue éventuellement de l'application de règles de *CFC*. La plupart des régimes internes permettent cette élimination. Il nous semblerait cependant plus adapté de prévoir cette élimination dans le texte du traité lui-même probablement en modifiant l'article 23 du traité⁶⁵⁷.

⁶⁵² *Plan d'action concernant l'érosion de la base d'imposition et le transfert de bénéfices*, Ed. OCDE 2013, p. 17.

⁶⁵³ Pour une vision différente Kane (M), « The role of controlled foreign company legislation in the OECD Base Erosion and Profit Shifting Project », IBFD, *Bulletin*, June/July 2014, p. 321-326.

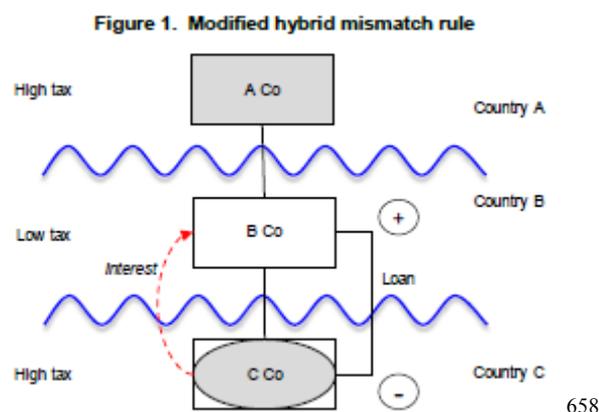
⁶⁵⁴ Par exemple, imposition à la source dans l'Etat S, mais aussi l'imposition au niveau de l'associé de la société de l'Etat R dans un autre Etat que l'Etat R ou dans l'Etat R.

⁶⁵⁵ *Concevoir des règles efficaces concernant les sociétés étrangères contrôlées*, Action 3 - Rapport final 2015, Ed. OCDE Décembre 2015.

⁶⁵⁶ Article 9.2 du Modèle de convention fiscale. « *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.* »

⁶⁵⁷ Kuzniacki (B.), *WU International Taxation Research Paper Series* No. 2015 – 21, « CFC Rules, BEPS Action 3 (Draft), and EU Law ». « The Need to Avoid Double Economic Taxation Triggered by CFC Rules under Tax Treaties, and the Way to Achieve It », 2015-43, *Intertax*, Issue 12, p. 758-772.

La principale difficulté liée à la généralisation des *CFC*, autre que celle de la possible non-compatibilité avec le dispositif des conventions fiscales, est que telles qu'utilisées actuellement, ces règles prennent en compte l'imposition dans un seul Etat, à savoir celui de la localisation de l'établissement ou de la filiale. Cette analyse permet de nombreuses optimisations fondées sur l'utilisation de pays tiers. Ainsi, par exemple, dans le cas de filiales d'un groupe américain, il existe un risque que des optimisations soient mises en place au moyen de l'utilisation de filiales transparentes, pour lesquelles les paiements ne sont pas reconnus du point de vue de l'Etat du siège, ce risque existant aussi en matière d'établissement stable.



Ainsi, les paiements sont déduits dans l'Etat C de l'établissement stable⁶⁵⁹, potentiellement faiblement imposés dans l'Etat tiers B, mais ne sont pas pris en compte du point de vue de l'Etat du siège pour évaluer le niveau d'imposition de l'Etat de l'établissement et son assujettissement éventuel aux règles de *CFC* de l'Etat A.

Nous proposons que, pour la mise en place de *CFC* efficaces, l'imposition globale soit prise en compte, ce qui éviterait de considérer un établissement comme soumis aux *CFC*, alors que les règlements effectués par celui-ci ou reçus par lui peuvent être imposés dans un autre Etat, en application de règles de *CFC* d'un autre Etat⁶⁶⁰. Il est

⁶⁵⁸ Exemple issu de *BEPS, Action 3: strengthening CFC rules*, 12 May 2015, Com. 40, Ed. OCDE.

⁶⁵⁹ Ou, comme le montre le diagramme, de la filiale considérée comme un établissement dans l'Etat de la société mère et comme une entité opaque dans le pays de localisation.

⁶⁶⁰ Etude pénétrante sur l'imposition minimum du point de vue américain dans un contexte international. Grubert (H) et Altshuler (R), « Fixing the system: an analysis of alternative proposals for the reform of international tax », *National Tax Journal*, September 2013, 66 (3), p. 671-712.

clair que la mise en place de tels instruments nécessiterait une coordination, ce qui nous semble possible dans le cadre du projet *BEPS*.

2. *La lutte contre l'utilisation multiple des pertes*

Comme nous l'avons indiqué, l'optimisation recherchée dans le cas de l'interposition d'un établissement stable se fonde sur deux leviers. D'une part, le fait que la définition des sociétés éligibles pour un régime d'intégration fiscale comprend des sociétés qui, bien que non-résidentes au sens du droit interne, sont résidentes au sens d'un traité en vigueur et devraient donc bénéficier des mêmes droits que les sociétés locales en matière d'accès au régime. D'autre part, que les pertes éventuellement réalisées à l'étranger peuvent être utilisées dans les deux Etats.

a *La consolidation restreinte à des sociétés locales*⁶⁶¹

La première défense possible pour les Etats est de limiter la possibilité d'être membre d'une intégration fiscale aux sociétés résidentes au sens du droit interne d'un Etat. Il est clair que cette approche n'est pas facilitée par l'existence d'un principe de non-discrimination ou des règles de liberté d'établissement⁶⁶².

Pour être efficace, ce type de dispositif doit être compatible avec les traités en vigueur⁶⁶³. A la lecture des commentaires sous l'article 1^{er} du Modèle de convention fiscale, on peut anticiper que de tels dispositifs doivent remplir deux conditions. D'une part, être compatible avec l'article 1^{er}, en ce qui concerne la compatibilité des dispositifs anti-abus avec les traités. D'autre part, un tel dispositif devrait être compatible avec l'article de non-discrimination, ce dispositif interdisant de discriminer une société étrangère ou des établissements stables de sociétés étrangères, par exemple en lui interdisant d'être membre d'une intégration fiscale locale.

La première difficulté est de disposer d'une structure autorisant une double déduction, sans prévoir une double imposition des profits. En effet, la plupart des

⁶⁶¹ Cf. Exemples présentés au Partie 2 Titre 1 Section 1-I-B-2-a.

⁶⁶² Adda (M.), « Can a permanent establishment be a "legitimate heir" in a domestic tax consolidates regime », European Taxation, IBFD, December 2001, p. 238-244.

régimes s'ils permettent la déduction des pertes prévoient aussi l'imposition corrélative des profits, exposant les groupes à une double imposition⁶⁶⁴.

On mentionnera l'exemple finlandais qui ne permet pas de consolider dans la même intégration des sociétés étrangères et locales, ou même des sociétés locales détenues par une société passive étrangère. La logique pour ces limitations est de considérer que la contrepartie à la déduction de la perte transférée au groupe intégré est l'imposition « locale » du bénéficiaire. On remarquera, toutefois, que ce régime accepte une intégration entre sociétés locales, sous la condition qu'elles aient une relation de filiale à société mère ou qu'elles soient détenues par une holding commune passive locale.

Pour contourner les limites décrites ci-dessus, certains groupes avaient mis en place entre le Danemark et la Finlande des structures dans lesquelles des sociétés enregistrées en Finlande transféraient leur siège de direction effective au Danemark, aboutissant ainsi à des structures où les pertes pouvaient être utilisées deux fois, à savoir en Finlande et au Danemark. Une telle structure était aussi possible avec un établissement stable⁶⁶⁵.

La Cour suprême finlandaise a indiqué que, dans le cas d'une détention par une société double résidente, le transfert des pertes au sein de l'intégration n'était pas possible, car le bénéficiaire du transfert des pertes n'était pas imposable en Finlande. En dehors des conditions de forme probablement prise en compte, la Cour justifie sa décision par l'application du dispositif anti-abus local. Elle ne retient cependant pas que celui-ci aurait été incompatible avec les conventions en vigueur, conventions qui étaient la source de la difficulté.

A ce propos, une autre décision de cette même Cour suprême, un an après, autorise l'intégration de sociétés détenues par des sociétés résidentes d'un Etat lié par une

⁶⁶³ Cf. II du présent chapitre.

⁶⁶⁴ Cette difficulté est parfois contournée par la mise en place de structures systématiquement déficitaires, telles que des holdings endettées non-imposables sur les dividendes qu'elles reçoivent.

⁶⁶⁵ Supreme administrative court, 17 June 2003. Hintsanen (L), Pettersson (K) « Supreme administrative court rules on taxation of dual resident companies », IBFD, *European Taxation*, April 2004, p. 192 et s.

convention⁶⁶⁶. Certes, la question de la double intégration n'était pas en jeu. On peut toutefois considérer que la décision n'aurait pas été affectée car la question n'était pas d'utiliser deux fois les pertes, mais d'en permettre une utilisation pour des sociétés détenues par une société étrangère, le régime local étant limité, à l'instar de la solution française, à des cas de sociétés détenues par des sociétés résidentes⁶⁶⁷. La double déduction, n'a dans ce cas, même pas été évoquée. On notera ici la limite des décisions des juridictions locales pour lesquelles l'imposition dans l'autre Etat est un élément difficile à prendre en compte. Les cours américaines ont, sur ce point, une conception différente, puisqu'elles acceptent de prendre en compte comme motivation non-fiscale, aux Etats-Unis, la réduction de l'impôt local étranger. Cette acceptation est probablement guidées par une vision mondiale de leur régime fiscal qui veut que le profit devrait être à un moment ou à un autre rapatrié aux Etats-Unis et y être imposé sous déduction de l'impôt étranger. De ce point de vue, l'impôt est toujours payé à un moment ou à un autre aux Etats-Unis.

b Les « Dual consolidated loss rules »

Une réaction à l'utilisation multiple de pertes pouvant être mise en place est celle de *Dual consolidated loss rules*⁶⁶⁸⁶⁶⁹. En application de ces règles, l'Etat de source ou l'Etat du siège peut décider de ne pas permettre la déduction des pertes lorsque celles-ci sont aussi déduites dans l'autre Etat⁶⁷⁰.

Dans l'exemple suivant l'Etat A ou l'Etat B peut mettre en place un tel régime.

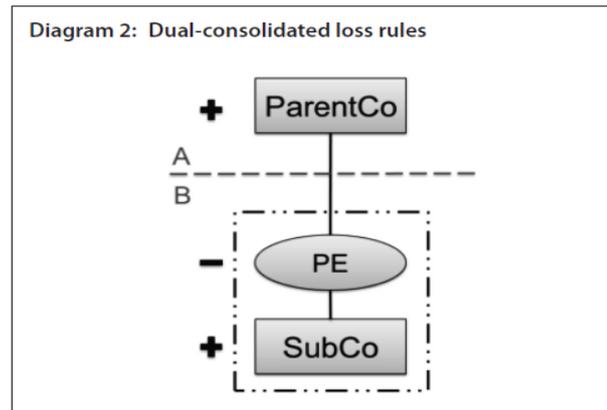
⁶⁶⁶ Hintsala (L), Viitanen (P), « Supreme Administrative court ruling on the Finland-US tax treaty non-discrimination clause », IBFD, *European Taxation*, October 2004, p. 460 et s.

⁶⁶⁷ Solution tranchée par le juge communautaire.

⁶⁶⁸ Limitation par le droit interne de la possibilité d'utiliser des pertes utilisées dans un autre Etat.

⁶⁶⁹ Ryan (J), and Keates (H), « Corporate Loss Utilization through Aggressive Tax Planning », IBFD, *Bulletin*, January 2012, p. 72-76.

⁶⁷⁰ *Corporate Loss Utilisation through Aggressive Tax Planning*, p. 57 et s., Ed. OECD 2011.



671

Dans ce cas, alors que le traitement fiscal « mécanique » de la structure permettrait une prise en compte de la perte liée à la déduction des intérêts au niveau de l'établissement stable, mais aussi par application d'un régime mondial au niveau de la Parent Co, des règles de *Dual consolidated rules* peuvent prévoir que, seul un Etat a la possibilité de prendre en compte cette perte. Techniquement, cette interdiction peut être soit directe, par référence à la situation dans l'autre Etat, soit indirecte, en ne permettant pas d'utilisation effective de la perte dans l'Etat de Parent Co.

La première possibilité est celle retenue par les Etats-Unis, alors que la seconde est celle retenue par le Royaume-Uni, qui sans interdire la reconnaissance de la perte une seconde fois au niveau de l'Etat du siège, interdit l'utilisation de cette perte dans une intégration fiscale de cet Etat, limitant de manière significative l'opportunité fiscale. On remarquera que ce sujet est une déclinaison de la question de l'utilisation des entités hybrides, ces dernières étant utilisées pour aboutir à des déductions multiples⁶⁷²⁶⁷³.

La mise en place de telles règles ne peut, en outre, s'attaquer qu'aux doubles déductions définitives. En effet, lorsque l'Etat A, qui dispose d'un régime mondial, autorise la déduction des pertes, il prévoit également l'imposition corrélative de

⁶⁷¹ Exemple issu de Ludicke (J), Altorfer (J), Blanluet (G), Hohenwarter-Mayr (D), Inoue (K), Suarez (S), Lange-Huckstadt (C), « Cross border loss utilization », IBFD, *Bulletin*, June/July 2014, p. 376-383. Post (D.R.), Stals (KPE.), « The Tax Treatment of Corporate Losses: A Comparative Study », 2012-40, *Intertax*, Issue 4, p. 232-244.

⁶⁷² Bärsh (SE), Spengel (C), « Hybrid Mismatch Arrangements: OECD Recommendations and German Practice », *Bulletin*, IBFD, October 2013, p. 520-528.

⁶⁷³ Lüdicke (J), « Tax Arbitrage with Hybrid Entities: Challenges and Responses », *Bulletin*, IBFD, 2014, p. 309-317.

profits équivalents. Si cette reprise de la déduction initiale est effectuée deux fois, il n'y a pas d'avantage indu.

La seconde remarque est que ce système doit déterminer quel Etat doit être le « perdant » et quel Etat doit être le « gagnant », faisant peser l'équilibre sur un nécessaire accord. Ainsi, même si le dispositif est unilatéral, il est influencé par des questions multilatérales. A notre avis, dans l'exemple mentionné ci-dessus, l'Etat A devrait être celui qui renonce à la déduction. Il est, en effet, le seul des deux Etats à pouvoir prendre en compte la situation de l'autre. En outre, l'optimisation provient de la déduction supplémentaire accordée dans cet Etat. C'est la solution retenue par le régime américain.

Une autre contrainte est que ce système oblige chaque Etat à évaluer la perte étrangère pour la comparer avec la perte déduite une seconde fois localement.

Deux solutions sont envisageables. Soit les pertes étrangères sont évaluées selon les règles étrangères et dans ce cas le montant de la déduction dans un Etat dépend de la législation de l'autre. Soit les pertes étrangères sont évaluées selon les règles de l'Etat qui tente d'en interdire la déduction, ne permettant pas totalement d'éliminer le risque d'optimisation, en particulier lorsque l'Etat qui doit éliminer la double déduction considère que, selon son droit interne, la perte déduite à l'étranger ne le serait pas chez lui et autoriserait ainsi une déduction de cette perte localement puisque selon ses règles la perte n'est pas déductible deux fois.

Selon nous, les règles de l'Etat qui adopte le dispositif devraient être applicables, comme c'est le cas dans la majorité des *CFC*. En effet, ce système tente de déterminer le montant de l'optimisation fiscale par rapport à l'imposition en l'absence d'intermédiation d'un établissement stable. Ce système est donc destiné à combattre en premier lieu une optimisation dans l'Etat du siège de l'établissement stable au détriment de l'Etat R.

Enfin, les dispositifs présentés ci-dessus vont être probablement inefficaces contre des stratégies de « séparation des revenus », qui aboutissent à laisser l'entité qui enregistre la double déduction en perte afin d'éviter l'effet lié aux « reprises »,

lorsque celle-ci redevient bénéficiaire. La seule protection devient alors l'application dans l'Etat du siège d'un régime de crédit d'impôt. Dans cette situation en effet, puisque la dette figurant dans l'entité et dans l'établissement stable devra être servie, l'établissement devra recevoir des distributions des filiales. Si l'établissement et les filiales sont dans une intégration faiblement imposée, en raison de la déduction des intérêts, le crédit d'impôt attaché à ses distributions par les filiales sera faible et donc l'imposition au niveau du bénéficiaire du dividende corrélativement élevée, limitant ainsi l'avantage double. Cet effet limitant l'optimisation est cependant souvent évité en utilisant d'autres sources de revenus pour servir la dette en question.

Pour toutes les raisons mentionnées plus haut, la mise en place de *CFC* nous apparaît plus adaptée pour régler le cas des situations triangulaires.

B. La protection des autres Etats superfétatoire

Selon nous, il n'existe pas de nécessité impérieuse pour les autres Etats de lutter contre la mise en place de situations triangulaires qui n'ont pas pour effet d'affecter leur imposition. Cette affirmation est aussi applicable dans l'Etat P (1), même si celui-ci peut être considéré, dans certaines circonstances, comme le promoteur des situations triangulaires optimisantes, attirant l'allocation de revenus faiblement imposés sur son territoire. La concurrence loyale pour attirer des investissements n'est pas interdite. Du point de vue de l'Etat de source, l'approche traditionnellement retenue est de limiter la déductibilité des charges payées à un établissement situé dans un Etat où les revenus sont faiblement imposés (2).

1. La protection de l'Etat P inadaptée

Plusieurs raisons motivent notre analyse.

Tout d'abord, la raison de l'optimisation fiscale n'est pas directement l'imposition dans l'Etat P, mais le fait que du profit qui devrait être imposé dans l'Etat R, est transféré dans l'Etat P. Ce qui compte c'est l'Etat qui perd, et non celui qui gagne, même si ce gain est par définition réduit.

En outre, le fait que l'Etat P propose un régime, par hypothèse applicable à tous, favorable par rapport aux autres Etats en présence, n'est pas contraire aux principes de l'OCDE qui n'exigent pas une harmonisation des régimes fiscaux.

Même l'application d'un crédit d'impôt dans cet Etat, conformément au principe de non-discrimination provenant de la clause contenue dans le traité P/R, ne pose pas de difficulté significative. Ce principe nécessite, en effet, par construction, que le revenu soit imposable, ce qui implique que l'avantage accordé dans l'Etat P n'est pas supérieur au plus faible entre la retenue à la source prélevée dans l'Etat S, et la retenue à la source prévue par le traité P/S. Dès lors, il n'y a pas d'avantage supplémentaire lié à l'interposition dans l'Etat P, celui-ci ne nécessitant, en conséquence, pas de protection supplémentaire⁶⁷⁴.

Puisque le dispositif de l'article 23 prévoit une élimination de la double imposition et non un remboursement d'imposition, il n'y a pas d'avantage net positif dans l'Etat P.

Le dispositif de l'article 23B et 23A ainsi que l'article 23.A.2 du Modèle de convention fiscale le confirment⁶⁷⁵⁶⁷⁶.

Compte tenu de ce qui précède et conformément aux principes dégagés par l'OCDE, l'Etat P ne devrait pas avoir besoin d'une protection spécifique, celui-ci n'étant pas affecté négativement par l'interposition de l'établissement stable.

⁶⁷⁴ En cas de relation directe, le crédit d'impôt serait égal ou supérieur si l'on continue d'appliquer le traité R/S dans l'Etat S bien sûr.

⁶⁷⁵ L'article 23B indique « 1. Lorsqu'un résident d'un Etat contractant reçoit des revenus ou possède de la fortune qui, conformément aux dispositions de la présente Convention, sont imposables dans l'autre Etat contractant, le premier Etat accorde :

a) sur l'impôt qu'il perçoit sur les revenus de ce résident, une déduction d'un montant égal à l'impôt sur le revenu payé dans cet autre Etat ;

b) sur l'impôt qu'il perçoit sur la fortune de ce résident, une déduction d'un montant égal à l'impôt sur la fortune payé dans cet autre Etat.

Dans l'un ou l'autre cas, cette déduction ne peut toutefois excéder la fraction de l'impôt sur le revenu ou de l'impôt sur la fortune, calculé avant déduction, correspondant selon le cas aux revenus ou à la fortune imposables dans cet autre Etat. »

⁶⁷⁶ L'article 23A-2 précise « Lorsqu'un résident d'un Etat contractant reçoit des éléments de revenu qui, conformément aux dispositions des articles 10 et 11, sont imposables dans l'autre Etat contractant, le premier Etat accorde, sur l'impôt qu'il perçoit sur les revenus de ce résident, une déduction d'un montant égal à l'impôt payé dans cet autre Etat. Cette déduction ne peut toutefois excéder la fraction de l'impôt, calculé avant déduction, correspondant à ces éléments de revenus reçus de cet autre Etat. »

2. *La protection de l'Etat S par non-déductibilité des dépenses*

a *Le principe*

En théorie, l'Etat de source n'a pas de raison de tenter d'interdire une situation triangulaire optimisante, dans la mesure où l'imposition à la source n'est pas modifiée puisque, selon l'OCDE, contrairement à la situation dans le cas de l'interposition d'une filiale, l'application du traité S/R n'est pas affectée par l'existence d'une situation triangulaire.

Si l'on analyse plus globalement l'imposition, et que l'on s'intéresse à la possibilité de limiter le recours à des situations motivées principalement par la recherche d'une optimisation fiscale, l'Etat S peut jouer un rôle. Il existe, en effet, la possibilité d'interdire dans cet Etat la déduction d'un paiement, si le revenu n'est pas suffisamment imposé dans l'Etat de situation de l'établissement stable. C'est une manière indirecte de suivre les recommandations de l'OCDE en matière de situations triangulaires.

De nombreux régimes similaires existent, par exemple au Mexique ou en France⁶⁷⁷. Il doit être concédé que cette approche, aboutissant à la mise en place d'une restriction dans l'Etat S, procède d'une vision d'autocensure dans la mesure où ce dernier n'est pas la victime de l'optimisation, à supposer que celle-ci existe. L'Etat S devient le partenaire de l'Etat R pour la lutte contre les situations triangulaires optimisantes. Conclusion difficilement acceptable par l'Etat R, qui est lésé par l'interposition alors que l'Etat S ne l'est pas. Le groupe instigateur est, lui, sanctionné de manière globale, à supposer que le différentiel entre l'imposition dans l'Etat R et celle dans l'Etat P (gain lié à l'opération) ne soit pas supérieur au coût dans l'Etat S (non-déduction). Cette sanction n'aurait aucun effet si l'imposition dans l'Etat S est faible.

La question est de savoir si une telle limitation est en pratique applicable à des situations triangulaires et, en particulier, si la comparabilité des impositions effectives est réellement possible. Pour être réellement adapté, et contrairement à la

⁶⁷⁷ Ou en France avec l'article 238A du CGI.

plupart des régimes en place, un tel régime devrait prendre en compte non seulement l'imposition effective dans l'Etat P, mais aussi celle éventuellement applicable dans l'Etat R. En effet, si le cumul de ces deux impositions n'est pas significativement inférieur à l'imposition applicable en l'absence de situation triangulaire, alors la mise en place de la situation triangulaire ne peut être présumée fondée par une recherche d'un avantage fiscal.

Apparaît ainsi de nouveau la nécessité de définir la « faiblesse » de l'imposition par rapport à des critères qui, en général, sont ceux de l'Etat de source alors que la mesure devrait prendre en compte le niveau d'imposition dans l'Etat R ou probablement le cumulé de l'imposition dans l'Etat P et celle dans l'Etat R après interposition. Il nous semble, par exemple, qu'un seuil de 50 % de différence entre la situation en présence d'une interposition et celle hors interposition permettrait de présumer que les choix ne sont pas principalement fiscaux et présenterait l'avantage d'être en ligne avec les seuils utilisés pour l'application des règles de *CFC*. A la différence des *CFC* couramment utilisées et en ligne avec nos remarques dans nos développements sur ce point, il faut que l'imposition minimum prise en compte soit celle globalement payée, nécessitant un accord entre les Etats afin de savoir qui doit renoncer à son imposition. Celui qui devrait abandonner serait celui qui gagne une imposition en comparaison de la situation hors interposition, donc dans l'Etat P⁶⁷⁸.

Une réponse adaptée requiert, selon nous, la prise en compte d'une imposition économique et non plus uniquement juridique sur un flux, approche nécessairement compliquée, même si elle devait aboutir à un résultat relativement équilibré. Elle nécessite une modification du Modèle de convention fiscale pour une prise en compte plus large de la double imposition économique. Bien entendu, le calcul de l'imposition effective devrait par exemple anticiper l'éventuelle application de *CFC* dans l'Etat R ou dans un Etat de l'associé de la société de l'Etat R.

b La quantification d'une faible imposition

A l'évidence, si avant toute charge, le revenu n'est imposable ni dans l'Etat P ni dans l'Etat R, alors on peut imaginer que l'Etat de source puisse refuser la déduction, la double imposition n'existant, a priori, pas⁶⁷⁹.

Il reste de nombreux cas où cette évaluation sera complexe, à l'instar des difficultés posées par les régimes en place, car plusieurs causes peuvent aboutir à une imposition effective faible dans l'Etat de situation de l'établissement, dont principalement les suivantes :

- L'établissement stable est en perte en raison d'autres éléments qui seraient déductibles dans l'Etat de source (cas 1).
- L'établissement est en perte en raison d'éléments exogènes qui ne seraient pas déductibles dans l'Etat de source (cas 2).
- L'établissement est imposé plus faiblement en raison de déductions afférentes aux revenus qui ne seraient pas déductibles dans l'Etat de source (par exemple, versement direct ou indirect à des Etats où les revenus sont imposés faiblement) (cas 3).
- L'établissement bénéficie de déductions notionnelles qui existent dans l'Etat de source (cas 4).
- L'établissement dispose de déductions notionnelles qui n'existent pas dans l'Etat de source (cas 5).

Comme indiqué ci-dessus, si l'idée est de comparer les situations dans lesquelles l'objet de la situation triangulaire est d'interposer dans un but exclusivement fiscal, alors doit être comparée la totalité des impositions, sauf la retenue à la source dans l'Etat de source qui ne varie pas.

⁶⁷⁸ Position, nous devons le concéder, en contradiction avec notre idée que l'Etat P est neutre dans l'interposition, sauf si l'Etat R regagne son imposition en application de règles de *CFC*, acceptant une imputation de l'impôt payé dans l'Etat P.

⁶⁷⁹ Kleinbard (E), « The Lessons of Stateless Income », 65 *Tax Law Review* 99 (2011), « Stateless Income's Challenge to Tax Policy », *USC Legal Studies Research Paper* n° 11-13, 25 June 2011. « Herman Cain's 9-9-9 Tax Plan », *Tax Notes*, October 24, 2011, p. 469. « Stateless Income's Challenge to Tax Policy, Part 2 », *Tax Notes*, September 17, 2012, p. 1431-1448 . « Through a Latte, Darkly: Starbucks's Stateless Income Planning », *Tax Notes*, June 24, 2013, p. 1515-1535 ; « Competitiveness Has Nothing to Do With It », 144 *Tax Notes*, 1055 (September 1, 2014). « Stateless Income », *Florida tax review*, Volume 11, 2011, Number 9.

Ainsi, le cas 1 et le cas 4 ne devraient pas poser de difficultés à l'Etat de source. Pour les cas 2, 3 et 5, il faut rechercher si un avantage global existe en réalité et en particulier dans l'Etat R, par exemple au travers d'application du régime *CFC*. En effet, dans ce cas, l'optimisation globale n'existe pas.

On pourrait enfin considérer que l'exonération dans l'Etat R n'est un critère que si cette non-imposition n'est pas applicable en l'absence de situation triangulaire, obligeant ainsi à calculer également une imposition théorique de comparaison de l'imposition dans l'Etat R en présence (ou non) de situations triangulaires. Cela oblige à comparer l'imposition avec ou sans interposition et aussi l'imposition en l'absence de traités. Après tout, si les droits internes des Etats prévoient l'imposition faible et la non-imposition dans l'Etat R, alors la discussion n'est plus une discussion d'optimisation liée à la mise en place de situations triangulaires.

Ainsi, l'analyse rend indispensables les étapes suivantes :

- Etape 1 : comparaison dans l'Etat P de l'imposition des revenus reçus par rapport à l'imposition de revenus similaires, s'ils étaient perçus dans l'Etat S. S'il n'y a pas d'avantage, alors le dispositif dans l'Etat S n'est pas applicable, sinon on passe à l'étape 2.
- Etape 2 : revue de l'imposition dans l'Etat R. Nous sommes de l'avis que chaque fois que l'Etat R est directement ou indirectement imposable sur les revenus, cela constitue un élément de démonstration de l'intention non exclusive d'optimisation liée à l'interposition et donc le régime normal doit être appliqué, à savoir déduction dans l'Etat de source. Si ce n'est pas le cas, l'étape 3 doit être envisagée.
- Etape 3 : comparaison dans l'Etat R ou un autre Etat de l'imposition effective constatée. Il est en effet possible que les revenus soient imposés dans l'Etat R dans les mains d'un autre contribuable ou dans un autre Etat en application de règles de *CFC*.

Plutôt qu'une absence de déduction dans l'Etat S, pourrait être envisagée la non-application des traités dans cet Etat avec, bien entendu, absence de l'élimination de la double imposition éventuelle.

II. Le risque d'incompatibilité avec les conventions fiscales

La principale difficulté pour la mise en place de mesures anti-abus telles que proposées ci-dessus est leur compatibilité avec les conventions fiscales (A). Cette compatibilité donne lieu à un débat fondé sur le Modèle de convention fiscale qui aboutit à des décisions de jurisprudence incertaines (B), ne permettant pas de dégager des règles objectives claires. Notre analyse nous mène à penser que l'inclusion dans le texte des traités ne peut être évitée.

A. L'analyse du Modèle de convention fiscale

Les commentaires du Modèle de convention fiscale s'intéressent de manière approfondis à la possibilité d'appliquer des mesures *CFC* en présence d'une convention fiscale (1). La question de la compatibilité et donc de l'efficacité de telles mesures anti-abus n'est cependant pas limitée aux *CFC* (2).

1. Les commentaires relatifs aux CFC

L'OCDE, au sein de son Modèle de convention, n'ignore pas la question, mais ne donne pas une réponse totalement convaincante sur ce sujet. Sous les commentaires de l'article 1^{er}, il est indiqué⁶⁸⁰ :

« L'utilisation de sociétés écran peut également être contrecarrée par une législation relative aux sociétés étrangères contrôlées. Un nombre notable de pays membres et non membres ont désormais adopté une telle législation. Même si la conception de ce type de législation varie considérablement selon les pays, un trait commun de ces règles, que l'on

⁶⁸⁰ Jimenez (A.J.), « The 2003 revision of the OECD commentaries on the improper use of tax treaties: a case for the declining effect of the OECD commentaries », *Treaty Monitor*, IBFD, January 2004, p.17-30.

considère désormais à l'échelle internationale comme un instrument légitime pour protéger l'assiette fiscale nationale, est qu'elles permettent à un Etat contractant d'imposer ses propres résidents sur des revenus attribuables à leurs participations dans certaines entités étrangères. Toutefois, on a parfois affirmé, en s'appuyant sur une certaine interprétation des dispositions de la Convention comme le paragraphe 1 de l'article 7 ou le paragraphe 5 de l'article 10, que ce trait commun des législations sur les sociétés étrangères contrôlées était contraire à ces dispositions. Comme on l'explique dans les paragraphes 14 des Commentaires sur l'article 7 et 37 des Commentaires sur l'article 10, cette interprétation n'est pas conforme au texte des dispositions. De plus, elle ne résiste pas à la lecture de ces dispositions dans leur contexte. En conséquence, même si certains pays ont jugé utile de préciser expressément dans leurs conventions que leur législation relative aux sociétés étrangères contrôlées n'était pas contraire à la Convention, une telle précision n'est pas nécessaire. Il est admis que la législation relative aux sociétés étrangères contrôlées qui suit cette approche n'est pas contraire aux dispositions de la Convention. »⁶⁸¹

Nous souscrivons aux commentaires qui expliquent que ces dispositifs sont destinés à assurer un niveau d'imposition minimum « comparable à celui du pays de résidence du contribuable »⁶⁸², objectif selon nous parfaitement légitime en particulier en matière de situations triangulaires.

Les commentaires ne nous semblent toutefois pas résister de manière systématiquement convaincante à l'analyse et, en particulier, au fait qu'il est probable que de nombreux dispositifs ne sont pas compatibles avec l'article 7 du Modèle, en ce qui concerne les situations triangulaires⁶⁸³.

En effet, l'article 7 précise de manière assez limpide que « les bénéfices d'une entreprise d'un Etat contractant ne sont imposables que dans cet Etat, à moins que

⁶⁸¹ Com. 23 sous l'article 1^{er} du Modèle de convention fiscale.

⁶⁸² Com. 26 sous l'article 1^{er} du Modèle de convention fiscale.

⁶⁸³ La question existe même en matière de filiales de manière probablement moins certaine.

*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 bénéfices qui sont attribuables à l'établissement stable conformément aux dispositions du paragraphe 2 sont imposables dans l'autre Etat. »*⁶⁸⁴

Cette rédaction nous laisse penser que l'application des règles de *CFC* n'est pas systématiquement compatible avec ce dispositif en matière de situations triangulaires. Compte tenu du risque et du fait que ces dispositifs sont adaptés, selon nous, à la lutte contre les situations triangulaires optimisantes, ceux-ci devraient être systématiquement inclus dans les traités, éliminant ainsi la discussion et l'incertitude.

L'incertitude nous semble même dans l'esprit de membres de l'Organisation comme le démontrent le grand nombre de réserves émises sur le texte. On notera que les Etats les plus formellement opposés à la compatibilité sont souvent les Etats visés par ces dispositifs.

Ainsi, par exemple, la Belgique⁶⁸⁵ considère que ce type de législation est contraire :

« (...) aux dispositions de l'article 5, paragraphe 7, de l'article 7, paragraphe 1 et de l'article 10, paragraphe 5 de la Convention. »

L'Irlande émet des doutes sur la compatibilité des dispositifs⁶⁸⁶. Les Pays-Bas considèrent que le dispositif est contraire à la convention⁶⁸⁷.

⁶⁸⁴ Article 7.1 du Modèle de convention fiscale.

⁶⁸⁵ On notera que la Belgique a longtemps refusé la mise en place d'un tel dispositif dans son droit interne.

⁶⁸⁶ Il est indiqué : « *En ce qui concerne les conflits potentiels entre les clauses anti-abus (y compris les clauses relatives aux sociétés étrangères contrôlées) des législations nationales et les dispositions des conventions, l'Irlande considère qu'il n'est pas possible d'arriver à une simple conclusion générale selon laquelle il n'y a pas de conflit ou que tout conflit doit être résolu en faveur de la législation nationale. Cela dépendra de la nature de la disposition législative interne et également des relations légales et constitutionnelles établies dans les différents Etats membres entre la législation nationale et les accords et le droit internationaux. L'Irlande est aussi en désaccord avec la suppression dans le paragraphe 26 (tel qu'il se lisait jusqu'en 2002) du texte suivant : « Il serait contraire aux principes généraux sur lesquels est fondé le Modèle de Convention de l'OCDE ainsi qu'à l'esprit des conventions fiscales en général d'étendre ces dispositions à des activités telles que la production, les prestations normales de services ou le commerce, exercées de manière effective par des sociétés engagées dans une activité réelle, lorsque ces activités sont intégrées sans équivoque dans l'environnement économique du pays dont la société est résidente, et qu'elles sont exercées d'une manière telle que l'on ne peut soupçonner aucune évasion fiscale ».* Le niveau d'imposition locale n'est peut-être pas étranger à cette position.

⁶⁸⁷ Ils précisent : « *Les Pays-Bas n'adhèrent pas aux passages des Commentaires selon lesquels, en règle générale, les dispositions anti-abus et les clauses relatives aux sociétés étrangères contrôlées n'entrent pas en conflit avec les dispositions des conventions fiscales. La compatibilité de ces dispositions et des clauses conventionnelles dépend, entre autres choses, de la nature et de la rédaction des dispositions spécifiques, de la rédaction et de l'objet des clauses conventionnelles applicables et des relations entre droit national et international dans un pays. Dans la mesure où les conventions fiscales ne sont pas conçues pour permettre leur usage inapproprié, l'application des règles et dispositions*

On notera que les Etats qui considèrent que les *CFC* sont contraires au traité sont souvent ceux qui disposent des mesures *CFC* les plus perméables. Certains Etats peuvent donc renoncer de manière consciente à l'application de leurs *CFC* et à la recette potentielle qui aurait été la leur en l'absence de situation triangulaire optimisée. Cette renonciation « éclairée » n'est pas contraire aux principes développés par l'OCDE, mais plus la conséquence d'une analyse économique fondée sur l'intérêt d'attirer des capitaux, qui apportent d'autres bénéfices que le simple versement d'un impôt.

2. *La compatibilité des autres mesures*

a *L'application d'un régime anti-abus dans l'Etat S*

La question qui se pose est de savoir si un dispositif exigeant une imposition minimum dans l'Etat de situation de l'établissement stable, voire un cumul d'imposition dans l'Etat P et l'Etat R, est compatible avec les principes conventionnels.

Il est évident que chaque dispositif devrait être analysé en détail, mais certaines remarques communes peuvent être précisées. Deux cas peuvent se poser, l'application d'une retenue de droit interne ou la non déduction du flux.

De tels dispositifs pourraient créer quelques incertitudes au regard des règles de non-discrimination contenues dans les traités.

Ainsi, l'article 24 précise en effet :

« Les nationaux d'un Etat contractant ne sont soumis dans l'autre Etat contractant à aucune imposition ou obligation y relative, qui est autre

nationales peut être justifié dans des cas spécifiques d'abus ou d'usage clairement non prévu de la Convention. Dans ce type de situations l'application des mesures nationales doit respecter le principe de proportionnalité et ne doit pas aller au-delà de ce qui est nécessaire pour prévenir l'abus ou l'utilisation non prévue ».

ou plus lourde que celles auxquelles sont ou pourront être assujettis les nationaux de cet autre Etat qui se trouvent dans la même situation, notamment au regard de la résidence. La présente disposition s'applique aussi, nonobstant les dispositions de l'article 1, aux personnes qui ne sont pas des résidents d'un Etat contractant ou des deux Etats contractants. »⁶⁸⁸

Cette première partie du dispositif pourrait être applicable, en particulier si en droit interne une telle retenue n'existait pas. On doit indiquer que, dans notre cas, ce serait le résident de l'Etat R qui serait discriminé puisqu'il se verrait appliquer une retenue à la source dans l'Etat S par définition différente de celle applicable aux autres résidents. La difficulté nécessite que le texte prévoit une non-application du traité R/S, uniquement lorsque l'établissement stable situé dans un Etat tiers est faiblement imposé.

L'Etat de source dispose sur ce point de plusieurs possibilités :

- La première est d'appliquer une retenue à la source à tous les bénéficiaires résidents ou non, ce qui pose une question de compétitivité fiscale.
- La seconde est de soutenir qu'en réalité les revenus sont des dividendes soumis à retenue à la source à ce titre. L'article dividende pourrait inclure une clause spécifique sur une retenue à la source spéciale applicable aux revenus réputés distribués afin de différencier, en termes de sanction, cette catégorie comparée aux autres dividendes qui devraient être totalement exonérés de retenue à la source.
- La troisième est de prévoir la non-application de la Convention lorsque les revenus sont perçus par un établissement dans un Etat tiers et que l'imposition globale est inférieure à la moitié de celle qui serait dû en l'absence d'interposition.
- La quatrième est d'inclure dans le texte de la Convention le dispositif de droit interne.

⁶⁸⁸ Article 24 du Modèle de convention fiscale.

En ce qui concerne la possibilité de réduire le droit à déduction dans l'Etat S, le dispositif anti-discrimination vise plus en détail la situation et précise :

« A moins que les dispositions du paragraphe 1 de l'article 9⁶⁸⁹, du paragraphe 6 de l'article 11⁶⁹⁰ ou du paragraphe 4 de l'article 12⁶⁹¹ ne soient applicables, les intérêts, redevances et autres dépenses payés par une entreprise d'un Etat contractant à un résident de l'autre Etat contractant sont déductibles, pour la détermination des bénéfices imposables de cette entreprise, dans les mêmes conditions que s'ils avaient été payés à un résident du premier Etat. De même, les dettes d'une entreprise d'un Etat contractant envers un résident de l'autre Etat contractant sont déductibles, pour la détermination de la fortune imposable de cette entreprise, dans les mêmes conditions que si elles avaient été contractées envers un résident du premier Etat. »⁶⁹²

Ce dispositif interdit, en dehors des cas de versements excessifs, de traiter, du point de vue de la déduction, les versements de source S différemment de ceux payés entre résidents de l'Etat S. Ce dispositif ne présente aucune condition d'imposition minimum et permet à l'Etat de source de payer un flux à un établissement stable non imposé, situé dans un Etat tiers, puisqu'il est applicable à partir du moment où le versement est effectué à un résident de l'Etat R⁶⁹³. Il est donc parfaitement protecteur

⁶⁸⁹ Ce dispositif ne vise que les situations où les versements ne sont pas au niveau du marché et précise : « 1. 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, 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 ».

⁶⁹⁰ Ici aussi la situation est celle de versements excédentaires en comparaison avec des conditions de marché, ce qui n'est pas le cas des situations triangulaires ordinaires bien sûr. Le texte précise : « 6. Lorsque, en raison de relations spéciales existant entre le débiteur et le bénéficiaire effectif ou que l'un et l'autre entretiennent avec de tierces personnes, le montant des intérêts, compte tenu de la créance pour laquelle ils sont payés, excède celui dont seraient convenus le débiteur et le bénéficiaire effectif en l'absence de pareilles relations, les dispositions du présent article ne s'appliquent qu'à ce dernier montant. Dans ce cas, la partie excédentaire des paiements reste imposable selon la législation de chaque Etat contractant et compte tenu des autres dispositions de la présente Convention ».

⁶⁹¹ Dispositif équivalent à celui des intérêts en matière de redevance qui précise : « 4. Lorsque, en raison de relations spéciales existant entre le débiteur et le bénéficiaire effectif ou que l'un et l'autre entretiennent avec de tierces personnes, le montant des redevances, compte tenu de la prestation pour laquelle elles sont payées, excède celui dont seraient convenus le débiteur et le bénéficiaire effectif en l'absence de pareilles relations, les dispositions du présent article ne s'appliquent qu'à ce dernier montant. Dans ce cas, la partie excédentaire des paiements reste imposable selon la législation de chaque Etat contractant et compte tenu des autres dispositions de la présente Convention ».

⁶⁹² Article 24.4 du Modèle de convention fiscale.

⁶⁹³ Les situations triangulaires bilatérales poseraient probablement une difficulté particulière, car celle-ci ne serait pas visée par le texte, les versements n'étant pas effectués par des résidents des deux Etats.

des situations triangulaires optimisées. Les commentaires du Modèle de convention fiscale sur ce sujet sont quasi inexistantes et ne remettent pas en cause l'universalité du principe.

b L'interdiction de la double déduction des pertes

La question qui se pose est de déterminer si un Etat peut décider unilatéralement de refuser l'utilisation des pertes dans une intégration formée dans l'Etat P cumulativement avec la déduction des pertes dans une intégration formée dans l'Etat R. La question est couverte par l'article 24 du Modèle de convention⁶⁹⁴⁶⁹⁵.

On peut donc distinguer deux cas.

Le premier serait celui dans lequel l'interdiction est fondée sur la nationalité de la société localisée dans l'Etat R, étrangère pour l'Etat P. Il nous semble qu'une telle approche n'est pas compatible avec l'article 24(5).

En ce qui concerne la situation d'un établissement stable lui-même, il apparaît que l'article 24(3) pourrait être invoqué pour soutenir que l'interdiction de l'établissement stable d'être tête de groupe est contraire à son principe. C'est la solution retenue par la France⁶⁹⁶.

⁶⁹⁴ Qui précise: « 3. L'imposition d'un établissement stable qu'une entreprise d'un État contractant a dans l'autre État contractant n'est pas établie dans cet autre État d'une façon moins favorable que l'imposition des entreprises de cet autre État qui exercent la même activité. La présente disposition ne peut être interprétée comme obligeant un État contractant à accorder aux résidents de l'autre État contractant les déductions personnelles, abattements et réductions d'impôt en fonction de la situation ou des charges de famille qu'il accorde à ses propres résidents.

4. A moins que les dispositions du paragraphe 1 de l'article 9, du paragraphe 6 de l'article 11 ou du paragraphe 4 de l'article 12 ne soient applicables, les intérêts, redevances et autres dépenses payés par une entreprise d'un État contractant à un résident de l'autre État contractant sont déductibles, pour la détermination des bénéfices imposables de cette entreprise, dans les mêmes conditions que s'ils avaient été payés à un résident du premier État. De même, les dettes d'une entreprise d'un État contractant envers un résident de l'autre État contractant sont déductibles, pour la détermination de la fortune imposable de cette entreprise, dans les mêmes conditions que si elles avaient été contractées envers un résident du premier État.

5. Les entreprises d'un État contractant, dont le capital est en totalité ou en partie, directement ou indirectement, détenu ou contrôlé par un ou plusieurs résidents de l'autre État contractant, ne sont soumises dans le premier État à aucune imposition ou obligation y relative, qui est autre ou plus lourde que celles auxquelles sont ou pourront être assujetties les autres entreprises similaires du premier État ».

⁶⁹⁵ Boulogne (GF), « Group Taxation within the European Union: Did Papillon and Art. 24(5) of the OECD Model Tax Convention Create a Butterfly Effect? », *European Taxation*, IBFD, May 2011, p. 171-178. Douma (S) et Naumburg (C), « Marks & Spencer: Are National Tax Systems Éclairé? », *European Taxation*, IBFD, September 2006, p. 431-442.

⁶⁹⁶ Lehérisse (H), « The Tax Residence of Companies », *European Taxation*, IBFD, April/May 1999, p. 157-160

La question qui peut se poser est qu'effectivement l'article 24(3) n'oblige pas à accorder à l'établissement stable plus de droits que ceux accordés à une filiale et que l'utilisation deux fois des mêmes pertes pourrait être considérée comme un droit supplémentaire au regard de ce dispositif⁶⁹⁷⁶⁹⁸⁶⁹⁹. Une société de l'Etat P ne peut en principe déduire ses pertes dans l'Etat R, donc les deux situations ne seraient pas comparables. Cette interprétation ne nous semble pas en ligne avec l'esprit « territorial » du dispositif qui veut que la comparaison soit effectuée avec les sociétés établies dans l'Etat P, qui exercent une activité similaire à celle de l'établissement.

Les commentaires sur ce point sont d'ailleurs relativement restrictifs puisqu'ils limitent la non-discrimination au régime d'imposition de l'établissement stable, sans élargir la comparaison au régime d'imposition de l'établissement stable en tant que tête de groupe d'une intégration fiscale. Il est ainsi indiqué :

« Comme il est clairement indiqué à l'alinéa c) ci-dessus, le principe d'égalité de traitement du paragraphe 3 ne s'applique qu'à l'imposition des seules activités de l'établissement stable. Ce principe se limite donc à une comparaison entre les règles régissant l'imposition des activités propres à un établissement stable et celles s'appliquant aux activités d'entreprise similaires menées par une entreprise résidente indépendante. Il ne s'étend pas aux règles qui tiennent compte des relations qu'une entreprise peut entretenir avec d'autres entreprises (par exemple, les règles autorisant la consolidation, le transfert des pertes ou les transferts en franchise d'impôt d'actifs entre sociétés ayant les mêmes propriétaires), celles-ci ne portant pas sur l'imposition des activités

⁶⁹⁷ Position que nous ne partageons pas retenue par Avella (F), « Dual residence, group taxation and treaty law », *Dual residence in tax treaties and EC treaty law*, Linde Vol 60, 2009.

⁶⁹⁸ Approche analogue en matière de personnes physiques sous l'article 24 Com. 36 où il est précisé : « la deuxième phrase du paragraphe 3 précise en outre les conditions dans lesquelles le principe de l'égalité de traitement posé dans la première phrase doit s'appliquer aux personnes physiques résidentes d'un État contractant ayant un établissement stable dans l'autre État contractant. Elle tend essentiellement à éviter que ces personnes n'obtiennent des avantages supérieurs à ceux des résidents grâce au cumul des déductions et abattements personnels pour charges de famille qui leur seraient accordés d'une part, dans l'État dont ils sont résidents par application de la loi interne et, d'autre part, dans l'autre État en vertu du principe de l'égalité de traitement. En conséquence, il laisse à l'État où l'établissement stable est situé, la faculté d'accorder aux personnes intéressées les déductions et avantages personnels dans la proportion du montant des bénéfices de l'établissement stable au montant du revenu global imposable dans l'autre État ».

⁶⁹⁹ Opinion similaire à la nôtre, Leone (F) et Zanotti (E), « Italian Domestic Tax Consolidation: New Opportunities for Tax Planning », *European Taxation*, IBFD, May 2005, p. 187-198.

d'entreprise propres à une entreprise qui seraient similaires à celles d'un établissement stable, mais plutôt sur l'imposition d'une entreprise résidente en tant que partie intégrante d'un groupe d'entreprises associées (...). »⁷⁰⁰

Ces commentaires ne nous semblent pas limiter le droit dans l'Etat R d'utiliser ces mêmes pertes⁷⁰¹.⁷⁰² D'autres auteurs partagent notre analyse⁷⁰³.

B. Les incertitudes liées à la jurisprudence

La seconde source de complexité est que les réactions des juridictions locales n'offrent pas une cohérence indiscutable, mais confirment, au contraire, un niveau d'incertitude nécessitant une proposition plus radicale, tant en ce qui concerne les *CFC* (1) que pour les autres mesures (2).

1. La compatibilité des dispositifs de *CFC*⁷⁰⁴

a L'exemple français

La compatibilité du dispositif de l'article 209B du CGI avec les conventions fiscales internationales a été l'évènement qui a créé la question que nous posons aujourd'hui. Le Conseil d'Etat, dans une décision *Schneider*, a reconnu pour la première fois que ce dispositif, équivalent des règles *CFC* au niveau international, n'était pas compatible dans sa version en vigueur à l'époque avec le traité franco-suisse⁷⁰⁵⁷⁰⁶. Le régime a été en conséquence modifié⁷⁰⁷.

⁷⁰⁰ Com. 40 sous l'article 24.

⁷⁰¹ Position nuancée mais similaire, Russo (R), « International Aspects of the Proposed Corporate Tax Reform. A Comment », *European Taxation*, IBFD, September 2003, p. 304-319.

⁷⁰² Position contraire, Silke (B), « Taxation and Non-Discrimination: Clarification and Reconsideration by the OECD », *European Taxation*, IBFD, September 2008, p. 484-492.

⁷⁰³ Francescucci (D), Grilli (S), Oepen (W), *A decade of case law chapter 5 non-discrimination and group consolidation : the Delaware case of the German Bundesfinanzhof and Beyond*, 2008. Jones (A), « The non-discrimination article in tax treaties », *European Taxation*, IBFD, October 1991, p. 328.

⁷⁰⁴ Anderson (S), « CFC rules and double tax treaties; the OECD and UN Model Conventions », Jonkoping International Business School, August 2006, 32 p. Garfunkel (N.), « Are all CFC regime the same? The impact of the income attribution method », *TNI*, 5 July 2010, p. 53-74.

⁷⁰⁵ Oleon (L), « Article 209 B et conventions fiscales internationales : Après les ténèbres, la lumière », *RJF*, octobre 2002 p. 755. ; Chahid-Nourai (N) et Couturier (P), « Article 209 B du CGI et conventions fiscales ». Commentaire de l'arrêt d'Assemblée du 28 juin 2002, *Feuillet Rapide*, 34/02.

Pour les autorités fiscales, cette question de la compatibilité n'existe plus pour le régime modifié actuellement en place, puisque celui-ci aurait pour conséquence de transformer la question initiale du lieu d'imposition des profits relevant de l'article 7, en question du lieu d'imposition des profits de capitaux mobiliers qui sont régis par l'article « Autres revenus »⁷⁰⁸. Cela signifie que l'application ou non de l'article dépend de la rédaction de l'article « Autres revenus »⁷⁰⁹.

Par ailleurs, en ce qui concerne la situation des établissements stables étrangers, le dispositif reste, selon nous, incompatible avec les dispositions des conventions fiscales en vigueur⁷¹⁰. L'administration fiscale française considère que la rédaction de certaines conventions permet une efficacité du dispositif dans de tels cas⁷¹¹, ce qui n'est pas exempt de critiques. L'objet de nos développements n'est pas de débattre en détail de la compatibilité, mais de souligner le risque d'incompatibilité et l'incertitude qui oblige à insérer la compatibilité du dispositif dans le texte de la convention elle-même.

En ce qui concerne les situations triangulaires, le juge français accepte d'appliquer à ces situations le dispositif. Ainsi, pour déterminer si une société dont le siège social est au Vanuatu et qui dispose d'un établissement en Malaisie bénéficie d'un régime fiscal privilégié, le juge a procédé à la comparaison de la charge fiscale qui aurait été supportée par la filiale si elle avait été établie en France, sans prendre en compte la charge fiscale correspondant à l'établissement situé en Malaisie, qui aurait été exclu en application du régime français de territorialité⁷¹².

⁷⁰⁶ CE 28 juin 2002 n° 232276, ass., min. *c/ Sté Schneider Electric*, *RJF* 10/02, n° 1080 et chronique p. 755, concl. S. Austry, *BDCF* 10/02, n° 120, pourvoi contre un arrêt de la cour administrative d'appel de Paris qui avait conclu à l'incompatibilité du dispositif (CAA Paris 30 janvier 2001 n° 96-1408 plén. *Schneider Electric SA* : *RJF* 4/01, n° 458, concl. Mortelecq, *BDCF* 4/01 n° 52). *Dr. Fisc.*, n° 36, 4 septembre 2002, 28. Dibout (P), « L'inapplicabilité de l'article 209B du CGI face à la convention franco-suisse du 9 septembre 1966 (A propos de l'arrêt CE, Ass., 28 juin 2002, *Schneider Electric*) ».

⁷⁰⁷ Pons (T), « L'article 209 B : règle de territorialité élargie ou mesure anti-évasion ? », *BF* 4/2011.

⁷⁰⁸ Inst. 16 janvier 2007, 4 H-1-07 n° 16 à 18.

⁷⁰⁹ Application de la « clause balai » de l'article 25 de la convention fiscale franco-libanaise (CE 30 décembre 2002 n° 236096, 3e et 8e s.-s., *Hanna* : *RJF* 3/03, n° 298 avec concl. S. Austry).

⁷¹⁰ Affirmation à nuancer en fonction de la rédaction de chaque convention.

⁷¹¹ Inst. 16 janvier 2007, 4 H-1-07 n° 22 à 26 ; BOI-IS-BASE-60-10-10 n° 50.

⁷¹² CE 21 novembre 2011 n° 325214, 9e et 10e s.-s., min. *c/ Sté industrielle et financière de l'Artois* (Sifa) : *RJF* 2/12, n° 102, concl. Collin (P), *BDCF* 2/12 n° 16. *Feuille Rapide* 1/12, Régime fiscal privilégié à propos de CE 21 novembre 2011 n° 325214 et 327207 par Bruno Gouthière.

b *La nécessité de mettre en place des règles certaines*

Comme nous l'avons vu dans le domaine français, le succès d'une action sur la non-compatibilité de règles de *CFC* avec les dispositifs des conventions dépend de manière essentielle du pays et de la rédaction effective du dispositif, laissant les groupes face à des incertitudes importantes⁷¹³⁷¹⁴.

Les incertitudes, se retrouvent chez nos voisins qui, pour certains, continuent de considérer qu'un tel dispositif est incompatible, alors que d'autres jugent de manière aussi convaincante, qu'il ne l'est pas⁷¹⁵.

On notera, par exemple, qu'à l'époque de la décision du Conseil d'Etat, la Cour suprême de Finlande se prononce dans le sens inverse dans le cas d'une société finlandaise disposant d'une filiale en Belgique. La Cour accepte l'application à la structure des *CFC* finlandaises, en se fondant sur l'objectif du traité, ainsi que sur les commentaires du Modèle⁷¹⁶⁷¹⁷. De même, en 2009, la Cour suprême du Japon décide que les règles de *CFC* locales sont compatibles avec le traité Japon/Singapour⁷¹⁸. Certaines juridictions ont même été jusqu'à juger que les *CFC* étaient en dehors du champ des traités, solution qui peut paraître à un esprit français un peu extrême⁷¹⁹. Le débat n'est pas totalement terminé et les discussions se sont étendues hors de l'Europe. La saga française n'est pas unique⁷²⁰. Même si le sujet a été analysé dans le cadre du congrès de Rome en 2010, de l'IFA, il reste cependant de nombreuses questions non-résolues et ces travaux démontrent surtout qu'une réponse claire et

⁷¹³ Fourel (E), « Compatibilité de l'article 209 B et de l'article 155 A avec la norme conventionnelle : la voie vers une prolifération des armes anti-abus est-elle de nouveau ouverte ? », *Dr. Fisc.*, n° 24, 13 juin 2013.

⁷¹⁴ Exemple du Brésil: Violin (P.), « Brazil's controlled foreign company regime in question », *Bulletin*, IBFD, February 2012, p. 93-99.

⁷¹⁵ Anderson (S), *CFC rules and double tax treaties. The OECD and UN model tax convention*, Jonkoping international business school. August 2006.

⁷¹⁶ Oyo 20 March 2002 KHO 2002.26

⁷¹⁷ Lang (M), « CFC regulations and double tax treaties », IBFD, *Bulletin*, February 2003, p. 51-58.

⁷¹⁸ JP SC 29 October 2009 Glaxo Kabushiki Kaisha 12 ITLR 644 commenté de Broe (L), Martin (P), Goyette (N), van Weeghel (S), Rohatgi (R), West (P), « Tax treaties and tax avoidance : application of anti-avoidance provisions », IBFD, *Bulletin*, July 2011. Asatsuma (A), « Supreme Court judgment: anti-tax haven legislation does not infringe the Japan Singapore tax treaty », IBFD, *Bulletin*, October 2010, p. 517-525.

⁷¹⁹ CA 27 June 1997 *Bricom Holding limited v commissioner of Inland Revenue*.

⁷²⁰ La discussion a été par exemple assez active au Brésil. Violin (P), « Brazil CFC regime in question », IBFD, *Bulletin*, February 2012, p. 93-99. Peixoto Orsini (E), Peixoto Orsini (G), « New Brazilian Supreme Court decision on CFC rules », *International transfer pricing Journal*, IBFD, September/October 2013 p. 336-338. Bocachica (M), Ferreira (V. F), « Constitutionality of the Brazilian CFC », *Bulletin*, IBFD, October 2013, p. 565-567. Pires (L), « The Brazilian CFC regime: a comparative analysis from an international tax law perspective », *Bulletin*, IBFD, June 2013, p. 295-299.

stable n'existe pas⁷²¹, justifiant que la seule solution acceptable est une inclusion du concept dans chaque traité.

La difficulté est que dans un espace harmonisé tel que l'Union européenne, une telle inclusion ne permettrait pas d'éliminer le risque d'incompatibilité avec le droit communautaire, nécessitant une action politique concertée. Dans ce cas précis, les règles européennes peuvent être un frein à la mise en place d'un système équilibré de détection des situations triangulaires optimisées, excepté si ce système est limité aux situations triangulaires purement artificielles, qui pourraient être remises en cause en application des principes communautaires déjà existants.

Le risque d'incompatibilité de *CFC*⁷²²⁷²³ destinées à lutter contre les situations triangulaires optimisées ne peut être ignoré surtout dans l'espace européen⁷²⁴ même si la compatibilité est problématique et que l'approche par une directive anti-abus pourrait modifier la situation et pousser vers une harmonisation alors que les initiatives actuelles sont limitées à une coordination justifiant selon nous la définition des règles de *CFC* dans le traité lui-même.

2. *La compatibilité des autres dispositifs*

a *Les règles de double intégration fiscale*

Sur la question de la discrimination, comme nous l'avons indiqué ci-dessus, il semble compliqué de traiter de manière différente une filiale d'une succursale, en application de son droit interne ou d'un traité, sans refuser un effet direct au traité ou sans faire

⁷²¹ *Cahiers du droit fiscal*, congrès IFA Rome 2010, *Tax treaties and tax avoidance : application of anti-avoidance pros.*

⁷²² Sschmidt (J.), « Are the Danish CFC rules in conflict with the freedom of establishment? An analysis of the Danish CFC regime for companies in light of ECJ Case law », *Bulletin*, IBFD, January 2014, p. 3-9.

⁷²³ Anderson (S.), « CFC rules and double tax treaties; the OECD and UN Model Conventions », *Jonkoping International Business School*, August 2006, 32 p.

⁷²⁴ Exemple de l'Espagne, Jimenez (M.A.), « Domestic anti-abuse rules and double taxation treaties - a Spanish perspective part 1 », *Bulletin*, IBFD, November 2002, p.542-553. HELMINEN (M.), Un cas en Finlande « Better late than never – The Finnish CFC case and the requirement to repeal final decisions that conflicts with EU law », *European Taxation*, IBFD, July 2011, p. 314-318. Ou encore l'Islande, Guomundsson (B), Johannesson (P), « Compatibility of the Icelandic CFC rules with the EEA agreement freedoms », *European Taxation*, IBFD, December 2010, p. 535-544. Fontana (R), « The uncertain future of CFC regime in the Member States of the European Union Part 1 », *European Taxation*, IBFD, June 2006, p. 259-267. « The uncertain future of CFC regime in the Member States of the European Union Part 2 », *European Taxation*, IBFD, July 2006, p. 317-334. Maisto (G.), Pistone « A European Model for Member states' legislation on the taxation of Controlled foreign subsidiaries (CFCs) – Part 1 », *European Taxation*, IBFD, October 2008, p. 503-513. « A European Model for

référence au droit communautaire, qui est probablement plus restrictif sur ce point que le droit conventionnel. L'évolution corrélée des législations démontre que cet argument a une certaine portée.

Ainsi, par exemple, l'Allemagne a été amenée à inclure dans une intégration fiscale locale, des sociétés enregistrées dans un autre Etat de l'Union, dont le siège de direction effective était localisé en Allemagne⁷²⁵.

De même, les Pays-Bas ont jugé qu'une société enregistrée aux Pays-Bas, dont le siège de direction effective était situé en Irlande où toute son activité se déroulait, pouvait utiliser ses pertes aux Pays-Bas, alors même que la société n'était pas résidente au sens du traité Pays-Bas/Irlande⁷²⁶.

On notera que le droit communautaire est encore plus protecteur que les conventions fiscales et prévoit clairement qu'une double intégration dans le cadre d'une situation triangulaire et l'utilisation des prêts dans deux Etats n'est pas compatible avec les principes communautaires⁷²⁷.

On notera cependant que le droit communautaire pourrait encore évoluer afin de limiter les optimisations fiscales à l'instar de la décision *Mark & Spencer*, sujet qui va au-delà de notre travail⁷²⁸.

b Les limitations à la déduction des charges

La question de la validité au regard des conventions fiscales de dispositifs limitant la déduction des charges est une question qui n'est pas univoque. Nous n'avons pas connaissance de mouvements coordonnés de jurisprudence sur ce sujet, même si le

Member states' legislation on the taxation of Controlled foreign subsidiaries (CFCs) – Part 2 », *European Taxation*, IBFD, November 2008, p. 554-570.

⁷²⁵ Lettre du ministre des Finances du 28 mars 2011. *TNI* 5 avril 2011. Il est vrai que cette démarche a été forcée par des demandes de la Commission, mais l'argument nous semble en premier lieu un argument de discrimination entre sociétés résidentes au sens du droit interne et sociétés résidentes au sens du droit conventionnel.

⁷²⁶ Cour d'appel d'Amsterdam, 17 janvier 1995, P94/3261. *TNI*, 29 May 1995.

⁷²⁷ C-18/11 *Philips Electronics*, 6 September 2012.

⁷²⁸ « Must a Dual Resident Subsidiary Be Included in a Fiscal Unity on the Basis of Primary EU Law? The Example of Germany and Comparative Analysis of the EU and EEA Member States », *Bulletin*, IBFD, April 2014, p. 250-268.

doute peut prévaloir. L'analyse précise de la question nécessiterait probablement une revue détaillée des dispositifs dans la mesure où, c'est dans le détail de chaque régime que pourrait se nicher une incompatibilité.

D'un côté, le dispositif de non-discrimination prévu par les traités n'est pas spécifiquement destiné à interdire un traitement différencié en fonction du bénéficiaire de revenu, sauf à ce que ce traitement soit la conséquence de la qualité de filiale d'un non-résident. Si le dispositif était limité aux règlements entre entités contrôlées, il pourrait ne pas être compatible avec l'article 24(5) du Modèle de convention fiscale.

D'un autre côté, sauf à ce que le flux non-déductible donne lieu à une retenue à la source qui pourrait être incompatible avec le traité, la non déductibilité atteint en priorité un résident de l'Etat S. L'effet du principe de non-discrimination sur les résidents est incertain puisque la comparabilité des situations est effectuée notamment en prenant en compte la résidence.

La question nous semble ouverte. On notera par exemple une décision rendue en France dans laquelle le Commissaire du gouvernement concluait à la compatibilité au regard des conventions fiscales et du droit de l'Union européenne de l'article 238 A du CGI⁷²⁹. Cette décision visait le régime de charge de la preuve issu du dispositif.

Section 2. Les évolutions multilatérales

En dehors d'une réponse ciblée au moyen d'un dispositif spécifique, on peut s'interroger si l'évolution actuelle et l'acceptabilité publique de l'optimisation fiscale fournissent une solution.

Ainsi, une action coordonnée entre Etats permettrait probablement de disposer de l'évaluation globale de l'imposition due par les groupes afin de déterminer si la mise

⁷²⁹ CAA Lyon 7 mai 2008 n° 05-646, 2^e ch., SARL *Production métallurgique de Bourgogne*, concl Gimenez, *Dr. Fisc*, 2008 n° 48 Com. 536, conclusions publiées *BDCF*, 2008 n° 145.

en place d'une situation triangulaire est effectivement principalement fondée sur la recherche de l'optimisation (I). Il semble, cependant, qu'en l'absence d'uniformisation de la rédaction des conventions fiscales, l'harmonisation fiscale entre Etats au sein d'une région, peut apparaître comme une solution (II).

I. La coordination de l'approche politique

La vision politique de l'optimisation fiscale véhiculée par l'OCDE peut être transposée aux situations triangulaires. Cette analyse et son évolution sont liées à l'impact politique du phénomène (A), mais aussi aux travaux spécifiques *BEPS* engagés par l'OCDE (B). Ces deux changements majeurs répondent de manière partielle à la question.

A. Le développement de la transparence en tant que dogme

Depuis quelques années et à l'initiative conjointe de l'OCDE et de l'Europe, un accent particulier a été mis sur la capacité des administrations à obtenir les informations nécessaires au contrôle et la compréhension globale des situations (1). On ne peut que saluer ces initiatives car, en réalité, ce qui est principalement visé n'est pas l'optimisation fiscale, mais la fraude fiscale qui n'est absolument pas un instrument de compétitivité acceptable pour les groupes. Cette évolution présente cependant des risques évidents quant à la proportionnalité et la légalité des actions engagées (2) à l'instar de la démonstration faites dans les locaux de *Google* en France récemment.

1. La transparence outil d'évaluation de la motivation fiscale

a Une évolution du contrôle par le risque

Les grands groupes ne fondent pas leur gestion fiscale sur l'absence de capacité des administrations à connaître leur situation. Ainsi, une communication, soit par échange d'informations, soit par déclaration spontanée des entreprises, n'est pas, selon nous, un élément de conflit, à condition, bien entendu, que les coûts engagés, lorsque cette

obligation est mise à la charge des entreprises, soient compatibles avec le but et l'efficacité recherchés. Il s'agit d'une discussion plus vaste sur les coûts de compliance qui ne cessent de grimper, les administrations étant persuadées que l'information est le premier moyen de recouvrer les recettes manquantes, même si la capacité à traiter ces informations n'est pas toujours démontrée.

Cette évolution est principalement engagée par les Etats à fiscalité élevée, car ces Etats sont convaincus, possiblement à juste raison, que lorsqu'un arbitrage fiscal est mis en place, il est automatiquement fait à leur détriment. Le but n'est pas de connaître le montant de l'avantage fiscal en valeur absolue dans un Etat donné, mais la stratégie fiscale en tant que part essentielle au choix d'une structure ou d'une autre. Ainsi, l'idée sous-jacente est de sortir de la discussion Etat par Etat, sans prise en compte de la situation globale, pour arriver à une discussion sur le thème de la motivation afin de démontrer l'existence d'une optimisation systématique et globale.

En matière de situation triangulaire, il nous semble que cette approche fait sens dans la mesure où il est probablement opportun de s'interroger sur les justifications pour la mise en place d'une succursale dans un Etat tiers. C'est, à notre avis, une démarche instructive, autant pour l'Etat de source, même si ce dernier en général à un rôle plutôt neutre, que pour celui de l'Etat de résidence qui pourrait au travers de cette communication s'apercevoir que la structure permet non seulement de localiser du revenu dans un Etat où l'imposition effective de l'établissement est faible, mais aussi que cet établissement est organisé de telle manière qu'il n'est destiné qu'à contourner des règles de *CFC* ou autres de l'Etat de résidence⁷³⁰.

Nous ne sommes pas opposés à l'idée que l'information facilite l'analyse de la validité des motivations non-fiscales des agents, ne serait-ce que pour connaître les contraintes autres que fiscales invoquées dans un autre Etat. Pour compléter nos propos, il convient de noter que certaines normes en vigueur obligent à analyser le risque fiscal, en prenant l'hypothèse que les autorités fiscales disposent du même niveau d'information et de compréhension que la société elle-même⁷³¹.

⁷³⁰ Par exemple, en limitant les flux passifs à ceux provenant d'actifs situés dans l'Etat du siège pour bénéficier de règles d'exemption des *CFC* comme la règle de « *Same country exemption* », applicable aux Etats-Unis.

⁷³¹ Cas du US GAAP.

De même, la circulation de l'information permet de juger de la substance dans l'autre Etat, car cette substance nous paraît une notion essentielle en fiscalité moderne afin de juger la validité des structures. Il est certain que la notion de substance n'est pas identique pour tout le monde et, en particulier, les Etats-Unis ne sont pas totalement influencés par le concept, mais elle reste dans des Etats, comme la France, un élément extrêmement important.

b La stratégie de l'OCDE en matière de partage d'information

De ce point de vue, l'OCDE évolue dans la bonne direction avec les travaux effectués durant les dernières années sur l'échange d'informations⁷³² au travers de la convention d'échange de renseignements⁷³³ et le forum mondial de la transparence⁷³⁴⁷³⁵.

D'une manière plus précise et dans un cadre bilatéral, en juillet 2012 l'OCDE a publié un nouvel article 23 et les commentaires y afférents relatifs à l'échange de renseignements :

« Les autorités compétentes des Etats contractants échangent les renseignements vraisemblablement pertinents pour appliquer les dispositions de la présente Convention ou pour l'administration ou l'application de la législation interne relative aux impôts de toute nature ou dénomination perçus pour le compte des Etats contractants, de leurs subdivisions politiques ou de leurs collectivités locales dans la mesure où

⁷³² *Lutter contre la planification fiscale agressive par l'amélioration de la transparence et de la communication de renseignements Rapport sur les initiatives en matière de communication de renseignements*, Ed. OCDE, 2011.

⁷³³ La Convention a été élaborée par le Conseil de l'Europe et l'OCDE en 1988 et a été amendée en 2010 par un Protocole entré en vigueur le 1^{er} juin 2011. La Convention est l'instrument multilatéral et offre toutes les formes possibles de coopération fiscale pour combattre l'évasion et la fraude fiscales, une priorité pour tous les pays.

⁷³⁴ Le Forum mondial est la continuation d'un forum qui a été créé au début des années 2000 dans le cadre des travaux de l'OCDE pour aborder les risques de conformité fiscale posés par les paradis fiscaux. Les membres fondateurs du Forum mondial comprenaient des pays de l'OCDE et les juridictions qui ont accepté de mettre en œuvre les normes de transparence et d'échange de renseignements à des fins fiscales. Le Forum mondial a été restructuré en septembre 2009 en réponse à l'appel du G20 pour renforcer la mise en place de ces normes. Le Forum mondial compte désormais 123 membres sur un pied d'égalité et est le premier organisme international ayant pour but d'assurer l'application des normes convenues au niveau international de transparence et d'échange de renseignements dans le domaine fiscal.

⁷³⁵ Lien permanent : www.oecd.org/fiscalite/transparence.

l'imposition qu'elles prévoient n'est pas contraire à la Convention. L'échange de renseignements n'est pas restreint par les articles 1 et 2. »

Le texte autorise l'échange des informations pour détecter une interposition d'un établissement et dans la mesure où il n'est pas restreint par les articles 1 et 2 du Modèle, et nous semble être applicable aux établissements stables. En revanche, il apparaît qu'une demande doit être envoyée à tous les Etats de manière indépendante, car la communication entre Etats tiers n'est pas possible directement, comme l'indique la suite de l'article 23 qui précise :

« 2. Les renseignements reçus en vertu du paragraphe 1 par un Etat contractant sont tenus secrets de la même manière que les renseignements obtenus en application de la législation interne de cet Etat et ne sont communiqués qu'aux personnes ou autorités (y compris les tribunaux et organes administratifs) concernées par l'établissement ou le recouvrement des impôts mentionnés au paragraphe 1, par les procédures ou poursuites concernant ces impôts, par les décisions sur les recours relatifs à ces impôts, ou par le contrôle de ce qui précède. Ces personnes ou autorités n'utilisent ces renseignements qu'à ces fins. Elles peuvent révéler ces renseignements au cours d'audiences publiques de tribunaux ou dans des jugements. Nonobstant ce qui précède, les renseignements reçus par un Etat contractant peuvent être utilisés à d'autres fins lorsque cette possibilité résulte des lois des deux Etats et lorsque l'autorité compétente de l'Etat qui fournit les renseignements autorise cette utilisation. »

Cette approche est, selon nous, positive tant sur le plan technique que politique, même si elle ne permet pas de déterminer l'objet des demandes, car on n'est pas en présence d'une demande pour application du traité, mais d'une demande pour non-application du traité. Il subsiste un doute sur la possibilité d'utiliser ce mécanisme, afin d'obtenir des informations pour refuser l'application d'un traité, sauf à considérer que celles-ci étant des règles internes liées à la Convention, entrent dans le champ de l'article 23.1., ce qui peut correspondre au texte. Le développement de cette information nous semble justifier d'éliminer une quelconque présomption d'évasion fiscale en cas d'interposition d'un établissement stable.

Au sein des travaux *BEPS*, la question, liée à celle de la substance, est évoquée et constitue aussi une piste de réflexion pour combattre les situations triangulaires abusives.

L'action 5 prévoit ainsi de « *lutter plus efficacement contre les pratiques fiscales dommageables, en prenant en compte la transparence et la substance* ». L'Organisation confirme ces principes et son analyse et propose de :

« Refondre les travaux relatifs aux pratiques fiscales dommageables en donnant la priorité à l'amélioration de la transparence, notamment par le biais de l'échange spontané obligatoire d'informations sur les décisions relatives à des régimes préférentiels, ainsi qu'à l'obligation de requérir une activité substantielle pour l'instauration de tout régime préférentiel. (...) »

L'interposition reste le sujet central :

« L'interposition de pays tiers dans le cadre bilatéral établi par des partenaires conventionnels a conduit à l'émergence de mécanismes tels que l'utilisation de filiales faiblement imposées d'une entreprise étrangère ou de sociétés-relais, ou encore le transfert artificiel de bénéfices par le biais d'accords de prix de transfert. (...) Pour que les conventions bilatérales continuent de produire les effets voulus, il convient de modifier les règles afin de faire face à l'interposition de multiples entités juridiques entre le pays de la résidence et le pays de la source. Les règles fiscales nationales et internationales existantes doivent être modifiées afin d'aligner plus étroitement la répartition du revenu sur l'activité économique qui génère ce revenu : l'utilisation abusive des conventions fiscales est l'un des principaux vecteurs des pratiques d'érosion de la base d'imposition et de transfert de bénéfices. »⁷³⁶

⁷³⁶ Plan d'action concernant l'érosion de la base d'imposition et le transfert des bénéfices, Ed. OCDE, 2013

En ce qui concerne l'interposition d'un établissement stable pour créer une situation triangulaire optimisée, la proposition n'apporte pas directement de changement⁷³⁷.

On notera, au final, les évolutions du *reporting pays par pays*⁷³⁸ conjointes au sein de l'Union et de l'OCDE⁷³⁹. Celles-ci fourniront un outil important pour juger, du côté de l'Etat de résidence, si les structures mises en place permettent de limiter l'imposition dans cet Etat. La seule question qui apparaît désormais n'est pas l'accès des administrations fiscales aux données, mais la publicité de telles données qui seront systématiquement utilisées pour des communications politiques incompatibles avec la complexité des situations triangulaires et de l'identification objective de leur caractère optimisé ou non.

2. L'efficacité relative du « naming and shaming »⁷⁴⁰

La mise sur la place publique de la chose fiscale, constitue, selon nous, une évolution systémique de l'environnement fiscal. On peut en déplorer les effets majoritairement négatifs, mais on ne peut l'ignorer.

L'idée a été de développer un effet de levier, fondé sur la réputation des entreprises et leur volonté de protéger celle-ci. Le concept vient du Royaume-Uni et reprend des initiatives américaines⁷⁴¹. Il a été principalement utilisé à l'encontre des *GAFAs* afin de tenter de pousser les acteurs en présence⁷⁴² à changer, en provoquant une réaction politique face à des pratiques des pratiques qui sont, certes légales, mais heurtent « une certaine morale » selon des critères prédéterminés⁷⁴³. Les campagnes sont menées par des organisations non-gouvernementales ou des syndicats instrumentant la presse qui tentent par ces moyens de porter au-devant de la scène des questions fiscales. Elles sont en général engendrées par une situation politique et économique locale (élections, crise budgétaire, mouvement de hausse des impôts...). On prendra

⁷³⁷ Cf. Ci-après c'est plutôt l'action 6 du programme *BEPS* qui concerne ce sujet plus précisément.

⁷³⁸ En anglais, « CBCR ».

⁷³⁹ *Action 13: Guidance on the Implementation of Transfer Pricing Documentation and Country-by-Country Reporting*, Ed. OECD 2015.

⁷⁴⁰ Margaret Hodge, responsable du comité de réforme comptable auprès de la Chambre des députés britanniques face à Starbucks : « We are not accusing you of being illegal. We are accusing you of being immoral ». Wright (O), « David Cameron rules out 'naming and shaming' multinationals who fail to pay their 'fair share' of tax », *the Independent*, 3 December 2012.

⁷⁴¹ Duhigg (C), and Kocieniewski (D), « How Apple Sidesteps Billions in Taxes », *New York Times*, April 28, 2012. Griffiths (I), « Amazon: £7bn sales, no UK corporation tax », *The Guardian*, Wednesday 4 April 2012, 21.16

⁷⁴² « Stakeholders ».

l'exemple de l'affaire *lux leak*, qui a mis en ligne de nombreux rescrits accordés par le Luxembourg et restés secrets, ayant abouti à la mise en accusation du régime, même si, à ce jour, les effets restent limités en dehors de provoquer une accélération des initiatives européennes pour la communication des *rulings*⁷⁴⁴. En général, l'optimisation est assimilée à l'évasion fiscale et elle est présentée comme une cause de la crise économique, voire plus insidieuse la cause de l'augmentation des prélèvements obligatoires sur les autres contribuables, alors même que toute rentrée fiscale exceptionnelle n'est pas, en pratique, utilisée pour réduire les prélèvements mais pour financer des dépenses supplémentaires⁷⁴⁵.

Les pouvoirs politiques des Etats développés, affaiblis par leur incapacité à lutter contre la crise, ont identifié dans ces mouvements un moyen de gagner en popularité, même si les Etats comme la France restent méfiants vis-à-vis d'organisations qui n'ont aucune légitimité démocratique. L'émergence, en particulier en Europe, de partis sécessionnistes, nous laisse penser que le mouvement n'est pas terminé. Ce sont ces organisations qui sont, à notre avis, à l'origine d'une accélération des procédures d'aide d'Etat contre le Luxembourg, les Pays-Bas et l'Irlande lancées en 2014 avec pour première étape la reconnaissance d'une aide d'Etat au profit d'Amazon au Luxembourg⁷⁴⁶.

Le mouvement est engagé, comme le démontre des récents déboires d'IKEA accusé de frauder l'impôt dans tout le pays dès lors qu'une rémunération du concept est facturée dans chaque Etat d'implantation, les critiques le plus sévères indiquant que cette rémunération est versée alors même que les partis ne sont pas indépendants comme en matière de franchise, mettant de côté le principe même de pleine concurrence⁷⁴⁷.

⁷⁴³ Essers (P), « International Tax Justice between Machiavelli and Habermas », *Bulletin*, IBFD, February 2014, p. 54-66.

⁷⁴⁴ *Le Monde* | 05.11.2014. Michel (A), http://www.lemonde.fr/economie-mondiale/article/2014/11/05/evasion-fiscale-tout-sur-les-secrets-du-luxembourg_4518895_1656941.html.

⁷⁴⁵ La campagne la plus réussie sur ce thème est celle orchestrée par l'OCDE sur les paradis fiscaux dans les années 2010, où ceux-ci ont été assimilés à la crise économique et financière alors même qu'ils ne sont pas directement responsables de la situation.

⁷⁴⁶ Gamberini (G), « Optimisation fiscale : ce que reproche Bruxelles à Amazon, Apple, Starbucks », *La Tribune*, 8 octobre 2014. « Optimisation fiscale: L'Europe prend à bras-le-corps Amazon, Apple et Starbucks », *Huffington post*, 7 décembre 2014.

La forme la plus aboutie est celle du Royaume-Uni qui a mis en ligne la liste nominative des personnes condamnées pour évasion fiscale pour des montants qui apparaissent comme non significatifs au regard de la sanction. La fraude fiscale, permet toute remise en cause des droits de la défense au motif que l'efficacité justifierait tout. Ce sont de telles initiatives qui ont aussi permis à l'OCDE de justifier son action *BEPS* en cours.

En matière de situation triangulaire, seuls les acteurs du digital ont subi cette attaque. De telles attaques n'ont pas permis de faire changer de politique fiscale des acteurs soumis à la concurrence internationale. De telles actions entraînent surtout une instabilité sur le marché, les Etats tentant de manière assez vaine de répondre à des mouvements purement politiques par des lois inadaptées. Enfin, ces initiatives ne n'expliquent pas la subtilité des questions posées par les situations triangulaires, elles peuvent donc amener à dénoncer certaines d'entre elles en tant qu'effet induit mais ne permettront pas, à notre avis, d'apporter des solutions adaptées équilibrées.

Enfin, nous sommes opposés à des dispositifs qui ne respectent pas les principes démocratiques. On notera ainsi, par exemple, un cas dans lequel un contribuable dont la situation avait été publiée s'est révélé totalement absente de fraude⁷⁴⁸.

B. Les propositions BEPS destinées à lutter contre l'interposition

La récente initiative *BEPS* de l'OCDE marque une évolution politique majeur de la question en matière de situations triangulaires même si celle-ci n'a pas abouti pour le moment (1). Elle s'inscrit dans l'initiative dans son ensemble qui pourrait faire évoluer la question (2).

⁷⁴⁷« Le bricolage fiscal d'Ikea dans le collimateur de l'Europe », *Le figaro*, 14/02/2016 .

⁷⁴⁸Hoke (V), « Vietnam wrongfully names and shames taxpayers », *TNI*, August 5, 2015.

1. L'Action 6 et l'interposition d'un établissement stable faiblement imposé⁷⁴⁹

a La prolongation de solutions existantes

Comme nous l'avons noté, l'OCDE a toujours été sensible au risque lié à l'interposition d'un établissement stable dans une relation bilatérale, afin de transformer celle-ci en une situation triangulaire optimisée. Ce thème n'est pas abandonné dans le cadre de l'initiative *BEPS*⁷⁵⁰.

L'initiative *BEPS* considère que doit être renforcée la recommandation qui veut que l'Etat de source puisse exiger, pour l'application du traité S/R, le prélèvement d'une imposition effective dans l'Etat P sur les-dits revenus ou que l'Etat de résidence impose effectivement ces revenus⁷⁵¹⁷⁵².

L'Action 6 de l'initiative *BEPS*⁷⁵³ précise à ce sujet :

« (...) Les abus potentiels qui peuvent résulter du transfert d'actions, de créances, de droits ou de biens vers des établissements stables établis uniquement à cet effet dans des pays réservant un traitement préférentiel au revenu de ces actifs. Lorsque l'Etat de résidence exonère, ou impose à des taux faibles, les bénéficiaires de ces établissements stables situés dans des Etats tiers, on ne devrait pas considérer que l'Etat de la source est tenu

⁷⁴⁹ Action 6: Preventing the granting of treaty benefits in appropriate circumstances. Ed. OECD, 2014.

⁷⁵⁰ Com. 40 Action 6: preventing the granting of treaty benefits in appropriate circumstances, Ed. OECD, 2014.

⁷⁵¹ La clause suivante spécifique est proposée: « Where a) an enterprise of a Contracting State derives income from the other Contracting State and such income is attributable to a permanent establishment of the enterprise situated in a third jurisdiction, b) the profits attributable to that permanent establishment are exempt from tax in the first-mentioned State the tax benefits that would otherwise apply under the other provisions of the Convention will not apply to any item of income on which the tax in the third jurisdiction is less than 60 per cent of the tax that would be imposed in the first-mentioned State if the income were earned or received in that State by the enterprise and were not attributable to the permanent establishment in the third jurisdiction. In such a case c) any dividends, interest, or royalties to which the provisions of this paragraph apply shall remain taxable according to the domestic law of the other State but the tax charged in that State shall not exceed [rate to be determined] per cent of the gross amount thereof, and d) any other income to which the provisions of this paragraph apply shall remain taxable according to the domestic law of the other State, notwithstanding any other provision of the Convention. The preceding provisions of this paragraph shall not apply if the income derived from the other State is e) derived in connection with or is incidental to the active conduct of a business carried on through the permanent establishment (other than the business of making, managing or simply holding investments for the enterprise's own account, unless these activities are banking, insurance or securities activities carried on by a bank, insurance enterprise or registered securities dealer, respectively), or f) royalties that are received as compensation for the use of, or the right to use, intangible property produced or developed by the enterprise through the permanent establishment ».

⁷⁵² Com. 41, Action 6: preventing the granting of treaty benefits in appropriate circumstances, Ed. OECD, 2014.

⁷⁵³ Lang (M), « BEPS Action 6: Introducing an Anti-abuse Rule in Tax Treaties », *TNI*, May 19, 2014. Tomazela (R), « A Critical Evaluation of the OECD's BEPS Project », *TNI*, July 21, 2015.

d'accorder les avantages prévus par la Convention au titre de ces revenus. »⁷⁵⁴

Commentaires parfaitement en ligne avec l'approche originelle, même si la rédaction est malheureuse car l'abus ne serait que lorsque l'établissement stable établi uniquement pour un transfert des actifs alors que l'abus est constitué lorsque l'établissement est uniquement mis en place pour bénéficier d'un avantage fiscal.

L'innovation est relativement limitée si l'on se réfère aux commentaires actuels, sous l'article 24, où il est indiqué :

« (...) Une autre question qui se pose en relation avec les cas triangulaires est celle des abus. Dans les cas où l'Etat contractant dont l'entreprise est un résident exonère les bénéficiaires de l'établissement stable situé dans l'autre Etat contractant, le danger existe que de telles entreprises transfèrent des actifs tels que des actions, des obligations ou des brevets à des établissements stables dans des Etats qui prévoient un traitement fiscal particulièrement favorable. Par-là, il peut arriver dans certaines circonstances que les revenus qui en proviennent ne soient imposés par aucun des trois Etats en cause. Pour contrer ces montages qui peuvent être considérés comme abusifs, on peut introduire dans la convention entre l'Etat dont une entreprise est un résident et l'Etat tiers (Etat de la source) une disposition prévoyant que l'entreprise ne peut réclamer les avantages de la Convention que lorsque les revenus qui sont obtenus par l'établissement stable situé dans l'autre Etat sont imposés normalement dans cet Etat. »⁷⁵⁵

L'approche est paradoxale car dès lors que le bénéfice d'un avantage conventionnel dans le traité S/R n'est pas l'avantage recherché, puisqu'il est applicable en présence ou non de l'interposition, il est assez surprenant que l'OCDE propose une sanction de l'Etat S qui refuserait d'appliquer la réduction de retenue à la source.

⁷⁵⁴ Com. 40, *Action 6 : Empêcher l'utilisation abusive des conventions fiscales*, Ed. OCDE, 2014. De Broe (L.), Luts (J.), « BEPS Action 6: Tax Treaty Abuse », 2015-43, *Intertax*, Issue 2, p. 122-146.

⁷⁵⁵ Com. 71 sous l'article 24 du Modèle de convention fiscale.

b *La mesure objective de l'avantage fiscal lié à l'interposition*

Prenant une direction plus adapté, à notre avis, l'OCDE a tenté de quantifier le seuil à partir duquel l'avantage fiscal constitue une motivation suffisante pour représenter une optimisation inacceptable. Cette approche n'a pas reçu un accueil favorable de membres de l'OCDE.

Prenant en compte la nécessité de mesures contre l'avantage fiscal combattu, l'OCDE a proposé une clause plus objective améliorée, rédigée de la manière suivante :

« (...) En vue de traiter ces cas ainsi que les cas triangulaires similaires dans lesquels un revenu imputable à l'établissement stable situé dans un Etat tiers bénéficie d'un faible taux d'imposition. La disposition qui suit a été rédigée dans cette intention. Lorsque :

a) une entreprise d'un Etat contractant tire un revenu de l'autre Etat contractant et que ce revenu est attribuable à un établissement stable de cette entreprise situé dans un Etat tiers, et

b) les bénéfices attribuables à cet établissement stable sont exonérés d'impôt dans le premier Etat mentionné, les avantages fiscaux qui s'appliqueraient par ailleurs en vertu des autres dispositions de la Convention ne s'appliquent pas à tout élément de revenu au titre duquel l'impôt dans le troisième Etat est inférieur à 60 % de l'impôt qui serait dû dans le premier Etat mentionné si le revenu était gagné ou perçu par l'entreprise dans cet Etat et n'était pas attribuable à l'établissement stable situé dans le troisième Etat. Dans ce cas :

c) tous dividendes, intérêts ou redevances auxquels s'appliquent les dispositions du présent paragraphe restent imposables selon la législation de l'autre Etat, mais l'impôt ainsi établi ne peut excéder [taux à déterminer] pour cent de leur montant brut, et

d) tout autre revenu auquel s'appliquent les dispositions du présent paragraphe restent imposables selon la législation de l'autre Etat, nonobstant toute autre disposition de la Convention. »⁷⁵⁶

Première innovation, la sanction peut être nivelée selon les besoins, puisqu'il est proposé de réduire la retenue à la source sur les revenus passifs à un taux situé entre le taux du droit interne de l'Etat S et celui de la convention fiscale S/R.

La seconde avancée marquante de l'initiative *BEPS* est de tenter de définir de manière objective la notion de « faiblement imposé » applicable à l'établissement stable interposé. Il convient toutefois de noter qu'au sein de l'Action 6, la question des situations triangulaires est très accessoire⁷⁵⁷. La proposition n'est pas globale puisqu'elle est incluse dans le traité S/R et prévoit qu'elle est applicable, sous réserve des dérogations, lorsque l'imposition applicable dans l'Etat P est inférieure de 60 % au moins à celle applicable dans l'Etat R. Elle ne prend pas en compte l'imposition globale, en particulier l'imposition cumulée R ou autre et P. Seul l'impôt dans l'Etat P ne doit pas être inférieur à 60% de l'impôt dans l'Etat R.

L'une des conditions est que le revenu soit exonéré dans l'Etat R. On peut imaginer que l'on parle ici d'imposition effective⁷⁵⁸, c'est-à-dire en prenant en compte l'application de règles de *CFC* applicables dans cet Etat. Cas extrême, il suffirait d'une imposition nominale applicable dans l'Etat R pour écarter le dispositif. Prendre en compte le cumul R et P est plus adapté.

La seconde étape est de comparer l'imposition dans l'Etat P avec celle qui se serait appliquée dans l'Etat R en l'absence d'interposition. Même si l'approche nous paraît plus adaptée que les solutions plus anciennes, il nous semble que l'Etat de source devrait comparer avec l'imposition en l'absence d'interposition y compris l'imposition payée dans l'Etat de source (par exemple, retenue à la source). Par ailleurs, l'imposition dans l'Etat R et même dans l'Etat P doit-elle être comparée

⁷⁵⁶ Com. 40, *Action 6 : Empêcher l'utilisation abusive des conventions fiscales*, Ed. OCDE, 2014.

⁷⁵⁷ Les développements consacrés à ce sujet sont extrêmement rares.

⁷⁵⁸ Ce point est validé dans les discussions ultérieures, même si la notion elle-même n'est pas définie. Elle apparaît dans le premier *Public discussion draft BEPS Action 6 : preventing the granting of treaty benefits in inappropriate circumstances*,

après imputation de l'impôt éventuellement versé dans l'Etat S en l'absence d'interposition ? Probablement oui.

Remarquons que 60 % du taux le plus élevé en Europe est plus élevé que le taux le plus faible en Europe, laissant à ce niveau un problème de compatibilité avec le droit de l'Union non résolu.

Ce dispositif n'est donc pas réellement parfaitement adapté à la situation, même s'il constitue une avancée, dans la mesure où :

- Le référentiel d'imposition serait « le faible taux d'imposition » dans l'état P. Il conviendrait aussi de prendre aussi en compte l'imposition dans l'Etat de l'actionnaire de la société de l'Etat R qui pourrait lui aussi appliquer des règles de *CFC*.
- Le dispositif pourrait avoir un effet sur le traité R/S applicable, alors que le niveau d'imposition est dû au comportement d'un Etat P.
- Compte tenu de la rédaction, le niveau d'imposition pris en compte dans l'Etat P pourrait aboutir à des situations où l'imposition globale pourrait être supérieure ou égale (en application de *CFC* dans l'Etat R, par exemple) à celle d'un paiement direct entre l'Etat S et l'Etat R, alors que l'Etat P pourrait être totalement exonéré. Dans cette hypothèse, la situation serait remise en cause, alors même qu'elle n'est pas optimisée puisque l'optimisation est supposée être l'interposition d'un établissement stable.

De manière favorable en comparaison des présomptions d'optimisation antérieures, certaines exceptions à l'application de la règle précédente sont expressément prévues :

« Les dispositions précédentes de ce paragraphe ne s'appliquent pas si le revenu tiré de l'autre Etat est :

e) tiré de la conduite active d'une activité d'entreprise menée par l'établissement stable (autre que l'activité consistant à réaliser ou gérer ou simplement détenir des placements pour le propre compte de l'entreprise, à moins qu'il ne s'agisse d'activités bancaires, d'assurance ou d'activités portant sur des valeurs mobilières effectuées respectivement par une banque, une compagnie d'assurance ou un opérateur sur titres agréés), ou en constitue un élément accessoire, ou

f) constitué de redevances perçues en contrepartie de l'usage, ou de la concession de l'usage, des biens incorporels produits ou développés par l'entreprise par l'intermédiaire de l'établissement permanent. »⁷⁵⁹

L'application d'exception ou de possibilité d'apporter la preuve contraire constitue une avancée notable et essentielle. On peut s'interroger sur la notion d'opération « active », probablement opposée à celle d'une gestion passive uniquement au profit des sociétés du groupe. Ces exceptions sont de même nature que celles prévues par les *CFC* de nombreux pays. On pourrait penser que la logique plus efficace serait d'envisager une règle de *CFC* harmonisée dans le traité lui-même.

Il est aussi proposé, de manière plus équilibrée, qu'en cas de refus d'application du traité à une situation triangulaire, l'entreprise peut bénéficier de la réduction de retenue à la source lorsque « *l'acquisition de l'établissement ou sa maintenance et la conduite de ses opérations n'avait pas pour objet principal ou comme l'un de ses objets principaux l'avantage conventionnel.* »⁷⁶⁰

Nous serions favorables à une telle clause générale de renversement de la charge de la preuve en cas de bonne foi, même si en réalité, en cas d'imposition faible dans l'état P, ce n'est pas un « avantage conventionnel » qui est recherché, mais un avantage de droit interne laissant, en cas d'application formelle du dispositif, la solution sans effet.

L'idée de l'OCDE n'est plus de sanctionner les situations dont l'objet principal est l'optimisation, mais celles dont le résultat est une réduction des coûts. De manière

⁷⁵⁹ *Action 6 : Empêcher l'utilisation abusive des conventions fiscales*, Ed. OCDE, 2014

⁷⁶⁰ Com. 42, *Action 6 : Empêcher l'utilisation abusive des conventions fiscales*, Ed. OCDE, 2014. De Broe (L.), Luts (J.), « BEPS Action 6: Tax Treaty Abuse », 2015-43, *Intertax*, Issue 2, p. 122-146.

relativement insidieuse, l'OCDE envisage, sans concertation, de passer d'un test d'objectif à un test d'effet. On ne juge plus de la motivation des agents pour accepter ou non l'application du traité, mais la réduction d'imposition issue de la structure. L'ajout d'une présomption de bonne foi et possibilité de refuser la protection conventionnelle à la condition que la motivation soit frauduleuse, apporte en partie un équilibre nécessaire. La motivation fiscale essentielle ne peut, à notre avis, jamais être frauduleuse lorsque l'imposition globale après mise en place de structure n'est pas manifestement inférieure à celle applicable en l'absence de montage. On pourrait donc indiquer que lorsque le montant de l'avantage n'atteint pas la limite, la remise en cause est impossible. C'est sous-entendu dans la proposition, mais un peu de clarté ne serait pas superflu.

On notera que ce projet ressemble à l'initiative unilatérale américaine de réformer son Modèle de convention, publié en mai 2015⁷⁶¹. Cela signifie que les travaux *BEPS* peuvent influencer les Etats-Unis, mais aussi que ce pays conserve une approche unilatérale de la question. Que l'initiative unilatérale américaine devance celle de l'OCDE et ne prenne pas en compte un consensus politique démontre le désaccord politique au sein du groupe 1 de l'OCDE, comme les propositions de modifications techniques le démontrent⁷⁶².

Enfin, ce dispositif, lorsque les exceptions ne sont pas applicables, risque de limiter l'extension d'activité en provenance de pays à forte fiscalité vers des pays à plus faible fiscalité⁷⁶³. Ainsi par exemple, la France, les Etats-Unis ou le Japon pourraient ne pas pouvoir bénéficier d'une application automatique des conventions lorsque le taux dans l'Etat P, combiné avec une exemption dans le pays du siège, est inférieur à 20 % ce qui paraît restreindre de manière démesurée la possibilité d'échapper à la mesure. On notera que ce dispositif pose très probablement des difficultés au regard de sa compatibilité avec le droit communautaire et en particulier son application lorsque le pays de l'investissement est l'Irlande⁷⁶⁴.

⁷⁶¹ Cf. nos développements Partie 2 titre 1 Section 2-I-B.2 y compris références bibliographiques note 527.

⁷⁶² *Revised discussion draft BEPS Action 6 : prevent treaty abuse*, 22 May 2015 - 17 June 2015, p. 39, Ed. OCDE.

⁷⁶³ Commentaire similaire Lettre de l'AFME du 18 juin 2015 en réponse au draft de l'OCDE.

⁷⁶⁴ Certaines organisations non gouvernementales avaient proposées d'établir un seuil à 90 %, seuil totalement incompatible avec les règles européennes et surtout contraire à l'objectif recherché par ces organisations, en constituant probablement une forte incitation à la baisse des taux d'imposition. The BMG including the Global Alliance for Tax Justice, Red de Justicia Fiscal de America Latina y el Caribe, Tax Justice Network, Christian Aid, Action Aid, Oxfam, and Tax Research UK. Lettre en réponse à la consultation e l'OCDE sur l'Action 6.

Enfin, élément essentiel, cette proposition n'a pas reçu l'approbation politique et que l'adoption prématurée par les Etats-Unis a laissé l'OCDE sans moyen. Le rapport final sur le projet *BEPS* indique que ce sujet est repoussé à 2016⁷⁶⁵. En outre, le dispositif, à supposer qu'il émerge des travaux cette année, ne serait que proposé sur une base bilatérale. On connaît le succès de dispositifs proposés sur une base bilatérale.

2. *L'adaptation des autres actions de l'initiative BEPS*

a *L'Action 3 de l'initiative BEPS*

De manière assez prévisible, mais aussi sous la contrainte plus forte de la réaction de chaque Etat, est proposé le renforcement des règles de *CFC*⁷⁶⁶. On remarquera, non sans intérêt, que le sujet n'est pas nouveau, mais que l'empressement de l'Organisation se fait sentir, alors que ce point n'a pas été jugée prioritaire dans le cadre des premières publications⁷⁶⁷.

L'autre difficulté est que les *CFC* sont des questions unilatérales, alors que l'objet de l'OCDE est de traiter les conventions fiscales. On constate une évolution vers une coordination de politiques internes, virage politique souhaité par l'OCDE pour établir son pouvoir, mais aussi augmenter le risque que les propositions ne soient pas suivies en raison la nécessaire mise en place unilatérale limitée par le réalisme budgétaire et l'égoïsme/réalisme en matière fiscale.

La publication n'apporte cependant que peu de précisions sur les recommandations et dresse seulement un état des lieux. Il n'y a une prise en compte de l'imposition globale, mais subsiste-la nécessité d'une volonté plus marquée d'éliminer la double imposition économique, qui sont les deux éléments essentiels pour une prise en compte des situations triangulaires agressives⁷⁶⁸. En effet, l'élimination de la double imposition juridique, élément essentiel des conventions fiscales ne répond pas à la question d'optimisation

⁷⁶⁵ *Preventing the granting of treaty benefit in inappropriate circumstances*, p. 78, Ed. OECD October 2015.

⁷⁶⁶ *Designing Effective Controlled Foreign Company Rules, Action 3 - 2015 Final Report*

⁷⁶⁷ *Concevoir des règles efficaces concernant les sociétés étrangères contrôlées*, Action 3 - Rapport final 2015, Ed. OCDE Décembre 2015.

fiscale agressive fondée sur une mesure globale de l'impôt. Notre approche de la question est plus disruptive, et nous proposons d'inclure un régime totalement nouveau dans le texte des conventions.

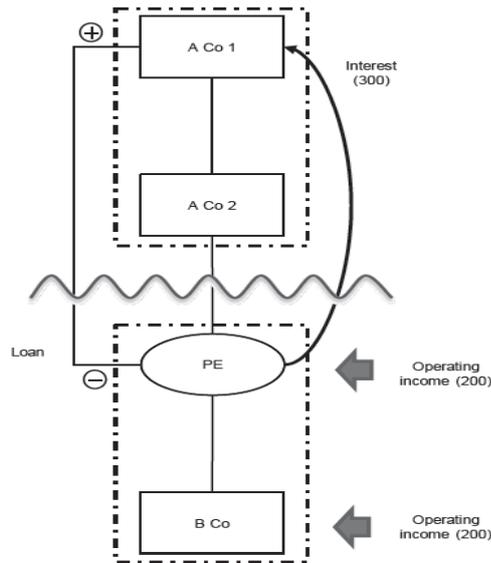
b Les actions indirectes non spécifiques

Indirectement, les initiatives destinées à combattre les hybrides ont une influence sur les situations triangulaires. En premier lieu parce que les hybrides, lorsqu'ils visent des entités hybrides constituent souvent des situations triangulaires, en particulier lorsque les Etats appliquent un système de transparence fiscale totale, aboutissant à traiter les *partnerships* comme des établissements stables. En second lieu, parce que les hybrides posent des questions de *CFC* complexes et qu'en conséquence, le thème est au centre de nos préoccupations.

En revanche, l'approche n'est qu'indirecte, car dans les études consacrées à ce sujet, la question des situations triangulaires en tant que telle n'est pratiquement pas abordée⁷⁶⁹. Pourtant certaines structures sont des situations triangulaires, comme par exemple la structure suivante qui permet une interposition d'un établissement pour obtenir une double intégration. On notera que cette structure n'est pas analysée sous l'angle des situations triangulaires, mais celui de la mise en place d'hybrides interposés. Notre réponse à cette structure est une application de *CFC* plus efficace et aussi une élimination de la double déduction des pertes dans l'article non-discrimination.

⁷⁶⁸ Cf. Nos développements au Titre 2, en particulier en chapitre 2, relatifs aux situations triangulaires imparfaitement déclarées.

⁷⁶⁹ Le mot n'est pas mentionné dans le rapport d'étape en version française : *Empêcher l'utilisation abusive des conventions fiscales lorsque les circonstances ne s'y prêtent pas*, Action 6 : Livrable 2014, Ed. OCDE ni dans le rapport définitif en anglais publié en 2015.



770

Il faut admettre que les publications sur les hybrides font en réalité référence aux *CFC*. On est un peu perdu sur la stratégie de communication de l'Organisation⁷⁷¹. Cette question est en effet aussi invoquée, au titre des intérêts, en Action 3 du projet, sous un angle détourné au travers de la question de la déduction des intérêts.

Le mélange des questions au sein de plusieurs Actions⁷⁷² est ici présent et les mesures proposées sont en réalité un complément des règles qui concernent les hybrides. Cette évolution n'apporte, en outre, aucun élément nouveau sur la question spécifique des situations triangulaires qui ne sont plus traitées comme telles, mais comme des situations simplement présumées agressives.

Si l'évolution est notable sur la forme, elle ne s'éloigne pas suffisamment de la présomption de fraude liée à la mise en place de situations triangulaires qui est au

⁷⁷⁰ P. 197 du rapport définitif consacré aux hybrides Action 3. Ed ; OCDE 2015. On notera que l'exemple n'est même pas une situation triangulaire optimisée mais une situation fondée sur la non inclusion du revenu dans l'Etat du siège.

⁷⁷¹ Action 3, Plan d'action concernant l'érosion de la base d'imposition et le transfert des bénéfices, p. 17, Ed. OCDE, 2013. Il est précisé : « La possibilité de procéder à des paiements déductibles excessifs, tels que les paiements d'intérêts et autres frais financiers, constitue un autre phénomène qui fait craindre des pratiques d'érosion de la base d'imposition et de transfert de bénéfices. La déductibilité des dépenses d'intérêt peut aboutir à une double non-imposition, à la fois sous l'angle de l'investissement entrant et sortant. S'agissant de l'investissement entrant, la déduction des dépenses d'intérêt est problématique si une entité liée faiblement taxée accorde des prêts en vue de permettre à l'émetteur de procéder à des déductions excessives d'intérêt, sans que le détenteur ne comptabilise un revenu d'intérêt correspondant. Il s'ensuit que les paiements d'intérêt sont déduits des bénéfices imposables des sociétés d'exploitation, alors que les revenus d'intérêt sont imposés favorablement, voire exonérés, au niveau du bénéficiaire, si bien que parfois, un groupe peut n'avoir qu'une dette extérieure minime, voire aucune. Du point de vue de l'investissement sortant, une entreprise peut recourir à l'emprunt pour financer la production d'un revenu exonéré ou différé, et réclamer à ce titre la déduction des paiements d'intérêt pour l'exercice en cours, tout en reportant ou en exemptant le revenu correspondant.(...). »

centre de la pensée de l'OCDE, rappelée plus avant dans nos travaux. A l'instar de l'Action 6 du projet *BEPS*, une rupture avec ce principe nous paraîtrait plus adaptée pour traiter de la question des situations triangulaires.

II. L'harmonisation fiscale

Dans un monde parfait et pour s'assurer qu'une situation triangulaire n'est pas motivée par un avantage fiscal, il suffirait que les groupes n'aient aucun avantage fiscal à déplacer leur base imposable au travers d'une interposition d'un établissement stable. L'harmonisation est alors l'alternative à l'anti-abus. L'identité des régimes fiscaux accessibles, rend le choix entre ceux-ci uniquement guidé par des critères non-fiscaux⁷⁷³⁷⁷⁴. Nous ne croyons pas à cette doctrine pour résoudre toutes les difficultés, car la situation fiscale réelle peut varier d'un Etat à l'autre, mais considérons que l'harmonisation réduit les arbitrages fiscaux offerts. Ce serait effectivement un test simpliste.

Dans une situation transfrontalière, le seul exemple symptomatique que nous connaissons est celui de l'Union européenne, qui nous permet d'en tirer certains enseignements.

Cette logique nécessite une analyse du périmètre possible de l'harmonisation (A), mais aussi du risque d'exécution important de telles initiatives (B).

A. Le périmètre de l'harmonisation soumis aux aléas politiques

L'une des manières d'atteindre le but mentionné ci-dessus est d'harmoniser les règles en place, afin de rendre tout déplacement de base inopérant. Cette harmonisation viserait les taux et/ou l'assiette (1).

⁷⁷² *Limiting Base Erosion Involving Interest Deductions and Other Financial Payments, Action 4 - 2015 Final Report*, Ed OCDE 15 October 2015.

⁷⁷³ Ronfeld (T.), « Anti-abuse clause or harmonisation », *Intertax*, Vol. 39, 2011, p. 12-18.

⁷⁷⁴ Ceulaer De (S.), Smit (D), « International juridical double non taxation and state Aid », 2016-25, *EC Tax Review*, Issue 2, pp. 109-112. Community most favoured nation treatment: one step closer to the multilateralization of income tax treaties in the European Union? », IBFD, *Bulletin*, October 2003, p. 493-502.

L'autre approche moins ambitieuse est d'harmoniser les mesures anti-abus (2) applicables pour permettre aux Etats d'être tous d'accord sur la définition des situations qui sont clairement inacceptables.

1. *Le taux ou l'assiette*

a *L'harmonisation des taux en conflit avec les agendas politiques*

L'harmonisation des taux présente deux difficultés majeures. Elle n'est pas souhaitée par les politiques et elle ne résout probablement pas la question du transfert de la base fiscale qui nécessite plutôt une harmonisation cumulée du taux et de l'assiette. Elle n'est donc pas totalement adaptée aux situations triangulaires sauf à envoyer un message pour tenter de limiter les abus manifestes. Dans ce cas, ce message ne nous paraît pas plus adapté que les dispositifs anti-abus issus des droits internes des Etats.

Nous admettons cependant que politiquement et facialement, cette solution présenterait de nombreux avantages.

Ce serait, tout d'abord, une solution qui favoriserait formellement une comparaison réelle des situations, le taux étant l'indicateur privilégié pour les politiques et le grand public pour juger de la comparabilité des systèmes fiscaux. Dès lors, à taux égal, l'interposition serait présumée non optimisante, permettant ainsi de limiter l'insécurité liée aux situations triangulaires en préservant les intérêts des Etats.

C'est aussi le principal inconvénient politique puisque l'harmonisation fait disparaître un facteur d'attractivité, facilement communicable. Les évolutions récentes, au Royaume-Uni par exemple, et en particulier l'annonce d'une baisse du taux de l'impôt sur les sociétés sur un période de 5 ans, démontrent que le taux normatif est devenu un élément de communication des gouvernements en fonction de leur étiquette politique, alors même que, par exemple dans le cas du Royaume-Uni, la recette globale escomptée de l'impôt sur les sociétés n'a pas prévue de baisser

démontrant corrélativement qu'une baisse du taux peut cacher un élargissement partiel de l'assiette⁷⁷⁵. Le Brexit n'a pas modifié la situation.

Nous nuancerons cette argumentation dès lors que les groupes les plus sophistiqués, c'est-à-dire ceux dont on pourrait penser qu'ils sont les plus à même d'utiliser des situations triangulaires optimisantes, ne mesurent pas leurs décisions fiscales au regard du taux normatif, mais du taux effectif. Juger de leur action d'un point de vue abusif ou non, nécessite, à notre avis, une analyse du taux effectif. En conséquence, l'harmonisation des taux n'est pas, selon nous, une priorité.

Il nous semble également que cette approche ne serait pas favorable aux Etats à fiscalité élevée et aux entreprises (sauf, peut-être françaises) et aboutirait possiblement à une hausse des taux d'imposition qui ont été poussés à la baisse par la concurrence induite en ce domaine en Europe depuis vingt ans.

Nous ne privilégions donc pas une harmonisation des taux qui, de toute manière, est politiquement compliquée.

*b L'incertitude de l'harmonisation des assiettes*⁷⁷⁶

C'est plutôt sur l'assiette et plus particulièrement la notion d'assiette commune consolidée pour l'impôt sur les sociétés (ACCIS)⁷⁷⁷ que la Commission dédie son action. En matière de situations triangulaires, l'approche, nous paraît intéressante car nous considérons que la compétition fiscale en matière d'assiette est moins transparente. N'oublions pas que l'harmonisation de l'assiette est aussi un moyen d'harmoniser la prise en compte des pertes, élément important des optimisations fiscales liées aux situations triangulaires⁷⁷⁸.

⁷⁷⁵ Mais aussi des réductions de dépenses. « Grande-Bretagne : Osborne présente un budget axé sur la baisse des dépenses », *Les Echos bourse*, 8 juillet 2015.

⁷⁷⁶ Celebi (H.), « The CCCTB as a Proposed Solution to the Corporate Income Taxation Dilemma within the EU », 2013-22, *EC Tax Review*, Issue 6, p. 289-298.

⁷⁷⁷ Nous utiliserons la référence anglo-saxonne *CCCTB* pour nos développements.

⁷⁷⁸ Borg (J.C.), « The tax treatment of losses under the proposed common consolidated corporate tax base directive », *Intertax* Volume 41, issue 11, November 2013 p. 541-562.

L'assiette commune consolidée pour l'impôt sur les sociétés, serait un ensemble unique de règles de détermination du résultat imposable, susceptibles d'être utilisées par les sociétés exerçant leur activité au sein de l'Union Européenne. En d'autres termes, une société ou un groupe de sociétés éligible ne devrait se conformer qu'à un seul régime au sein de l'Union pour calculer son résultat imposable, plutôt qu'aux différents régimes propres à chacun des Etats membres dans lesquels l'activité est exercée.

Les résultats imposables consolidés du groupe seraient répartis entre chacune des sociétés qui le constituent, par application d'une formule simple permettant à chaque Etat membre d'imposer les bénéfices des sociétés résidentes de cet Etat au taux d'imposition choisi par celui-ci.

Cette option a été définie en 2001⁷⁷⁹ et confirmée en 2003⁷⁸⁰, au travers d'une consultation publique relative à l'utilisation des normes comptables communes. A partir de juillet 2004, revue lors d'un conseil Ecofin informel de septembre 2004, la Commission a mis en place un groupe de travail aboutissant, en mai 2007, à une communication. Dès septembre 2007, les services de la Commission ont préparé un document de travail intitulé « ACCIS : ébauche d'un cadre technique »⁷⁸¹ qui envisage une ébauche des principes régissant une assiette commune consolidée pour l'impôt sur les sociétés (ACCIS). La Commission européenne a présenté formellement le 16 mars 2011⁷⁸², un système commun destiné à calculer l'assiette de l'impôt des sociétés actives dans l'Union européenne au terme d'une directive explicitant les détails de cette proposition⁷⁸³.

Le 18 mars 2015, la Commission a présenté un ensemble de mesures visant à renforcer la transparence fiscale. Le paquet de transparence fiscale est la première étape d'un vaste agenda de la Commission contre l'évasion fiscale des sociétés. Au cours de l'été 2015, a été défini un plan d'action sur la fiscalité des sociétés, même si

⁷⁷⁹ COM(2001) 582 du 23/10/2001.

⁷⁸⁰ COM(2003) 726 du 24/11/2003

⁷⁸¹ ACCIS/WP057\doc\fr

⁷⁸² Lamotte (J), « New EU Tax Challenges and Opportunities in a (C)CCTB World: Overview of the EU Commission Proposal for a Draft Directive for a Common Consolidated Corporate Tax Base », *European Taxation*, IBFD, June 2012, p. 271-279.

⁷⁸³ COM(2011) 121/4

nous considérons qu'en pratique la question de la *CCCTB* ne sera pas analysée avant la fin de 2016.

L'idée est de régler la question de l'harmonisation et de l'utilisation des pertes au sein d'un seul texte, méthode qui, par sa généralité, pose d'importantes difficultés de négociation. On notera que le premier projet était optionnel afin de recueillir l'approbation de tous les Etats. Il semble que ce caractère optionnel ne soit plus totalement à l'ordre du jour, le projet étant devenu non plus seulement un projet d'harmonisation et d'aide à l'implantation, mais un projet anti-optimisation fiscale fondé sur une différence de régime. D'un instrument de compétitivité et de développement, celui-ci est devenu un instrument de lutte contre l'optimisation fiscale. C'est probablement une conséquence politique objective de l'initiative *BEPS* qui crée une incapacité de l'Union européenne à proposer des mesures en faveur du développement de la zone.

A notre avis, pour avoir une chance, le projet devra probablement se concentrer uniquement sur des règles d'assiette commune, sans inclure une consolidation des profits plus ambitieuse et certes plus adaptée aux situations triangulaires, mais nécessitant un accord politique beaucoup plus incertain. Une chose est de lutter contre les hybrides, une autre est d'accepter que les groupes consolident leurs profits dans un Etat sélectionné dans l'Union européenne, certains présentant qu'ils ne seraient pas les premiers choisis.

2. *Le renouveau de l'harmonisation des mesures anti-abus*

D'une volonté de favoriser le développement économique, la commission est désormais dans une stratégie de suivi de l'initiative *BEPS* et de procéder à des avancées substantielles en matière de mesure anti-abus.

a Les mesures d'assiette CCCTB reprises de manière indépendante

Par construction, la proposition *CCCTB* est une mesure d'harmonisation des assiettes. Le problème est que, seules les mesures anti-abus contenues dans le projet *CCCTB*⁷⁸⁴ initial semblent recevoir une écoute attentive des gouvernements.

Il ne s'agit pas ici directement de l'harmonisation des mesures spécifiques anti-abus telles que les *CFC*, qui nous semblerait une initiative adaptée aux situations triangulaires. Par la force des choses, les règles *CFC* deviennent de plus en plus harmonisées par « mimétisme fiscal », couplé avec des restrictions communes imposées par la CJE, elles ne sont pas l'objet d'harmonisation formelle effective.

Le projet *CCCTB*, laisse subsister à la fois des mesures *CFC* traditionnelles, pour les revenus hors périmètre reçus par des entités situées dans des Etats tiers, et de manière non totalement claire, un régime équivalent à celui des *CFC* dans son effet, qui consiste en une substitution du régime d'exonération en un régime de crédit d'impôt, pour les revenus issus du périmètre et reçus par des entités situées dans le périmètre. Les deux régimes cohabitent sans coordination⁷⁸⁵⁷⁸⁶, celui permettant la substitution étant traité au chapitre XII⁷⁸⁷, l'autre étant couvert dans le chapitre XIV consacré aux mesures anti-abus⁷⁸⁸. Cette approche est reprise dans les travaux les plus récents où une proposition de *CFC* et une « *switch over clause* » sont mises en avant pour lutter contre les délocalisations hors de l'Union. Serait ainsi mis en place des dispositifs spécifiques pour les situations triangulaires non européennes. Si l'on peut comprendre l'analyse technique, il est difficile d'accepter la distorsion de concurrence au détriment des investissements hors Europe qui en résulteraient⁷⁸⁹, créant ainsi un frein à l'expansion des groupes localisés dans des Etats à fiscalité élevée.

⁷⁸⁴ Lang (M), « The general anti-abuse rule of article 80 of the draft proposal for the Council Directive on a common consolidated corporate tax base », *European Taxation*, IBFD, June/July 2011. Aramayo (V), « A common GAAR to protect the harmonized corporate tax base: more chaos in the labyrinth », 2016-25 *EC Tax Review*, Issue 1, p. 4-17.

⁷⁸⁵ Panayi (C), « The anti-abuse rules of the CCCCTB », *Bulletin*, IBFD, April May 2012, p. 256-269, Lang (M), « The general anti abuse rule of article 80 of the draft proposal for the council directive on a common consolidated corporate tax base », *European Taxation*, IBFD, June 2011, p. 223-228. Lamotte (J), « New EU challenges and opportunities in a (C)CCTB world: overview of the EU Commission proposal for a draft Directive for Common Consolidated Corporate tax base », *European Taxation*, IBFD, June 2012, p. 271-279.

⁷⁸⁶ European Commission, *Anti-abuse rules*, working document n° 65, 26 March 2008.

⁷⁸⁷ Article 73 de la proposition de Directive Com(2011)121/4, 2011/0058.

⁷⁸⁸ Article 80.2 de la proposition de Directive Com(2011)121/4, 2011/0058.

La proposition de Directive *CCCTB* détaille les mesures anti-abus générales et des mesures anti-abus spécifiques, même si les mesures labélisées « anti-abus générales » contiennent, en réalité, des dispositions qui sont, selon nous, des mesures anti-abus spécifiques, à l’instar des règles de *CFC* rappelées ci-avant, qui prévoient que les revenus de pays tiers peuvent être inclus dans la base imposable lorsque le contrôle excède 50 % , l’entité considérée est localisée dans un Etat où le taux de l’impôt sur les sociétés est inférieur de 40 % à l’imposition du taux légal moyen de l’Union Européenne (soit environ 10 %) ⁷⁹⁰, taux ramené à 40% du taux d’imposition effectif appliqué dans l’Etat membre dans le récent projet de Directive anti-abus ⁷⁹¹.

Il est aussi prévu des mesures anti-abus réellement spécifiques ⁷⁹², qui impacteraient les situations triangulaires, comme, par exemple:

- La non-déductibilité des intérêts, lorsque le taux de l’impôt sur les sociétés du bénéficiaire est inférieur de 40 % à l’imposition du taux légal moyen de l’Union Européenne, soit environ 10 %.
- L’application d’un régime de crédit d’impôt lorsque la filiale contrôlée ou l’établissement stable sont soumis à un impôt inférieur à 40 % du taux d’imposition moyen dans l’Union Européenne ⁷⁹³.
- Des restrictions quant à l’exonération d’imposition de plus-value sur des cessions intra-groupe.
- Des restrictions lorsqu’un revenu est déduit plusieurs fois.

Ces mesures anti-abus spécifiques demeurent extrêmement compliquées et n’ont pas reçu une approbation suffisante des pays en cause. Il nous semble, à cet égard, qu’une

⁷⁸⁹ C(2016) 271 final *Recommandation de la Commission du 28 janvier 2016 concernant la mise en œuvre de mesures contre l’utilisation abusive des conventions fiscales*, du 30 janvier 2016.

⁷⁹⁰ Article 80.2 de la proposition de Directive Com(2011)121/4, 2011/0058. On retrouve ici la notion non écrite que pour la Commission une imposition faible est inférieure à 10 %.

⁷⁹¹ C(2016) 271 final *Recommandation de la Commission du 28 janvier 2016 concernant la mise en œuvre de mesures contre l’utilisation abusive des conventions fiscales*, du 30 janvier 2016.

⁷⁹² Mstellone (P.), Tzuberly (Y.), « The EU common consolidated corporate tax base: CCCTB and third countries », *TNI*, 9 April 2012, p. 151-167.

⁷⁹³ « *Switch over clause* », article 73 du projet de directive.

entente ciblée, uniquement sur une règle anti-abus générale⁷⁹⁴, permettrait un accord politique plus adapté et une réponse plus efficace aux situations triangulaires et, en outre, aucune modification du droit communautaire. En outre les projets sont extrêmement incertains même si une évolution vers un projet mieux rédigé pourrait être discutée⁷⁹⁵. Il est vrai que les dispositifs spécifiques anti-abus présentent un fort risque d'incompatibilité avec le droit communautaire primaire, à l'opposé d'une mesure anti-abus générale déjà validée par le CJE, sous réserve d'une rédaction qui pourrait être améliorée.

b Le nouveau « package »

Le sujet est en rapide et incertaine évolution⁷⁹⁶⁷⁹⁷.

Le nouveau projet de Directive anti-abus adopté le 21 juin 2016⁷⁹⁸ confirme formellement l'application des règles de droit commun liées à l'impossibilité de mettre en place des montages « purement artificiels »⁷⁹⁹ 800801802, précision qui apparaît superfétatoire⁸⁰³.

L'objet est désormais uniquement la lutte contre l'optimisation fiscale tentant ainsi de suivre l'initiative *BEPS*. Cette directive pose des questions de rédaction importantes et ne nous semble pas régler les questions spécifiques liées aux situations

⁷⁹⁴ En ligne avec l'article 80 de la proposition de directive.

⁷⁹⁵ Document non officiel: ROOM DOCUMENT # 1 Working Party on Tax Questions – Direct Taxation Anti-Tax Avoidance Directive (ATAD) 18 March 2016, ORIGIN: Presidency

⁷⁹⁶ Bellingwout (J. W.), « Blueprint for a new common corporate tax base », IBFD, *European Taxation*, January 2015, p. 3-11.

⁷⁹⁷ Liebmen (H.), Heyvaert (W.), Oyen (V.), « Countering harmful tax practices: BEPS action 5 and EU initiatives – Past progress, current status and prospects », *European Taxation*, IBFD, February/March 2016, p. 102-105.

⁷⁹⁸ C(2016) 271 final *Recommandation de la Commission du 28.1.2016 concernant la mise en œuvre de mesures contre l'utilisation abusive des conventions fiscales*, du 30 janvier 2016. Complété par Document non-officiel: ROOM DOCUMENT # 1 Working Party on Tax Questions – Direct Taxation Anti-Tax Avoidance Directive (ATAD) 18 March 2016, ORIGIN: Presidency, approuvée le 21 juin 2016.

⁷⁹⁹ Article 80 de la proposition de Directive Com(2011)121/4, 2011/0058. »

⁸⁰⁰ CJCE 16 juillet 1998 aff. 264/96, *ICI* : *RJF* 11/98 n° 1382, chronique J. Turot *RJF* 12/98 p. 940, concl. G. Tesauo *BDCF* 6/98 n° 137, Rec. I-4695, point 26. G. Goulard, « L'abus de droit à la lumière du droit communautaire », *Dr. fisc.* 44-45/05 p. 1715. CJCE 12 décembre 2002 aff. 324/00, Lankhorst-Hohorst : *RJF* 3/03 n° 391 avec chronique L. Olléon p. 191, concl. J. Mischo *BDCF* 3/03 n° 43, Rec. I-11779 point 32

⁸⁰¹ Lang (M.), « The General Anti-Abuse Rule of Article 80 of the Draft Proposal for a Council Directive on a Common Consolidated Corporate Tax Base », *European Taxation*, IBFD, June 2011, p. 223-228.

⁸⁰² Franz (T.), « The General Anti-Abuse Rule Proposed by the European Commission », 2015-43, *Intertax*, Issue 11, p. 660-672.

⁸⁰³ Même si l'on peut s'interroger à l'intérieur de l'espace harmonisé si les règles déjà formalisées par la CJU doivent s'imposer sur un dispositif plus spécifique mis en place en application de la directive CCCTB.

triangulaires même si la volonté d'évoluer vers de CFC plus harmonisées nous semble positive.

Certes elle est axée sur la mise en place de CFC harmonisée mais ces CFC sont trop générales, ne permettant à ces derniers que difficilement de justifier des structures non principalement motivées par des considérations fiscales. En outre, la mise en place généralisée d'une *switch over clause* abandonnée au moins temporairement, aurait pour conséquence de pénaliser immédiatement les Etats à fort taux d'imposition, créant une attractivité négative telle pour ces Etats, que leur situation budgétaire pourrait en être affectée, reportant sur les autres acteurs les ressources fiscales perdues.

Cette approche est en évolution constante et devrait aboutir avant la fin de l'année, les premières discussions montrant qu'une marge de manœuvre pour des évolutions subsiste. Ce domaine, dicté par des considérations politiques nationales est extrêmement incertain. Il vise en outre les structures artificielles ce qui n'est pas la majorité de cas visés dans notre étude. La considération moderne problématique est celle de l'avantage fiscal excessif et non seulement la question de la fictivité d'une structure.

B. Les limites à l'harmonisation

Sur le principe, il n'est pas extrêmement compliqué de comprendre que la compatibilité de règles unilatérales destinées à sanctionner les investissements effectués dans des Etats étrangers, n'est pas totalement en ligne avec les principes qui régissent un espace harmonisé et qui voudraient que chaque entreprise puisse investir dans un autre Etat sans contrainte plus importante que pour les investissements au sein d'un même Etat (1). La question dans son principe n'est pas différente de celle de la compatibilité des dispositifs anti-abus avec les conventions fiscales analysées ci-dessus⁸⁰⁴. Elle est encore plus incertaine, l'agenda des Etats étant aussi un facteur influant (2).

⁸⁰⁴ Cf. Chapitre 2, Section 1, II.

1. La compatibilité des règles soumise à des conditions strictes⁸⁰⁵

a L'approche nuancée de la Cour de Justice adaptée aux situations triangulaires

De manière assez classique, les juridictions européennes ont été amenées à se prononcer sur la compatibilité des règles de *CFC* avec le droit communautaire. On n'est plus dans une situation de comparaison entre société filiale et établissement stable, sauf si un établissement n'est pas soumis à des règles de *CFC* en application d'un traité, alors que ces mêmes *CFC* sont applicables à une filiale.

La première stratégie, est de proposer d'inclure des *CFC* dans le traité, identiques en matière de succursale et de filiale, même si la *CJE* accepte une divergence de traitement entre un investissement fait à l'étranger au travers d'une filiale ou celui fait au travers d'un établissement stable⁸⁰⁶.

La seconde proposition, est de limiter le domaine d'intervention aux situations triangulaires mises en place exclusivement pour des raisons fiscales, à l'instar du droit communautaire qui est plutôt opposé à l'application des règles *CFC* autres que dans des cas d'abus manifestes⁸⁰⁷⁸⁰⁸.

La Cour de justice a déjà traité cette question dans des décisions retentissantes. Elle a posé les conditions de compatibilité des dispositifs avec le droit communautaire dans son arrêt *Cadbury Schweppes Plc* du 12 septembre 2006⁸⁰⁹ et constaté à cette

⁸⁰⁵ *Dr. Fisc.*, n° 38, 18 septembre 2014, Com. 536, « Incompatibilité de l'ancien article 209 B du CGI avec la liberté d'établissement, sauf en cas de montage purement artificiel », commentaire par Ardouin (J).

⁸⁰⁶ Raingeard (E), « Chronique de droit fiscal communautaire », *Dr. Fisc.*, 2010, n° 10 et s.

⁸⁰⁷ Par exemple, l'article 209B du CGI français dans sa rédaction antérieure à la loi du 30 décembre 2004, prévoyait une exception lorsque la société établie en France démontre que la détention de participations dans une telle société ou un tel groupement n'a pas, pour elle, principalement pour objet d'échapper à l'impôt français. Cette condition était réputée remplie lorsque cette société ou ce groupement exerce à titre principal une activité industrielle ou commerciale effective et que les opérations qu'il réalise dans le cadre de cette activité sont effectuées de manière prépondérante sur le marché local. L'application du dispositif à de telles sociétés ou groupements a été considérée comme incompatible avec la liberté d'établissement. En revanche, ces limitations peuvent être appliquées, sans méconnaître cette liberté, à des sociétés ou groupements qui ont le caractère de montages purement artificiels destinés à éluder l'impôt normalement dû en France.

⁸⁰⁸ « L'article 209 B est-il soluble dans le droit communautaire ? A propos de l'arrêt CJCE 16 juillet 1998, *Imperial Chemical Industries* », Jérôme Turot : *RJF* 12/98 p. 940 ; « Article 209 B et conventions fiscales internationales : après les ténèbres, la lumière » : *RJF* 10/02, p. 755 ; « Article 209 B du CGI et conventions fiscales. Commentaire de l'arrêt d'Assemblée du 28 juin 2002 », N. Chahid-Nouraï et P. Couturier : *FR* 34/02, inf. 14 p. 25 ; « Article 209 B et droit communautaire. La CJCE précise la notion de montage artificiel », Bruno Gouthière : *FR* 39/06 inf. 9 p. 21 ; « Article 209 B : causeries autour de la clause de sauvegarde », Emilie Bokdam-Tognetti : *RJF* 2/13, p. 107.

⁸⁰⁹ CJCE, 12 septembre 2006, aff. 196/04, *Gr. ch.*, *Cadbury Schweppes*. *Dr. Fisc.*, n° 38, 18 septembre 2014, comm. 536. « Incompatibilité de l'ancien article 209 B du CGI avec la liberté d'établissement, sauf en cas de montage purement

occasion que l'équivalent britannique de l'article 209B constituait une entrave à la liberté d'établissement, en dissuadant les sociétés résidentes de créer, d'acquérir ou de maintenir une filiale dans un Etat Membre où elle se trouve soumise à un faible niveau d'imposition. Mais elle a aussi précisé qu'une telle restriction pouvait être justifiée par l'objectif de lutte contre l'évasion fiscale et proportionnée lorsqu'elle vise spécifiquement les montages purement artificiels, dont le but est d'échapper à l'emprise de la législation fiscale de l'Etat Membre concerné. Comme nous l'avons indiqué, la définition donnée par la Cour et les limites posées, nous semblent adaptées pour définir potentiellement les situations triangulaires abusives qui pourraient être visées.

La Cour précise que, par « *montage purement artificiel destiné à contourner la loi fiscale* », déjà mentionné par la Cour dans des décisions plus anciennes⁸¹⁰, sa jurisprudence ne permet pas de sanctionner des opérations motivées par des considérations fiscales, même prépondérantes. En revanche, un Etat Membre peut s'opposer aux opérations dépourvues de toute réalité économique, dont le seul but est d'éluder l'impôt. On retrouve ici les questions proches de la définition de l'abus de droit dans notre système.

Selon cette jurisprudence, il n'y a pas de montage artificiel lorsque l'implantation est réelle, que l'exercice de l'activité est effectif et encore plus lorsque la situation triangulaire est motivée par des considérations réglementaires.

Bien sûr, la notion d'effectivité dépend de la nature de l'activité exercée, celle-ci étant différente selon, par exemple, que l'on exerce une activité industrielle ou une activité financière générant des revenus passifs. Dans cette hypothèse, la connaissance et la capacité à juger de l'opportunité des investissements ou de leur

artificiel », commentaire par Ardouin (J); Austray (S), « Clause de sauvegarde de l'article 209 B : une (re)naissance ? », *Dr. Fisc.*, n° 7, 14 février 2013, Com. 158

⁸¹⁰ Notion dégagée dans son arrêt de Plénière *Imperial Chemical Industries plc* du 16 juillet 1998, CJCE 16 juillet 1998, aff. 264/96 : *RJF* 11/98, n° 1382, chronique Turot (J), *RJF* 12/98, p. 940, concl. Tesaro (G), *BDCF* 6/98, n° 137.

gestion devront être mises en place dans l'implantation. C'est cette approche que la CJU a reconnue, directement ou non, dans d'autres décisions⁸¹¹.

Contrairement à l'analyse retenue par l'OCDE en matière de situations triangulaires, il n'y a pas de présomption générale de fraude du seul fait de la création et de l'allocation à un établissement faiblement imposé d'actifs générant des revenus passifs. Au contraire, il y a présomption « de réalité économique », sauf preuve contraire.

Tout établissement stable interposé ne constitue donc pas un montage purement artificiel au sens de la jurisprudence de la Cour de justice. Les activités financières ne sont pas exclues a priori du bénéfice de la liberté d'établissement. On ne peut évidemment exiger d'un établissement qui se limite à détenir des actifs, le même degré d'intensité opérationnel qu'une société commerciale ou industrielle. C'est la capacité de l'établissement à démontrer son caractère indépendant et la possibilité pour lui d'accéder aux moyens nécessaires à la poursuite de son activité, qui détermineront si celui-ci est interposé de manière sanctionnable ou non.

Par exemple, se limiter à fournir un relevé de frais généraux sommaire, faisant apparaître pour l'essentiel un loyer, la rémunération d'organismes de services et les honoraires d'avocats, de réviseurs et de leur administrateur ne devrait pas être suffisant. La qualification des personnels propres et la pratique des activités de délégation à l'extérieur ou non de ces activités, devraient aussi fournir des éléments intéressants. En effet, les groupes ne sous-traitent pas leur activité essentielle à l'extérieur à des tiers, en particulier en ce qui concerne les décisions sur les investissements importants.

Dès lors que les sanctions sont uniquement applicables à un montage purement artificiel destiné à contourner l'objet de la loi, la possibilité de sanctionner des situations triangulaires actives, est, selon nous, plus réduite dans un cadre communautaire que dans le cadre des traités.

⁸¹¹ CJCE 13 mars 2007 aff. 524/04, « Test Claimants in the Thin Cap Group Litigation », *RJF* 6/07, n° 775 ; CJUE 21 janvier 2010, aff. 311/08, *Société de gestion industrielle* (SGI), *RJF* 4/10, n° 446 ; CJUE 5 juillet 2012, aff. 318/10, *SA d'investissement pour l'agriculture tropicale*, *RJF* 11/12, n° 1084.

b Le renouveau de la lutte anti évasion

La Directive ATAP récente ne laisse pas de côté la notion de fraude. On doit cependant constater que la pauvreté de la rédaction laisse l'observateur sans solution pour ce qui serait de leur application à des situations triangulaires manifestement abusives. Certes une notion uniformisée est source de simplification, mais la compatibilité de la proposition actuelle avec le droit communautaire primaire nous semble douteuse⁸¹². Les définitions utilisées pour les *CFC* ne sont pas, selon nous plus adaptées, ne permettant pas une justification élargie des motivations non fiscales et visant des impositions effectives relativement élevées.

La direction prise est celle d'une plus grande transparence contre laquelle les acteurs responsables ne peuvent s'élever. On constatera toutefois un emballement médiatique et désordonné relatif à la publicité de l'information et l'évolution vers une publication totale des données relatives aux entreprises implantées en Europe ce qui ne fera pas gagner ce territoire en compétitivité et risque de poser de problèmes de concurrence. Le mouvement dans ce domaine est incontrôlable comme les premières discussions pour *CBCR* public le laisse envisager⁸¹³. La publicité de la question n'aide pas à résoudre des situations aussi complexes que des situations triangulaires.

*2. L'alignement nécessaire des agendas politiques*⁸¹⁴

a Une volonté politique contradictoire

La difficulté est que chaque Etat ne veut pas être considéré comme celui qui bloque des mesures anti-évasion vis-à-vis des opinions publiques, mais aussi que chaque Etat comprend que les projets actuels auront un impact négatif sur la compétitivité de l'Europe et des groupes européens. Alors, chaque Etat tente de faire des propositions

⁸¹² Article 7 Clause anti abus générale, C(2016) 271 final *Recommandation de la Commission du 28.1.2016 concernant la mise en œuvre de mesures contre l'utilisation abusive des conventions fiscales*, du 30 janvier 2016.

⁸¹³ Proposition du 12 avril 2016, COM(2016) 198/2 2016/0107 (COD) *Proposition de DIRECTIVE DU PARLEMENT EUROPÉEN ET DU CONSEIL modifiant la directive 2013/34/UE en ce qui concerne la communication, par certaines entreprises et succursales, d'informations relatives à l'impôt sur les bénéfices*.

⁸¹⁴ Par exemple la position américaine sur ces sujets : Levey (M.), Gerdes (I), Mansfield (A.), « The key BEPS items causing discussion in the United States », 2016-44, *Intertax*, Issue 5, p. 399-405.

qui devraient concilier la volonté d'apparaître à la pointe de la lutte sans compromettre la compétitivité, exercice probablement possible auprès de l'opinion publique, mais qui devient impossible lorsqu'il s'agit de rédiger un texte adapté.

De même, la protection offerte par le droit communautaire à une application éventuelle des *CFC* dans l'Union européenne est un frein à la mise en place de ces dispositifs en matière de situations triangulaires. En effet, l'application de ces limites est tellement conditionnelle que de nombreuses situations triangulaires optimisantes ne seraient pas atteintes. Si cela se révélait une difficulté insurmontable, il faudrait proposer d'harmoniser les règles applicables en matière de *CFC* au sein de l'Union européenne, pour permettre l'application équilibrée de tels dispositifs, de manière certaine et uniforme. Cela ne nous semble pas la direction prise, ce que nous pouvons regretter, sauf à considérer que la Directive *CCCTB* est l'instrument pouvant atteindre cet objectif. C'est cependant la direction, prise de manière relativement maladroitement par le texte le plus récent, marquant un changement, qui aurait nécessité une consultation large, alors que ce texte n'a pas été discuté de manière ouverte et constructive⁸¹⁵.

Une harmonisation est toujours liée à la volonté de plusieurs Etats de faire coïncider leurs régimes *a minima* en les rendant compatibles, dans une vision élargie, pour les faire converger. L'Europe navigue entre ces deux référentiels, tentant toujours d'aller dans une direction d'harmonisation que les règles d'unanimité requises contraignent à des approches moins ambitieuses, sectorielles ou catégorielles. Malheureusement pour les groupes, le seul consensus actuel est celui d'une lutte aveugle contre l'optimisation fiscale.

Compte tenu de ce qui précède, la question subsiste de savoir si nous ne sommes pas à la veille d'une action coordonnée par l'Europe sur le point particulier des *CFC*, même si celles-ci peuvent être entraînées par d'autres discussions relatives à l'optimisation fiscale internationale, mais aussi et surtout une action en matière de *CCCTB*. Les *CFC* sont plus un thème de réflexion pour l'OCDE, pour le moment. Nous serions tentés de répondre positivement, mais restons dubitatifs sur les chances

de succès, les gouvernements préférant probablement jouer sur des sujets plus simples, tels que la publicité des *CBCR* par exemple.

Les dernières annonces de la Commission dans ce domaine laissent penser que, certes l'objectif de l'harmonisation est toujours présent, mais la compétition engagée entre l'Europe et l'OCDE dans ce domaine risque de nuire à l'efficacité de la démarche et surtout sa cohérence⁸¹⁶⁸¹⁷.

Le résultat de ces discussions n'est plus provisoire. Nous disposons, depuis le 21 juin 2016⁸¹⁸, d'une directive qui reprend la plupart des 6 dispositifs anti-abus déjà évoqués, mais aussi des compromis pour permettre une adoption selon une procédure démontrant la faiblesse du soutien politique. Il reste les règles *CFC* soumises à un test d'imposition effective locale de 50 % de l'impôt payé dans l'Etat du siège, qui continuent à ne pas prendre en compte l'imposition globale et ne permettent pas de saisir les situations triangulaires de manière plus adaptée que les règles en place. Restent aussi des mesures anti-hybrides qui s'inscrivent dans la ligne de celles de l'OCDE limitées aux relations EU/EU⁸¹⁹. La limitation de la déduction des intérêts est aussi incluse dans le texte définitif, ainsi que le principe d'une exit tax qui voudrait que les transferts entre le siège et l'établissement stable soient imposés⁸²⁰, ce que nous soutenons⁸²¹. Ce dernier point nous semble le plus important en matière de situations triangulaires. La clause d'abus générale est, selon nous, rédigée de manière inadaptée car elle ne propose pas de présomption positive au cas où certains critères quantitatifs seraient remplis et la *switch over clause* a été, au moins de manière temporaire, abandonnée pour obtenir un accord. La durée d'entrée en vigueur est elle aussi aménagée. L'objet de notre analyse n'est pas de détailler les dispositifs mais de remarquer que le dispositif n'est pas une réponse satisfaisante aux situations

⁸¹⁵ C(2016) 271 final *Recommandation de la Commission du 28 janvier 2016 concernant la mise en œuvre de mesures contre l'utilisation abusive des conventions fiscales*, du 30 janvier 2016.

⁸¹⁶ Communication from the Commission to the European Parliament and the Council (draft version circularisée le 15 juin 2015) *A Fairer Corporate Tax System in the European Union: 5 Key Areas for Action*.

⁸¹⁷ C(2016) 271 final *Recommandation de la Commission du 28.1.2016 concernant la mise en œuvre de mesures contre l'utilisation abusive des conventions fiscales*, du 30 janvier 2016.

⁸¹⁸ Proposition de Directive anti-évasion fiscale (Anti-Tax Avoidance Directive / ATAD) Conclusion de l'Ecofin du 17 juin 2016.

⁸¹⁹ Une discussion aura lieu pour inclure une extension lors des discussions d'octobre prochain.

⁸²⁰ Article 5.1-a de la Directive.

⁸²¹ Cf. Nos propositions en conclusion.

triangulaires optimisées. Par ailleurs, les intuitions européennes ont décidé de reporter à octobre les discussions sur la CCCTB, continuant leur stratégie d'instabilité⁸²².

b Le renouveau des actions collectives contre les Etats

Un moyen pour limiter le recours à l'interposition d'un établissement stable faiblement imposé est de limiter les Etats dans leur liberté de décider seul de leur régime fiscal comme cela s'est pratiqué dans les années 1990 pour des *ruling* favorables unilatéraux, qui étaient distribués aux contribuables dans certains Etats en particulier pour des situations triangulaires⁸²³.

Deux actions existent : les aides d'Etat⁸²⁴ et les pratiques dommageables. Ces deux actions sont issues, selon nous, d'un même courant de pensée qui veut que la concurrence fiscale soit loyale. Elles sont également une alternative aux propositions de *naming and shaming*. Elles sont enfin une réponse aux attaques des Etats-Unis⁸²⁵ en matière de concurrence, qui ont été appliquées aux entreprises européennes dans les dernières années.

Ces axes non limités aux situations triangulaires ont bénéficié d'un regain d'intérêt dans la période récente.

**L'aide d'Etat⁸²⁶*

Conjointement à une attaque organisée contre les groupes de sociétés, les organisations internationales n'ont pas abandonnée l'approche traditionnelle de tenter de limiter l'émergence de régimes fiscaux faussant la concurrence. C'est en premier lieu à l'initiative de l'Union européenne reprise par l'OCDE. L'OCDE joue sur la

⁸²²Finet (J-P), « Next Consolidation Will Come After Common Tax Base Is Secured, Moscovici Says », *TNI*, 21 June 2016.

⁸²³ Swiss finance branch structure. PALACIOS (J.), « Recent developments in the use of Swiss Finance branch », *European Taxation, IBFD*, February 2006, p 84-85.

⁸²⁴ Vlegger (J.), « Dutch CV-BV structures: Starbucks-style tax planning and state aid rules », *Bulletin, IBFD*, March 2016, p. 173-181.

⁸²⁵ « European Commission Denies Discrimination Against U.S. Companies », *TNI*, 16 February 2016, By J.P. Finet.

⁸²⁶ Raingeard (E.), « Les décisions individuelles à la lumière des aides d'État : coup de projecteur sur un risque méconnu », *Dr. Fiscal*, n° 27, 2 Juillet 2015, Com. 452. Rossi-Macanico (P.), « Fiscal tax aids, tax base and profit shifting », *EC Tax Review*, 2015-24, Issue 2, p. 63-77.

pression internationale dans le cadre de *peer review*, alors que l'Union européenne dispose d'une arme redoutable prévue par le traité. Il ne s'agit plus de sanctionner le « client » mais plutôt « le responsable direct de la situation ». Les groupes ne sont plus montrés du doigt, mais les Etats sont interpellés lorsque leur régime ne permet pas une libre concurrence. Il ne s'agit pas d'interdire les taux réduits d'imposition, mais d'interdire une attribution de régime dérogatoire de manière sélective pour, par exemple, attirer les investissements étrangers. L'autre élément est que les actions ne s'attaquent pas uniquement aux Etats à faible fiscalité, mais à des Etats à fiscalité sélective, ensemble qui comprend un plus grand nombre d'Etats, y compris certains qui peuvent apparaître comme éloignés de la question, comme la France pour certains rescrits accordés dans le passé. L'aide d'Etat devient un instrument de lutte contre les optimisations fiscales agressives⁸²⁷.

L'aide d'Etat pourrait être théoriquement appliquée à des situations triangulaires, en particulier sur les question relatives au système de *ruling* en présence au Luxembourg ou en Irlande, où chaque Etat de manière unilatérale accepte des conditions d'attribution des actifs extrêmement favorables, sachant qu'en réalité la partie non attribuée à cet Etat l'est au profit d'un Etat sans imposition⁸²⁸.

La Commission a, par exemple, lancé une action contre le Luxembourg et l'Irlande à propos des sociétés Apple en Irlande et Fiat au Luxembourg, car les rescrits accordés pourraient être en conflit avec les règles d'attributions de profits⁸²⁹. On notera que ces sociétés ne sont pas toutes issues du monde digital, contrairement à l'idée généralement reçue.

La Commission a enquêté, au regard des règles de l'Union Européenne en matière d'aides d'Etat, sur certaines pratiques fiscales dans plusieurs Etats membres, à la suite d'articles de presse affirmant que certaines entreprises avaient bénéficié d'importantes réductions d'impôts accordées au moyen de « décisions anticipatives en matière fiscale » (*tax rulings*), adoptées par les autorités fiscales nationales. On

⁸²⁷ De Broe (L), « The state aid review against aggressive tax planning: always look a gift horse in the mouth », *EC Tax Review*, 2015-6. p. 290-293.

⁸²⁸ *Irish sandwich*.

notera que cette enquête est la suite logique des actions de *namings et shaming*⁸³⁰, démontrant ainsi la puissance de cette dynamique, même si son caractère démocratique est douteux. Elle se situe dans la ligne des lanceurs d'alerte. La question principale est de s'assurer que le dossier est traité par la commission de manière identique, quelle que soit la source d'informations reçues.

Cette procédure qui a fait irruption dans le domaine fiscal en tant qu'arme utilisable de manière généralisée a potentiellement aussi été utilisée pour répondre aux attaques américaines en matière de concurrence. Cette approche, en ligne avec la communication des multinationales européennes, est utilisée pour tenter de montrer que les firmes américaines sont les premières responsables de la cacophonie fiscale mondiale. Il n'est pas certain que cette vision soit partagée par tous, mais l'Etat américain s'en est plaint auprès des institutions européennes⁸³¹ en menaçant d'appliquer des mesures coercitives contre les groupes européens⁸³². Les institutions communautaires se sont défendues d'une telle approche de manière officielle⁸³³. Ces événements démontrent que la procédure est à la fois dirigée contre les entreprises mais que ce sont les Etats qui sont indirectement visés. L'utilisation de ce dispositif en matière fiscale accélère et devient de plus en plus un instrument anti optimisation fiscale de groupes américains comme le démontre l'affaire récente Mc Donald⁸³⁴ et les incertitudes entourant cette procédure⁸³⁵.

*Le renouveau de la pratique dommageable

L'OCDE s'est toujours intéressée aux pratiques fiscales dommageables. L'idée est que les Etats peuvent décider de leur fiscalité, mais celle-ci doit être mise en place en toute transparence et de manière équitable pour les acteurs. La réponse a donc été de sanctionner les Etats qui disposaient de régimes dérogatoires, tout en acceptant dans les travaux les

⁸²⁹ *Aides d'État: la Commission enquête sur des accords sur les prix de transfert dans le cadre de l'impôt sur les sociétés applicable à Apple (Irlande), Starbucks (Pays-Bas) et Fiat Finance and Trade (Luxembourg)*, Commission européenne Communiqué de presse Bruxelles, le 11 juin 2014.

⁸³⁰ Par exemple, « Fiscalité : Bruxelles vise les Pays-Bas, le Luxembourg et l'Irlande », *Le Figaro*, Anne Cheyvialle 13/09/2013

⁸³¹ LOWE (P), « EU State Aid Investigations: A View From Both Sides of the Atlantic », *TNI*, 21 March 2016

⁸³² Finet (JP), « U.S. Treasury Considering Retaliatory Tax Over EU State Aid Rulings », *TNI*, 8 March 2016.

⁸³³ Finley (R), « EU Commissioner Rejects Lew's Objections to State Aid Probes », *TNI*, March 1st 2016.

⁸³⁴ Hertzfeld (M), « News Analysis: State Aid Bureaucrats Run Amok », *TNI*, June 20. 2016,

plus récents, que la concurrence fiscale n'était pas présumée dommageable⁸³⁶. L'OCDE a donc inclus dans son initiative *BEPS* un volet dédié à cette question. Si nous analysons son effet sur les situations triangulaires, c'est qu'il nous paraît important de comprendre comment l'Organisation entend lutter contre les pratiques destinées à attirer les capitaux, en particulier pour créer des structures optimisantes dont les situations triangulaires font partie.

Ce qui est intéressant dans ces travaux récents de l'OCDE, c'est qu'ils traitent sous le même chapitre des régimes dommageables, mais aussi la transparence et la substance. En matière de situation triangulaire, cela signifie que des règles assurant de manière unilatérale une exonération des revenus reçus par l'établissement stable en l'application de rescrits non publiés ne passent probablement pas le test. C'est pourtant un régime qui existait chez certains de nos voisins jusqu'à récemment. Le fondement est l'Action 5 de l'initiative *BEPS* propose donc :

« Refondre les travaux relatifs aux pratiques fiscales dommageables en donnant la priorité à l'amélioration de la transparence, notamment par le biais de l'échange spontané obligatoire d'informations sur les décisions relatives à des régimes préférentiels, ainsi qu'à l'obligation de requérir une activité substantielle pour l'instauration de tout régime préférentiel. (...) L'interposition de pays tiers dans le cadre bilatéral établi par des partenaires conventionnels a conduit à l'émergence de mécanismes tels que l'utilisation de filiales faiblement imposées d'une entreprise étrangère ou de sociétés-relais, ou encore le transfert artificiel de bénéfices par le biais d'accords de prix de transfert. (...) L'utilisation abusive des conventions fiscales est l'un des principaux vecteurs des pratiques d'érosion de la base d'imposition et de transfert de bénéfices (...). »⁸³⁷

Du point de vue des entreprises, l'établissement de régimes fiscaux transparents et accessibles à tous est nécessairement un élément positif, car il permet de mettre en

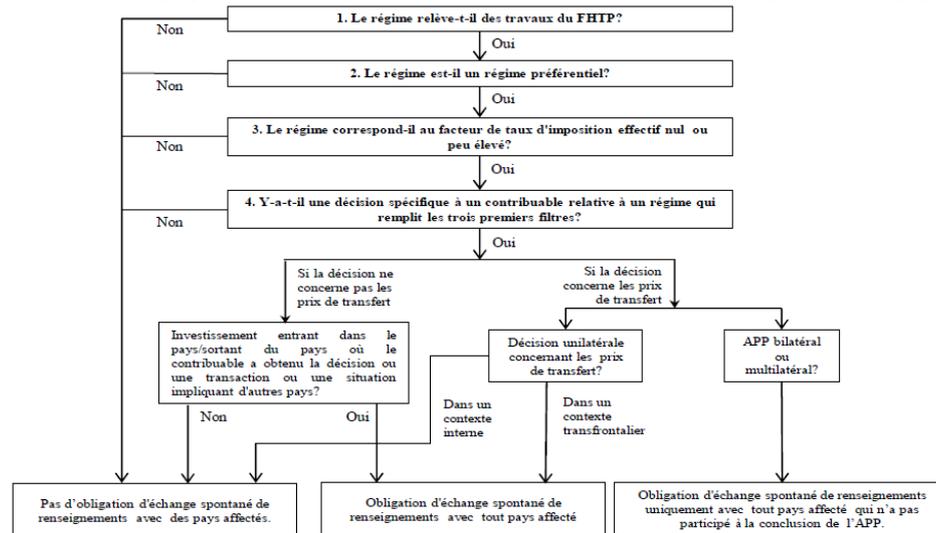
⁸³⁵Finley (R), « European Commission State Aid 'Mess' No Closer to Resolution », *TNI*, 10 June 2016.

⁸³⁶ *Lutter plus efficacement contre les pratiques dommageables*, Ed. OCDE 2014

⁸³⁷ *Plan d'action concernant l'érosion de la base d'imposition et le transfert de bénéfices*. Ed. OCDE 2013.

situation de concurrence équilibrée les acteurs, et non uniquement sur la capacité de négocier des régimes dérogatoires. L'autre message est en direction des Etats et, sur ce point, l'OCDE propose une méthodologie d'évaluation des régimes fiscaux. On peut penser que celle-ci est aussi en direction des entreprises. Le message est extrêmement objectif et peut être jugé de manière positive.

Annexe A. Échange spontané de renseignements sur les décisions relatives à des régimes préférentiels - graphique



LUTTER PLUS EFFICACEMENT CONTRE LES PRATIQUES FISCALES DOMMAGEABLES © OCDE 2014

Conclusion du chapitre 2

Le principal risque d'optimisation fiscale, identifié comme conséquence de l'interposition d'un établissement stable faiblement imposé, est de voir la base fiscale de l'Etat R se délocaliser dans l'Etat d'interposition P, où elle serait moins imposée. Ce risque est accentué par le fait que de très nombreux traités prévoient un régime fiscal d'exemption dans l'Etat R. C'est donc logiquement, selon nous, l'Etat R qu'il faut protéger en priorité, à supposer que l'évasion fiscale soit démontrée quantitativement, ce que le Modèle de convention fiscale n'exige pas et que l'analyse quantitative ne démontre pas dans tous les cas.

Les autres Etats en cause sont moins exposés, que ce soit l'Etat P qui choisit, par hypothèse, d'accorder lui-même un régime fiscal favorable à l'établissement stable localisé sur son territoire et qui ne joue ainsi qu'un rôle d'attractivité accepté par l'OCDE dans la limite de pratique fiscales dommageables, ou que ce soit l'Etat S qui,

selon l'OCDE, applique la même convention en présence ou en l'absence d'interposition.

L'instrument à privilégier pour organiser la lutte contre les situations optimisées par interposition d'établissement stable est donc le régime des *CFC*, qui cible exactement ce cas, le rendant inopérant, en permettant d'imposer dans l'Etat R le montant du profit délocalisé dans l'Etat P, comme en l'absence d'interposition.

L'OCDE, dans ses travaux les plus récents, privilégie aussi l'utilisation de cet instrument comme outil de lutte contre les situations triangulaires interposées, mais se contente de proposer un catalogue des dispositifs en place, sans imposer une vision harmonisée plus stricte. Le risque est de voir des dispositifs de droit interne se développer, avec une mise en évidence d'incompatibilité avec les traités. Cette conclusion est démontrée lorsque l'on analyse l'imprévisibilité de certaines solutions jugées dans les principaux Etats, certaines concluent à la compatibilité des dispositifs, alors que d'autres la refusent.

L'harmonisation des *CFC* nous semble donc une approche parfaitement adaptée aux situations triangulaires, à supposer que l'imposition globale de la situation triangulaire soit prise en compte pour déterminer un seuil d'imposition minimum et non uniquement, comme l'OCDE le propose, l'imposition de l'établissement stable dans son Etat d'implantation. Ce n'est pas la stratégie actuelle de l'OCDE, au contraire de l'Union européenne, qui propose une harmonisation de ce système au sein du projet de Directive ATAP. L'initiative relèverait, selon nous, plus de l'OCDE que de l'Europe territoire trop restreint. Cette harmonisation est soumise aux agendas politiques qui évoluent, de manière souvent imprévisible, guidés par des contraintes budgétaires, mais aussi de politique interne.

En matière d'optimisation fiscale, l'autre évolution qui affecte les situations triangulaires, est que la généralisation de l'échange d'informations rendrait l'argument de l'existence d'évasion fiscale massive non identifiée moins adapté. Les Etats ont l'information, ils se doivent désormais de l'utiliser pour différencier optimisation acceptable et optimisation fiscale agressive.

La principale difficulté dans ce domaine est qu'un traitement objectif des situations triangulaires n'est pas, dans le contexte politique actuel, possible. Les Etats sont, en effet, soumis à une pression de leur électorat, qui rend impossible une analyse objective pour séparer les situations optimisées de manière agressive, des autres.

L'autre écueil que doit éviter une politique de répression de l'abus en matière de situations triangulaires, est sa capacité à accepter que le lieu de paiement de l'impôt soit indifférent aux groupes ; seul l'impôt effectivement versé reste le facteur pris en compte. Déterminer si une situation est optimisée, est accepter de prendre en compte l'imposition consolidée en présence ou non des situations triangulaires incriminées est de comparer l'imposition effective globale entre ces deux situations afin de déterminer un critère quantitatif manifestant la volonté indiscutable d'optimisation.

Conclusion titre 1

La principale situation triangulaire présumée abusive par l'OCDE est celle dans laquelle un groupe interpose un établissement stable faiblement imposé. Cette présomption quasi systématique n'est pas justifiée, ni en théorie au regard de l'insistance d'une telle présomption en matière de sociétés interposées, ni quantitativement.

L'OCDE ne tire pas toutes les conséquences des travaux effectués en matière d'interposition de filiales pour tenter d'appliquer les solutions existantes éprouvées aux situations triangulaires, alors qu'il apparaît que l'interposition d'un établissement stable dans une situation triangulaire est comparable à celle d'une société dans un cadre bilatéral. Au contraire, elle n'admet pas la preuve contraire et la possibilité de démontrer que ces structures triangulaires peuvent être dans certains cas, parfaitement justifiées, car la relation entre imposition réduite dans l'Etat P et optimisation fiscale agressive n'est pas automatique. Elle refuse de considérer la possible existence de situations triangulaires subies lorsque l'imposition dans l'Etat P et seulement celle-ci est faible. C'est une vision réductrice et inadaptée.

L'OCDE aurait pu utiliser d'avantage ses réflexions récentes en matière de *CFC* afin de privilégier le traitement des situations triangulaires abusives par ce moyen. Les

CFC constituent en effet, selon nous, la méthode naturelle pour limiter l'évasion fiscale au moyen de la mise en place de situations triangulaires. D'une manière générale elle aurait pu adapter ses réflexions en matière de filiale interposée qui propose une réponse plus équilibrée entre présomption d'optimisation fiscale et justification à la mise en place de structures.

Cette approche pourrait être développée en contrepartie de l'accès élargi à l'information des autorités fiscales nationales et du public, phénomène généralisé, permettant de juger en détails de la motivation fiscale ou non de la mise en place d'une situation triangulaire. Ce mouvement mondial vers une lutte plus grande contre l'optimisation fiscale n'a pas permis à l'OCDE de proposer un équilibre applicable en matière de situations triangulaires. L'Union européenne de son côté se heurte à la même difficulté politique et à une influence de ses opinions publiques encore plus incontrôlable. Il est vrai que dans un contexte où les acteurs du digitale rendent le débat quasi-impossible, les autorités fiscales mondiales sont entraînées dans un mouvement mondial incontrôlé dont on ne voit pas vraiment le point d'équilibre, à ce stade, entre transparence et sécurité fiscale.

Cette analyse objective est d'autant plus complexe que paradoxalement les Etats qui combattent les situations triangulaires peuvent être amenés à en favoriser l'identification lorsque celles-ci permettent, potentiellement, d'augmenter le prélèvement fiscal en particulier dans l'Etat de localisation de l'établissement stable.

Titre 2. LES SITUATIONS TRIANGULAIRES REVELEES PAR LES AUTORITES

Jusqu'à ce stade de l'exposé, nous nous sommes interrogés sur la mise en place de situations triangulaires destinées à optimiser la position fiscale des groupes et dont l'effet fiscal est combattu par les autorités fiscales⁸³⁸. Il existe, cependant, des situations triangulaires qui sont « révélées » par les autorités, afin de combattre l'effet optimisant de situations bilatérales. Nous utilisons le vocable de « révélé », car, au départ, il ne s'agit pas de situations triangulaires, mais de situations formellement bilatérales, ou de situations triangulaires non problématiques qui cachent en réalité une optimisation considérée par les autorités comme inacceptable.

Ces situations sont mises en place, en toute conscience, par les groupes qui obtiennent des avantages en comparaison avec le régime fiscal qui aurait dû être applicable, si l'économie réelle de la transaction avait été respectée et non masquée par une structure « faussement » bilatérale.

L'idée qu'une situation triangulaire puisse être révélée par les autorités, alors même que ces dernières considèrent que les situations triangulaires sont souvent optimisées, peut surprendre. C'est en réalité le caractère optimisant de la situation révélée qui est lui-même mis en évidence. Le but n'est pas simplement de révéler une situation triangulaire, mais de la mettre en lumière pour démontrer que celle-ci apporte un avantage fiscal inacceptable.

Il ne s'agit plus uniquement de lutter contre des doubles exonérations éventuelles, mais de permettre une répartition de l'imposition de manière plus équilibrée, alors que celle-ci n'était pas, selon l'Etat qui se plaint.

⁸³⁸ Cf. Titre 1 de la présente partie.

Dans ces situations, les autorités vont tenter de mettre en évidence un établissement stable non-déclaré (Chap. 1). La conséquence est la révélation d'une présence taxable et donc d'une situation triangulaire bilatérale⁸³⁹ ou multilatérale⁸⁴⁰. Le cas bilatéral est parfaitement identifié par le Modèle de convention fiscale⁸⁴¹.

Mais la lutte est aussi organisée contre les situations dans lesquelles les groupes tentent de profiter d'une fiscalité favorable au travers d'une allocation fictive des profits ou des actifs au sein d'une situation triangulaire elle-même déclarée (Chap. 2). Dans ce cas, il y a révélation de la fictivité de l'allocation et non de la situation elle-même, afin d'attribuer, au sein d'une situation triangulaire existante, une partie du profit différente de celle déclarée par le groupe auteur de la mise en scène. La situation triangulaire est connue, sa composante optimisée est révélée.

⁸³⁹ Si les revenus sont de source du même Etat que celui de l'établissement stable révélé.

⁸⁴⁰ Si les revenus de l'établissement stable sont de source d'un Etat tiers.

⁸⁴¹ Par exemple, Com. 71 sous l'article 24 du Modèle de convention fiscale.

Chapitre 1. Les situations triangulaires non-déclarées

Le premier cas analysé ici est celui dans lequel une administration fiscale va tenter de révéler l'existence d'un établissement stable dans l'Etat de l'exercice de l'activité. Les autorités vont révéler une situation triangulaire pour mettre en évidence, dans cet Etat, une base fiscale inconnue qui pourrait être imposée, avec ou sans élimination de la double imposition potentielle issue de cette remise en cause.

L'arbitrage opéré par le contribuable incriminé est de tenter de bénéficier d'un taux effectif d'imposition plus faible dans l'Etat où est situé son siège au détriment de l'Etat dans lequel l'activité se déroule de manière substantielle (Section 1). Cette optimisation est particulièrement répandue dans certains secteurs, en ce qui concerne les structures optimisées de distribution⁸⁴² ou pour les activités liées à l'économie digitale qui sont à l'origine de l'initiative *BEPS* (Section 2). C'est cette évolution des pratiques qui rend le consensus politique et la solution équilibrée incertains.

Section 1. La mise en évidence d'un établissement stable non-déclaré

L'OCDE considère que la non-déclaration d'un établissement stable est généralement effectuée pour localiser des profits dans l'Etat du siège ou dans un Etat tiers et qu'il devrait être possible de reconnaître la situation réelle, afin d'imposer, localement, de manière plus importante les profits attribués à cet établissement. L'idée sous-jacente est que l'impôt doit être payé à l'endroit où s'exerce l'activité insinuant que l'optimisation fiscale est fondée sur une dichotomie entre lieu d'activité et lieux d'imposition oubliant la composante création de valeur⁸⁴³.

⁸⁴² En anglais « *Supply chain* ».

⁸⁴³ *Projet OCDE/G20 sur l'érosion de la base d'imposition et le transfert de bénéfices Exposé des actions 2015*. Ed ; OCDE 2015.

On remarquera le paradoxe dans lequel se trouve l'Organisation, qui considère, d'un côté, que les situations triangulaires sont une source quasi systématique d'optimisations fiscales inacceptables, alors que, dans le cas visé ici, c'est elle-même qui propose de créer une situation potentiellement triangulaire non-révoquée, afin d'augmenter l'imposition globale. Il est vrai qu'en matière de pression fiscale, les contradictions ne sont pas rares, d'un côté comme de l'autre.

En réalité, l'approche développée va au-delà de la recherche d'une allocation équilibrée des ressources fiscales en fonction du lieu d'activité, mais elle est la manifestation d'une lutte accrue entre les Etats importateurs de capitaux et les Etats exportateurs de capitaux pour attirer la charge fiscale (I). Nous considérons que l'OCDE n'envisage pas la question de manière adaptée pour remédier au risque systématique de double imposition qui en découlerait (II).

I. La non-déclaration d'une présence taxable

Il s'agit d'analyser l'effet, en matière de situations triangulaires, d'une question essentielle de fiscalité internationale : la non-déclaration frauduleuse d'un établissement stable. En Juillet 2013, près de 10 % des décisions mentionnées sur la base de l'*IBFD* à Amsterdam⁸⁴⁴ traitaient d'une question liée au concept d'établissement stable. Le concept donne lieu à des débats, des incertitudes et des litiges mais aussi à des optimisations.

Comme nous l'avons indiqué dans nos développements précédents, à l'origine, l'OCDE ne vise que des situations triangulaires dans lesquelles les groupes délocalisent des actifs dans l'Etat P, afin d'y bénéficier d'un régime fiscal favorable couplé avec une non-imposition dans l'Etat R, en raison de l'exclusion dans ce dernier de l'imposition des profits de l'établissement⁸⁴⁵. C'est une vision d'Etat exportateur de capitaux, partiellement résolue selon nous par l'application de règles de *CFC* modernisées.

⁸⁴⁴ Soit environ 430 décisions.

Il existe toutefois, selon l'Organisation, des cas d'optimisations dans lesquels les actifs et profits sont, au contraire, conservés au niveau du siège pour y bénéficier d'un régime fiscal favorable. En pratique, le cas qui pose problème est celui dans lequel un établissement stable auquel ces actifs devraient être alloués, n'est pas révélé dans l'Etat d'exercice d'une activité substantielle. C'est traditionnellement une vision d'Etats importateurs de capitaux soucieux de préserver son droit d'imposition dans l'Etat de source⁸⁴⁶. De ce point de vue l'OCDE se rapproche de l'ONU, stratégie assumée qui comprend que l'efficacité politique de l'initiative *BEPS* passe par cette évolution⁸⁴⁷. Compte tenu de la prédominance économique des Etats-Unis au niveau mondial, chaque Etat membre de l'OCDE est potentiellement un Etat importateur de capitaux vis-à-vis des Etats-Unis.

La remise en cause est en deux étapes. Tout d'abord, il y a révélation de l'établissement stable non-déclaré, la structure recouvre alors son véritable visage et devient une situation triangulaire, dans laquelle l'établissement stable devient une présence imposable à laquelle des actifs ou revenus doivent être alloués afin de définir une nouvelle base d'imposition (A). Le groupe a ensuite la charge de diminuer corrélativement sa base d'imposition dans l'Etat de son siège. Le risque de double imposition est parfois considéré implicitement comme la pénalité attachée au caractère frauduleux de l'optimisation remise en cause (B). L'objet de notre étude n'est pas de déterminer si un régime de source doit être préféré à un régime de résidence mais uniquement d'analyser en quoi ce conflit renouvelé influence le traitement des situations triangulaires⁸⁴⁸ dans un monde multipolaire où justement chaque Etat peut, à la fois, être Etat de source et Etat de résidence⁸⁴⁹.

⁸⁴⁵ *Modèle de convention fiscale : quatre études, « Cas triangulaires »*, adopté par le Conseil de l'OCDE le 23 juillet 1992.

⁸⁴⁶ Pour une étude de l'impact économique d'une vision ou d'une autre : Andersson (K.), « An economist's view on source versus residence taxation – The Lisbon objectives and taxation in the European Union », *Bulletin*, IBFD, October 2006, p. 395-401.

⁸⁴⁷ « Partage des profits: l'OCDE va-t-elle finir par provoquer une guerre mondiale fiscale? », *L'Opinion*, Raphaël Legendre, 25 Mars 2015.

⁸⁴⁸ Pour une analyse des avantages et inconvénients de chaque système, Pinto (D.), « Exclusive source or residence based taxation – Is a new and simpler world tax order possible? », *Bulletin*, IBFD, July 2007, p. 277-291.

A. L'évaporation de la base taxable

La question macroéconomique qui est posée par les autorités est simple : comment des groupes, en particulier du digital⁸⁵⁰, dont la valorisation boursière évolue de manière positive, peuvent voir leur taux effectif d'imposition stable ou en baisse alors qu'ils se développent auprès de clients solvables dont une grande partie est localisée dans des Etats à fiscalité élevée⁸⁵¹ ? Cette disparition supposée de la base taxable est utilisée comme le fondement même de la démarche⁸⁵². Cette autojustification de l'action coordonnée est identique pour l'OCDE et pour la Commission européenne⁸⁵³. Le responsable est nécessairement le développement d'une optimisation fiscale mondiale agressive, en particulier en matière d'établissement stable⁸⁵⁴.

Il s'agit, en réalité d'un combat contre les entreprises numériques et en faveur des Etats de source (1), qui continuent de tenter d'attirer la base fiscale chez eux, par tous moyens. Les situations qui sont ciblées par la révélation de situations triangulaires sont les situations qui utilisent de manière systématique des arbitrages fiscaux favorables (2).

1. L'optimisation ciblée

a L'évolution opportuniste de l'action de l'OCDE en faveur des Etats de source⁸⁵⁵

Nous sommes les spectateurs d'une lutte d'influence politique. Les Etats d'exportation de capitaux avec les Etats d'importation de capitaux et les groupes multinationaux et les organisations internationales. Cette lutte est exacerbée dans le domaine des situations triangulaires.

⁸⁴⁹ Comme nous l'avons noté dans notre étude, les situations triangulaires présentent ce caractère hybride : Vogel (K), « State of residence may as well be state of source – there is no contradiction », Bulletin, IBFD, October 2005, p. 420-423.

⁸⁵⁰ « Alphabet (Google) devient la première capitalisation mondiale », Stéphane Lauer, *Le Monde.fr*, 2 février 2016, <http://www.lemonde.fr/entreprises/article/2016/02/02> et « Apple, première capitalisation boursière de toute l'Histoire » Solveig Godeluck - *Les Echos*, 21 août 2012.

⁸⁵¹ On notera sur ce sujet que la baisse généralisée des taux d'imposition n'est que rarement utilisée comme justification.

⁸⁵² Même si les chiffrages du phénomène sont souvent non fondés scientifiquement. Cf. Par exemple *Le Figaro*, « Evasion fiscale : comment Google et les transnationales jouent avec les frontières », 17 août 2015.

⁸⁵³ Communication from the Commission to the European Parliament and the Council (draft version circularisée le 15 juin 2015) *A Fairer Corporate Tax System in the European Union: 5 Key Areas for Action*.

⁸⁵⁴ Une analyse plus nuancée de la part de l'impôt sur les sociétés rapportée au PIB des principaux Etats sur le long terme, démontre, hors effets de la crise, que cette proportion ne varie pas nécessairement de manière significative.

Il ne s'agit ici que du renouveau d'un débat plus large que celui des situations triangulaires. Depuis de nombreuses années, les pays de source considèrent, sous l'impulsion de l'ONU, que les pays exportateurs de capitaux évitent systématiquement la reconnaissance d'établissements stables sur leur territoire de manière plus ou moins acceptable.

L'OCDE, de manière assez opportune, dans ses travaux *BEPS*, ne fait que reprendre à son compte cette vision, pour s'attirer le soutien de certains Etats tels que les *BRICS* ; la Chine, hésitant encore pour savoir si son évolution économique rapide ne la classe pas, désormais, plutôt du côté des pays exportateurs. Elle reprend aussi cette analyse pour renforcer, dans les Etats occidentaux, le sentiment que les investisseurs étrangers profiteraient du marché local sans reconnaître d'établissement stable local mettant face à face les gouvernants et leurs opinions publiques. Cette approche consciente a été utilisée par l'OCDE pour obtenir le soutien du G20 à l'initiative *BEPS*, offrant aux gouvernements en cause un discours tout prêt en matière d'évitement de présence taxable. Ce *momentum* a cependant évolué et certains commencent à comprendre que la compétitivité des acteurs est en cause. La lutte contre l'aveuglement de ce mouvement est cependant extrêmement complexe d'un point de vue de la communication, alors même que ces mêmes Etats vont voir corrélativement leurs champions affectés dans leur compétitivité dans les Etats où ils investissent.

En pratique, les Etats de source considèrent que les groupes ont mis en place des stratégies « d'évitement », soit par l'utilisation d'agents qui n'ont pas le pouvoir d'engager, soit par le maintien de la conclusion des contrats hors du pays d'activité, soit au moyen d'une fragmentation des activités. Cette stratégie serait destinée à bénéficier de manière indue des exceptions à la reconnaissance d'un établissement stable taxable contenue dans l'article 5 du Modèle de convention fiscale.

⁸⁵⁵ Brauner (Y.), « BEPS an interim evaluation », *World Tax Journal*, IBFD, February 2014, p. 11-39.

L'ONU, en liaison avec l'OCDE, a renouvelé son intérêt pour ce sujet, ce qui n'est pas surprenant.⁸⁵⁶

On notera que la lutte ci-dessus rappelée est un facteur de promotion des situations triangulaires : plus la reconnaissance d'un établissement stable local est facilitée ou incertaine, plus les situations triangulaires révélées prolifèrent.

A l'origine, le concept d'établissement stable a été reconnu pour préserver un droit résiduel d'imposition à l'Etat de la source, le droit d'imposer étant, par principe, accordé en principal au pays de résidence. La définition de l'établissement stable était fondée sur le principe de respect de la réalité juridique et non de l'économie de la situation, profitant ainsi aux Etats de résidence. C'est ce principe qui est attaqué.

L'évolution du Modèle, au travers du Modèle de 1977 et des suivants, ont entraîné une évolution de la définition au profit des Etats de source. C'est dans les années 1990 et plus encore 2000, que le mouvement s'est accéléré, amenant l'OCDE à reconsidérer les exceptions à la révélation d'un établissement stable, issues de l'article 5 du Modèle de convention fiscale, par exemple, en élargissant la notion de droit de contracter prévu à cet article en matière d'agent.⁸⁵⁷ La question est de savoir si cette évolution doit continuer comme le propose l'OCDE, sans créer un risque supplémentaire de double imposition injustifié, ou si cette évolution ne permettra pas, en tout état de cause, de proposer une réponse adaptée, favorisant l'évolution vers une lecture plus stricte des dispositifs existants. Notre avis est que, l'évolution, en dehors de situations d'abus caractérisés, doit être stoppée et ne pas suivre les propositions de l'ONU, sous l'article 5 de son modèle qui souhaite un élargissement de la notion⁸⁵⁸. En outre, nous sommes de l'avis que la possibilité de reconnaissance d'un établissement stable dont l'évitement est fictif, est déjà reconnue de manière suffisante par le Modèle de convention fiscale, tel qu'il est rédigé actuellement. Il

⁸⁵⁶ Jimenez (A), *Preventing artificial avoidance of PE status*, September 2014

⁸⁵⁷ Com. 32.1. Sous l'article 5 du Modèle de convention fiscale.

⁸⁵⁸ « The term "permanent establishment" also encompasses: (a) A building site, a construction, assembly or installation project or supervisory activities in connection therewith, but only if such site, project or activities last more than six months; (b) The furnishing of services, including consultancy services, by an enterprise through employees or other personnel engaged by the enterprise for such purpose, but only if activities of that nature continue (for the same or a connected project) within a Contracting State for a period or periods aggregating more than 183 days in any 12-month period commencing or ending in the fiscal year concerned. »

semble que notre position est en conflit avec la vision des organisations internationales.

La question a, récemment, changé de nature. Elle n'est plus uniquement celle de l'inexistence d'un établissement stable, mais celle de la non-révélation abusive d'un établissement stable. On est ici au-delà d'une simple interprétation stricte du texte des conventions, mais au stade d'une présomption d'utilisation abusive généralisée de ces textes. L'idée sous-jacente est que l'application stricte des règles en vigueur, crée un déséquilibre trop important au profit des groupes qui s'abritent derrière une combinaison d'interprétations strictes des textes. Un renoncement à la sécurité offerte par des textes clairs serait possible pour limiter le développement d'optimisations fiscales qualifiées d'industrielles.

Nous sommes passés d'un monde dans lequel la question était l'incertitude des groupes quant à l'existence ou non d'établissements stables, à un monde dans lequel il est essentiel d'autoriser une reconnaissance d'établissements stables dans un plus grand nombre de situations. Cette évolution est, à l'évidence, propice au développement de situations triangulaires révélées.

b Le renouveau ciblé de l'action au sein de l'initiative BEPS

L'évolution de la doctrine de l'OCDE s'est matérialisée dans le cadre de l'initiative *BEPS*.

L'objectif de cette initiative s'est concentré sur deux cibles principales. D'une part, la lutte contre l'utilisation abusive des conventions⁸⁵⁹. D'autre part, la mise en place d'établissements stables faiblement imposés, ou de structures qui ne reconnaissent pas la présence taxable d'une entreprise par abus de l'esprit des conventions⁸⁶⁰.

Ainsi, au sein de l'Action 6, il est prévu de proposer que la définition d'un établissement stable soit mise à jour afin d'empêcher les abus.

⁸⁵⁹Action 6.

« Dans de nombreux pays, l'interprétation des règles conventionnelles relatives à un agent constituant un établissement stable implique que des contrats régissant la vente de biens appartenant à une entreprise étrangère peuvent être négociés et conclus dans un pays par les vendeurs d'une filiale locale de cette entreprise étrangère, sans que les bénéfices générés par ces ventes ne soient imposables au même taux que si ces ventes étaient réalisées par un distributeur. Très souvent, cette faculté conduit les entreprises à remplacer des accords en vertu desquels la filiale locale intervenait traditionnellement comme distributeur par des « accords de commissionnaire » entraînant un transfert de bénéfices hors du pays où les ventes ont lieu, sans qu'il y ait modification substantielle des fonctions accomplies dans ce pays. De la même manière, les entreprises multinationales peuvent fragmenter artificiellement leurs activités entre des entités multiples afin de pouvoir prétendre à l'exception au statut d'établissement stable prévue en cas d'activités de caractère préparatoire ou auxiliaire. »⁸⁶¹

L'Action 7 prévoit, par ailleurs, d'empêcher les mesures visant à éviter artificiellement le statut d'établissement stable, en proposant de :

« Modifier la définition de l'ES de manière à empêcher qu'une installation puisse échapper artificiellement à ce statut, dans l'optique de l'érosion de la base d'imposition et du transfert de bénéfices, notamment par l'utilisation d'accords de commissionnaire et le recours aux exemptions dont bénéficient des activités spécifiques. Les travaux sur ces questions devront également traiter les aspects connexes liés à l'attribution des bénéfices. »⁸⁶²

Selon l'OCDE, l'Action 7 doit être comprise comme engagée dans le cadre général défini par l'Action 6 même si elle est, à notre avis, le prolongement de celle-ci.

⁸⁶⁰ Action 7.

⁸⁶¹ Plan d'action concernant l'érosion de la base d'imposition et le transfert des bénéfices, Ed. OCDE, 2013.

⁸⁶² Plan d'action concernant l'érosion de la base d'imposition et le transfert de Bénéfices, Ed. OCDE, 2013, p. 21.

On remarquera que le rapport publié par l'OCDE relatif à l'Action 6 quelques semaines avant celui qui concerne l'Action 7, ne mentionnait pas cette question comme essentielle⁸⁶³. Elle est probablement apparue comme une évidence en quelques semaines ...

Les travaux issus de l'initiative *BEPS*⁸⁶⁴ sont, en réalité, ciblés sur quelques situations identifiées, particulièrement symboliques. Sont ainsi combattues, les structures de commissionnaires, les situations de « fragmentation des profits » et les situations plus générales dans lesquelles les groupes utilisent de manière extensive des exceptions contenues dans le texte du Modèle de convention fiscale sont visées pour ne pas reconnaître une présence taxable dans l'Etat d'exercice de l'activité effective. En particulier, l'idée est de combattre l'optimisation fondée sur les exceptions énumérées à l'article 5.3 et 5.4 du Modèle de convention, situations qui seraient constitutives d'un établissement stable en l'absence de ce texte⁸⁶⁵.⁸⁶⁶⁸⁶⁷ Les situations visées par l'OCDE sont, en pratique, assez proches puisque la fragmentation⁸⁶⁸ est parfois couplée avec des structures de type commissionnaire, afin de localiser l'activité principale dans une structure spécifique exclue de la définition d'établissement stable⁸⁶⁹.

La principale difficulté identifiée par l'OCDE pour lutter contre ces stratégies agressives, est que le dispositif actuel envisage la situation entité par entité, alors

⁸⁶³ *Lutter contre l'érosion de la base d'imposition et le transfert de bénéfices*, Ed. OCDE, 2013

⁸⁶⁴ Fuest (C.), Spengel (C.), Finke (K.), Heickmeyer (J.), Nusser (H.), « Profit shifting and “aggressive” tax planning by multinationals firms: issues and options for reform», *World tax journal*, IBFD, October 2013, p. 307-324.

⁸⁶⁵ L'article 5.3 et 5.4 précisent ainsi :

« 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 de caractère préparatoire ou auxiliaire ;*

f) *une installation fixe d'affaires est utilisée aux seules fins de l'exercice cumulé d'activités mentionnées aux alinéas a) à e), à condition que l'activité d'ensemble de l'installation fixe d'affaires résultant de ce cumul garde un caractère préparatoire ou auxiliaire. »*

⁸⁶⁶ L'activité d'assurance aussi visée est hors de notre sujet.

⁸⁶⁷ La question de l'activité digitale qui concerne aussi le sujet est visée à l'action 1 dédiée spécifiquement à ce sujet.

⁸⁶⁸ Parillo (K), « Practitioners Highlight Trends in Expanded PE Concept », *TNI*, July 30, 2015. Fuller (J), « U.S. Tax Review », *TNI*, July 7, 2015.

⁸⁶⁹ Cf. Notre analyse détaillée de l'optimisation au Chapitre 2 du présent Titre.

qu'il est possible de séparer dans des entités distinctes chacune des activités qui prises globalement constituent une activité significative imposable.

Les optimisations combattues sont donc fondées soit sur une limitation de l'activité pour lui conserver un caractère « auxiliaire et préparatoire », soit sur une limitation des fonctions exercées à celles qui ne constituent pas un établissement stable⁸⁷⁰. On mentionnera, par exemple, un agent dépendant qui n'aurait pas le pouvoir de contracter, une société destinée uniquement à stocker les marchandises, une installation utilisée uniquement pour des opérations de publicité ou marketing, le droit de signer les contrats conservé hors du pays d'exercice de l'activité à l'aide de moyens digitaux...

La discussion a aussi pour conséquence de reposer, mais de manière secondaire, la question de l'allocation des profits aux établissements stables, alors même que l'OCDE a déjà publié de nombreux travaux et de conclusions sur ce thème dans les années passées. On remarquera l'inconfort de l'Organisation sur ce sujet, celui-ci étant repoussé⁸⁷¹.

2. *Typologie des situations triangulaires révélées*

Plusieurs motivations peuvent conduire les autorités fiscales à tenter de remettre en cause une situation a priori bilatérale, pour lui substituer une situation triangulaire.

a *La lutte contre la recherche d'arbitrages fiscaux*

La première optimisation combattue est celle fondée sur le fait que les profits peuvent être taxés à un taux ou une assiette plus favorable dans l'Etat de résidence. Cette stratégie est particulièrement développée dans les activités pétrolières et parapétrolières pour lesquelles des impositions locales sur les profits, ou d'autres

⁸⁷⁰ Cette stratégie est relativement connue pour les chantiers, afin de ne pas dépasser la limite temporaire exonérant d'une présence taxable, mais n'est pas limitée à ces activités. Pijl (H), « Interruptions in building site permanent establishments to be interpreted under the limited inclusion theory », *Tax treaty monitor*, IBFD, July 2013, p. 331-343. Seitz (G), « The construction clause in article 5(3) of the OECD Model », *Treaty monitor*, IBFD, September 2013, p. 450-458.

⁸⁷¹ *Projet OCDE/G20 sur l'érosion de la base d'imposition et le transfert de bénéfices Exposé des actions 2015*, p. 10, Ed. OCDE 2015.

bases, existent et grèvent de manière importante les profits⁸⁷² et aussi en raison du caractère essentiel de ces recettes pour les Etats producteurs de matières premières. Elle est exactement l'opposé de celle identifiée traditionnellement en matière de situations triangulaires⁸⁷³.

Une seconde optimisation possible, est celle de localiser des pertes dans l'Etat de résidence et non dans l'Etat P où aucune base taxable n'est peut-être réalisée par exemple en raison d'un démarrage d'activité ou dans l'Etat du siège qui peut disposer d'une intégration fiscale permettant d'utiliser ces pertes contre des profits d'autres activités.

L'application maximisée d'un régime favorable d'imposition dans l'Etat R peut aussi être recherchée. On peut, par exemple, rencontrer ce type d'optimisation pour des actifs incorporels utilisés pour le développement de l'activité dans plusieurs états et soumis à un régime favorable type « *Patent box* » ou équivalent dans l'Etat de localisation du siège de l'établissement stable primaire, en présence d'une optimisation fondée sur la non reconnaissance d'un sous-établissement stable. Pour l'exemple, on mentionnera pour mémoire certains *ruling* accordés aux Pays-Bas, dans les années 90, qui permettaient la reconnaissance unilatérale et automatique d'un établissement stable par cet Etat à l'étranger alors que cet établissement n'y était pas déclaré, les profits correspondant étant corrélativement totalement exonérés.

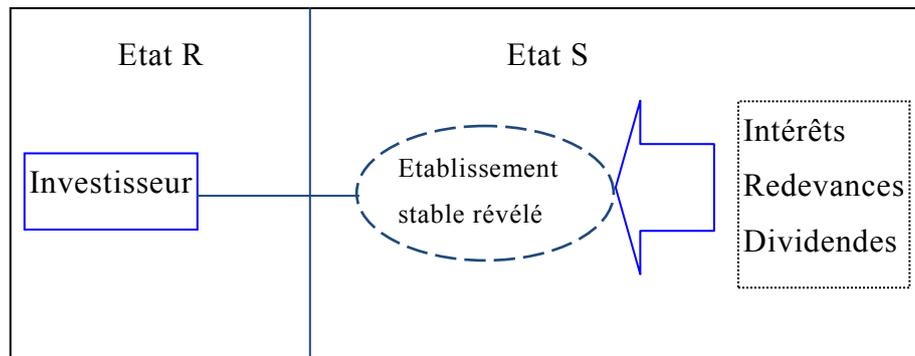
Le premier cas typique de situation triangulaire est donc celui dans lequel, un groupe localisé dans l'Etat R évite la mise en évidence d'un établissement stable dans un Etat tiers P, de manière frauduleuse, pour percevoir des revenus de source d'un autre Etat S et procéder à l'arbitrage de taux décrit ci-dessus. Dans cette situation, le groupe considère qu'il reçoit des revenus passifs de source S, imposables dans l'Etat R en application du traité S/R et du régime d'imposition interne de l'Etat R, à charge pour celui-ci d'éliminer l'éventuelle double imposition dans l'Etat R. Rien de triangulaire pour le moment, ni en termes de structure, ni en termes de double

⁸⁷² Rapport rendu au Fonds Monétaire International, *les régimes fiscaux des industries extractives : conception et application*, 15 août 2012 p. 38-40.

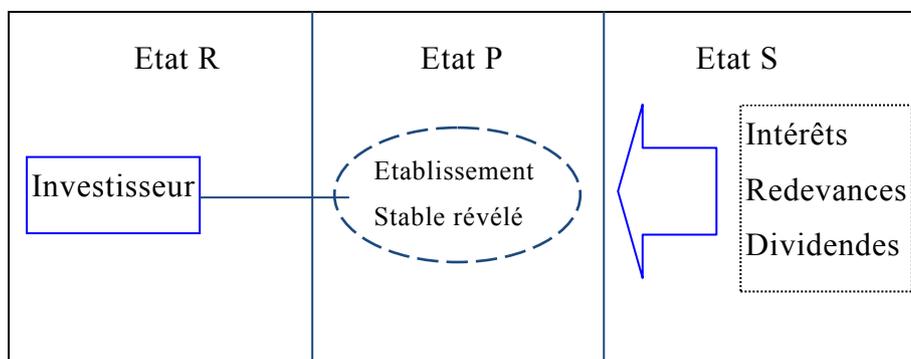
⁸⁷³ Com. 54 et s. *Modèle de convention fiscale : « Cas triangulaires »*, adopté par le Conseil de l'OCDE le 23 juillet 1992.

imposition. Cette situation peut donner lieu à application dans l'Etat S d'une retenue à la source.

Afin de remettre en cause cette situation, dont l'Etat de source peut considérer qu'elle ne laisse qu'un droit résiduel d'imposition insuffisant à son territoire, l'administration, soit de l'Etat S⁸⁷⁴, ou d'un Etat tiers P, peut considérer que les revenus sont rattachables à une activité localisée et imposable dans l'Etat P. La situation révélée par l'administration fiscale est bilatérale ou trilatérale :



Etablissement stable révélé dans une situation bilatérale



Etablissement stable révélé dans une situation multilatérale

La question est de déterminer les motivations des Etats S et P pour procéder à une telle mise en évidence. Si c'est l'application directe de la convention qui le permet, et que tous les mécanismes d'élimination fonctionnent correctement, nous n'avons aucune réticence. Si les traités, en raison de l'évolution des commentaires OCDE,

⁸⁷⁴ Par exemple si des pertes liées à l'activité ont été utilisées dans l'Etat R.

sont interprétés de manière divergente, alors l'Organisation a créé une double imposition renforçant probablement un risque déjà existant⁸⁷⁵.

Il ne faut pas non plus négliger le fait que cette révélation peut entraîner des conséquences et des frottements liés au droit interne de chaque Etat, par exemple parce que les règles applicables à un établissement non-déclaré sont plus strictes que celles applicables à un établissement déclaré, rendant la révélation coûteuse⁸⁷⁶.

Le système actuel, tel qu'il résulte du Modèle de convention fiscale ne prend pas systématiquement en compte la motivation des groupes. Le fait qu'un agent utilise un dispositif dérogatoire de manière stricte n'est pas répréhensible en soit, le fait que cet évitement a permis d'éviter la quasi-totalité du prélèvement fiscal peut être problématique du point de vue politique et budgétaire. Pour permettre une application objective d'un dispositif amélioré, il nous semblerait judicieux de mesurer l'avantage net fiscal, après déduction de tous les coûts supplémentaires liés à la non-déclaration, afin d'être certain que la remise en cause révèle une situation optimisée.

L'Etat P, à supposer que son taux d'imposition ordinaire est plus élevé que la retenue à la source sur les intérêts ou revenus passifs éventuellement payés en l'absence de révélation dans le cas d'une situation triangulaire bilatérale ou, dans tous les cas pour des situations triangulaires multilatérales, aura intérêt à révéler un établissement stable sur son territoire, afin de tenter de capter cette imposition supplémentaire.

Les taux normatifs ne sont pas les seuls éléments à retenir dans le cas d'une situation triangulaire bilatérale, puisqu'une retenue à la source est prélevée sur un montant brut, alors que l'imposition des profits combinés éventuellement avec une *branch tax* est établie sur une base nette. De même, dans le cas d'un Etat qui ne dispose pas de *branch tax*, mais prélève une retenue à la source sur les dividendes, l'interposition d'un établissement stable pour détenir une participation est plus avantageux que la non-déclaration de cet établissement.

⁸⁷⁵ Certains pays appliquent désormais le principe *BEPS* en l'absence même de leur transcription dans le droit objectif comme l'Espagne par exemple.

⁸⁷⁶ Application de pénalités de mauvaise foi, d'abus de droit, etc.

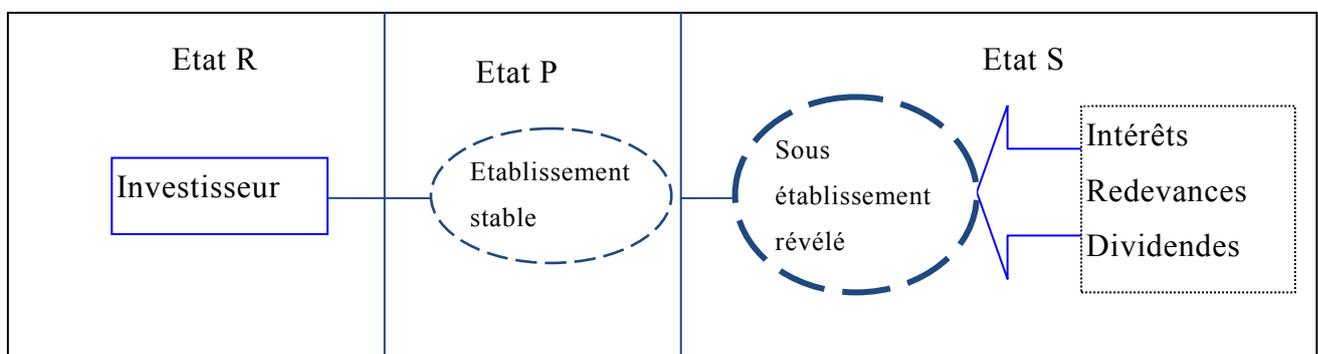
On peut anticiper que l'administration de l'Etat P procédera à une analyse quantitative avant de décider de sa stratégie. Cette revue prendra cependant en compte uniquement le différentiel d'imposition dans l'Etat P, ce qui ne constitue qu'une partie de l'arbitrage opéré par les groupes.

Pour l'Etat S, en présence d'une situation triangulaire multilatérale⁸⁷⁷, si l'on suit le traitement fiscal retenu par l'OCDE qui veut que le traité S/R est applicable, la reconnaissance dans l'Etat P de l'existence d'un établissement stable devrait être sans effet.

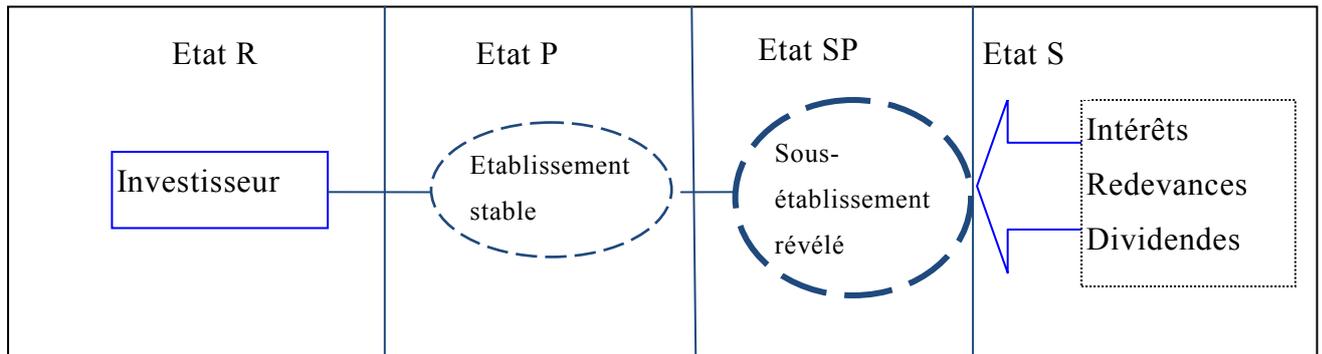
Pour l'Etat R, enfin, on ne peut imaginer comme optimisée qu'une situation dans laquelle l'activité révélée serait déficitaire et que celui-ci préférerait attribuer ces déficits à un établissement stable dans l'Etat P.

b La mise en évidence d'un sous-établissement stable

Le second cas dans lequel la révélation peut être envisagée est celui de la mise en évidence d'un sous-établissement stable non-déclaré dans un Etat tiers. En réalité, la démarche est triple : mise en évidence d'un établissement stable, démonstration de son caractère de sous-établissement et allocation des actifs révélés au sous-établissement stable. Ici, la situation est celle dans laquelle le groupe dispose d'un établissement stable reconnu, mais d'un sous-établissement stable qui ne l'est pas. L'arbitrage fiscal décrit ci-dessus est alors combiné. Dans ces situations, les autorités vont tenter de révéler l'existence d'un sous-établissement stable de la manière suivante soit dans l'Etat de source soit dans un Etat tiers:



⁸⁷⁷ Car en présence d'une situation révélée bilatérale, la situation de l'Etat S est identique à celle de l'Etat P.



Sous-établissement révélé dans un Etat tiers

En comparaison avec la première situation, il ne s'agit pas d'une révélation d'une situation triangulaire, mais de la révélation d'une situation triangulaire dérivée.

Si l'on mène une revue similaire à celle pratiquée ci-dessus, et que l'on tente d'analyser l'avantage éventuellement obtenu, on constate à l'évidence que la démarche peut intéresser l'Etat SP, et sous les réserves mentionnées ci-avant, l'Etat S. La question est celle du conflit qui peut exister entre l'Etat P et l'Etat SP et même l'Etat R et l'Etat SP, quant à la base à attribuer à l'établissement révélé, si celle-ci est déjà taxée respectivement au niveau de ces Etats.

B. La prise en compte imparfaite de la double imposition systématique

Pour déterminer si la situation remise en cause est effectivement optimisée et permettre la révélation d'une situation triangulaire non optimisée, il est nécessaire de prendre en compte le risque de non élimination de la double imposition éventuelle, résultat de la révélation. En effet, partant de notre analyse qui veut qu'une situation n'est répréhensible que si elle est optimisée, il convient de comparer l'imposition effective globale avant et après révélation, ce qui comprend la double imposition, éventuelle créée. Ce n'est pas, en général, la préoccupation principale de l'Etat qui révèle la présence taxable.

L'activité numérique, en particulier, celle développée par des groupes américains, est au centre d'un enjeu politique majeur qui a été la source de développement à l'origine de l'initiative *BEPS*⁸⁷⁸. Elle présente de ce point de vue l'avantage de révéler des situations imposées nulle part, pour lesquelles la double imposition révélée n'est donc qu'un sujet accessoire.

Il est cependant nécessaire d'indiquer que cette activité n'est pas la seule affectée par la question. On notera, par exemple, qu'à l'origine de ces campagnes politiques des groupes non numériques ont été les cibles de la communication. On mentionnera Starbucks⁸⁷⁹, qui a aussi fait l'objet d'une enquête au niveau européen au même titre que Fiat⁸⁸⁰, mais aussi à l'origine General Electric, dont la stratégie fiscale avait été décrite en première page d'un grand journal américain permettant à son auteur d'obtenir un prix⁸⁸¹. En réalité, certains secteurs sont structurellement sensibles à la question de la déclaration des établissements stables, en particulier celui de l'énergie, présentant toutes les difficultés d'interprétation du concept comme : la temporalité de l'activité, la mise à disposition de locaux, la sous contractualisation, l'action en *Joint-Venture*, l'envoi temporaire de salariés sur place ...

Certains groupes multinationaux déclarent ainsi plusieurs centaines d'établissements stables et se posent la question de l'existence d'un établissement stable pour chaque contrat et opération.

En théorie, il ne devrait s'agir que d'une question de répartition du droit d'imposer et donc principalement d'un arbitrage de taux d'imposition, mais, en réalité, compte tenu des difficultés à faire fonctionner les systèmes d'élimination de la double-imposition en cas de redressement, le sujet de préoccupation est devenu celui du risque de la généralisation des doubles impositions effectives (1) sans mise en place de systèmes efficaces d'élimination de cette double imposition (2).

⁸⁷⁸ On notera que l'OCDE a sélectionné ce sujet pour son Action 1 : *Relever les défis posés par l'économie numérique*. Ed. OCDE 29 October 2014.

⁸⁷⁹ Lin Yang (J), « The British want to stop Starbucks from dodging taxes », *The Washington post*, 18 April 2014

⁸⁸⁰ « EU investigates tax rulings on Apple, Starbucks, Fiat », 11 June 2014, Reuters.

⁸⁸¹ Kociennievski (D), « GE's strategies. Let it avoid taxes altogether », *New York Times*, 24 March 2011.

1. *Le risque systémique de double imposition*

a *Un risque avéré et reconnu*

Cette question représente une importante pratique et théorique indiscutable. Tout conseil se souvient, au début de sa carrière et même après, des nombreuses questions techniques sur la présence ou non d'un établissement stable, dont les conclusions sont toujours hésitantes et incertaines.

Les entreprises ont eu l'occasion d'indiquer dans le cadre de consultations que ces problématiques étaient grandissantes et essentielles. On notera, par exemple, une étude réalisée par le cabinet PWC qui, en 2012⁸⁸², indiquait que 89 % des entreprises interrogées considéraient que cette question était au centre de leurs préoccupations. De même, cette étude précisait que, près de 85 % des directions fiscales étaient en charge de donner un avis sur la question aux directions opérationnelles, démontrant que le sujet est extrêmement sensible au sein des groupes.

Dans les grandes entreprises, les systèmes d'information mis en place pour détecter ou non l'existence d'établissements stables constituent des investissements majeurs qui vont bien au-delà de la simple fonction fiscale. La majorité des entreprises estime, en outre, que le risque de révélation augmente et que la réaction des autorités locales est non coordonnée, soulignant l'incertitude de la situation même si seulement 37 % d'entre elles indiquaient être en litige sur ce sujet, alors même que 63 % considèrent que le risque augmente. Il était enfin expliqué, dans l'étude de 2012, que la principale cause de l'augmentation des tensions venait de la mobilité des personnes et de l'augmentation de l'activité digitale. Ces conclusions nous paraissent pouvoir encore être vérifiées aujourd'hui de manière empirique, au moins au travers de notre expérience professionnelle.

Pour certains secteurs, il semble que ce risque soit déjà identifié⁸⁸³ et communiqué à l'OCDE dans les forums publics⁸⁸⁴. Pour illustrer notre propos, on mentionnera en

⁸⁸² *PE 2.0*, PWC 2012.

⁸⁸³ Horton O'Brien (K), Raby (N), Sweigar (E), Calleja (P), « Brave New World: BEPS Poses Immediate Challenges for Oil and Gas Companies », *TNI*, June 17, 2015.

⁸⁸⁴ Gupta (A), « Business Groups Resist Lower PE Thresholds During OECD Consultation », *TNI*, January 23, 2015.

France la réaction publique de l'AFEP⁸⁸⁵ en mai 2015, dans une lettre distribuée à ses membres, qui indiquait :

« Les modalités d'introduction dans les conventions fiscales internationales de clauses anti-abus doivent être prudentes L'Action 6 repose sur l'idée selon laquelle les avantages prévus par les conventions fiscales (c'est-à-dire essentiellement une réduction des impôts payés à l'Etat de source) ne doivent pas être accordés aux contribuables qui ont un comportement frauduleux.

Cet objectif ne peut être qu'approuvé et soutenu. En tant que pays de résidence, la France et les autres pays d'Europe ont néanmoins intérêt à ce que ces travaux n'aboutissent pas à permettre aux Etats de source d'écarter trop facilement les dispositions des conventions fiscales pour appliquer leur droit fiscal national sur le fondement de dispositions anti-abus trop complexes ou trop subjectives.

Ecarter trop systématiquement les conventions fiscales reviendrait en effet à prélever des impôts à la source élevés qui réduiraient d'autant l'assiette imposable en France et en Europe de nos groupes. »

b Un risque assumé

L'OCDE ne nie pas la difficulté et reconnaît même que le risque de voir le nombre d'établissement stable augmenter est une conséquence prévisible de l'action BEPS⁸⁸⁶.

Le premier risque est celui du développement de situations triangulaires non résolues. En effet, le processus de révélation par lui-même est créateur de nouvelles situations triangulaires, qui créent des incertitudes mises en évidence dans la Partie 1 de nos travaux.

Ce qui est pire ici, c'est que la révélation d'une situation triangulaire est présumée provenir d'une situation d'optimisation agressive et qu'en conséquence, on peut

⁸⁸⁵ Association française des entreprises publiques.

⁸⁸⁶ Levis (A), « Working Party 6 Expecting More PEs as a Result of BEPS », *TNI*, 10 June 2016.

s'attendre à une approche non conciliante des autorités fiscales en présence, celles-ci étant alors peu disposées à favoriser une élimination de la double imposition.

Au contraire des initiatives des années 90, l'évolution récente de la vision de l'OCDE est de considérer que la double imposition est la sanction naturelle pour combattre la mise en place de *plannings* agressifs. Cette logique est sous-entendue par le fait que l'opinion publique est désormais persuadée que les recettes non perçues en raison de l'optimisation fiscale mise en place par les grands groupes sont équivalentes à celles qui manqueraient dans nos budgets pour équilibrer ceux-ci, rendant l'argument de l'élimination nécessaire d'une double imposition révélée inaudible. Rares sont ces rapports qui insistent sur la question de la double imposition alors même que son élimination nous semble être un élément essentiel de la possibilité d'attirer les investissements⁸⁸⁷.

On observe, au terme de l'évolution de l'OCDE, un changement qui n'est pas salutaire. Alors que l'objet principal des conventions fiscales était l'élimination de la double imposition et le développement des échanges, celui-ci est devenu essentiellement la lutte contre l'évasion, puis contre l'optimisation⁸⁸⁸ jusqu'aux travaux les plus récents pour lesquels cette lutte devient un but de même importance que l'élimination des doubles impositions⁸⁸⁹. La lutte contre l'évasion est devenue la justification aux mesures unilatérales, qui aboutissent systématiquement à des doubles impositions. Elle est aussi la menace exprimée par l'OCDE contre ceux qui s'opposeraient à l'avancée de son initiative *BEPS*⁸⁹⁰.

D'un autre côté, l'Organisation ne se considère plus en charge de développer le commerce mondial en éliminant les doubles impositions, comme à l'origine du Modèle de convention fiscale, mais d'interdire les optimisations agressives, dont les doubles exonérations ne serait qu'une manifestation. La faute est si grave que l'élimination de la double imposition ne serait qu'un objectif devenu secondaire et

⁸⁸⁷ Enregistré à la Présidence de l'Assemblée nationale le 10 juillet 2013. Rapport d'information déposé en application de l'article 145 du Règlement par la Commission des Finances, de l'Economie Générale et du Contrôle budgétaire en conclusion des travaux d'une mission d'information sur l'optimisation fiscale des entreprises dans un contexte international et présenté par M. PIERRE-ALAIN MUET, Rapporteur M. ÉRIC WOERTH, Président de la mission.

⁸⁸⁸ Modification du Modèle de convention en 1977.

⁸⁸⁹ Modification des commentaires du Modèle de convention fiscale de 2003.

accessoire, au contraire de son rôle à l'origine dans le Modèle actuel de convention fiscale.

L'évolution du vocabulaire utilisé par l'OCDE est, sur ce point, relativement problématique⁸⁹¹⁸⁹².

La question de la non-déclaration d'un établissement stable n'est pas, par construction, un sujet d'évasion, sauf en cas de double exonération, mais une question de répartition du droit d'imposer.

Ces situations ne relèvent toutefois pas réellement, selon nous, de l'Action 6, mais d'une question de régime fiscal dommageable, adressée au sein d'une autre action de l'initiative *BEPS*. La faible imposition dans l'Etat R qui pourrait être le fondement pour ne pas reconnaître un établissement dans l'Etat P, n'est pas une question de double imposition mais de concurrence fiscale entre Etats. Il y a une différence fondamentale de cible dans ces deux démarches. La remise en cause vise les groupes, alors que la concurrence fiscale motivant l'optimisation est le fait des Etats.

Certaines institutions ont permis tout au début des discussions *BEPS* et de manière proactive, de faire valoir des points de vue plus nuancés que ceux de l'OCDE. Ainsi, par exemple, le *BIAC*, organisme de représentation des entreprises auprès de l'OCDE, a fait état de préoccupations relatives à la résurgence de doubles impositions et à la validation implicite de doubles impositions existant dans certains Etats, comme l'Inde par exemple. Cette Organisation réaffirme l'idée que les traités sont en place pour faciliter les échanges et le développement du commerce international, but qui provient de la genèse même des traités. Dès lors, des restrictions à l'application des traités doivent être analysées de manière extrêmement stricte, en tant que mesures

⁸⁹⁰ Raphaël Legendre, « Pascal Saint-Amans (OCDE) : « C'est pour éviter la guerre fiscale que nous avons lancé *BEPS* », 30 mars 2015, *L'Opinion*.

⁸⁹¹ Il est par exemple indiqué : « Afin d'apporter la clarification requise par l'Action 6, il a été décidé d'énoncer clairement, dans le titre recommandé par le Modèle de Convention fiscale de l'OCDE, que la prévention de l'évasion et de la fraude fiscales était l'un des objectifs des conventions fiscales. Il a aussi été décidé que le Modèle de Convention fiscale de l'OCDE devrait recommander la rédaction d'un préambule prévoyant expressément que les États qui concluent une convention fiscale entendent éliminer la double imposition sans créer de possibilités d'évasion et de fraude fiscales. Étant donné que les pratiques de chalandage fiscal sont un sujet particulier de préoccupation, il a été décidé de mentionner expressément ces mécanismes en tant qu'exemple d'évasion fiscale qui ne doit pas être le résultat de conventions fiscales ».

déroatoires. L'idée sous-jacente est que la non-application d'un traité pour combattre l'optimisation, ne peut être applicable qu'à la condition que la double imposition ne soit pas la conséquence de cette initiative⁸⁹³.

Pour relativiser nos propos, notons que les évolutions du titre du Modèle de convention mise en place par l'OCDE sont proches des évolutions du Modèle de convention fiscale américain, qui comprend cet élément dans son titre depuis les années 80 sans changement réel de mentalité. Enfin, certaines entreprises considèrent que l'ajout dans le titre de la question de l'évasion fiscale ne change rien, dès lors que l'impact de celui-ci sur la vision de la stratégie fiscale est mineur⁸⁹⁴. Il ne faut pas présumer de cette question.

2. *L'élimination imparfaite du risque*

Non seulement la tendance pousse à une reconnaissance d'un plus grand nombre de situations triangulaires avec un risque corrélatif de double imposition, mais l'analyse des textes disponibles ne permet pas d'éliminer efficacement les incertitudes.

a *Les textes inadaptés à la notion d'abus*

Tout d'abord, la définition de « l'impôt » contenue dans le Modèle et utilisée pour déterminer le champ d'application de l'élimination de la double imposition pourrait être considérée comme trop restrictive. En effet, en pratique, la non-reconnaissance d'un établissement stable peut aussi être sanctionnée par des pénalités. Même s'il est possible de considérer que les pénalités sont, dans certains cas, dans le champ d'application du traité, la question n'est pas totalement certaine. Les commentaires sous l'article 2 indiquent à cet égard :

« Il est évident que l'État qui a la compétence fiscale — et lui seul — peut percevoir les impôts prévus par sa législation avec leurs accessoires »

⁸⁹² *Empêcher l'utilisation abusive des conventions fiscales*. Ed, OCDE 2014 p. 107.

⁸⁹³ BIAC, « OECD discussion draft on BEPS, Action 6: preventing the granting of treaty benefits in inappropriate circumstances », 9 April 2014.

éventuels : majorations, frais, intérêts, etc. Il n'a pas été jugé nécessaire de le préciser dans l'article, étant donné qu'il va de soi qu'en ce qui concerne la perception, les accessoires suivent la même règle que le principal. La pratique varie dans les pays membres en ce qui concerne le régime des intérêts et des pénalités. Certains pays ne les traitent jamais comme des impôts régis par l'article 2. D'autres procèdent de la manière contraire, surtout lorsque le prélèvement additionnel est calculé en fonction du montant de l'impôt auquel il se rapporte. Les pays peuvent clarifier ce point dans leurs négociations bilatérales. »⁸⁹⁵

Cette remarque est importante dans la mesure où l'article 2 fixe les limites de la procédure amiable organisée à l'article 25 du Modèle de convention, qui serait susceptible d'être utilisée pour éliminer la double imposition éventuelle issue de la révélation d'une situation triangulaire.

Dans la mesure où la révélation d'un établissement stable est souvent assortie de pénalités, voire de sanctions pénales pour dissimulation d'activité, l'élimination de la double imposition est incertaine. Les commentaires admettent cette incertitude :

« Certains États peuvent ne pas accepter qu'un contribuable initie une procédure amiable en vertu du paragraphe 1 de l'article 25 lorsque les transactions afférentes à la demande sont considérées comme abusives. (...) En l'absence d'une disposition spécifique, toutefois, aucune règle générale ne rend la procédure amiable non applicable à des situations perçues comme étant abusives. Le simple fait qu'une charge fiscale soit appliquée en vertu d'une clause de droit national visant à contrecarrer l'évasion fiscale ne pourra justifier le rejet de la demande de procédure amiable. Cependant, lorsque sont en cause des infractions graves pouvant entraîner de lourdes peines, certains États pourront souhaiter refuser tout recours à la procédure amiable. Les circonstances dans lesquelles un État

⁸⁹⁴ Hertzeld (M), « BEPS action plan reimagining the role of tax treaties », *TNI*, 14 April 2014.

⁸⁹⁵ Com. 4 sous article 2 du Modèle de convention fiscale.

refusera le recours à la procédure amiable devraient être précisées dans la Convention. »⁸⁹⁶

Cette position est celle retenue par la France en cas de pénalités graves, mécanisme parfois utilisé pour forcer un accord avec les contribuables. Nous sommes d'avis qu'en l'absence de procédure pénale et en particulier, dans le cas où la base correspondante a été imposée dans le premier Etat, ce qui nous semble démontrer l'absence d'intention frauduleuse suffisante, l'élimination de la double imposition ne devrait pouvoir être refusée.

b Les pratiques inefficaces

Il existe de nombreuses contraintes pratiques qui limitent la possibilité de recourir à la procédure amiable dans un délai acceptable⁸⁹⁷.

Ainsi, les règles sur la prescription pour engager une procédure amiable, sont extrêmement complexes pour des situations dans lesquelles, par définition, la révélation est souvent tardive. Il existe donc un risque de forclusion.

Les données publiées par l'OCDE sur le nombre de procédure d'autorités compétentes démontrent qu'en pratique l'argument d'une élimination systématique de la double imposition, est dérisoire. Le nombre de cas ouverts se stabilise mais reste immense. Ces procédures ne sont certes pas toutes liées à l'existence ou non d'un établissement stable, mais, *a minima*, l'encombrement des institutions est patent⁸⁹⁸. Même si l'évolution au sein de l'initiative *BEPS* permet de considérer que le sujet est pris en compte, une évolution effective n'est pas certaine à court terme⁸⁹⁹. Une analyse de ce sujet dépasse le cadre de notre étude, les données empiriques

⁸⁹⁶ Com. 26 sous l'article 25 du Modèle de convention fiscale.

⁸⁹⁷ Sidhu (P. K.), « Is the mutual agreement procedure past its "Best effort date" and does future of tax dispute resolution lie in mediation and arbitration? », IBFD, *Treaty Monitor*, November 2014, p. 590-605.

⁸⁹⁸ Cf. Annexe.

⁸⁹⁹ Owens (J), Gildemeister (A), Turcan (L), « Proposal for a New Institutional Framework for Mandatory Dispute Resolution », *TNI*, June 2016.

représentant une difficulté suffisante pour notre propos relayé par les autorités fiscales des grands pays⁹⁰⁰.

II. Les solutions envisageables

Deux approches peuvent être privilégiées : soit une relecture revue et constructive des dispositifs existants, soit une évolution des concepts. Ces deux stratégies nécessitent un renouveau de la vision de la lutte contre l'optimisation fiscale (A), même s'il n'est pas interdit s'interroger sur le fait que la réponse recherchée est peut-être à inventer (B).

A. Le renouveau de la lutte anti-optimisation sur le fondement des instruments en place

La lutte destinée à révéler des situations triangulaires optimisées non-déclarées, se doit de privilégier son action sur une relecture des dispositifs existants. Le changement étant source d'incertitude, il ne doit être envisagé que si l'on est certain de l'inadéquation totale des dispositifs actuels.

1. L'interprétation du Modèle de convention « dans le contexte »

Il existe à notre avis, au sein du Modèle de convention fiscale actuel, des possibilités de revisiter la question tout en restant en ligne avec les principes en place.

Tout d'abord, l'article 3.2 du traité⁹⁰¹, précise :

« Pour l'application de la Convention à un moment donné par un État 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 État concernant les impôts auxquels s'applique la

⁹⁰⁰ Par exemple aux États-Unis, Lewis (A), « Competent Authorities Must Evolve to Manage Increased Caseloads, IRS Official Says », *TNI*, 8 June 2016.

⁹⁰¹ Jones (A), « Article 3(2) of the OECD Model convention and the commentary to it: treaty interpretation », *European Taxation*, IBFD, August 1993, p. 252-257. Garibay (S.), « An analysis of the case law on article 3(2) of the OECD Model

Convention, le sens attribué à ce terme ou expression par le droit fiscal de cet État prévalant sur le sens que lui attribuent les autres branches du droit de cet État. »

Dès lors, la critique qui veut que des groupes évitent la reconnaissance d'un établissement stable par un simple alignement des faits sur la rédaction de la convention fiscale, doit être nuancée du fait qu'une convention peut être interprétée en prenant en compte si « *le contexte l'exige autrement* »⁹⁰². La question de savoir si une optimisation avérée agressive, uniquement pour obtenir un avantage conventionnel, peut être qualifiée de contexte spécifique n'est pas tranchée, à notre avis, mais pourrait être posée.

Le second point est que, selon le dispositif de l'article 3.2, c'est le sens du droit fiscal qui prévaut « *sur le sens que lui attribuent les autres branches du droit* ». Le texte ne signifie pas que les autres droits n'ont pas d'importance, mais que ceux-ci ne prévalent pas sur le droit fiscal à supposer, et c'est un point important, que le droit fiscal prévoit une interprétation spécifique sinon les autres droits continuent d'être applicables. Dans de nombreuses situations, les concepts ne sont pas définis par le droit fiscal mais par un autre droit soulevant ainsi la question de la possible requalification dans cet autre droit.

On peut donc s'interroger pour savoir si en cas de fraude manifeste, la question du « contexte » permettrait une certaine flexibilité au regard du texte d'une convention lui-même. En un mot, la fraude ou éventuellement l'optimisation agressive serait un contexte particulier autorisant une interprétation plus constructive des textes. La doctrine n'est pas claire sur ce sujet⁹⁰³.

(2010) », *Bulletin*, IBFD, July 2011, p. 257-264. Engelen (F.), Gunn (A.), « Article 3(2) of the OECD Model tax convention and the scope of domestic law », *Bulletin*, IBFD, July 2012, p. 250-269.

⁹⁰² Bruggen (E. Van der) « Unless the Vienna convention otherwise requires: note on the relationship between 3(2) of the OECD Model tax convention and the article 31 and 32 of the Vienna convention on the laws of treaties », *European Taxation*, IBFD, May 2003, p. 142-156

⁹⁰³ Castro Tena (R.), « When does the “context otherwise require” in article 3 of the OECD Model Convention ? », 2014-42, *Intertax*, Issue 11, p. 709-720.

Il nous semble ainsi que dans les commentaires du Modèle de convention fiscale, ce concept est un moyen de donner de la flexibilité :

« Ce paragraphe énonce une règle générale d'interprétation des termes utilisés dans la Convention sans y être définis. (...). Toutefois, aux termes mêmes du paragraphe 2, cette disposition ne vaut que si le contexte n'exige pas une interprétation différente. Le contexte est constitué notamment par l'intention des États contractants lors de la signature de la Convention⁹⁰⁴ ainsi que par le sens que la législation de l'autre État contractant attribue au terme mis en question (ceci faisant implicitement référence au principe de la réciprocité qui est à la base de la Convention). Le libellé de l'article laisse donc aux autorités compétentes une certaine marge de manœuvre. »⁹⁰⁵

A supposer le contexte permettant une interprétation constructive, la situation peut s'avérer cependant particulièrement complexe lorsque l'analyse est menée par un Etat, pour une opération qui se déroule dans l'autre Etat. La question est de savoir comment l'analyse juridique de l'un des Etats peut affecter le régime fiscal de l'autre Etat qui applique la convention fiscale.

On pourrait même imaginer que, dans certains cas, l'Etat qui applique la convention puisse retenir la qualification juridique de l'autre Etat⁹⁰⁶, autorisant ainsi d'appliquer les concepts juridiques étrangers. Ce point nous semble important, car, le droit non-fiscal prévoit souvent de nombreuses possibilités de requalification de situations lorsque celles-ci sont frauduleuses ou incertaines, au contraire du texte des conventions qui est plutôt d'interprétation stricte. Ainsi, par exemple, la définition de la notion de « conclusion » pour les contrats pourrait être bien plus étendue dans le droit non-fiscal, celui-ci prenant en compte la négociation des éléments essentiels du contrat et un accord même verbal sur la chose et le prix, alors que les commentaires du Modèle de convention sont plus formels. « L'accord des co-contractants » défini en fonction de leurs obligations juridiques autres que fiscales, pourrait

⁹⁰⁴ D'où la pression de l'OCDE pour changer le titre de la convention afin de créer ainsi un « contexte ».

⁹⁰⁵ Com. 12 et 13 sous l'article 3 du Modèle de convention fiscale.

⁹⁰⁶ En l'absence de définition contraire dans le droit de l'Etat qui applique la convention.

éventuellement constituer « un contexte », permettant une reconnaissance plus facile de l'existence d'un établissement stable dans une situation manifestement optimisée. Nous devons concéder que cette approche est relativement constructive, même si l'objet des conventions n'est pas de favoriser des structures uniquement fiscale. La grande difficulté qui ne semble pas pouvoir être éliminée c'est que les situations triangulaires actives sont rarement des structures sans existence ni utilité. Elles ne sont pas fictives, elles bénéficient d'exonérations interprétées strictement, ceci étant probablement moins vrai pour les exceptions liées à la non-conclusion de contrats protégée par l'article 5.6 du Modèle de convention fiscale.

Pour le moment, les initiatives en cours et en particulier *BEPS*, proposent de nouveaux textes considérant qu'une application plus efficace des dispositifs en vigueur n'est pas une stratégie viable⁹⁰⁷. C'est aussi peut être un moyen d'autojustification de l'initiative.

2. Proposition d'analyse constructive de l'Article 5 du Modèle de convention fiscale

Si l'on accepte l'hypothèse que les optimisations fiscales présumées sont liées à une application trop systématique et formelle des exceptions prévues à l'article 5 du Modèle de convention fiscale, alors il faut s'interroger si ces exceptions pourraient être interprétées de manière moins formelle, sans en changer la rédaction.

Certains commentaires du Modèle nous semblent offrir, en partie, cette possibilité. Ainsi, par exemple, en matière de fragmentation des contrats au sein d'une entreprise, les commentaires de l'article 5 précisent :

« Lorsqu'une entreprise dispose de plusieurs installations fixes d'affaires au sens des alinéas a) à e), il n'y a pas à tenir compte de l'alinéa f) à condition que ces installations soient distinctes les unes des autres du point de vue de leur emplacement et de leur organisation, car, dans ce cas, chaque installation d'affaires doit être considérée isolément pour déterminer s'il y a ou non établissement stable. Des installations

d'affaires ne sont pas « distinctes du point de vue de leur organisation » lorsqu'elles assurent chacune dans un État contractant des fonctions complémentaires comme la réception et le stockage de biens en un lieu, la distribution de ces biens par l'intermédiaire d'un autre lieu, etc. Une entreprise ne saurait fragmenter un ensemble cohérent en plusieurs petites activités dans le but d'arguer du fait que chacune d'elles ne présente qu'un caractère préparatoire ou auxiliaire. »⁹⁰⁸

Il apparaît donc possible de regrouper de manière globale, pour l'analyse, plusieurs installations distinctes, qui en réalité seraient une partie d'une même organisation. La limite de cette interprétation est que le texte actuel ne vise pas les cas de fragmentations mis en place au sein de plusieurs entités de plusieurs Etats d'un même groupe. Ainsi, n'est pas explicitement visée, la situation dans laquelle un groupe exerce des activités, toutes individuellement inférieures au seuil de déclenchement de l'existence d'un établissement stable, au moyen d'entités différentes établies dans des Etats différents. Le seul moyen, pour combattre cette situation extrême, serait de considérer que les filiales qui exercent chaque activité, sont en réalité un « établissement unique du groupe » qui constitue un établissement stable. La décision rendue par la Cour Suprême italienne sur ce sujet dans l'affaire *Philip Morris* avait fait grand bruit et entraîné un changement des commentaires du Modèle de convention, ce qui n'aurait peut-être pas été le cas aujourd'hui⁹⁰⁹⁹¹⁰. L'interprétation extensive, à supposer qu'elle soit possible ne viserait que les situations triangulaires bilatérales, objectif trop restreint.

De même, le split de contrat est visé en matière de chantier, où il est précisé :

⁹⁰⁷ Harrington (J), « Increased Taxation of the Digital Economy: Can OECD Countries Get It if They Really Want? », *TNI*, January 13, 2014.

⁹⁰⁸ Com. 27.1 sous l'article 5 du Modèle de convention fiscale.

⁹⁰⁹ Rossi (M), « Italian Tax Court of Appeal Recharacterizes Dependent Subsidiary as PE of Foreign Parent », *TNI*, 30 October 2006, à propos d'un jugement no. 17/14/06 publié le 30 mars 2006. Ou même, une décision de la Cour suprême, Rossi (M), « Italy's Supreme Court Recharacterizes Company as Permanent Establishment », *TNI*, November 3, 2006. Gazzo (M.), « Permanent establishment through related corporations: new case law in Italy and its impact on multinational flows », *Bulletin, IBFD*, June 2003, p. 257-264. Innamorato (C.), « The concept of the permanent establishment within the group of multinational enterprises », *European Taxation, IBFD*, February 2008, p. 81-84.

⁹¹⁰ Gregg (M), « The concept of permanent establishment of a group of companies in a recent case of the Italian Supreme court », December 30, 2008). Available at SSRN: <http://ssrn.com/abstract=1321799> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.1321799> à propos d'un arrêt du 20 décembre 2001 n°. 7962. March 27, 2002. Giuliani (F), « Italian Supreme Court Rejects Philip Morris Theory of Absence of Italian PE », *TNI*, 27 March 2002.

« Le critère des douze mois s'applique à chaque chantier. Pour déterminer la durée d'existence du chantier, il ne faut pas tenir compte du temps que l'entrepreneur a déjà passé sur d'autres chantiers qui n'ont aucun lien avec le premier. Un chantier de construction devra être considéré comme une unité, même s'il est basé sur plusieurs contrats, à condition qu'il constitue un tout cohérent sur le plan commercial et géographique. Sous réserve de cette condition, un chantier de construction constituera une unité même si les commandes ont été passées par plusieurs personnes (par exemple, pour une rangée de maisons). Le seuil de douze mois a pu donner lieu à des abus ; ainsi, il a parfois été constaté que des entreprises (...) fractionnaient leurs contrats en plusieurs éléments dont chacun portait sur une durée inférieure à douze mois et était attribué à une société différente mais faisant partie du même groupe. Outre le fait que de tels abus puissent, selon les circonstances, donner lieu à l'application de dispositions légales ou de règles jurisprudentielles visant à contrecarrer l'évasion fiscale, les pays les plus préoccupés par ces situations pourront y apporter des solutions dans le cadre de négociations bilatérales. »⁹¹¹

Dans ce cas toutefois, l'optimisation est identifiée sans proposer une solution dans l'interprétation du texte lui-même. Elle ne précise pas en revanche que la fragmentation doit être dans le même Etat. Cette analyse pourrait éventuellement être utilisée pour les activités temporaires qui en réalité représentent une base fixe lorsqu'elles sont analysées globalement (par exemple, service après-vente sur des infrastructures significatives réalisées par des équipes successives)⁹¹². L'approche est alors une négociation au cas par cas sans modification du Modèle lui-même comme proposé par l'initiative BEPS. Elle est, en outre, à l'évidence, moins adaptée dans le cas de revenus passifs. Cette solution reste politiquement compliquée et inutile si une adhésion mondiale est accordée au projet BEPS, mais une stratégie possible si ce n'est pas le cas. Elle n'est pas suffisamment ciblée sur les situations triangulaires.

⁹¹¹ Com. 18 sous article 5 du Modèle de convention fiscale.

⁹¹² Ainsi au Com. 6 sous l'article 5, il est indiqué : « Par ailleurs, on peut rencontrer des cas où une installation d'affaires donnée sert durant de très courtes périodes à un certain nombre d'activités analogues exercées par la même personne ou par des personnes liées en vue d'éviter que l'on considère que cette installation n'est pas utilisée à des fins purement temporaires par chacune de ces activités ».

Le Modèle permet également une interprétation élargie des activités listées à l'article 5(4) :

« Ce paragraphe énumère un certain nombre d'activités qui sont considérées comme des exceptions à la définition générale énoncée au paragraphe 1 et qui ne constituent pas des établissements stables, même si l'activité est exercée dans une installation fixe d'affaires. Toutes ces activités ont pour trait commun d'être en général des opérations préparatoires ou auxiliaires. C'est expressément indiqué pour l'exception mentionnée à l'alinéa e), qui revient en fait à restreindre d'une manière générale la portée de la règle énoncée au paragraphe 1. En outre, l'alinéa f) prévoit que le cumul des activités énumérées aux alinéas a) à e) dans la même installation fixe d'affaires ne doit pas être considéré comme constituant un établissement stable à condition que l'ensemble des activités exercées à la suite de ce cumul par l'installation fixe d'affaires garde un caractère préparatoire ou auxiliaire (...) »⁹¹³

L'analyse des commentaires n'est pas totalement certaine, mais ne semble pas viser la fragmentation d'activités auxiliaires et préparatoires au sein de plusieurs entités. Elle est donc incomplète. A notre avis, cependant, au-delà des activités spécifiquement listées, le caractère auxiliaire et préparatoire sera difficilement reconnu si le siège n'a pas d'activité propre et est mis en place uniquement dans un but de fragmentation. Dans ce cas en effet, les commentaires actuels permettent de reconnaître l'existence d'un établissement stable :

« Il est souvent difficile de distinguer entre des activités qui ont un caractère préparatoire ou auxiliaire et celles qui n'ont pas ce caractère. Le critère décisif consiste à 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. Il conviendra d'étudier chaque cas séparément. Une installation fixe d'affaires dont l'objet général est

⁹¹³ Com. 21 sous l'article 5 du Modèle de convention fiscale.

identique à celui de l'ensemble de l'entreprise n'exerce pas une activité préparatoire ou auxiliaire. »⁹¹⁴

On notera enfin, que le Modèle actuel identifie des méthodes d'optimisation par évitement de la mise à « disposition » d'une base fixe. Il pourrait s'agir par exemple, de la mise en place d'une délégation de la gestion d'actifs au profit de tiers. Les commentaires existants interprétés de manière extensive, pourraient offrir une solution en application d'une vision étendue de la notion de « mise à disposition » :

« L'expression « installation d'affaires » couvre tout local, matériel ou installation utilisé pour l'exercice des activités de l'entreprise, qu'il serve ou non exclusivement à cette fin. Il peut même y avoir une installation d'affaires lorsque aucun local n'est disponible ni nécessaire pour l'exercice des activités de l'entreprise et que celle-ci dispose simplement d'un certain emplacement. Il importe peu que l'entreprise soit ou non propriétaire ou locataire du local, du matériel ou de l'installation ou qu'elle l'ait d'une autre manière à sa disposition. (...). Ce peut être le cas, par exemple, lorsque l'entreprise étrangère dispose en permanence de certains locaux ou d'une partie des locaux appartenant à l'autre entreprise.

(...) Comme il a été noté précédemment, le simple fait qu'une entreprise ait à sa disposition un certain emplacement servant à ses activités d'entreprise suffit pour constituer une installation d'affaires, de sorte que l'entreprise n'a pas l'obligation de détenir un droit juridique formel sur cette installation. Ainsi, par exemple, il pourrait y avoir un établissement stable lorsqu'une entreprise occupe illégalement un certain emplacement à partir duquel elle exerce son activité. »⁹¹⁵

Dans le domaine des situations triangulaires, on pourrait imaginer des cas dans lesquelles les actifs bien qu'enregistrés au niveau du siège sont en réalité gérés et éventuellement commercialisés sur le lieu d'exercice de l'activité où la société filiale possède un bureau. Dans le domaine bancaire par exemple, certaines obligations

⁹¹⁴ Com. 24 sous l'article 5 du Modèle de convention fiscale.

règlementaires peuvent exiger que les actifs soient comptabilisés au siège où les contrôles sont effectués, alors que l'activité opérationnelle peut être exercée auprès de clients localisés sur une place financière étrangère. On notera que la dernière partie du dispositif prend en compte le cas où la mise à disposition n'est pas autorisée par la loi.

Enfin, le texte prend en compte certaines optimisations fondées sur une délocalisation du droit de conclure les contrats. Les commentaires tentent ainsi d'étendre la notion de conclusion des contrats en indiquant⁹¹⁶ :

« L'expression « de pouvoirs [...] lui permettant de conclure des contrats au nom de l'entreprise » ne restreint pas l'application du paragraphe à un agent concluant des contrats littéralement au nom de l'entreprise; le paragraphe s'applique aussi à un agent qui conclut des contrats qui engagent l'entreprise même si ces contrats ne sont pas effectivement conclus au nom de l'entreprise. Le fait qu'une entreprise ne participe pas activement aux transactions peut signifier qu'elle a délégué cette compétence à l'agent. Par exemple, on peut considérer qu'un agent possède le pouvoir effectif de conclure des contrats lorsqu'il sollicite et reçoit les commandes (sans les finaliser de manière formelle), lesquelles sont envoyées directement à un entrepôt d'où sont livrées les marchandises et lorsque l'entreprise étrangère ne fait qu'approuver les transactions de façon routinière.

(...) Une personne autorisée à négocier tous les éléments et détails d'un contrat de manière à obliger l'entreprise peut être considérée comme exerçant ses pouvoirs « dans cet État », même si le contrat est signé par une autre personne dans l'État où est située l'entreprise ou si la première personne n'a pas reçu formellement un pouvoir de représentation. »⁹¹⁷

⁹¹⁵ Com. 4 sous l'article 5 du Modèle de convention fiscale.

⁹¹⁶ Remarque applicable à l'analyse développée en matière de commissionnaire et d'agents, cf. Nos développements au chapitre suivant.

⁹¹⁷ Com. 32 sous l'article 5 du Modèle de convention fiscale.

Force est de conclure que les tentatives pour restreindre le champ d'application des exceptions issues du Modèle ne sont que parcellaires. La question est toutefois de savoir si l'initiative *BEPS* aurait été aussi disruptive si ces exceptions avaient été interprétées systématiquement de manière constructive. On peut en douter.

B. *L'évolution raisonnée des concepts*

Si l'on accepte l'idée que les concepts, dans leur rédaction actuelle, ne sont pas totalement adaptés, on peut s'interroger sur la possibilité de les faire évoluer de manière raisonnée et raisonnable. L'initiative *BEPS* tente de dépasser cette difficulté (1) sans, selon nous, atteindre totalement l'objectif (2).

1. *L'approche BEPS contradictoire*

a *La prédominance du caractère préparatoire et auxiliaire remise en cause*

L'OCDE a précisé, dans les travaux *BEPS*, sa vision des évolutions nécessaires au sein de l'Action 7. Cette démarche est axée, d'une part sur des luttes ciblées contre les structures de commissionnaires et l'économie digitale et, d'autre part, sur des propositions de réforme du statut de l'établissement stable, fondées sur un élargissement des seuils de déclenchement de l'existence d'un établissement stable et sur des règles anti-fragmentation spécifiques.

Initialement visée à l'Action 6 sur l'utilisation abusive des traités, il a été décidé de réserver ce sujet à l'Action 7⁹¹⁸. A cette occasion, l'OCDE a pris comme hypothèse que la question de l'évitement de la reconnaissance d'un établissement stable n'était pas réglée de manière satisfaisante dans les commentaires actuels. Ainsi, il est indiqué :

« On peut lire au paragraphe 18 des Commentaires sur l'article 5 que «[l]e seuil de douze mois [de l'article 5(3)] a pu donner lieu à des abus ; ainsi, il a parfois été constaté que des entreprises (...) fractionnaient leurs

⁹¹⁸ p. 81 du rapport sur l'Action 6 : *l'utilisation abusive des conventions fiscales*, Ed. OCDE 2014.

contrats en plusieurs éléments dont chacun portait sur une durée inférieure à douze mois et était attribué à une société différente mais faisant partie du même groupe. »

Le paragraphe prévoit que, bien que ces abus puissent être combattus au moyen de règles législatives ou jurisprudentielles visant à contrecarrer l'évasion fiscale, les pays peuvent recourir à des solutions bilatérales. Il a été suggéré d'ajouter à cet effet une autre disposition au paragraphe 18,10 mais la conclusion qui s'est finalement imposée a été que les transactions visant à éviter le seuil de l'établissement stable devraient être examinées dans le cadre des travaux sur l'Action 7 (Empêcher les mesures visant à éviter artificiellement le statut d'établissement stable). »⁹¹⁹

L'Action 7 distingue spécifiquement cinq thèmes : la réforme de la définition des exemptions liées au caractère préparatoire et auxiliaire, les exceptions applicables au bureau d'achats, la fragmentation des activités au sein d'un groupe, la définition de la notion de « livraison » au sens de l'article 5 et le *split* de contrat.

Les exceptions mentionnées à l'article 5(4) du Modèle de convention ont pour fonction d'exonérer de présence taxable les activités qui sont, soit réduites, soit éloignées de l'activité principale de l'agent économique. Ainsi, pour le sujet qui nous intéresse, il pourrait être considéré, dans certains cas, que l'activité de gestion passive de trésorerie de type *cash pool* pour une entité industrielle, représente une activité « trop accessoire » à son activité principale pour constituer un établissement stable, les intérêts déduits ou reçus liés à cette activité restant fiscalisés dans l'Etat du siège. Force est de constater que la recherche d'un profit des activités d'infrastructure n'est pas planifiée en fonction des intérêts créditeurs ou débiteurs d'un *cash pool*. Selon nous, la gestion de trésorerie dans un groupe multinational industriel, aussi profitable qu'elle puisse être, ne constitue pas une activité distincte qui, pris isolément, devrait constituer un établissement stable.

⁹¹⁹ p. 81 Com. 2 et 21 du rapport sur l'Action 6 : *l'utilisation abusive des conventions fiscales*, Ed. OCDE 2014.

Pour résoudre ces difficultés, l'OCDE a envisagé une modification labélisée « alternative E » dans les premiers rapports. La solution proposée est de rendre toutes les activités listées à l'article 5(4) exemptées de reconnaissance d'un établissement stable, si elles demeurent globalement préparatoires ou auxiliaires⁹²⁰. Ce projet aboutirait à un grand nombre de litiges entre les Etats et les groupes.

Une autre alternative, « l'alternative H », envisage d'éliminer de l'article 5(4) la partie de la phrase : « *une installation fixe d'affaires est utilisée aux seules fins d'acheter des marchandises ou de réunir des informations, pour l'entreprise.* »⁹²¹

Ces deux modifications, les autres propositions étant principalement consacrées à la question de l'activité de distribution et de vente⁹²², auraient pour conséquence, en matière de situations triangulaires non-déclarées, un élargissement du droit d'imposer de l'Etat P, sans justification économique indiscutable selon nous. Ajouter de l'incertitude à la complexité ne permet pas de proposer une solution équilibrée aux situations triangulaires ainsi créées.

En réalité, l'OCDE mène deux combats contradictoires, à savoir, empêcher la constitution d'établissements stables fictifs interposés, qui permettrait au moyen de situations triangulaires l'optimisation de revenus passifs reçus par un établissement stable faiblement imposé, mais aussi la non-reconnaissance fictive d'un établissement stable au moyen d'une interprétation trop stricte des exceptions énumérées par le Modèle de convention à l'article 5⁹²³. La réconciliation des deux stratégies est compliquée. En outre, l'accroissement de l'incertitude sur la définition des concepts n'offrira pas des solutions améliorées pour résoudre ces situations triangulaires révélées. Il y aura plus de situations triangulaires révélées et celles-ci seront encore plus problématiques.

⁹²⁰Public discussion draft, BEPS, *Action 7: preventing the artificial avoidance of PE status*, 31 October 2014, Ed. OCDE 2014, p. 15.

⁹²¹ Article 5(4) d actuel du Modèle de convention fiscale.

⁹²² Cf. notre analyse de la situation de commissionnaire.

⁹²³ Il suffit de lire la liste des commentaires publics faits à l'occasion de la consultation qui représentent plus de 300 pages démontrant la réticence justifiée ou non à l'évolution des règles. Public discussion draft - BEPS Action 7: preventing the artificial avoidance of PE status, 31 October 2014, Ed. OCDE 2014, p. 15. Hoor (O), and O'Donnell (K), « BEPS Action 7: The Attempt to Artificially Create A Taxable Nexus », *TNI*, June 8, 2015, p. 930.

Dans ses travaux les plus récents, l'OCDE a maintenu uniquement l'option E⁹²⁴. Ceci limite l'explosion du risque mentionné ci-dessus sans l'éliminer.

b Les règles anti-fragmentation, source d'augmentation du nombre de situations triangulaires

L'initiative *BEPS* envisage aussi une évolution relative à la notion de fragmentation des contrats et de *split* de contrats.

Le *split* de contrat, analysé à l'alternative K des rapports *BEPS*, est une méthode pour éviter la reconnaissance du seuil de 12 mois en matière de chantier. Comme nous l'avons indiqué auparavant, cette méthode est aussi utilisée pour éviter le caractère permanent d'une présence opérationnelle dans un pays, en particulier en matière de services et c'est la raison pour laquelle cette question concerne aussi les situations triangulaires. L'idée simple est de considérer que, lorsque plusieurs entreprises se succèdent pour rendre un service, la durée décomptée pour décider si l'activité est permanente est la durée totale des activités qui se succèdent.

On notera toutefois que, au sein des propositions *BEPS*, l'agrégation des durées ne serait qu'entre entreprises du même groupe, et donc ne devraient pas affecter les situations dans lesquelles les contrats sont fragmentés entre des intervenants indépendants. Cette précision n'est pas suffisante, car, en réalité, les entreprises d'un même groupe peuvent agir en tant que prestataires indépendants. Il aurait probablement fallu restreindre la prise en compte de *splits* de contrats aux situations dans lesquelles les rémunérations versées entre entreprises dépendantes ne sont pas en accord avec le principe de pleine concurrence. C'est d'ailleurs l'option K faite par l'OCDE alternativement.

De son côté, l'alternative I⁹²⁵ prévoit de modifier le Modèle afin de permettre la reconnaissance d'un établissement lorsqu'une entreprise dispose d'un établissement stable dans un Etat et que des activités préparatoires ou auxiliaires sont menées par

⁹²⁴ Revised Public discussion draft - *BEPS Action 7: preventing the artificial avoidance of PE status*, May-June 2015, Ed. OCDE 2015, p. 23.

⁹²⁵ Public discussion draft - *BEPS Action 7: preventing the artificial avoidance of PE status*, 31 October 2014, Ed. OCDE 2014, p. 19.

d'autres entités du même groupe⁹²⁶. Cette modification pourrait aboutir à affecter la question des situations triangulaires en attirant dans l'Etat de l'établissement des fonctions qui étaient rattachées au siège ou même dans une autre filiale, car n'étant pas reliées directement à l'activité principale (par exemple, la gestion de trésorerie de participation ou même la gestion passive des incorporels).

Une alternative J⁹²⁷ prévoit un agrégat possible des activités exercées par plusieurs entités du groupe dans un même Etat pour déterminer si, globalement, l'activité agrégée reste préparatoire ou auxiliaire, sans même nécessiter la reconnaissance d'un établissement stable. L'OCDE tente ainsi de remédier à la question de la fragmentation dans plusieurs entités, non couverte directement par les commentaires actuels du Modèle de convention fiscale. Cette modification pourrait aussi avoir des effets en matière de situations triangulaires mais uniquement pour des situations triangulaires bilatérales.

Les deux options précédentes concernent cependant pas la question des situations triangulaire imparfaitement déclarées étudiées au chapitre 2 de la présente partie mais qui ne font pas l'objet de conclusion de l'OCDE au sein de l'initiative *BEPS*⁹²⁸. Ces situations ne sont pas prises en compte dans les propositions finales, même si c'est cette dernière option que l'OCDE privilégie⁹²⁹.

On peut conclure que les évolutions proposées par l'initiative BEPS ne permettent pas de résoudre les situations triangulaires non déclarées.

2. *La nécessité d'une approche renouvelée*

Si l'application étendue des principes actuels et les évolutions de l'OCDE ne sont pas acceptables, il conviendrait de proposer une approche nouvelle.

⁹²⁶ Public discussion draft - *BEPS Action 7: preventing the artificial avoidance of PE status*, 31 October 2014, Ed. OCDE 2014, p. 20.

⁹²⁷ Public discussion draft - *BEPS Action 7: preventing the artificial avoidance of PE status*, 31 October 2014, Ed. OCDE 2014, p. 19-20.

⁹²⁸ La question en matière de sous-établissement stable serait encore plus complexe puisque l'on peut s'interroger si cette modification pourrait attirer dans l'Etat d'exercice de l'activité principale, des activités exercées par des groupes au sein d'établissements stables, situés dans d'autres pays multipliant les conflits entre Etats de situations des établissements et sous-établissements.

a *La remise en cause limitée aux situations optimisées avérées*

Une possibilité non testée à ce jour, serait de ne pas changer la rédaction du traité sauf en ce qui concerne des situations qui sont manifestement optimisées. Après tout, c'est aux Etats de partager la recette fiscale entre eux et non aux groupes de payer plusieurs fois un impôt sur un même profit.

Puisque les Etats n'ont pas été capables de mettre en place une élimination convaincante de la double imposition, nous pourrions envisager des situations qui ne seraient pas remises en cause et présumées acceptables dès lors que l'avantage fiscal tiré de la non-révélation ne serait pas supérieur à un certain seuil.⁹³⁰

Ainsi, il pourrait être établi une liste de critères qui interdiraient une remise en cause de l'interprétation actuelle (sauf ajustements formels), par exemple, lorsque l'imposition globale après remise en cause ne serait pas supérieure à plus de 50 % (ou de manière très significative) à l'imposition en l'absence de révélation. Nous sommes conscients que cette approche se heurte aux intérêts propres de chaque Etat, mais il nous semble qu'il s'agit en réalité d'une sorte de *CFC* transfrontalière.

Dès lors que l'imposition globale, après remise en cause et prise en compte de la double imposition éventuelle, reste un avantage relativement faible, les Etats ne peuvent pas accuser les groupes d'une optimisation agressive. Bien entendu, ceci ne pourrait être viable que si la lecture stricte de la Convention permet de défendre l'idée d'une absence d'établissement stable, fondée sur l'article 5. Au cas où un avantage fiscal serait démontré et quantifié et qu'aucune preuve contraire ne serait apportée, alors les définitions alternative proposées par l'OCDE de la notion d'auxiliaire pourraient s'appliquer.

⁹²⁹ Revised Public discussion draft - *BEPS Action 7: preventing the artificial avoidance of PE status*, May – June 2015, Ed. OCDE 2015, p. 31.

⁹³⁰ C'est partiellement l'analyse de la proposition L faite dans le projet d'Action 7. Public discussion draft - *BEPS Action 7: preventing the artificial avoidance of PE status*, 31 October 2014, Ed. OCDE 2014, p. 23.

Bien entendu, lorsque la non-révélation mettrait en évidence une situation globalement moins favorable fiscalement, celle-ci serait présumée acceptable et ne pourrait être remise en cause. Cette situation devrait toutefois se rencontrer rarement en pratique, la motivation de la révélation étant généralement la volonté de prélever des impositions supplémentaires. Cette question n'est pas uniquement théorique en l'absence de système effectif d'élimination des doubles impositions, critère qui devrait être pris en compte pour déterminer le caractère optimisé ou non de la situation originelle en comparaison à la situation révélée.

Comme mentionné précédemment, la question subsisterait, à l'instar du régime de *CFC*, de déterminer la mesure de l'avantage fiscal global. Il faudrait s'attacher à une mesure de l'impôt effectif consolidé, en prenant en compte les doubles impositions économiques et non seulement juridiques. Les groupes mesurent leur imposition effective de manière consolidée, leur motivation d'optimisation doit être mesurée de la même manière afin de tenter de saisir leur volonté ou non de mettre en place des structures agressives.

b La mise en place d'une élimination de la double imposition conditionnant la révélation

L'autre possibilité est de prévoir un dispositif obligatoire d'élimination de la double imposition, conditionnel de la révélation d'une situation triangulaire. Ainsi, la révélation d'un établissement stable dissimulé au moyen d'une fragmentation des contrats ou autres techniques abusives, ne pourrait être effectuée que si, simultanément, la double imposition est éliminée dans l'Etat du siège.

La situation est un peu différente de celle visée ci-dessus. Il n'est plus question de limiter les cas de révélation aux cas où l'avantage fiscal global est démontré mais de conditionner la possibilité de révélation aux situations dans lesquelles la double imposition est effectivement éliminée⁹³¹.

L'OCDE vise cette question au sein de l'Action 14, où il est indiqué :

« Accroître l'efficacité des mécanismes de règlement des différends : trouver des solutions pour lever les obstacles qui empêchent les pays de régler les différends relatifs aux conventions en utilisant la procédure amiable, y compris le fait que la plupart des conventions ne contiennent pas de disposition relative à l'arbitrage et que l'accès à la procédure amiable et à l'arbitrage peut être refusé dans certains cas. »⁹³²

Dans le rapport rendu pour discussion en décembre 2014. Celui-ci ne nous semble pas constituer un progrès significatif sur un sujet qui reste plus politique que technique, même si la question est en évolution. Notre approche de conditionnement des remises en cause à l'élimination de la double imposition dans le texte même du Modèle de convention serait certainement bien plus efficace. Elle constituerait un encouragement des Etats à trouver une solution amiable en l'absence de laquelle les redressements ne seraient pas possibles. On notera que pour un rapport qui ne propose, en réalité, qu'une application effective des dispositifs existants⁹³³, le nombre de commentaires reçus à propos de l'Action 14, supérieurs à 400 pages, peut paraître surprenant. D'une part, cela confirme la crainte de l'extension du nombre de doubles impositions conséquences de l'initiative *BEPS*, mais aussi peut-être, le fait que les agents économiques ont choisi cette action pour tenter de déstabiliser le processus en faisant pression sur les Etats de l'OCDE exportateurs de capitaux et en les alertant sur le risque budgétaire pour ces derniers.

Section 2. L'échec de la lutte contre l'optimisation fiscale industrialisée

La lutte contre l'économie digitale est devenue, dans les dernières années, une obsession. Le mot lui-même est mentionné plus de 50 fois dans le rapport de 2013,

⁹³¹ Alternativement, les deux conditions (démonstration d'un avantage fiscal global et obligation d'une élimination des doubles impositions) pourraient être prises cumulativement en compte.

⁹³² *Plan d'action concernant l'érosion de la base d'imposition et le transfert de bénéfices*, Ed. OCDE 2013, p. 25.

⁹³³ *BEPS Action 14: Make dispute resolution mechanisms more effective*, Ed. OCDE 2014.

qui ne comporte qu'une trentaine de pages hors annexe⁹³⁴ (I). Ce sujet est suivi de celui des structures de commissionnaire présumée abusive par l'OCDE (II).

Le commissionnaire est aussi l'ennemi identifié de l'initiative *BEPS*. Cette structure est présentée comme le fondement de l'optimisation fiscale généralisée, tant sur le plan de l'évitement de la reconnaissance d'une présence imposable au moyen d'un établissement stable, que sur le plan des prix de transfert. Comme toujours, rien n'est si noir, rien n'est si blanc.

Ces deux structures sont représentées comme la source d'une optimisation fiscale industrialisée justifiant des changements importants du système fiscal mondial. Il se trouve que ces deux secteurs bénéficient de situations triangulaires non-révélées optimisées. Il nous semble que c'est l'optimisation de masse qui est visée à l'instar des révélations, en matière de personnes physiques, des comptes au Panama⁹³⁵. Même si l'ampleur de la question est exagérée par les medias, il n'est pas possible de l'ignorer⁹³⁶.

I. L'économie digitale⁹³⁷

L'économie digitale supporte un déficit d'image en matière fiscale. Autant les évolutions technologiques proposées sont vues positivement⁹³⁸, autant les structures fiscales de ces groupes sont constamment la cible de la presse et dans une moindre mesure, des gouvernements (A). Techniquement, l'activité digitale est inadaptée au système fiscal actuel et ceci pour quatre raisons principales :

- L'évolution technologique ne pouvait être anticipée, compte tenu de sa soudaineté et a entraîné l'émergence de *business model* mondiaux nouveaux.

⁹³⁴ *Plan d'Action Concernant l'Erosion de la Base d'Imposition et le Transfert de Bénéfices* – Ed. OCDE 2013

⁹³⁵ « Panama papers » : 140 personnalités internationales ont utilisé des sociétés offshore », http://www.lemonde.fr/panama-papers/article/2016/04/04/panama-papers-ces-12-dirigeants-mondiaux-qui-ont-utilise-des-societes-offshore_4894962_4890278.html#7zY7PzFBZMY0QAhu.99, *Le Monde*, 4 avril 2016.

⁹³⁶ Spengel (C.), Fuest (C.), Fiske (K.), Heckmeyer (J.), Nusser (H.), « Profit shifting and “aggressive” tax planning by multinational firms: issue and options for reform », *World Tax Journal*, IBFD, October 2013, p. 308-323.

⁹³⁷ Blum (D.), « Permanent establishments and Action 1 on the digital economy of the OECD base erosion and profit shifting initiative – the Nexus criterion redefined ? », *Bulletin*, IBFD, June/July 2015, p. 314-325.

⁹³⁸ Encore que l'approche évolue rapidement sur ce sujet et l'uberisation de la société n'est plus systématiquement appréciée.

- L'approche de la mobilité entraîne un changement de paradigme essentiel, non prévisible. Les activités peuvent être conduites d'endroits non fixes, sans présence physique stable, au moyen d'outils portables.
- Les groupes ne sont plus valorisés de manière traditionnelle sur une marge et un résultat net positif, mais sur une valorisation d'un potentiel boursier et des incorporels.
- La plupart des acteurs de l'économie digitale sont américains et ont une analyse du caractère agressif de leur politique fiscale qui ne correspond pas à la culture européenne.

L'appréhension de l'activité par les autorités fiscales nationales et internationales marque surtout, selon nous, un échec à poser une solution pérenne équilibrée (B).

A. *La non-reconnaissance de la notion d'établissement stable digital*

L'activité digitale a utilisé un système fiscal existant à son profit en se fondant sur une analyse littérale de l'équilibre fiscal mondial issu d'une vision du XX^{ème} siècle (1). Elle a industrialisé l'application de ces principes aboutissant à des situations extrêmes, démontrant la faillite du système (2).

1. *La mise en place de situations triangulaires optimisées*

a *Le digital américain, ennemi public numéro 1*⁹³⁹

La volonté politique est marquée et même affichée, puisque c'est l'Action n° 1 qui est dédiée à ce thème, rendant hommage au sujet, qui a été le fondement de l'initiative *BEPS*. Il est ainsi indiqué :

« Identifier les principales difficultés posées par l'économie numérique pour l'application des règles fiscales internationales existantes, et élaborer des solutions détaillées pour les résoudre, en adoptant une

⁹³⁹ Cerioni (L), « The new Google tax: the beginning of the end for tax residence as a connecting factor for tax jurisdiction? », *European Taxation*, IBFD, May 2015, p. 185-195.

démarche globale et en tenant compte à la fois de la fiscalité directe et indirecte. Les aspects à examiner incluent notamment la possibilité, pour une entreprise, d'avoir une présence numérique significative dans l'économie d'un autre pays sans pour autant y être soumise à l'impôt en raison de l'absence de lien au regard des règles internationales en vigueur, l'attribution de la valeur générée par la création de données géolocalisées grâce à l'utilisation de produits et de services numériques, la qualification des bénéficiaires générés par de nouveaux modèles économiques, l'application des règles du pays de la source, et les moyens permettant de garantir le recouvrement effectif de la TVA/TPS en cas de fourniture transnationale de biens et de services numériques ; cette liste n'est pas exhaustive. Ces travaux nécessiteront une analyse approfondie des différents modèles économiques en vigueur dans ce secteur. »⁹⁴⁰

La première conséquence de cette déclaration est de reconnaître que la notion d'établissement stable ne permet pas d'imposer les profits liés au numérique. C'est au centre de notre sujet, même si nous serions enclins à penser que l'OCDE pourrait être moins négative sur la possibilité de remettre en cause, sur le fondement des instruments disponibles, les situations manifestement abusives. Cette vision est peut-être un moyen de mettre en évidence l'intérêt de sa propre démarche. Une simple adaptation des concepts en vigueur n'aurait probablement pas permis, à l'initiative BEPS, de réussir son opération de communication auprès des gouvernements.

Il est important de noter que la TVA est, sans doute, une imposition plus adaptée pour résoudre la question. On notera que, dans l'Union européenne, la faillite originelle du système est liée aux négociations menées par les mêmes Etats, lors de la mise en place du régime transitoire de TVA, système changé le 1^{er} janvier 2015. Cette lacune est désormais derrière nous, rendant, au sein de l'Europe, la concurrence sur les taux de TVA, impossible. La fin de cet avantage entraîne un alignement progressif des structures, comme le démontre, par exemple, l'évolution du groupe *Amazon*, qui a désormais accepté d'augmenter l'imposition directe dans l'Etat de source, dès lors que l'avantage en matière de TVA, lié à l'application du taux dans l'Etat de source,

⁹⁴⁰ Action 1 : Plan d'action concernant l'érosion de la base d'imposition et le transfert de bénéficiaires, Ed. OCDE, 2013.

ne s'applique plus. Ici encore, une optimisation, clairement issue de l'incohérence des représentants des Etats, arrivant à son terme, est présentée comme une victoire du politique sur les multinationales⁹⁴¹.

Reprenant son approche initiale en matière d'économie digitale, l'OCDE considère que le système dans son ensemble est inefficace et que l'économie numérique n'est qu'un symptôme de cette situation. La solution est donc globale et générale, sans élément pertinent applicable uniquement à ce secteur, au contraire des discours politiques. Il est proposé:

« (...) d'œuvrer à la cohérence internationale de la fiscalité des sociétés. La mondialisation signifie que les politiques nationales, y compris fiscales, ne peuvent pas être conçues d'une manière isolée. La politique fiscale est au cœur de la souveraineté nationale, et chaque pays est libre de concevoir son système fiscal comme il l'entend. Dans le même temps, l'interconnexion croissante des économies nationales met en lumière les failles qui peuvent être générées par les interactions entre les législations fiscales nationales. Il est donc nécessaire de compléter les règles visant à éviter la double imposition par un ensemble entièrement nouveau de normes destinées à établir une cohérence internationale en fiscalité des sociétés. »⁹⁴²

La Commission européenne a abordé la difficulté sous le même angle dans ses travaux récents, démontrant que la problématique est mondiale⁹⁴³. Elle constate qu'effectivement le concept d'établissement stable est central pour la compréhension et «*requiert actuellement un niveau minimum de présence physique permanent dans un Etat donné*». Elle enregistre que l'analyse revisitée de ce concept peut être nécessaire, compte tenu des évolutions, tout en soulignant que la manière de conclure des contrats a changé en raison de développement d'internet, et que la présence de personnel, localement, n'est plus nécessaire pour conclure des contrats, qui peuvent être conclus eux-mêmes par internet⁹⁴⁴. Ce qui affecte notre sujet, c'est que toutes les activités mêmes industrielles vont se

⁹⁴¹ Bertrand (P), Madelin (T), « Amazon va bientôt payer des impôts en France », *Les Echos*, 25 mai 2015.

⁹⁴² Action 1 : Plan d'action concernant l'érosion de la base d'imposition et le transfert de bénéfices, Ed. OCDE, 2013.

⁹⁴³ European commission on taxation of the digital economy, Report 28/05/2014.

développer selon une stratégie comparable, élargissant considérablement la question. A notre avis, la nécessité de contracter n'a pas disparu, c'est la localisation de la formalisation de l'accord qui représente un critère dépassé.

Pour les représentants de l'Etat français qui ont été amené à étudier le sujet, il conviendrait d'étendre la notion d'établissement pour analyser la question du numérique, en introduisant la notion de « travail gratuit » et en permettant aussi la rémunération de ces fonctions gratuites⁹⁴⁵. En effet, comme il est noté dans les études récentes, la valeur de l'activité est souvent liée à la capacité de disposer de contacts au profit de clients d'activités plus traditionnelles. Ces analyses n'offrent aucune solution pratique en matière de situations triangulaires.

b La combinaison systématique des avantages fiscaux

Ce qu'il est important de noter, c'est que l'optimisation fiscale mise en place par les groupes, exerçant une activité dans le domaine du digital est une optimisation combinant plusieurs avantages, dont l'existence d'une situation triangulaire non-déclarée dans le pays d'exercice de l'activité, mais pas uniquement.

L'optimisation recherchée est destinée à éviter une imposition immédiate aux Etats-Unis à un taux de 35 % d'une part, et à limiter au maximum l'imposition dans l'Etat de source au moyen d'une situation triangulaire non-révélee, d'autre part. Alors même que les *CFC* américaines sont extrêmement efficaces, les structures utilisées ont recours aux règles de *Check the box* américaines afin d'éviter une imposition directe aux Etats-Unis en application des *CFC*.

Le principe, en partant de l'Etat dans lequel se déroule l'activité, est de ne pas déclarer un établissement stable local et de minimiser le profit au moyen de paiement de redevances. Ces redevances sont ainsi versées dans des Etats à faible fiscalité. Pour éviter une imposition immédiate aux Etats-Unis de ces redevances, qui sont

⁹⁴⁴ *Report of the Commission Expert Group on Taxation of the Digital Economy*, 28/05/2014, p. 49.

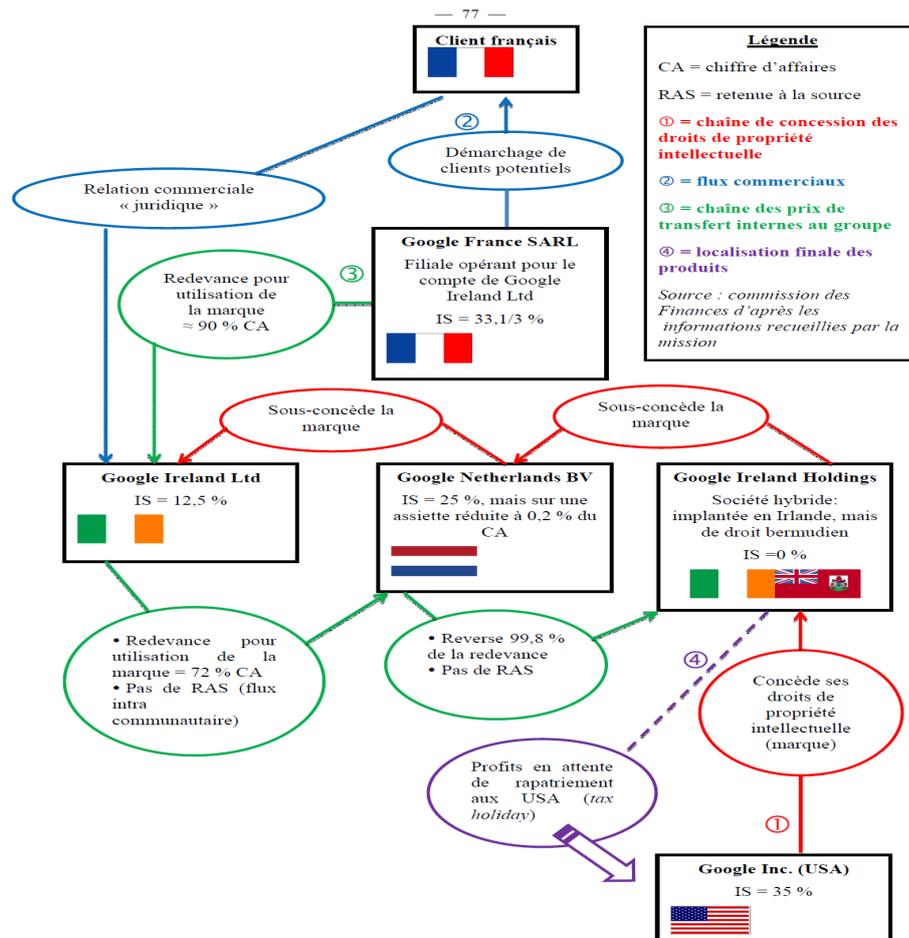
⁹⁴⁵ Pierre Collin, Nicolas Colin, « Mission d'expertise sur la fiscalité de l'économie numérique », rapport au ministre de l'économie janvier 2013.

reçues par des sociétés localisées dans des Etats à faible fiscalité, il est fait une *Check the box election*, afin que ces paiements ne soient pas pris en compte du point de vue fiscal américain. Enfin, si l'engagement d'un réinvestissement est pris, les impositions sur le rapatriement futur ne sont même pas prises en compte dans les comptes consolidés. La partie des profits relative à la gestion des incorporels localisés *off-shore* est substantielle, dans la mesure où ces incorporels sont essentiels pour l'activité.

En conclusion, l'activité opérationnelle n'est pas imposée dans l'Etat de source, puisqu'aucun établissement stable n'est déclaré en application d'une lecture stricte du texte de convention fiscale, mais est routée dans un Etat à fiscalité plus légère, par exemple l'Irlande. L'imposition irlandaise étant encore trop élevée, la société bénéficiaire des flux est très faiblement imposée localement, étant elle-même une société non-résidente d'un point de vue fiscal en Irlande⁹⁴⁶. Cette quasi non-imposition a été combattue par certains Etats, en particulier les Etats de source qui s'estiment lésés par ces pratiques⁹⁴⁷.

⁹⁴⁶ Enregistré à la Présidence de l'Assemblée nationale le 10 juillet 2013. Rapport d'information déposé en application de l'article 145 du Règlement par la commission des Finances, de l'Economie générale et du Contrôle budgétaire en conclusion des travaux d'une mission d'information sur l'optimisation fiscale des entreprises dans un contexte international et présenté par M. Pierre-Alain Muet, rapporteur M. Éric Woerth, président de la mission.

⁹⁴⁷ Stewart (R.), « Abuse and economic substance in a digital BEPS World », *Bulletin*, IBFD, June/July 2015, p. 399-409.



La structure a été explicitée par l'Assemblée nationale comme un contournement des règles internationales, alors qu'elle se fonde principalement sur des fiscalités avantageuses offertes par les Etats tels que l'Irlande et les Etats-Unis.

Sous couvert d'une lutte directe contre les structures mises en place dans le domaine du digital, l'OCDE s'attaque en réalité, en même temps, à la concurrence fiscale entre Etats, qui est hors de portée de ses objectifs. On notera, en outre, que de nombreuses règles de *CFC*, y compris celles découlant de l'article 209B du CGI, permettraient une approche comparable à des acteurs localisés dans d'autres Etats.

Notre vision de la question est de considérer que la gestion à court terme de la difficulté peut être faite au travers d'une lecture constructive des commentaires en vigueur, et qu'il faudrait créer, dans un second temps, un dispositif spécial pour l'industrie du digital, sachant que dans un avenir proche toutes les industries seront

digitales, ou toutes les entreprises digitales seront aussi des industries⁹⁴⁸. C'est là le cœur de la question.

2. *La faillite du système*

a *La crise économique, politique et technique*

La première faillite est économique. Les Etats, y compris la France, n'ont pas pris la mesure de la révolution et ont continué à traiter les agents du digital comme d'autres agents, entraînant la suprématie des Etats-Unis qui ont aidé le financement de telles activités. Qui se souvient des moteurs de recherches français nés à l'origine ?

La seconde erreur, qui a des ramifications fiscales et qui a été ignorée par les gouvernements, est que la notion de localisation de ces activités a été profondément repensée par ces acteurs. Non seulement, ils n'ont plus besoin d'une présence physique pour conclure des contrats et sont ainsi prompts à localiser leur centre de décisions dans des juridictions éloignées de leurs clients⁹⁴⁹, mais aussi, ces industries sont capables de délocaliser les « cerveaux ». En ce qui concerne les situations triangulaires, cela signifie que ces acteurs vont minimiser le niveau d'imposition dans l'Etat de source, et aussi minimiser l'imposition dans l'Etat du siège, au profit d'Etats intermédiaires à faible fiscalité. La question de la présence taxable à la source est essentielle. Ces acteurs sont présents dans l'Etat de source, ils n'y déclarent, cependant, pas de base taxable sur le fondement de la rédaction des conventions fiscales.

Du point de vue économique enfin, les acteurs américains sont tellement en avance sur les concurrents étrangers, à l'exception des Chinois, qu'un changement des règles ne permettrait pas, sans autre modification, de voir émerger des concurrents crédibles comparables en Europe, par exemple. Pour favoriser une concurrence réelle, le système fiscal à lui seul ne suffit pas. Les acteurs du numérique se sont greffés sur une société en mutation pour en utiliser les évolutions les plus profondes et les plus

⁹⁴⁸ Ridha Loukil, « General Electric regroupe ses forces numériques dans GE Digital... pour mieux défier Google ? », *L'usine digitale*, 15 septembre 2015.

⁹⁴⁹ Public Discussion draft - *BEPS action 1: address the tax challenges of the digital economy*, 24 March 2014, Ed. OCDE 2014, p. 43.

symptomatiques et vider de leurs talents les autres pays. La communication politique est totalement décalée pour répondre à cette épreuve.

On peut rejoindre l'OCDE sur la constatation que les règles actuelles ne règlent pas, de manière acceptable, les situations dans lesquelles le client n'est pas nécessairement la source directe du profit. Contrairement aux activités traditionnelles, le client souhaite accéder à une richesse collectée sous forme de données. La localisation de ces données au travers de critères contenus dans les conventions fiscales n'est plus assurée.

Aucune fiscalité inventée à la sortie de la dernière guerre mondiale n'est calibrée pour répondre à un tel défi, les politiques étant quant à eux décrédibilisés sur ces questions, naviguant entre démagogie électorale et clientélisme. La TVA, impôt sur les flux, est potentiellement plus adaptée à la question qu'une modification de la définition de l'établissement stable.

Mais la question est encore plus techniquement incertaine. A supposer que l'établissement puisse être identifié, le montant du profit à allouer à cet établissement sera extrêmement compliqué, à déterminer dans un *business model* où le profit n'est pas la mesure adaptée à la valeur. Les politiques et certains analystes en guerre contre ces acteurs l'ont compris et se contentent d'attaquer systématiquement ceux-ci sur la disproportion entre le chiffre d'affaires réalisé sur un territoire et le montant minime de l'impôt payé sur celui-ci⁹⁵⁰, se gardant bien de tenter de délimiter un profit territoire par territoire alors que ces entreprises elles-mêmes, par essence mondialistes, ne sont probablement pas en mesure d'identifier une telle donnée, si elle est inadaptée à leur vision de conquête de marchés et territoires.

Avant d'être une faillite technique, la situation de l'industrie digitale cache, à notre avis, un échec politique. Chaque Etat envisage une lutte contre l'optimisation, mais chaque Etat propose également un dispositif accommodant pour telle ou telle situation jugée importante en matière d'investissement. Dans le domaine digital,

⁹⁵⁰ Ferran (B), « Google a baissé de 35 % ses impôts payés en France », *Le Figaro*, 17 août 2015. Journaliste qui désormais publie chaque année des analyses identiques, cf. « Google n'a payé que 7,7 millions d'euros d'impôt sur les sociétés en 2013 », *Le Figaro*, 11 septembre 2014 et de même en octobre 2013.

chaque Etat ne souhaite pas accueillir de multinationales exerçant cette activité sans base imposable, mais chaque Etat exportateur de technologie ne souhaite pas non plus que les revenus de l'activité de ses champions nationaux soient imposés de manière systématique et exclusive dans l'Etat de source.

L'action des Etats fondée sur une publicité de la chose fiscale a cependant atteint ses limites, en particulier en matière de situations triangulaires.

La première limite est que la lutte contre la non-déclaration de situations triangulaires par ces acteurs, rendue publique en première page des journaux par des acteurs en quête de victoires, n'a pas porté de fruits immédiats. Le déclenchement d'opérations sensationnelles et diverses perquisitions contre des acteurs qui n'avaient absolument pas l'intention de fuir ou de cacher leur planning, a démontré une méconnaissance de la stratégie, voire de la culture de ces agents⁹⁵¹ que ce soit Google, Microsoft ou E-Bay.

En outre, on peut relativiser les arguments des politiques en indiquant que, parmi les accusés, il y a des acteurs hors de l'économie digitale comme, par exemple, Starbucks. Ils figurent dans les cibles, parce que leur incorporel est, comme pour l'économie du digital, un élément essentiel de leur valeur.

L'Europe a contourné cette difficulté en utilisant une action issue de l'article 107, paragraphe 1, du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (TFUE) qui prévoit que les aides d'Etat qui affectent les échanges entre Etats membres et menacent de fausser la concurrence en favorisant certaines entreprises, sont en principe incompatibles avec le marché unique de l'Union Européenne. Cette action est, à notre avis, plus efficace, car elle vise les groupes et les Etats, et dispose d'un régime de sanction bien établi. Des avantages fiscaux sélectifs peuvent constituer une aide d'Etat. Il ne s'agit pas d'une remise en cause des régimes fiscaux, mais des conditions dans lesquelles la répartition unilatérale du droit d'imposer est appliquée au profit de certains intervenants sélectionnés.

⁹⁵¹ Perinel (Q), « Google vers un redressement fiscal d'un milliard d'euros », le Figaro 4 février 2014,

L'aide d'Etat ne sera reconnue que si les dispositifs ne sont pas fondés, pour rémunérer une filiale ou une succursale, sur des conditions du marché, et un principe de pleine concurrence, la définition exacte de celui-ci restant à préciser pour la Commission.

Ce type d'action est assez dissuasif⁹⁵². Ainsi, cette action a amené l'Irlande à modifier, de manière unilatérale, sa pratique et arrêter la délivrance de « *rulings Irish sandwich* ».

b Les intérêts divergents des acteurs en présence

La plus grosse difficulté est constituée par le fait que, même si le discours politique est celui d'une fermeté morale généralisée, la réalité est que chacun prend en compte son intérêt propre et les conséquences pour son économie.

La France, ainsi, est un pays exportateur de technologie. Toute extension des notions d'imposition dans l'Etat de source pourrait aboutir à une perte pour l'Etat français. Cette donnée n'est pas neutre. Une chose est de s'attaquer en contentieux à des agents identifiés par le public comme des cibles visibles, une autre est de mettre en place une législation permettant de proposer un régime acceptable et adapté, dont l'objet est aussi d'attirer les investissements.

De leur côté, les Etats-Unis ne peuvent céder sur ce point sans contrepartie, au risque de voir une partie significative de leur économie se délocaliser, les acteurs de ce domaine étant prompts à changer de localisation. Il est vrai que la mobilité est probablement l'élément le plus important de cette révolution digitale.

⁹⁵² Trois accords de fixation des prix de transfert sont examinés:

- les décisions adoptées par les autorités fiscales irlandaises en ce qui concerne le calcul du bénéfice imposable attribué aux succursales irlandaises d'Apple Sales International et d'Apple Operations Europe;
- la décision adoptée par les autorités fiscales néerlandaises en ce qui concerne le calcul de l'assiette d'imposition, aux Pays-Bas, pour des activités de fabrication de Starbucks Manufacturing EMEA BV;
- la décision adoptée par les autorités fiscales luxembourgeoises en ce qui concerne le calcul de l'assiette d'imposition, au Luxembourg, pour des activités de financement de Fiat Finance and Trade.

B. La réponse impossible ?

Est-ce qu'aucune réponse n'est possible⁹⁵³? La question n'est pas simple. Deux approches sont possibles. Soit une utilisation améliorée des dispositifs actuels avec une lecture plus « dans le contexte » du Modèle actuel de convention fiscale (1), soit une réforme qui pourrait être axée dans deux directions, à savoir : l'élargissement de la notion d'établissement stable ou la création de nouveaux concepts⁹⁵⁴(2). L'évolution est loin d'avoir atteint son objectif.

1. L'utilisation incertaine des dispositifs existants⁹⁵⁵⁹⁵⁶

a Une analyse constructive des critères dérogatoires de reconnaissance d'un établissement stable

La première solution est de considérer que la non-révélation par les acteurs du digital d'une situation triangulaire est fondée sur une définition trop extensive des exceptions listées à l'article 5 du Modèle de convention fiscale, en particulier du caractère préparatoire et auxiliaire d'une activité.

Plusieurs commentaires peuvent être faits.

Tout d'abord, il n'est pas certain que cette exception puisse être utilisée de manière étendue dans le secteur digital. A supposer que certaines activités digitales accessoires soient non-imposées en application de ce texte, il nous semble qu'économiquement, l'activité en cause n'est pas différente des autres activités donc non-accessoire.

Le Modèle actuel prend en compte une certaine flexibilité qui offre une protection suffisante en matière d'abus, en particulier en précisant que le caractère accessoire est

⁹⁵³ Hellerstein (W.), « Jurisdiction to tax in the digital economy: permanent establishment and others establishment », *Tax Treaty Monitor*, IBFD, June/July 2014, p. 346-351.

⁹⁵⁴ Blum (D), « Permanent establishments and action 1 on the digital economy of the OECD base erosion and profit shifting initiative – The nexus criterion redefined ? », *Bulletin*, IB FD, June/July 2015, p. 314-324.

⁹⁵⁵ Harington (J), « Increased taxation of digital economy: can OECD countries get it if they really want? », *TNI*, January 2014, p. 147-151.

⁹⁵⁶ Singh (K), « Taxing E-Commerce on the basis of permanent establishment : critical evaluation », 2014-42, *Intertax*, Issue 5, pp. 325-333.

analysé au regard de l'activité de l'entité elle-même, interdisant une fragmentation purement fictive.

De ce point de vue, les commentaires actuels sont relativement protecteurs :

« Il est souvent difficile de distinguer entre des activités qui ont un caractère préparatoire ou auxiliaire et celles qui n'ont pas ce caractère. Le critère décisif consiste à 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. »⁹⁵⁷

Ainsi, une activité isolée de gestion des actifs n'est pas préparatoire ou auxiliaire:

« (...) Une installation fixe d'affaires dont l'objet général est identique à celui de l'ensemble de l'entreprise n'exerce pas une activité préparatoire ou auxiliaire. Lorsque, par exemple, une entreprise a pour objet de veiller à l'exécution de contrats portant sur des brevets et du know-how, l'installation fixe d'affaires de cette entreprise qui exerce cette activité ne peut bénéficier des dispositions de l'alinéa e). Une installation fixe d'affaires dont la fonction est de gérer une entreprise, ou même seulement une partie d'une entreprise ou d'un groupement d'entreprises, ne peut être considérée comme exerçant une activité préparatoire ou auxiliaire, car de telles activités de direction sont d'un niveau nettement supérieur. »⁹⁵⁸

En réalité, en ce qui concerne le digital, la véritable question est la capacité à délocaliser le lieu formel de signature des contrats, qui se trouve partiellement protégé par les commentaires actuels. Ce critère n'est que partiellement couvert. Sur ce point, il est précisé :

« L'expression « de pouvoirs [...] lui permettant de conclure des contrats au nom de l'entreprise » ne restreint pas l'application du paragraphe à un agent concluant des contrats littéralement au nom de l'entreprise; le

⁹⁵⁷ Com. 24 sous l'article 5 du Modèle de convention fiscale.

paragraphe s'applique aussi à un agent qui conclut des contrats qui engagent l'entreprise même si ces contrats ne sont pas effectivement conclus au nom de l'entreprise. »⁹⁵⁹

Les commentaires reconnaissent ensuite la possibilité pour une présence existante d'être considérée comme un établissement stable si celle-ci, en fait, négocie tous les détails d'un contrat. On pourrait imaginer qu'un simple « clic » pour validation ne soit pas suffisant pour éviter la reconnaissance d'un établissement stable, en particulier si ce *clic* interdit la négociation des conditions de vente, adaptées à un marché, ces dernières étant négociées dans l'Etat de source. Il est ainsi précisé :

«(...) Une personne autorisée à négocier tous les éléments et détails d'un contrat de manière à obliger l'entreprise peut être considérée comme exerçant ses pouvoirs « dans cet État », même si le contrat est signé par une autre personne dans l'État où est située l'entreprise ou si la première personne n'a pas reçu formellement un pouvoir de représentation. (...) . »⁹⁶⁰

On remarquera que, formellement, ces commentaires ne permettent pas la reconnaissance d'un établissement lorsque le contrat est signé dans un autre Etat. On peut penser que le lieu de signature du contrat n'est qu'un élément supplémentaire de protection. Ce qui compte, c'est le fait qu'une entité distincte se limite à signer un contrat déjà négocié, que cette signature soit dans l'un ou l'autre Etat contractant ne change rien. Ce point devrait être précisé pour l'activité digitale au moins, car les commentaires actuels ne sont pas favorables.

On notera que la question n'est pas totalement tranchée par les juridictions puisque certaines acceptent de reconnaître l'existence d'un établissement stable au travers

⁹⁵⁸ Com. 24 sous l'article 5 du Modèle de convention fiscale.

⁹⁵⁹ Com. 32.1 sous l'article 5 du Modèle de convention fiscale.

⁹⁶⁰ Com. 33 sous l'article 5 du Modèle de convention fiscale.

d'un serveur, analyse pouvant probablement entraîner une vision élargie de la notion d'établissement sans présence humaine⁹⁶¹.

*b Tentative d'extension de la notion d'établissement en l'absence de présence humaine*⁹⁶²

En ce qui concerne la reconnaissance de l'activité électronique et numérique, force est de constater que les spécificités ne sont prises en compte que de manière archaïque. L'activité numérique et digitale est en effet une activité à intensité de main d'œuvre relativement faible.

Plusieurs situations dans les commentaires actuels tentent de proposer des règles d'imposition pour des activités sans présence humaine. Celles-ci ne permettent pas de traiter de manière convenable l'activité digitale.

Le premier cas, actuellement visé par les commentaires du Modèle de convention fiscale est celui de la location d'équipement industriel. La démarche proposée n'est toutefois pas adaptée laissant, à notre avis, une part trop grande au caractère localisable de l'activité, en particulier la maintenance des services, critère totalement inadapté pour des activités digitales. Le dispositif autorise la non-reconnaissance d'un établissement stable d'une manière trop étendue⁹⁶³.

La question est aussi abordée en matière d'utilisation de réseau de communication, mais les cas visés sont beaucoup trop limités pour offrir une solution générale⁹⁶⁴. Ils

⁹⁶¹ Monsengo (J), « May a server create a permanent establishment? Reflections on certain questions of principle in light of Swedish case », *International transfer pricing journal*, IBFD, July/august 2014, p. 247-257.

⁹⁶² Sujet déjà abordé dans le passé par la doctrine sans que les réponses permettent de clarifier la situation de l'économie digitale. Par exemple, Caridi (A.), « Proposed changes to the OECD commentary on article 5: part 1 the physical PE notion », IBFD, *European Taxation*, January 2003, p. 8-19, « Proposed changes to the OECD commentary on article 5: part 2 the construction PE notion, the negative list and the agency PE notion », IBFD, *European Taxation*, February 2003, p. 38-46. Doenberg (R.), Raad Van (K), « Electronic commerce changing income tax treaty principles a bit? », *TNI*, 23 November 2000, p. 2417-2430. SHALHAV (S.), « The revised permanent establishment rules », *Intertax*, 2003, n°4, p. 131-147.

⁹⁶³ Cf. Com. 8 sous article 5 du Modèle de convention fiscale qui précise: « *Lorsqu'une entreprise d'un État contractant utilise une installation fixe d'affaires dans l'autre État contractant pour louer ou donner à bail à des tiers des biens corporels tels qu'installations, équipement industriel, commercial ou scientifique (ICS), immeubles ou des biens incorporels tels que brevets, procédés de fabrication et autres, cette activité confèrera en général à l'installation d'affaires le caractère d'un établissement stable. (...) Si une entreprise d'un État loue ou donne à bail des installations, de l'équipement ICS, des immeubles ou des biens incorporels à une entreprise de l'autre État sans disposer pour cette activité de location d'une installation fixe d'affaires dans l'autre État, les installations, l'équipement ICS, les immeubles ou les biens incorporels donnés à bail ne constitueront pas par eux-mêmes un établissement stable du bailleur à condition que le contrat se limite à la simple location de l'équipement ICS, etc...* »

⁹⁶⁴ Cf. Com 9.1 sous l'article 5 du Modèle de convention qui indiquent : « *Un autre exemple dans lequel une entreprise ne peut être considérée comme exerçant tout ou partie de son activité par l'intermédiaire d'une installation d'affaires est celui de l'opérateur d'un réseau de télécommunications d'un État contractant qui conclut un accord d'itinérance avec un*

ne présentent pas de caractéristiques similaires à l'économie digitale et ne proposent que des réponses à quelques situations particulières.

De même, les commentaires reconnaissent la possibilité de constater une présence taxable pour des activités automatisées, laissant entrevoir une piste de réflexion pour les contrats conclus au moyen d'un *clic*, la difficulté étant que pour le digital le *clic* est localisé dans un Etat tiers, alors que les commentaires actuels sont limités à l'analyse de la nature de la présence directe.⁹⁶⁵

Enfin, à la suite de modifications intervenues en 2003, le Modèle tente de régler la question des équipements informatiques utilisés pour effectuer des transactions dématérialisées. La principale difficulté est que la délocalisation des serveurs eux-mêmes n'est pas extrêmement compliquée, délocalisation encouragée par des dispositifs légaux d'accès aux données, en particulier depuis les attentats terroristes en France. Il nous semble que les commentaires laissent une place trop grande au lieu de localisation du serveur en précisant :

« Même si un site où un équipement automatique est exploité par une entreprise peut constituer un établissement stable dans le pays où il est situé 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. À 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

opérateur étranger afin de permettre à ses abonnés d'être accueillis sur le réseau de télécommunications de cet opérateur étranger. En vertu d'un tel accord, un abonné qui voyage en dehors de la zone géographique couverte par le réseau de l'opérateur dont il est un client peut automatiquement faire et recevoir des appels téléphoniques, envoyer et recevoir des données numériques ou accéder à d'autres services par l'intermédiaire du réseau étranger. L'opérateur étranger facture alors à l'opérateur du réseau de cet abonné un certain montant pour un tel usage. En vertu d'un accord d'itinérance typique, l'opérateur auquel l'utilisateur est abonné ne fait que transférer des appels au réseau de l'opérateur étranger et n'opère pas ce réseau étranger et n'y a pas physiquement accès. Pour ces raisons, une installation d'affaires de l'opérateur étranger ne peut être considérée comme étant à la disposition de l'opérateur auquel l'utilisateur est abonné et ne peut donc constituer un établissement stable de cet opérateur. »

⁹⁶⁵ Com. 10. sous l'article 5 du Modèle de convention fiscale. Précise que : « (...) Mais il peut, néanmoins, y avoir établissement stable si les activités de l'entreprise sont exercées principalement au moyen d'un outillage automatique, les activités du personnel se bornant à monter, faire fonctionner, contrôler et entretenir cet outillage ».

installation telle que des locaux ou, dans certains cas, des machines ou de l'outillage » (voir paragraphe 2 ci-dessus) 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 peut donc constituer une « installation fixe d'affaires » de l'entreprise qui exploite ce serveur. »⁹⁶⁶

Les commentaires offrent en outre une définition de l'activité préparatoire ou auxiliaire, inadaptée à des acteurs digitaux⁹⁶⁷.

On peut se demander si ces activités ne sont pas, au contraire, le centre de l'activité des acteurs du digital. Les commentaires prévoient certaines limites *« lorsque ces fonctions constituent en elles-mêmes une partie essentielle et significative de l'activité commerciale de l'entreprise dans son ensemble, ou que d'autres fonctions essentielles de l'entreprise sont exercées par l'intermédiaire de l'équipement informatique⁹⁶⁸ »*. Le serveur demeure un lieu qui pourrait constituer un établissement stable, *« si, toutefois, les fonctions typiques liées à une vente sont exercées à cet endroit (par exemple, si la conclusion du contrat avec le client, le traitement du paiement et la livraison des produits sont effectués automatiquement par l'intermédiaire de l'équipement situé à cet endroit) (..) »⁹⁶⁹*

Paradoxalement, cette approche encourage le recours à des serveurs localisés hors de France et une délocalisation du lieu de signature des contrats mais démontre aussi que la possibilité de reconnaissance d'une présence taxable au travers d'un serveur existe, ne laissant pas les Etats de source totalement désarmés⁹⁷⁰ mais poussant, ici aussi, à une délocalisation accélérée.

⁹⁶⁶ Com. 42.2 sous l'article 5 du Modèle de convention fiscale.

⁹⁶⁷ Com. 42.7 sous l'article 5 du Modèle de convention fiscale. Cette définition est trop large car elle couvre par exemple :
« - assurer un lien de communication — à l'instar d'une ligne téléphonique — entre fournisseurs et clients ;

- faire la publicité de biens ou services ;
— relayer des informations à l'aide d'un serveur miroir à des fins de sécurité et d'efficience ;
— collecter des données sur le marché pour le compte de l'entreprise ;
— fournir des informations. »

⁹⁶⁸ Com. 42.8 sous l'article 5 du Modèle de convention fiscale.

⁹⁶⁹ Com. 42.9 sous l'article 5 du Modèle de convention fiscale.

⁹⁷⁰ Skaarpersico (A. A.), « Erosion of the concept of permanent establishment: electronic commerce », Intertax, 2000, n° 5, p. 188-194.

2. Les solutions nouvelles en gestation

a L'échec de l'initiative BEPS

L'initiative *BEPS* s'est intéressée, dès son début, à la question de l'économie digitale. On peut même dire que c'est l'activité digitale qui a été l'un des vecteurs de communication pour cette initiative.

De ce point de vue, l'activité digitale présente des caractéristiques favorables. Elle est médiatisée, son régime fiscal est mis en exergue dans le pays de source pour souligner la faillite du système, et la gestion fiscale en place est fondée sur une vision anglo-saxonne spécifique du « politiquement correct ». Ces groupes, souvent d'origine américaine, n'ont pas, en outre, cédé aux pressions des administrations fiscales ou médiatiques, alors même qu'elles produisent souvent des biens et services grand public.

Le rapport rédigé par l'OCDE sur l'Action 1, relative à l'imposition du digital reprend la méthode des rapports nationaux sur ce sujet, en présentant un inventaire des activités concernées et aussi des stratégies fiscales en cause⁹⁷¹.

La cible est, à l'instar du vecteur de communication choisi, celle de la question du « *stateless income* », mais aussi la capacité pour cette économie d'exercer une activité sans présence physique au sens classique du Modèle OCDE. La situation est volontairement caricaturée quant à l'impossibilité d'agir pour les Etats de source, mettant en évidence l'obligation de réaction globalisée, organisée par l'OCDE.

Le choix de cette stratégie, qui ne nous semble pas la plus adaptée, va avoir pour conséquence de forcer l'OCDE à proposer de nouvelles règles qui respectent quelques principes :

⁹⁷¹ *BEPS Action 1: address the tax challenges of the digital economy*, March 2014, Ed OCDE 2014. Stewart (M.), « Abuse and economic substance in a digital BEPS World », *Bulletin*, IBFD, June/July 2015, p. 399-409.

- La modification de la liste des exceptions contenues à l'article 5 du Modèle de convention fiscale⁹⁷². Cette approche n'est pas différente de celle élaborée dans le cadre des Actions 6 et 7, en matière d'abus de traité.
- La création d'une nouvelle définition de présence taxable adaptée à ces activités⁹⁷³.
- La mise en place de retenues à la source sur le revenu issu de ces activités.

Une vision combinée au sein de l'Action 6 et/ou de l'Action 7 nous paraîtrait plus adaptée et possible, mais surtout en ligne avec la problématique de situation triangulaire fictive non-déclarée.

A cet effet nous proposons, de rendre la lecture des exceptions à l'article 5 plus stricte, en précisant que le fait que le contrat est signé de manière automatisée hors du pays d'activité ne suffit pas, à lui seul, à permettre d'échapper à la notion d'établissement stable, si tous les éléments sont négociés sur place ou s'il n'existe pas de négociation possible. Nous proposons que la notion de substance soit introduite de manière plus formalisée en ligne avec l'Action 6 et 7 et la question du lien avec le territoire dans lequel s'exerce l'activité. La substance est, selon nous, l'élément fondamental. Il n'est pas possible de toucher des millions de clients sans aucune présence et c'est donc sur la notion de présence qu'il faut travailler. Cette notion est à géométrie variable en fonction de l'activité analysée. Le marché et les institutions ne sont pas encore prêts à s'accorder sur des propositions dans ce domaine.

L'inconvénient de notre approche est qu'elle réduit l'Action 1 à néant, remettant en cause le fondement de la communication organisée de l'OCDE et donc, partiellement son initiative. Par ailleurs, la définition de la substance deviendra prédominante, alors même que cette question est relativement conflictuelle et non traitée dans les *BEPS*, bien qu'il s'agit, selon nous, du sujet principal lié à l'optimisation fiscale⁹⁷⁴. C'est le principal manque des actions *BEPS* pour résoudre notre sujet. Il ne peut pas être

⁹⁷² *BEPS Action 1: address the tax challenges of the digital economy*, March 2014, Ed OCDE 2014, p. 64.

⁹⁷³ *BEPS Action 1: address the tax challenges of the digital economy*, March 2014, Ed OCDE 2014, p. 66.

⁹⁷⁴ Stewart (M), « Abuse of economic substance in a digital BEPS world », *European Taxation*, IBFD, June/July 2015, p. 399- 409.

abordé au travers d'une simple modification du Modèle de convention. Nous serons donc relativement humbles dans nos propositions dans ce domaine⁹⁷⁵.

b Les tentations unilatérales

Le principal risque lié à l'échec de l'initiative est la généralisation d'initiatives unilatérales.

Ce risque peut probablement être relativisé, car chaque Etat est confronté aux mêmes difficultés économiques que l'OCDE dans son ensemble. Il est en effet clair qu'une évolution vers une imposition élargie dans l'Etat de source aboutirait à une perte de revenus des Etats exportateurs de technologies, qui sont ceux touchés par les situations triangulaires non-révélées, mises en place par les multinationales du secteur.

La France ne déroge pas à la règle et les tentatives récentes de communication du gouvernement n'ont pas donné de résultats probants dans ce domaine. Les contraintes politiques nous laissent penser qu'une action doit être envisagée, mais les contraintes techniques nous amènent à anticiper une action périphérique plutôt qu'une modification des exceptions de l'article 5 avec une plus grande prise en compte de la substance. La première tentative lors de la discussion de la Loi de finances pour 2016 a échoué, mais la partie n'est pas terminée.

Enfin, on notera l'initiative du Royaume-Uni, qui a lancé une nouvelle imposition unilatéralement, censée permettre d'imposer les profits sans contradiction avec les traités en vigueur, proposition en lien avec la question des situations triangulaires imparfaitement déclarées, analysée plus avant dans nos travaux.⁹⁷⁶

⁹⁷⁵ Cf. Conclusion de nos travaux.

⁹⁷⁶ Cerioni (L), « The new Google tax : the beginning of the end for tax residence as a connecting factor for tax jurisdiction ? », *European Taxation*, May 2015, p. 185-195.

II. La filiale commissionnaire

A côté des opérations organisées par les entreprises du digital, l'OCDE a identifié une seconde cible constituée des entreprises qui organisent leur système de distribution au travers de structures destinées à réduire l'imposition dans l'Etat dans lequel leurs produits sont commercialisés (A). Ces structures ne sont pas limitées à un secteur particulier d'activité et peuvent se rencontrer dans la distribution des biens, mais aussi des services. Elles sont fondées sur la non-reconnaissance d'une présence taxable dans l'Etat d'exercice de l'activité, elle-même justifiée par une interprétation stricte de l'article 5 du Modèle de convention fiscale à laquelle l'initiative *BEPS* tente de répondre de manière ciblée (B).

A. La non-reconnaissance d'un l'établissement stable filiale

La stratégie ici, au contraire de l'industrie du digital, n'est pas de refuser l'existence d'une présence dans l'Etat d'exercice de l'activité, mais de cantonner le montant imposable à une filiale réalisant une base imposable faible (1), voire symbolique, conséquence combinée des exceptions de l'article 5 et des règles de prix de transfert. Les réponses actuelles ne sont pas adaptées aux situations triangulaires et entraîneraient plus d'inconvénients que d'avantages (2).

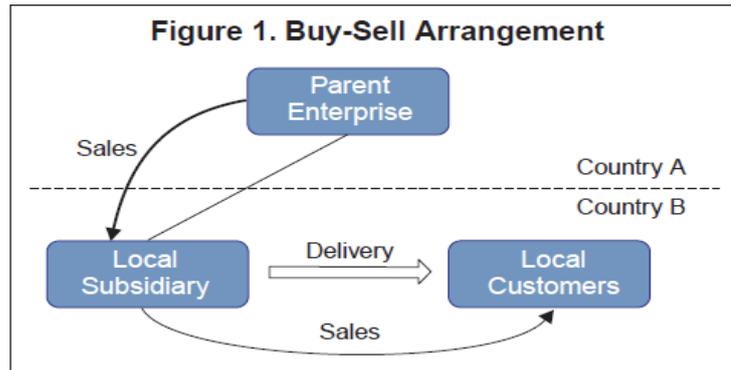
1. L'optimisation fiscale fondée sur l'organisation du réseau de distribution⁹⁷⁷

a L'organisation opérationnelle

La situation est une situation relativement traditionnelle⁹⁷⁸ dans laquelle un groupe, organisé sous la forme d'un acheteur revendeur, se transforme en commissionnaire d'un principal, situé dans un autre Etat à fiscalité faible.

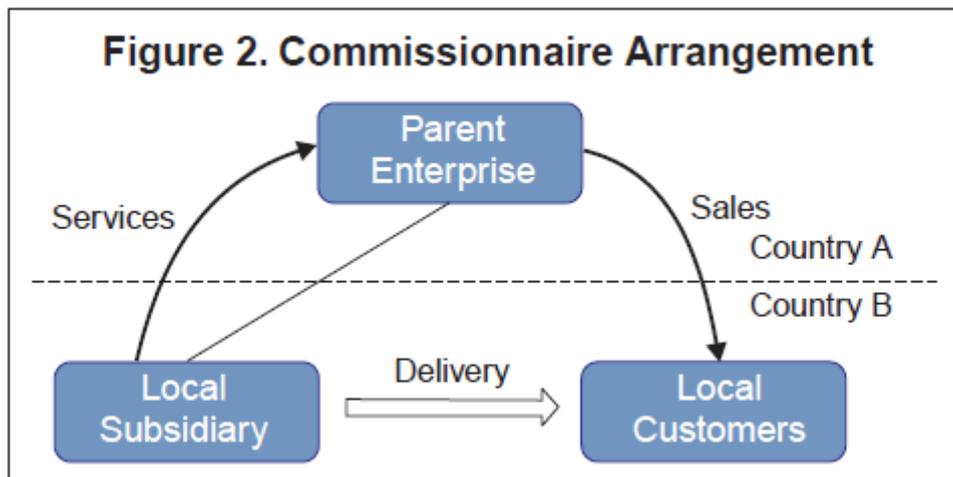
⁹⁷⁷ Parada (P), « Agents v. Commissionnaires: A Comparison Based on the OECD Model Tax Treaty », *TNI*, October 8, 2013. Genoud (R), Master of Advanced Studies (MAS) in Business Law – *Les sociétés principales et leur traitement fiscal* Juillet 2007.

⁹⁷⁸ Cuadros (MA), « Toll and contracts manufacturing structures – Strategies and challenges for Cross Border outsourcing activities », *Bulletin*, IBFD, November 2014.



979

En procédant à la localisation des fonctions et des risques dans l'Etat du siège, l'effet premier de cette réorganisation est une application des règles en matière de prix de transfert, qui permettent un partage de la base imposable en faveur du pays dans lequel est situé le principal. En effet, en raison de la diminution du risque encouru par un commissionnaire, en comparaison de celui pris par un acheteur revendeur qui dispose de la propriété de produits, et du transfert de certaines fonctions accessoires dans le pays du siège, le profit résiduel localisé dans l'Etat où l'activité est exercée, diminue mécaniquement⁹⁸⁰. Le profit du principal n'est pas reconnu dans l'Etat d'exercice de l'activité alors qu'aucun établissement stable n'est déclaré.



Cette structure est extrêmement classique, mais est apparue depuis quelques années comme une cible essentielle de l'OCDE, coïncidant avec l'arrivée de son nouveau directeur des questions fiscales, qui avait lui-même dû gérer dans sa « *vie*

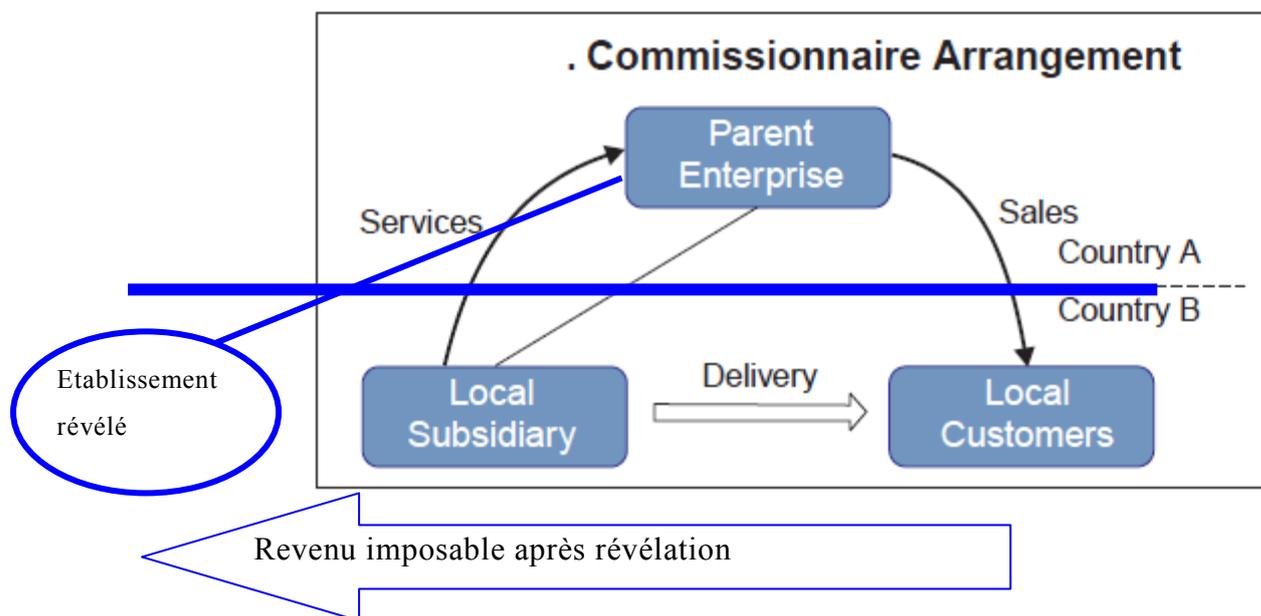
⁹⁷⁹ Uyama (H), « Countering BEPS : preventing abusive commissionnaire arrangements », *TNI*, September 29, 2014, p. 1163-1170.

⁹⁸⁰ Cuadros (MAR), « Toll and contract manufacturing structure – strategies and challenges for cross border sourcing activities », *IBFD, Bulletin*, October 2014, Vol. 68 n° 11.

antérieure », au sein de l'administration fiscale française, des questions identiques avec un succès mitigé dans l'affaire *Zimmer*⁹⁸¹.

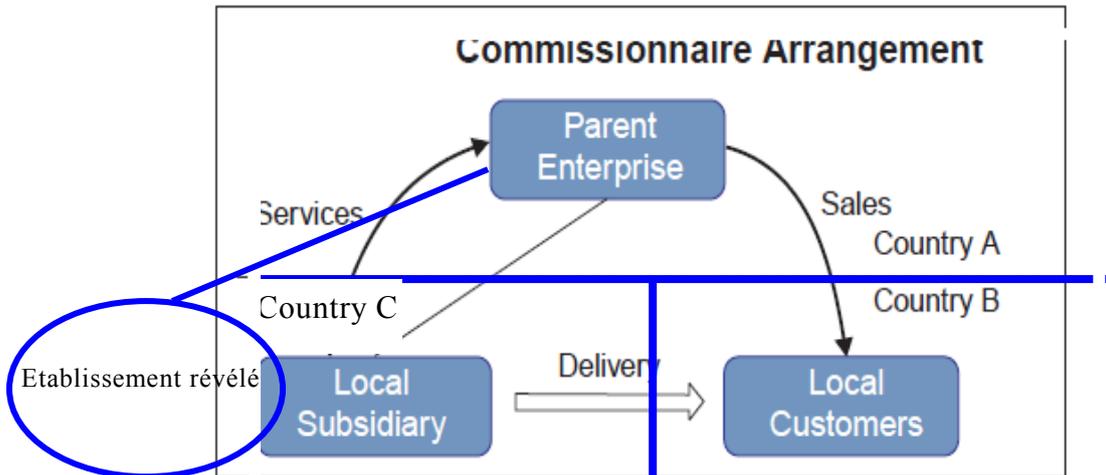
Ces questions, comme toutes celles mises sur la place publique, sont éminemment politiques, car elles aboutissent à un déplacement des activités hors des pays à fiscalité élevée, puisque ces réorganisations sont, en général, concomitantes à un transfert partiel ou total des activités de production, en dehors de l'Etat où était exercée l'activité au travers de la mise en place d'un contrat de façonnier. Les opinions publiques s'en émeuvent d'ailleurs régulièrement.

La première défense envisagée est de considérer que la filiale localisée dans l'Etat de source est en réalité un établissement stable du commettant et ainsi remettre en cause le profit imposable dans cet Etat, qui devrait être attribué à cet établissement en conséquence de la mise en évidence d'une situation triangulaire non-déclarée. En l'absence de déclaration, la reconnaissance est assortie, dans la généralité des cas, de pénalités.



⁹⁸¹ Le Gall (JP), « Can a subsidiary be recharacterized as a permanent establishment of its foreign parent company? », *Tax Law review*, 2007, n° 1. Le Gall (JP), Dibout (P), « Un hybride atypique: la filiale française établissement stable de la société mère étrangère (à propos de l'arrêt du conseil d'Etat, *Sté Interhome AG*, du 20 juin 20013 », *Dr. Fiscal*, n° 47, 2004. Blanluet (G), « Le commissionnaire, un établissement stable du commettant ? Réflexions autour de l'affaire Zimmer », *Dr. fiscal*, Com. 79, 21 janvier 2010. Gutmann (D), « La filiale commissionnaire: un établissement stable », in *Ecrit de fiscalité des entreprises*, Litec 2009, p. 537. Douvier (P.-J.), Lordkipanitze (X.), « Zimmer case: the issue of the deemed existence of a permanent establishment based on status as a commissionnaire », *European Taxation*, IBFD, July/August 2010, p. 266-269. Gouthière (B), « Zimmer "commissionnaire" agent is not a permanent establishment », *European Taxation*, IBFD, August 2010, p. 350-358

On peut imaginer que cette situation triangulaire soit transformée en situation triangulaire trilatérale, si le client est dans un Etat tiers de celui de la filiale locale, aboutissant à la situation post révélation suivante :



Cette structure est utilisée de manière généralisée par les groupes américains, même si d'autres groupes disposant de règle de *CFC* favorables, comme par exemple la France et le Royaume-Uni, pourraient les mettre en place au sein de l'Europe.

b La protection du Modèle de convention fiscale confirmée par les juridictions⁹⁸²⁹⁸³⁹⁸⁴

Le Modèle de convention fiscale ne répond pas spécifiquement à cette question mais traite des notions d'établissement stable du principal et de celle d'établissement stable au sein d'une filiale⁹⁸⁵. Il est indiqué dans le Modèle d'une part à l'article 5.7 :

« Le fait qu'une société qui est un résident d'un Etat contractant contrôle ou est contrôlée par une société qui est un résident de l'autre Etat contractant ou qui y exerce son activité (que ce soit par l'intermédiaire

⁹⁸² Lee A. Sheppard, « News Analysis: The Brave New World of the Dependent Agent PE », *TNI*, July 1, 2013.

⁹⁸³ Gusmeroli (M), Henie (L), Baranger (s), Garibay (S), Godillo (I), « The 2012 Leiden Alumni seminar: case law on treaty interpretation re commissionaire and Agency Pe », *European Taxation*, IBFD, April 2013, p. 175-182.

⁹⁸⁴ Pour comprendre l'historique de la question une pénétrante étude: Jones (J. A.), Ludicke (P.J.), « The origins of article 5(5) and 5(6) of the OECD Model », *World tax journal*, IBFD, October 2014, p. 203-241.

⁹⁸⁵ Sheppard (L), « Narrowing permanent establishment », *TNI*, 25 April, 2011, p. 266-269.

d'un établissement stable ou non) ne suffit pas, en lui-même, à faire de l'une quelconque de ces sociétés un établissement stable de l'autre. »

Les commentaires restent assez neutres sur l'existence d'une présomption et renvoient⁹⁸⁶ uniquement à une analyse fondée sur les principes de l'article 5, sans référence spécifique à la filiale.

Sans procéder à une revue détaillée de l'article 5, la présence ou non d'un établissement stable de la société mère du chef de sa filiale dépend du pouvoir de cette dernière et de sa capacité à signer et engager son principal étranger sur le fondement de l'article 5, qui précise la règle pour un agent dépendant, à savoir⁹⁸⁷ :

« Une entreprise n'est pas considérée comme ayant un établissement stable dans un Etat contractant du seul fait qu'elle y exerce son activité par l'entremise d'un courtier, d'un commissionnaire général ou de tout autre agent jouissant d'un statut indépendant, à condition que ces personnes agissent dans le cadre ordinaire de leur activité. »⁹⁸⁸

Ainsi, un agent dépendant qui a le pouvoir d'engager le principal peut être un établissement stable du principal qu'il soit une filiale ou une présence sans autonomie juridique telle qu'une succursale. Le paragraphe 6 nous paraît uniquement constituer un exemple des principes rappelés ci-avant, en indiquant qu'un commissionnaire n'est pas, en principe, un établissement stable, dès lors qu'il agit en son nom et pour le compte de son principal, ne pouvant pas conclure « au nom de l'entreprise ».

Il n'est pas question d'étudier en détail ce sujet qui a donné lieu à de nombreuses publications, mais uniquement d'indiquer que le Modèle OCDE tend plutôt à exclure la possibilité pour une filiale commissionnaire de constituer une filiale de son principal. La protection est toutefois suffisamment fine pour que le risque de

⁹⁸⁶ Commentaire 41 sous l'article 5 du Modèle de convention fiscale qui précisent : « (...) en vertu du paragraphe 5, une société sera considérée comme disposant d'un établissement stable dans un Etat au titre des activités que sa filiale mène pour son compte si cette filiale possède et exerce habituellement dans cet Etat le pouvoir de conclure des contrats au nom de la société mère (voir paragraphes 32, 33 et 34 ci-dessus) à moins que ces activités ne soient limitées à celles mentionnées au paragraphe 4 de l'article ou que la filiale n'agisse dans le cadre ordinaire de ses activités comme un agent indépendant auquel le paragraphe 6 de l'article est applicable ».

⁹⁸⁷ La condition de dépendance est à notre avis cumulative.

qualification par une administration d'établissement stable existe, comme le montrent certaines décisions de jurisprudence. C'est surtout qu'en pratique, les administrations fiscales se sont engagées dans un mouvement général de requalification aboutissant à transformer un risque théorique en une conséquence pratique généralisée.

Enfin, comme pour justifier son action, les travaux actuels de l'OCDE montrent que l'Organisation est de l'avis qu'aucun établissement stable n'existe en principe en application du Modèle de convention⁹⁸⁹.

2. Le risque renforcé de double imposition

L'analyse a été confirmée par les décisions de principe telles que *Zimmer*⁹⁹⁰, *Dell*⁹⁹¹, ou *Boston scientific case*⁹⁹²⁹⁹³.

Comme nous l'avons indiqué, la question de l'évitement de la reconnaissance de l'établissement stable est au centre des préoccupations des institutions internationales, en particulier de l'OCDE, mais aussi de l'ONU. Le commissionnaire, à cet égard, a constitué la cible politique de celles-ci. Il n'est pas certain que les groupes soutiennent cette action, 47 % des multinationales considérant que les initiatives de l'OCDE ne résoudre pas les difficultés⁹⁹⁴.

⁹⁸⁸ Article 5.6 du Modèle de convention fiscale.

⁹⁸⁹ *Public discussion draft, BEPS, Action 7: preventing the artificial avoidance of PE status*, 31 October 2014-9 January 2015, Ed. OCDE 2014.

⁹⁹⁰ CE n° 304715, *Société Zimmer Ltd V Ministre de l'économie*.

⁹⁹¹ HR2011-02245, 2 Dec. 2011, *Dell products v The state*. Arnold (B), « tax treaty case law news », *Tax treaty monitor*, IBFD, April/May 2012 p. 252-256.

⁹⁹² TEAC, 12 mars 2012 n° 3769.

⁹⁹³ Verlinden (I), Vz Vlem (X), Markey (B), « Commissionnaire agency permanent establishment structures and the impact of Zimmer case », *International transfer pricing journal*, IBFD, September/October 2010, p. 347-351. Wilkie (J), « Constructive permanent establishment: Canadian comments on Zimmer case », *International transfer pricing journal*, IBFD, September/October 2010, p. 352-356. Wittendorf (J), « agency permanent establishment and the Zimmer case », *International transfer pricing journal*, IBFD, September/October 2010, p. 358-364. Andresen (U), « Commissionnaire agency permanent establishment structures », *International transfer pricing journal*, IBFD, September/October 2010, p. 365-368. Santiago (B), Fernandes (JA), « Commissionnaire agency permanent establishments », *International transfer pricing journal*, IBFD, Septembre/Octobre 2010, p. 369-372. Verlinden (I.), Vlem (Van X.), Markey (B.), « Commissionnaire agency permanent establishment structure and the impact of Zimmer case », *International Transfer Pricing Journal*, IBFD, September/October 2010, p. 347-351.

⁹⁹⁴ Etude PWC *Establishment stable 2.0* de 2013.

a La double imposition interne et transfrontalière

Dès lors que l'administration du pays d'activité a la possibilité de reconnaître l'existence d'un établissement stable, celle-ci va pouvoir imposer la société mère, au titre de profits qui n'ont pas été déclarés. En comparaison avec la non-révélation pure et simple d'un établissement stable, on peut dire, qu'en l'espèce, une partie des profits en cause a été déclarée par un autre contribuable. La double imposition peut donc être nationale et transfrontalière.

En pratique, la reconnaissance de l'établissement va obliger l'administration, non seulement à se poser la question de la partie du profit de la filiale locale à attribuer à l'établissement stable, mais aussi de la partie du profit du siège à attribuer à cet établissement stable. L'ensemble duquel est extrait la partie imposable dans cet Etat est donc supérieur, en comparaison avec une simple révélation d'un établissement stable non-déclaré. En effet, la partie potentiellement soumise à une double imposition sera au moins égale à celle imposée au titre de la filiale commissionnaire et probablement supérieure, constituant une double imposition systématique, si le profit de la filiale n'est pas corrélativement diminué.

Il s'agit d'une double imposition économique dont certains auteurs, en se fondant sur le principe du Modèle de convention fiscale, ont considéré qu'aucun principe n'obligeait à l'éliminer⁹⁹⁵. Nous ne sommes pas totalement convaincus par cette analyse, car le but de la Convention n'est pas non plus de favoriser une double imposition économique.

La question n'est pas uniquement si la Convention n'élimine pas la double imposition économique. Elle est aussi de déterminer si l'objet de la convention est de retirer du profit de la filiale locale pour corrélativement permettre l'imposition d'un profit équivalent au nom du résident de l'Etat du siège, au titre de son établissement stable qui a été révélé. La solution n'est pas évidente.

⁹⁹⁵ Austry (S), conclusions sous l'arrêt *Interhome AG, Dr Fiscal* 2008, p. 1237.

La conclusion n'est pas en effet clairement motivée par la rédaction du texte, mais semble accueillie favorablement par une partie de la doctrine⁹⁹⁶. Nous avons nous-même exprimé nos craintes de voir le risque se matérialiser lors d'une séance de « plaidoirie » organisée au congrès de l'IFA à Paris en 2005, à laquelle nous avons participé.

b L'absence d'harmonisation de méthodes de calcul du profit

L'OCDE n'a pas traité dans l'initiative *BEPS* la question de l'allocation du profit à un établissement stable révélé, laissant donc ce sujet et la double imposition y afférent, aux travaux futurs prévus en 2017.

A supposer cette double imposition éliminable, la question de la différence du profit, entre le montant éliminable et le montant reconnu par l'Etat du lieu de l'activité, peut aussi présenter des risques de double imposition⁹⁹⁷. Cette question reste relativement complexe et provient de la différence d'interprétation de l'article 7 du Modèle selon les pays et selon que ceux-ci appliquent la méthode de « l'entité fonctionnelle distincte » ou la « méthode de l'activité commerciale pertinente ». Selon la seconde méthode, le profit total attribué, y compris le profit de l'établissement, ne peut excéder le profit réalisé au total par l'entreprise avec des tiers. L'utilisation de l'une ou l'autre des méthodes par l'un ou l'autre des Etats contractants entraîne des conflits et un risque d'attribution à l'établissement stable d'un profit supérieur au profit provenant de la simple activité d'agent⁹⁹⁸. La première méthode est celle préférée de l'OCDE⁹⁹⁹ et aboutit à traiter l'établissement stable et son principal comme deux entreprises distinctes. De ces conflits naissent un risque de double imposition augmenté¹⁰⁰⁰¹⁰⁰¹, risque non totalement éliminé par les juridictions¹⁰⁰².

⁹⁹⁶ Le Gall (JP), Dibout (P), « Un hybride atypique : la filiale française de l'établissement stable de la société mère étrangère », *Dr. Fiscal* 2004, n° 47 p. 16666.

⁹⁹⁷ Gutmann (D), « La filiale commissionnaire: un établissement stable », in *Ecrit de fiscalité des entreprises*, Litec 2009, p. 537.

⁹⁹⁸ *Rapport sur l'attribution de bénéfices aux établissements stables*, Décembre 2006, Ed. OCDE 2006, n° 10 : « Les pays membres utilisent actuellement deux grandes interprétations de l'article 7, paragraphe 1 : il s'agit de l'approche de l'« entité fonctionnellement distincte » et de l'approche de l'« activité commerciale pertinente ». Malgré le fait que ces approches différentes peuvent produire un résultat identique dans un certain nombre de cas, l'absence actuelle de consensus est dommageable car elle crée un risque réel de double imposition ou d'imposition insuffisante, surtout lorsqu'un pays suit l'approche de « l'entité fonctionnellement distincte » et l'autre celle de « l'activité commerciale pertinente ».

⁹⁹⁹ *Rapport sur l'attribution de bénéfices aux établissements stables*, Décembre 2006, Ed. OCDE 2006. <http://www.oecd.org/fr/ctp/conventions/38038643.pdf>.

¹⁰⁰⁰Toro (EC), « Different method of attributing profits to agency PEs», *TNI*, 2 February 2009, p. 421-445.

On doit aussi considérer que la double imposition pourrait être même mise à la charge de la filiale qui agit en qualité d'agent. On aurait alors un risque augmenté de divergence entre l'Etat du siège et celui de localisation de l'activité. C'est ce que la Cour suprême italienne a décidé, dans une décision dans laquelle la filiale s'est vue mettre à sa charge l'imposition de l'établissement stable du principal, sans pouvoir déduire la partie déjà imposée à son nom, créant ainsi une double imposition immédiate¹⁰⁰³¹⁰⁰⁴. On est ici face à une véritable double imposition juridique, contraire aux principes OCDE.

Aussi complexe cette question puisse être elle est identifiée clairement par la doctrine internationale¹⁰⁰⁵.

B. Les réponses proposées

Le juge n'est pas resté insensible à la question et a été conduit à analyser la difficulté. Le mouvement dominant à ce stade, à l'instar de la France, est de considérer que les autorités ne peuvent pas créer une situation triangulaire, en estimant que la filiale constituerait un établissement stable. Cette position n'est pas partagée par certains Etats. Pour éviter l'incertitude, il pourrait être procédé à une application élargie des concepts existants en cas de fraude (1), ou à l'élaboration de concepts nouveaux tels que ceux proposés dans le cadre de l'initiative *BEPS* (2).

¹⁰⁰¹ Verdoner (L), « The concept of dependent agent permanent establishment in transfer pricing theory », *International transfer pricing journal*, IBFD, March/April 2011, p. 128-134.

¹⁰⁰² Leegard (T), « Commissionaire structure as an agency permanent establishment – uncertain profit allocation, Dell products V Governments of Norway », *European taxation*, IBFD, May 2011, Vol. 51 n° 6.

¹⁰⁰³ Pennesi (M), « Subsidiary Taxable on Income It Generated as Hidden PE, Italian Supreme Court Rule », *TNI*, 10 august 2011. A propos d'une décision du 22 juin 2011 n° 160106.

¹⁰⁰⁴ Rossi (M), « Italian Subsidiary Deemed to Be Permanent Establishment, Tax Deductions Denied », *TNI*, October 13, 2006.

1. Les réponses existantes incertaines

a La lecture constructive du Modèle de convention¹⁰⁰⁶

Il nous semble qu'une lecture constructive en application l'article 3.2 et du contexte permettrait de considérer que les cas les plus abusifs sont peut-être couverts par le Modèle de convention fiscale actuel.

Pour aboutir à cette conclusion, il conviendrait de se fonder sur la notion de « conclusion d'un contrat » et la condition que ces personnes « agissant dans le cadre ordinaire de leur activité » contenue dans l'article 5.5 et 5.6 du Modèle de convention.

Pour ce qui concerne la conclusion d'un contrat, les commentaires du modèle prévoient déjà la reconnaissance d'un tel évènement lorsqu'« *un agent possède le pouvoir effectif de conclure des contrats lorsqu'il sollicite et reçoit les commandes (sans les finaliser de manière formelle), lesquelles sont envoyées directement à un entrepôt d'où sont livrées les marchandises et lorsque l'entreprise étrangère ne fait qu'approuver les transactions de façon routinière.* »¹⁰⁰⁷

Ce descriptif pourrait être appliqué aux structures de commissionnaires fictives dans lesquelles le principal n'exerce en fait aucune responsabilité, et dans lesquelles l'agent négocie tous les détails des contrats et se contente d'envoyer le contrat à l'étranger pour approbation, alors même que cette approbation ne remet jamais en cause l'accord de principe avec le client (structures utilisées dans les activités digitales ou activités d'agents fictives).

De même :

¹⁰⁰⁵ Par exemple, Dzirudz (K.), « Attribution of function and profits to a dependant agent PE: different arm's length principles under article 7(2) and 9? », *World tax journal*, IBFD, June 2014, p. 136-167.

¹⁰⁰⁶ Pijl (H), « Agency permanent establishments: in the name of and the relationship between Article 5(5) and (6) – Part 1 », IBFD, *Bulletin*, January 2013, p.3-25. « Agency permanent establishments: in the name of and the relationship between Article 5(5) and (6) – Part 2 », IBFD, *Bulletin*, February 2013, p.62-97.

¹⁰⁰⁷ Com. 32.1 sous l'article 5 du Modèle de convention fiscale.

« Une personne autorisée à négocier tous les éléments et détails d'un contrat de manière à obliger l'entreprise peut être considérée comme exerçant ses pouvoirs « dans cet État », même si le contrat est signé par une autre personne dans l'État où est située l'entreprise ou si la première personne n'a pas reçu formellement un pouvoir de représentation.¹⁰⁰⁸ »

Comme nous l'avons noté, cette exception est géographiquement limitée à l'Etat d'implantation ce qui nous semble devoir être modifié.

La seconde possibilité serait de considérer que le commissionnaire n'agit pas dans le cadre de son activité et constitue, en conséquence, un établissement stable, lorsque l'organisation est tellement optimisée que le rôle du commissionnaire représente la substance de l'activité de distribution. En effet, une structure uniquement destinée à l'optimisation fiscale aura des difficultés à être considérée comme agissant dans le cadre normal d'une activité. Ce serait le cas lorsque le commissionnaire dispose seul des stocks, prend tous les risques en matière de conformité des marchandises ou agit pour le compte et en fait au nom d'un principal, sans aucune substance. Cette argumentation pourrait être fondée sur le droit de l'Etat d'exercice de l'activité lorsque celui-ci permet une requalification juridique de la structure de commissionnaire ou équivalente lorsque l'agent agit au-delà de ses compétences. Ce périmètre d'activité constituerait un « contexte » au sens de l'article 3.2 du Modèle de convention fiscale. Les commentaires actuels indiquent :

« On ne peut dire qu'une personne agit dans l'exercice normal de ses propres activités si, à la place de l'entreprise, elle accomplit des actes qui relèvent économiquement de la sphère de ladite entreprise plutôt que de celle de ses propres opérations commerciales. Si, par exemple, un commissionnaire ne se contente pas de vendre les biens ou marchandises d'une entreprise en son nom propre, mais agit aussi habituellement à l'égard de cette entreprise comme agent permanent disposant des pouvoirs de conclure des contrats, il sera censé constituer pour cette activité particulière un établissement stable, puisqu'il agit ainsi en dehors de

¹⁰⁰⁸ Com. 33 sous l'article 5 du Modèle de convention fiscale.

l'exercice habituel de ses propres opérations commerciales (c'est-à-dire celles d'un commissionnaire), à moins que ses activités ne se bornent à celles qui sont énumérées à la fin du paragraphe 5¹⁰⁰⁹ ».

On notera la référence à des actes qui « *économiquement dépendent la sphère de l'entreprise* » qui sont des termes relativement flexibles pour tenter d'étendre des structures sans substance, qui se contentent de passer les commandes, par exemple.

L'approche n'est pas de remettre en cause le régime conventionnel du commissionnaire, mais les structures fictivement qualifiées de commissionnaire, dans lesquelles l'activité est en réalité exercée par celui-ci. Cette remise en cause offre une plus grande liberté aux autorités en matière de situations triangulaires révélées, mais œuvre aussi pour une reconnaissance d'une plus grande base imposable dans l'Etat d'exercice de l'activité sans révélation laissant la discussion à une question de répartition d'imposition. La difficulté est d'offrir sans changement de rédaction une solution sécurisée, ce que les commentaires actuels ne semblent pas permettre dans des conditions acceptables.

Bien entendu, l'évolution proposée ci-dessus ne devrait être appliquée qu'en cas d'optimisation manifestement agressive, c'est-à-dire selon nous, lorsque l'avantage fiscal procuré par la structure excède 50 % du coût fiscal total et que l'entreprise ne peut démontrer qu'elle a mis en place la structure pour des raisons principales, autres que fiscales. C'est cette notion qui manque le plus à l'initiative *BEPS*, celle-ci se contentant de viser des structures, non imposées, donc à l'évidence optimisées.

b La jurisprudence imprévisible¹⁰¹⁰

Même si une partie de la jurisprudence offre une protection certaine quant à l'absence d'établissement stable, les solutions ne ferment pas la porte à des interprétations divergentes¹⁰¹¹ en cas de situations abusives¹⁰¹²¹⁰¹³.

¹⁰⁰⁹ Com. 38.7 sous l'article 5 du Modèle de convention fiscale.

¹⁰¹⁰ Gusmeroli (M), Henie (L), Baranger (s), Garibay (S), Godillo (I), « The 2012 Leiden Alumni seminar: case law on treaty interpretation re commissionaire and Agency Pe », *European Taxation*, IBFD, April 2013, p. 175-182.

¹⁰¹¹ Fernandez (N.C.), « The concept of permanent establishment in the courts: operating structures utilizing commission subsidiaries », *Bulletin*, IBFD, June 2013.

Tout d'abord, il existe des décisions qui ont conclu qu'un commissionnaire constitue une présence taxable du principal. Ainsi, par exemple, la Cour suprême espagnole a décidé que le commissionnaire pouvait être un établissement stable de son principal dans l'affaire *Roche*¹⁰¹⁴. Cette décision a été confirmée dans le cas de *Dell* dans ce même Etat¹⁰¹⁵.

Ces décisions, même si elles apparaissent isolées, semblent démontrer que les Etats ne sont pas démunis lorsque les circonstances factuelles le permettent, et en particulier dans le cas *Roche* pour lequel la situation organisationnelle était relativement confuse, avec une mise en place de contrats multiples destinés à utiliser une structure similaire à celle d'un commissionnaire¹⁰¹⁶.

En réalité, l'opportunité offerte par ces décisions n'est qu'accessoire et incertaine. Ces décisions sont certes utiles néanmoins réservées à des cas extrêmes, ce qui aurait tendance à nous satisfaire compte tenu de l'optique de nos travaux, mais qui ne conviendra très probablement pas aux Etats en cause, ne constituant, pas une alternative généralisée crédible, en comparaison d'un changement des commentaires du Modèle.

2. Les évolutions inachevées

a L'initiative BEPS trop extensive

Au sein des discussions *BEPS* relatives à l'établissement stable¹⁰¹⁷, la question du commissionnaire occupe une place centrale de manière si importante que l'on peut s'interroger si elle n'est pas la seule motivation de l'Action 7 dans son entier, ces

¹⁰¹² Pijl (H), « Agency permanent establishment: in the name of and the relationship between article 5(5) and 6 », *IBFD, Treaty monitor*, January and February 2013 Part 1 and Part 2, p. 3-25 and p. 62-97.

¹⁰¹³ Gusmeroli (M), Henie (L), Baranger (S), Garibay (S), Godillo (I), « The 2012 Leiden Alumni seminar: case law on treaty interpretation re commissionaire and Agency Pe », *European Taxation*, IBFD, April 2013, p. 175-182.

¹⁰¹⁴ *Roche*, June/2012/41054 12 janvier 2012.

¹⁰¹⁵ *Dell*, the Spanish Central Economic-Administrative Court (TEAC), 15 mars 2012.

¹⁰¹⁶ Carreno (F), Rodriguez (R), « Supreme Court decision: new criterion for deemed permanent establishment while acting through a subsidiary company », *International transfer pricing journal*, IBFD, July/August 2012, p. 257-260. Calderon (JM), Martinez-Matosas (E), « Subsidiary constitutes PE, Supreme Court rules », *TNI*, 12 March 2012, p. 1-2.

structures devenant *l'alpha et l'oméga* de l'évasion fiscale internationale. L'idée est de faire évoluer le Modèle de convention afin de reconnaître une présence taxable lorsqu'un intermédiaire exerce une activité « qui a pour conséquence la signature de contrats commerciaux », par exemple, parce que tous les éléments importants des contrats sont négociés localement. On comprend l'objet de la démarche mais l'incertitude sur les notions en jeu laisse penser que cette proposition n'est pas parfaite.

Les options discutées dans le cadre des travaux *BEPS* prévoient quatre possibilités pour faire évoluer le régime pour étendre les cas où un agent est considéré comme dépendant. On peut s'interroger, en théorie, sur l'intérêt que peut représenter une extension des cas de révélation d'un établissement stable, lorsque l'intermédiaire est rémunéré à un prix de pleine concurrence. En effet, dans cette hypothèse la rémunération supplémentaire liée à la simple signature de contrat devrait être minime, à supposer bien entendu que la double imposition puisse être évitée, ce qui en pratique est loin d'être certain. En effet, si la simple signature ne représente aucune protection, c'est que celle-ci n'est pas une fonction essentielle et c'est donc que la filiale préalablement à la révélation devrait déjà reconnaître une partie substantielle des profits à lui allouer. Cette conclusion milite pour une absence de changement de la définition de l'établissement stable, la solution venant d'une analyse plus sophistiquée en matière de prix de transfert. Ce n'est pas la position de l'OCDE.

L'alternative A et l'alternative C¹⁰¹⁸ issues des consultations publiques proposent de modifier la référence à la conclusion d'un contrat par celle d'une notion plus élargie de « *discussion avec des personnes aboutissant à la conclusion d'un contrat* »¹⁰¹⁹.

Puisque c'est l'angle d'attaque, il est proposé de modifier la définition dans le traité en remplaçant la notion de conclusion de contrats par une notion « *d'engagement dans une activité qui a pour conséquence la conclusion de contrats* », permettant

¹⁰¹⁷ Action 7.

¹⁰¹⁸ *Revised Public discussion draft - BEPS Action 7: preventing the artificial avoidance of PE status*, May – June 2015, Ed. OCDE 2015, p. 11-12.

selon l'Organisation de considérer que le commissionnaire, même s'il ne conclut pas en son nom, aboutit à permettre la conclusion de contrats¹⁰²⁰. On se demande quelle fonction est alors laissée au commissionnaire qui est, à l'origine, une institution destinée à séparer les risques. Il est, en outre, proposé de modifier certains détails du texte du Modèle de convention sur les notions « *auxiliaire* » ou « *préparatoire* », tentant ainsi d'attaquer les entreprises du digital, mais aussi la structure du commissionnaire, car celle-ci est fondée sur les exceptions listées à l'article 5.

Les alternatives B et D proposent de remplacer la référence à la « *conclusion* » d'un contrat par la référence à la négociation des « *éléments essentiels du contrat* » dans le texte de l'article lui-même. De nombreux auteurs se sont élevés contre cette extension, qui apporterait de nombreuses incertitudes¹⁰²¹.

Cette seconde proposition, est cependant plus ciblée et adaptée à la situation surtout pour un lecteur civiliste qui pourra considérer que la conclusion d'un contrat, matérialisée par la négociation de ses éléments principaux n'est pas une hérésie. Il nous semble aussi que cette approche est plus en ligne avec l'interprétation de l'article 3.2 du Modèle que nous défendons.

La constatation que nous pouvons faire est que ces propositions n'apportent, à notre avis, aucune solution fiable et précise aux difficultés et aux incertitudes. En effet, de nombreux groupes n'utilisent plus depuis des années la structure de commissionnaire, mais disposent de « *strip distributeurs* » qui n'ont pour seul rôle que d'acheter et revendre sans risque et sans stock, évacuant ainsi le risque d'établissement stable, laissant une marge extrêmement réduite dans le territoire où ils sont implantés. Pourquoi proposer un changement si ce n'est pour résoudre de manière claire et définitive la question ?

¹⁰¹⁹ « Engage with specific persons in a way that results in the conclusion of contracts », option A, « Conclude contracts or negotiates the material element of contracts », option B. *Revised Public discussion draft - BEPS Action 7: preventing the artificial avoidance of PE status*, May - June 2015, Ed. OCDE 2015

¹⁰²⁰ *Public discussion draft, BEPS, Action 7: preventing the artificial avoidance of PE status*, 31 October 2014, Ed. OCDE 2014.

¹⁰²¹ Hoor (O), and O'Donnell (K), « BEPS Action 7: The Attempt to Artificially Create A Taxable Nexus », *TNI*, June 8, 2015, p. 930.

L'ONU dans les travaux a déjà identifié cette question¹⁰²². Dans l'étude rédigée pour l'ONU, il est indiqué que la question de la non-déclaration d'un établissement stable va bien au-delà de la question du commissionnaire et probablement concerne la répartition des profits entre les Etats, sujet complexe et déjà abordé dans le passé lors de la refonte des commentaires de l'article 7.

b Le compromis incertain

En réalité, durant les dernières consultations sur l'Action 7, les propositions de modifications du Modèle de convention ont abouti à exprimer une préférence pour l'option B en incluant dans le texte de l'article 5 du Modèle la référence à la négociation des « *éléments essentiels du contrat* », même si des modifications n'ont pas été exclues¹⁰²³. C'est aussi la vision du groupe de travail, réuni en mars 2015 lors des consultations de l'OCDE.

Il est donc proposé de modifier le texte de l'article 5 et les commentaires y afférents¹⁰²⁴. Ceci constituerait une nouvelle évolution du dispositif qui devrait, selon nous, conserver une certaine stabilité dans la mesure où les investissements des entreprises sont faits à moyen et long terme¹⁰²⁵.

¹⁰²² Jimenez (M), « Preventing the artificial avoidance of PE status », Paper on selected topics in protecting tax base of developing countries, September 2014, p.7.

¹⁰²³ Revised discussion draft BEPS action 7: preventing the artificial avoidance of PE status, 15 May 2015 - 12 June 2015, Ed. OCDE 2015.

¹⁰²⁴ Legentil (P.), « Projet Beps : faire échec aux stratégies de contournement de la qualification d'établissement stable ». *Feuillet Rapide*, Edition Lefebvre

¹⁰²⁵ La nouvelle rédaction est la suivante : « *Where a person is acting in a Contracting State on behalf of an enterprise and, in doing so, habitually concludes contracts, or negotiates the material elements of contracts, that are*

a) in the name of the enterprise, or

b) for the transfer of the ownership of, or for the granting of the right to use, property owned by that enterprise or that the enterprise has the right to use, or

c) for the provision of services by that enterprise,

that enterprise shall be deemed to have a permanent establishment in that State in respect of any activities which that person undertakes for the enterprise, unless the activities of such person are limited to those mentioned in paragraph 4 which, if exercised through a fixed place of business, would not make this fixed place of business a permanent establishment under the provisions of that paragraph.

6. a) Paragraph 5 shall not apply where the person acting in a Contracting State on behalf of an enterprise of the other Contracting State carries on business in the first-mentioned State as an independent agent acting on behalf of various persons and acts for the enterprise in the ordinary course of that business. Where, however, a person acts exclusively or almost exclusively on behalf of one or more enterprises to which it is connected one enterprise or associated enterprises, that person shall not be considered to be an independent agent within the meaning of this paragraph with respect to any such enterprise.

b) For the purpose of this Article, a person shall be connected to an enterprise if one possesses at least 50 per cent of the beneficial interests in the other (or, in the case of a company, at least 50 per cent of the aggregate vote and value of the company's shares or of the beneficial equity interest in the company) or if another person possesses at least 50 per cent of the beneficial interest (or, in the case of a company, at least 50 per cent of the aggregate voting power and value of the company's shares or of the beneficial equity interest in the company) in the person and the enterprise. In any case, a person

Il est donc proposé à la modification du paragraphe 5 de l'article 5 de telle manière qu'une personne agissant pour le compte d'une entreprise de l'autre Etat serait susceptible de constituer un établissement stable si elle conclut habituellement des contrats à ce titre mais également si elle joue habituellement le rôle principal, conduisant à la conclusion de contrats qui sont approuvés de manière quasi automatique. Comme analysé ci avant, l'élément essentiel est désormais l'aboutissement des actions. Si ces actions conduisent à la conclusion de contrats par l'entreprise, alors un établissement stable doit être reconnu si les opérations sont habituelles¹⁰²⁶. La définition des termes « personne agissant pour le compte d'une entreprise » qui « joue de manière habituelle le rôle principal conduisant à la conclusion de contrats qui sont approuvés de manière routinière, sans modification substantielle, par l'entreprise » est au centre de la vision de l'Organisation revêt une importance particulière.

Dès que les recommandations seront en vigueur, les groupes vont se retrouver face à un changement nécessaire afin de conserver une répartition de l'imposition telle que prévue initialement lors de la mise en place des structures. Il est certain que ces changements, sans garantie pour les structures en place à la date de ce derniers, ni pour celles qui ne sont pas mises en place pour des considérations d'optimisation fiscale, vont nécessiter l'engagement de couts de réorganisation qui vont être directement ou indirectement reporté sur la seule variable d'arbitrage, à savoir l'emploi.

La présomption de volonté d'échapper à l'imposition dans l'Etat de source marque, s'il était encore nécessaire, du retour d'influence des pays de source, même si le contournement de la règle ne sera pas si compliqué, laissant penser que la solution proposée par l'OCDE ne règle pas le problème supposé de l'optimisation fiscale agressive.

shall be considered to be connected to an enterprise if, based on all the relevant facts and circumstances, one has control of the other or both are under the control of the same persons or enterprises ».

¹⁰²⁶ Paragraphe 32 du projet de commentaire modifié sur l'article 5 § 5.

Le risque est de voir les groupes ajuster leurs structures et éventuellement entraîner une perte pour les Etats d'exercice de l'activité. En effet, selon les arrangements en place, la présence locale est limitée au minimum, mais réduit les risques et donc limite la réalisation de pertes dans ces Etats.

Si le modèle est changé, il est possible que, dans certains cas, la reconnaissance d'un établissement stable aboutisse à la reconnaissance de pertes dans cet Etat. Des pertes qui n'existaient pas hors révélation et pourraient être utilisées, par exemple, lorsqu'une intégration horizontale est possible. Dans une telle situation, le pays d'exercice de l'activité pourrait, d'une part, voire sa ressource fiscale diminuer et, d'autre part, voir le départ de certaines activités non rentables de cet Etat, celles-ci étant agrégées aux activités profitables dans l'Etat d'exercice de l'activité. Les activités non rentables représentent aussi des emplois.

La seconde conséquence, est d'augmenter le périmètre du risque de double imposition mentionné ci-avant puisque le risque de divergence sur l'interprétation des concepts va augmenter, entraînant mécaniquement un risque accru de double imposition. Ici, en plus des risques de divergence sur les méthodes de répartition des profits, il y aura risque de divergence sur l'existence même de l'établissement stable.

Conclusion du chapitre 1

Un paradoxe identifié est que les autorités fiscales peuvent avoir intérêt à mettre en évidence une situation triangulaire qu'un groupe n'aurait pas révélée. Même si cela peut surprendre, et en contradiction avec les travaux antérieurs de l'OCDE, qui envisageaient les situations d'interposition d'établissements stables faiblement imposés, cette possibilité est au centre des préoccupations récentes de l'Organisation et marque une évolution importante et structurante de sa pensée. Elle est la manifestation du retour de l'influence des Etats d'importation de capitaux, dont le soutien est nécessaire pour réussir sa réforme de la fiscalité internationale. Elle ne marque pas, selon nous, l'abandon formel de la présomption d'abus dans le cas d'interposition d'un établissement faiblement imposé. Les deux approches se combinent, même si leur application reste parfois contradictoire.

Cette nouvelle stratégie de lutte contre la non-déclaration d'établissements stables, et donc implicitement la non déclaration de possibles situations triangulaires, prend en compte, de manière pragmatique et purement opportuniste que les Etats peuvent avoir intérêt à reconnaître l'existence d'une situation triangulaire qu'un groupe n'aurait pas déclarée, ignorant sa présence taxable dans l'Etat P, dans lequel il exerce une partie de son activité.

Ce renouveau de la lutte anti évacion fiscale est fondé sur des situations présumées abusives identifiées dans le domaine de l'activité digitale et à propos des structures de commissionnaire. Les travaux récents se sont attaqués à ces deux sujets avec une réussite discutable.

En ce qui concerne l'activité digitale, aucune solution harmonisée, n'a, pour le moment, été proposée autres qu'une intensification des contrôles fiscaux et le commissionnaire devient une notion incertaine, qui de toute manière est déjà dépassée par des alternatives pratiques.

On peut reprocher à l'OCDE d'avoir, dès le début, considéré que l'utilisation constructive du Modèle en place était impossible, ce qui n'est pas totalement avéré et est en contradiction avec les approches contentieuses choisies bien tardivement par les Etats. Changer le Modèle va donner un argument aux promoteurs d'optimisations généralisées, justifiant a contrario leur action passée.

Une interprétation des traités, dans leur contexte, en application de l'article 3(2) du Modèle, est toujours possible. Cette direction n'a pas été choisie par l'OCDE, préférant une réforme d'envergure qui n'apporte ni sécurité pour les investisseurs, ni pour les autorités, comme l'ont démontrés les évènements récents. L'Organisation a donc choisi d'utiliser les opinions publiques pour faire plier les entreprises, stratégie dont on peut discuter l'efficacité.

Chapitre 2. Les situations triangulaires imparfaitement déclarées

La situation analysée ci-dessous est celle dans laquelle un groupe a mis en place une situation triangulaire, mais a procédé à une allocation des profits/actifs au sein de cette situation triangulaire, qui pourrait être considérée comme principalement ou essentiellement motivée par des considérations fiscales (Section 1).

La différence avec les situations précédentes est qu'en l'espèce, la reconnaissance d'une situation triangulaire en tant que méthode pour lutter contre l'optimisation fiscale n'est que partielle d'où l'utilisation du terme « imparfaite ». Certes, la situation triangulaire est active puisque le groupe a mis en place une situation triangulaire consciemment, mais celle-ci n'est que « partiellement active » et « partiellement passive », puisque les autorités considèrent que seule une partie des profits a été transférée au profit de l'un des acteurs de la situation triangulaire de manière inacceptable. L'idée n'est donc pas de révéler une situation triangulaire, mais de s'intéresser à une allocation des profits, différente de celle déclarée au sein d'une situation triangulaire, elle-même déclarée. Ces situations ciblent la multiplicité des arbitrages fiscaux possibles, en choisissant d'allouer un profit à un Etat où un autre dans lequel le groupe a déclaré une présence (Section 2). Au contraire des situations on déclarées, elles ne visent pas éliminer l'imposition dans un seul Etat, mais peuvent, dans leur version la plus pathologique tendre à éliminer toute imposition au global. C'est pour cela qu'elle représente selon nous, un cas qui aurait dû être visé par l'initiative *BEPS*.

Les autorités ne vont pas nier l'existence de la situation triangulaire, mais au contraire, prendre en compte que celle-ci a été déclarée uniquement pour bénéficier d'un avantage fiscal. Ces situations ne sont pas au centre de l'initiative *BEPS*. En pratique, elles constituent des situations extrêmement fréquentes.

Section 1. La remise en cause de l'allocation du profit au sein d'une situation triangulaire

Les autorités fiscales vont présumer, sur la base probablement de l'avantage fiscal identifié, qu'une situation triangulaire a été imparfaitement déclarée. Les groupes ne sont pas présumés mentir sur la structure dans son ensemble, ils sont supposés, au sein de la structure, allouer des profits et des pertes d'une manière abusive.

La situation est déclarée, mais l'allocation choisie par les groupes est remise en cause au motif que celle-ci serait motivée par la recherche d'un avantage fiscal, soit au profit d'un établissement stable, soit au profit du siège (I). Cette remise en cause va aboutir à une réallocation d'actifs ou de revenus entraînant des conséquences fiscales incertaines (II).

I. Le transfert présumé d'un actif au sein d'une situation triangulaire

Le cas visé ici est assez simple. Un groupe a établi une situation triangulaire, mais l'administration considère que la situation mise en place ne représente pas la répartition réelle des profits/actifs entre les Etats.

Soit un groupe a reconnu un profit trop important dans l'Etat de son établissement stable étranger (A), soit il a reconnu un profit trop important dans l'Etat de son siège ou d'un autre établissement stable (B). La discussion est donc sur le quantum du profit à répartir entre les Etats, mais aussi relative à l'imposition du « transfert » au moment où les autorités fiscales procèdent à une réallocation du profit en fonction de la situation économique réelle. L'autorité fiscale va remettre en cause potentiellement ces deux éléments.

A. Le transfert fictif d'un actif à un établissement stable

La situation visée ici est celle dans laquelle un groupe a alloué des profits à un établissement stable dans une proportion inacceptable (1). Trouver une solution

équilibrée nécessite d'aligner les règles anti-abus sur les avantages indus recherchés par les groupes (2).

1. *La nature de la remise en cause*

a *Une situation imparfaitement maîtrisée par l'OCDE*

Dans cette situation, l'optimisation combattue est fondée sur une utilisation du traité R/P prévoyant que l'Etat R n'impose pas les profits réalisés dans l'Etat P, lorsqu'une méthode d'exemption est applicable. Les autorités fiscales vont alors tenter de ramener un part de la base imposable au niveau du siège dans l'Etat R.

Comme l'OCDE l'indique, cette révélation devrait être moins fréquente lorsque le traité prévoit un système de crédit d'impôt. En effet, dans ce cas, le conflit d'attribution de la base imposable n'a pas d'effet sur l'imposition globale payée par le groupe, sauf si l'impôt dans l'Etat P excède celui de l'Etat R, mais dans ce cas, la situation originale n'est pas optimisée.

Il s'agit, en partie, de la situation visée à l'origine par les travaux sur les situations triangulaires pour laquelle la situation suivante est proposée¹⁰²⁷:

« - soit de compléter le paragraphe 2 de l'article 21 pour écarter l'application de ce paragraphe lorsque des avoirs générateurs de revenus passifs sont rattachés à un établissement stable essentiellement pour tirer avantage des dispositions du paragraphe 2 de l'article 21 de la convention R/P ;

- soit d'écarter dans l'Etat R l'application du paragraphe 2 de l'article 21 de la convention R/P lorsque cet Etat estime que le rattachement des avoirs en cause à l'établissement stable situé dans l'Etat P est artificiel.

Mais la première solution est extrêmement difficile voire impossible à mettre en œuvre dans certains cas, notamment celui des banques qui font

¹⁰²⁷ *Cas triangulaires*, adopté par le Conseil de l'OCDE le 23 juillet 1992, n° 21 et s., « Il est évident que cette interprétation ne peut qu'inciter les banques et autres entreprises de l'Etat R à localiser leurs avoirs générateurs de revenus passifs dans

des opérations multiples dans de nombreux pays. La seconde ne concerne pas les Etats qui exonèrent, en vertu de leur droit interne, les bénéficiaires des établissements stables situés en dehors de ces Etats. Des solutions vraiment adaptées au problème d'évasion fiscale qui se pose dans la situation envisagée restent donc à définir. »¹⁰²⁸

D'un côté, on ne peut qu'être en accord avec l'approche qui voudrait que la possibilité de remise en cause existe lorsque l'allocation est fictive et proposerait alors la non-application du traité, méthode traditionnelle retenue par l'OCDE pour combattre les situations abusives de *treaty shopping*.

De l'autre, la solution proposée est très imprécise, puisqu'elle ne définit pas la notion d'allocation fictive et ne prend pas en compte le résultat optimisant ou non de l'allocation présumée fictive. L'OCDE admet d'ailleurs la faible probabilité de mise en place

On notera, en outre, qu'en principe et selon le mandat fixé à l'OCDE, l'avantage fiscal combattu ne devrait être qu'un avantage conventionnel. Le rôle de l'OCDE n'est pas destiné à la lutte contre les systèmes fiscaux favorables, si ceux-ci ne sont pas déloyaux. Il faut admettre que le glissement entre « avantage conventionnel » et « avantage fiscal » s'est produit sous l'impulsion des opinions publiques et de la direction de l'OCDE, sans réel fondement. Si l'allocation ne permet aucun avantage fiscal, il ne nous semble pas raisonnable de prévoir une sanction ou exception au régime général, sauf si la situation est manifestement fictive, situation, selon nous, déjà visée par le Modèle actuel de convention fiscale.

Une autre solution analysée dans le cadre de l'initiative *BEPS*, prévoit un régime que nous avons¹⁰²⁹ analysé précédemment similaire à celui inclus dans le projet modifié du Modèle de convention fiscale des Etats-Unis. Elle rejoint indirectement nos propositions pour une mesure quantitative de l'avantage fiscal dérivé de la mise en

un établissement stable implanté dans un Etat ou territoire où elles bénéficient d'un régime fiscal avantageux. À cet égard, le Modèle de Convention provoque donc une anomalie au lieu de l'éviter ».

¹⁰²⁸ Com. 21 et s. sous l'article 7 du Modèle de convention fiscale.

place d'une structure imparfaitement déclarée¹⁰³⁰. L'avantage de cette proposition est d'être guidée par une approche quantitative objective qui reste cependant sommaire. Le seuil pour le déclenchement d'un tel dispositif anti-abus est un montant d'avantage fiscal de 60 % en comparaison avec l'imposition qui serait versée en l'absence d'interposition d'un établissement stable. Le dispositif ne serait que proposé sur une base bilatérale, dont on connaît le relatif succès. Cette seconde option, de toute manière, n'a pas reçu l'approbation politique, et l'adoption prématurée par les Etats-Unis a laissé l'OCDE sans moyens. Le rapport final sur le projet *BEPS* indique que ce sujet a été repoussé à 2017¹⁰³¹.

Si on analyse enfin les solutions existantes en matière de sociétés interposées, pour tenter de les appliquer aux situations triangulaires imparfaitement déclarées, on doit admettre qu'il existe des dispositifs destinés à lutter contre le rattachement fictif des actifs à une filiale interposée, dans un Etat à fiscalité favorable. Cependant, en matière d'interposition de filiale, la justification pour l'action de l'OCDE est fondée sur l'avantage obtenu en application d'une convention fiscale supposée découler de l'interposition, avantage qui n'existe pas en matière de situations triangulaires, comme nous l'avons démontré dans nos précédents travaux.

D'une manière générale, il nous semble que le lien entre le régime d'imposition favorable de l'établissement stable et l'intention frauduleuse n'est pas établi, en particulier si l'imposition globale est plus lourde, alors que l'imposition dans l'Etat P, pris isolément est plus faible. Il serait préférable d'établir une présomption de bonne foi lorsque le lien quantitatif n'est pas démontré et tenter de déterminer de manière quantitative, un seuil à partir duquel une présomption de rattachement fictif existe.

L'OCDE admet elle-même que l'approche proposée ne permet pas de résoudre de manière satisfaisante la question et qu'il convient de se résoudre à tenter d'utiliser les mécanismes de droit commun :

¹⁰²⁹ Cf. Partie 2, Titre 1, Chapitre 2 Section 2.

¹⁰³⁰ Cf. Section du présent chapitre.

¹⁰³¹ *Preventing the granting of treaty benefit in inappropriate circumstances*, p. 78, Ed. OECD Octobre 2015

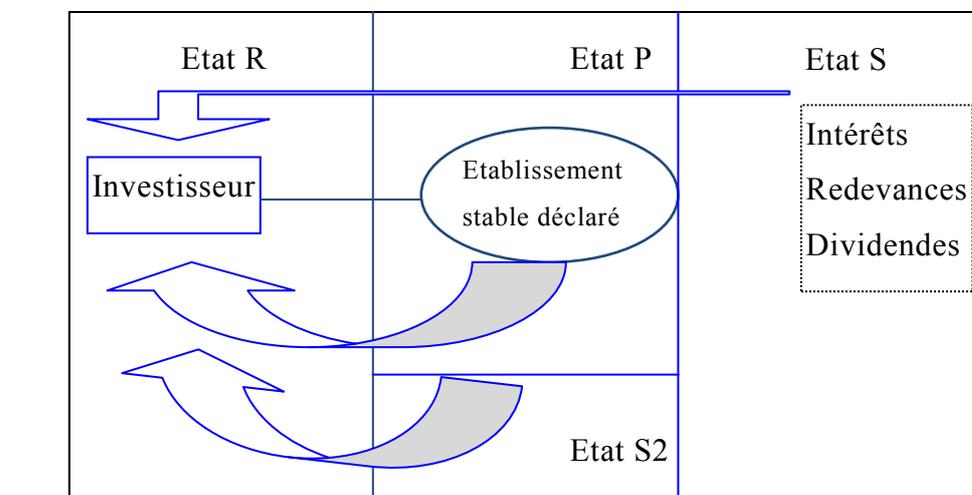
« Lorsqu'une entreprise de l'Etat R constitue ou transfère des fonds ou des activités à un établissement stable dans l'Etat P en vue de profiter d'un régime fiscal plus favorable dans cet Etat, l'Etat R peut contester que les revenus sont effectivement attribuables à l'établissement stable en se basant sur l'article 7 du Modèle de Convention. Il a alors la possibilité d'imposer les revenus provenant de l'Etat S et de refuser d'attester les demandes de dégrèvement de l'établissement stable.

Bien que ces actions soient très aléatoires lorsque l'entreprise prend certaines précautions pour dissimuler l'évasion fiscale, elles pourraient être également évoquées dans les commentaires du Modèle de Convention ». ¹⁰³²

L'intérêt de ces commentaires est de souligner qu'il n'existe pas de dispositif spécifique pour lutter contre les situations imparfaitement déclarées, le dispositif de l'article 7 du Modèle de convention étant probablement celui qui pourrait permettre indirectement de régler tout ou une partie de la question.

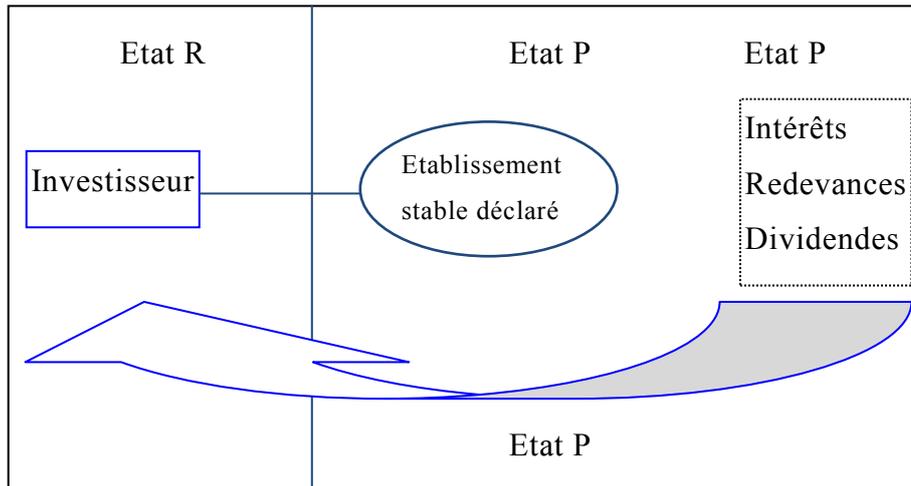
b Les situations imparfaitement déclarées bilatérales et trilatérales

En pratique, la situation peut être multilatérale, les autorités tentant d'en révéler la véritable nature, en allouant au siège des actifs/profits supplémentaires en provenance d'un ou plusieurs établissements stables :



¹⁰³² Com. 56-57 sous l'article 7 du Modèle de convention fiscale.

Elle peut aussi être bilatérale. Il s'agit alors de réallouer au siège des profits de source dans l'Etat P qui avaient été attribués de manière erronée à l'établissement stable déclaré. Il s'agit probablement de la situation la plus courante en pratique.



2. La divergence entre l'avantage fiscal combattu et l'avantage fiscal recherché

C'est parce qu'il existe des différences importantes entre l'avantage fiscal combattu présumé par les autorités et l'avantage fiscal recherché par les groupes que le système actuel n'est pas réellement adapté à la situation.

Dans un système équilibré, l'avantage fiscal combattu par l'administration fiscale devrait être la contrepartie de l'avantage fiscal recherché par le groupe. En réalité, les groupes sont principalement motivés par un intérêt unique, celui de minimiser l'imposition globale¹⁰³³. Les groupes sont indifférents, en principe, au lieu d'imposition. Les Etats, au contraire, sont toujours concernés par la répartition du profit en leur défaveur, quelle que soit l'imposition dans l'autre Etat bénéficiaire de la répartition ajustée. Une situation triangulaire optimisée d'un point de vue ne l'est pas toujours de l'autre. Seules les situations globalement optimisées devraient retenir notre attention, les autres n'étant que des conflits d'attraction de la base imposable en Etats.

¹⁰³³ Sauf arbitrage de coûts de mise en conformité et d'environnement réglementaire.

a *L'identification imparfaite de l'avantage fiscal combattu différence avec les situations triangulaires non-déclarées*

La première différence entre l'avantage fiscal recherché dans une situation triangulaire imparfaitement déclarée et celui recherché dans une situation triangulaire non-déclarée est que l'Etat lésé n'est pas, par hypothèse, le même. La maximisation de l'imposition est, en l'espèce, dans l'Etat P.

En ce qui concerne le taux d'imposition, avantage identifié par l'OCDE, on est ici en présence d'une recherche d'un arbitrage de taux effectif en faveur du pays de localisation de l'établissement au détriment du pays de l'Etat du siège. La fiscalité dans l'Etat de source n'est pas un critère puisque, selon l'OCDE, celui-ci applique dans tous les cas la convention R/S et que le déplacement d'une partie du revenu est, de ce point de vue, indifférent. Cette conclusion doit cependant être nuancée lorsque l'Etat de source fait varier son régime d'imposition interne en fonction du niveau d'imposition du bénéficiaire comme indiqué dans nos développements suivants.

Pour déterminer si la structure est motivée par une optimisation fiscale, il convient de comparer le taux effectif d'imposition des revenus dans l'Etat P et celui dans l'Etat R en prenant en compte toutes les composantes (le taux normatif, l'application de mesure anti-abus comme des *CFC* dans l'Etat R ou dans un autre Etat...) qui auraient pour résultat d'éliminer tout avantage, conséquence de cette allocation favorable présumée fictive. Ce n'est pas la démarche retenue dans les travaux de l'Organisation, celle-ci préférant prendre en compte l'éventuel « faible niveau » d'imposition de l'Etat P¹⁰³⁴.

L'Etat R et l'Etat P ont des intérêts opposés. L'Etat R est dans une situation très défavorable. En réalité, c'est la perte effective de recette de l'Etat R, conséquence de l'optimisation en place, qu'il convient de prendre en compte.

Par ailleurs, l'analyse de la situation réelle des Etats nécessite une prise en compte plus précise que la simple comparaison des ressources fiscales directes, vu que

chacun peut avoir, dans sa politique fiscale, une visée économique d'exportation ou d'importation des capitaux, allant au-delà de la simple logique arithmétique budgétaire immédiate.

De même, pour l'Etat R, accepter la surpondération du revenu à l'étranger, peut être un moyen de favoriser les entreprises internationales de son territoire. Il peut enfin n'être qu'un avantage temporaire, lorsque les revenus sont imposés lors de leur rapatriement dans l'Etat R. C'est indirectement le choix des Etats-Unis. Un Etat R peut accepter des attributions favorables d'actifs/revenus à un établissement stable situé à l'étranger, car le revenu est exonéré ou faiblement imposé sur son territoire ou y est imposable en application de ses *CFC*. Dans ce cas, la sur-allocation à l'établissement de profits ne constitue pas une optimisation défavorable à l'Etat R.

Ce serait par exemple le cas, lorsque l'Etat R bénéficie d'un régime de *patent box* particulièrement efficace et que l'Etat P dispose d'un taux d'impôt faible sur les sociétés. L'avantage à la localisation dans l'Etat P peut être effectivement faible.

En pratique, l'Etat S pourra avoir mis en place des dispositifs anti-optimisation prévoyant que pour obtenir une déduction dans l'Etat de source, le revenu doit être imposé effectivement du côté du bénéficiaire, voire imposé à un taux minimum¹⁰³⁵. Situation inédite, le changement effectué par l'administration, en allouant des actifs au siège, pourrait alors nécessiter un ajustement corrélatif dans l'Etat de source, permettant localement une déduction, puisque les revenus y afférents seraient alloués à un Etat où ils sont imposés de manière plus importante. L'effet serait paradoxalement opposé à celui recherché.

Selon nous, la question se posera chaque fois que la formule suivante est vérifiée après révélation : (diminution de la déduction dans l'Etat S + imposition supplémentaire dans l'Etat R) < imposition dans l'Etat P. Dans ce cas, la réallocation aura pour conséquence paradoxale de diminuer la charge globale et ne devrait pas être applicable. La formule devrait prendre en compte les éventuelles règles de *CFC*

¹⁰³⁴Cas triangulaires, adopté par le Conseil de l'OCDE le 23 juillet 1992.

applicables dans les Etats. En effet, si la fiscalité de l'Etat R est par définition élevée, il se peut que le transfert supposé de profits imposables dans cet Etat, conséquence de la révélation par les autorités, limite corrélativement les impositions pouvant résulter, avant révélation, de l'application de règles de *CFC* dans l'Etat R, mais aussi éventuellement dans les Etats des actionnaires de la société dont le siège est dans l'Etat R. L'analyse menée par l'OCDE ne permet pas d'appréhender la fiscalité globale des opérations.

Pour mémoire, on retrouvera donc les avantages potentiels suivants :

- L'arbitrage de taux normatif, voire effectif, clairement identifié par l'OCDE.
- L'arbitrage de régime d'imposition, par exemple en matière de dividendes, dans un pays qui a mis en place une retenue à la source sur les dividendes, mais pas de *branch tax*. Ce commentaire pourrait s'appliquer aux redevances en cas d'existence d'un régime de *patent box* et même en matière d'intérêt, pour bénéficier d'un régime d'intérêts notionnels comparable à celui en place en Belgique ou en Italie.
- L'arbitrage de localisation des pertes, puisqu'un actif générant une perte pourrait avoir été alloué de manière fictive, à l'établissement qui réalise des pertes.
- Des arbitrages en matière de retenue à la source.

b La combinaison d'arbitrages fiscaux favorisée

La grande différence avec les situations fiscales non-déclarées est la multiplication de combinaisons optimisantes rendant le combat contre l'une ou l'autre, de manière isolée, inadapté.

En théorie, pour chaque catégorie d'avantages, le groupe dispose de la faculté de choisir la localisation dans l'un ou l'autre Etat, sans que ce choix soit applicable à tous les revenus, contrairement aux situations triangulaires non-déclarées. Il existe

¹⁰³⁵ Par exemple, article 212.I.a du CGI.

donc un plus grand nombre de combinaisons optimisantes que dans les cas des situations triangulaires non-déclarées.

Par exemple, dans le cas d'un taux d'imposition de droit commun plus élevé, mais d'un régime d'imposition optionnel des intérêts favorable, un groupe peut être tenté de déclarer un établissement uniquement pour l'imposition des intérêts, alors que les revenus opérationnels ou même d'autres actifs pourraient demeurer imposés dans l'Etat du siège.

En ce qui concerne la double utilisation des pertes, il est probable que la possibilité de mettre en place une double intégration sera facilitée. Cette opportunité n'existe pas dans le cas de situations triangulaire non-déclarées, qui par définition ne reconnaissent aucune présence dans l'Etat P.

B. Le transfert fictif d'un actif par l'établissement stable

Il s'agit d'analyser des situations, miroirs de la précédente, dans lesquelles un groupe a surpondéré le profit dans l'Etat de son siège, et corrélativement minimisé celui reconnu dans l'Etat de localisation d'un établissement stable (1). La situation est partiellement identique à celle des situations triangulaires non-déclarées, puisque seule une partie des profits n'est pas reconnue dans l'Etat P (2).

1. La nature de la remise en cause

a Une situation quasi-ignorée par l'OCDE

L'OCDE n'a pas analysé ce cas dans le cadre de travaux sur les situations triangulaires qui visent l'interposition de l'établissement stable lui-même et non seulement l'allocation des revenus. La raison de cette absence est probablement que l'initiative sur les situations triangulaires a été menée par les Etats de l'OCDE qui ne sont pas des Etat à faible fiscalité et qu'en conséquence, ce risque ne semblait pas stratégique.

Des commentaires existent au sein des travaux généraux consacrés à la répartition des profits entre l'Etat du siège et l'Etat de situation de l'établissement stable, consécutifs aux modifications de l'article 7 du Modèle de convention fiscale qui couvrent l'imposition des profits des entreprises¹⁰³⁶ et ceux qui couvrent l'imposition des revenus passifs¹⁰³⁷. Ils ne sont pas dédiés spécifiquement aux situations triangulaires.

De même, le sujet n'est qu'indirectement visé par les travaux liés à l'initiative *BEPS*, puisque ceux-ci sont centrés sur la question de la non-révélation frauduleuse d'un établissement stable¹⁰³⁸. La question est abordée indirectement sous l'angle des prix de transfert sans conclure à la nécessité d'un changement profond, la revue de cette problématique étant remise à plus tard¹⁰³⁹. Ce sujet n'est pas une priorité politique et se limite, de manière non spécifique, à la question de l'élimination de la double imposition. Ceci s'explique probablement par l'angle de communication choisi pour l'initiative *BEPS*, à savoir, la lutte contre la double exonération ou la non-reconnaissance frauduleuse d'une présence imposable, et non la résolution des conflits relatifs au droit d'imposer.

b Les situations bilatérales ou trilatérales

Les actifs et les revenus ne sont pas reconnus à l'endroit où ils devraient être fiscalisés, si la situation économique réelle était mise en lumière. La remise en cause est inverse, mais de même nature que celle analysée ci-dessus¹⁰⁴⁰. Ce n'est plus l'Etat P qui est accusé de bénéficier d'un profit exagéré, mais l'Etat R. La situation peut être multilatérale :

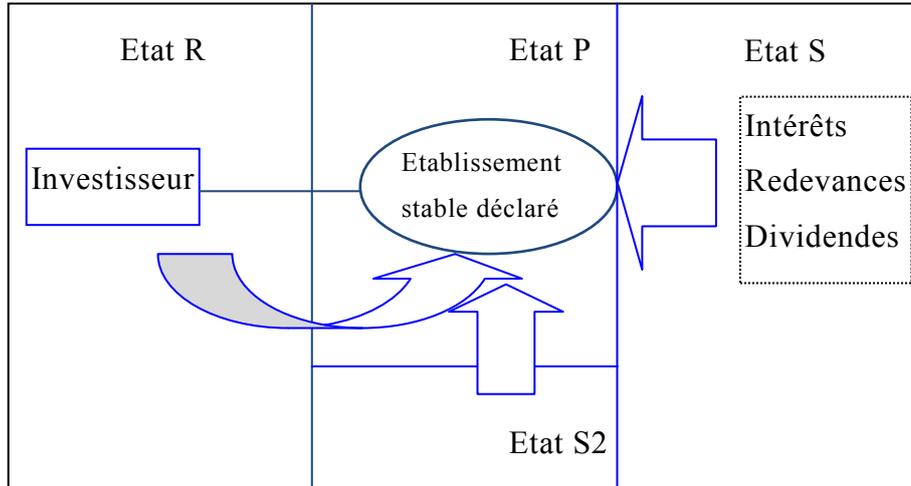
¹⁰³⁶ Pour une description détaillée du régime qui va au-delà de nos travaux : *Rapport de 2010 sur l'attribution de bénéfices aux établissements stables*, 22 juillet 2010, Ed. OCDE.

¹⁰³⁷ *Rapport de 2010 sur l'attribution de bénéfices aux établissements stables*, 22 juillet 2010, Ed. OCDE.

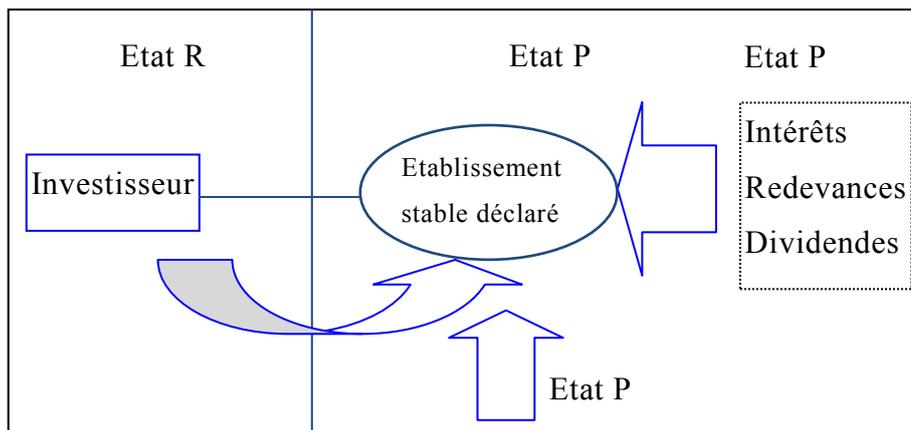
¹⁰³⁸ *Action 7, Preventing the artificial avoidance of permanent establishments' status*, final report, Ed. OCDE, October 2015.

¹⁰³⁹ *Action 7, Preventing the artificial avoidance of permanent establishments status*, final report, p. 45, Ed. OCDE, October 2015.

¹⁰⁴⁰ Cf. A de la présente section.



La situation triangulaire peut aussi être bilatérale. Il s'agit alors d'une situation relativement connue aboutissant à un conflit d'attribution entre deux Etats.



2. La divergence entre l'avantage fiscal combattu et l'avantage fiscal recherché

A l'instar des situations visées ci-dessus, l'avantage fiscal combattu par les autorités fiscales qui proposent une modification de l'allocation devrait être la contrepartie de l'avantage fiscal recherché par le groupe. Ici aussi, ce n'est pas le cas.

a L'identification imparfaite de l'avantage fiscal recherché

Dans son principe, l'arbitrage de taux est identique à celui recherché dans les situations où le transfert est présumé effectué au profit d'un établissement stable

faiblement imposé. Il s'agit d'une optimisation fondée sur un arbitrage de taux effectif en faveur du pays du siège au détriment du pays de l'Etat de l'établissement stable.

Pour déterminer si la structure est motivée par une optimisation fiscale, il convient donc de comparer le taux effectif d'imposition des revenus dans l'Etat R et celui dans l'Etat P, en prenant toutes les composantes en compte, qu'elles soient favorables aux groupes (le taux normatif favorable dans l'Etat R, régime spécial applicable aux revenus passifs dans cet Etat...), ou non (application de *CFC* avant relocation dans l'Etat de l'associé de la société, application de *CFC* après réallocation du profit dans l'Etat P...). Comme nous l'avons précédemment indiqué, cette évaluation n'est pas nécessairement simple et n'est pas prévue par la démarche de l'OCDE pour déterminer si l'allocation est fictive, l'Organisation ne visant pas ce cas sous cet angle¹⁰⁴¹.

La démarche que nous recommandons de prise en compte de la comparaison des impositions globales effectives, est strictement identique à celle que nous proposons pour l'analyse des situations triangulaires non-déclarées, sauf que la volonté d'optimisation par dissimulation d'une présence taxable est ici moins forte, puisque le groupe a déclaré une base imposable dans l'Etat P, contrairement aux situations triangulaires non-déclarées.

Comme pour les situations imparfaitement déclarées analysées ci-dessus, l'Etat R et l'Etat P ont des intérêts opposés. On se reportera à nos commentaires précédents en inversant les rôles entre l'Etat R et l'Etat P.

Compte tenu de l'allocation initiale remise en cause, il est possible, dans certains cas, de considérer que c'est l'Etat R qui est responsable de l'optimisation initiale comme en matière de situations non-déclarées. En effet, si un groupe a surpondéré le profit dans l'Etat R, c'est qu'il y trouve un avantage que l'Etat R lui accorde. L'Etat R est victime de son régime favorable ou l'instigateur même de l'optimisation.

¹⁰⁴¹ *Cas triangulaires*, adopté par le Conseil de l'OCDE le 23 juillet 1992.

Cet élément différencie la situation analysée ici, des situations imparfaitement déclarées analysées plus haut. En effet, dans les situations imparfaitement déclarées visées plus haut, c'est le régime favorable de l'Etat P qui est la cause de l'optimisation. En revanche, la recherche de l'optimisation est, par nature, identique à celle recherchée pour les situations triangulaires non-déclarées pour lesquelles la volonté est aussi de ne pas reconnaître une présence taxable totale dans l'Etat P.

L'Etat S devrait, ici aussi, être indifférent quant à la protection des intérêts de son Trésor, dès lors que l'application de la retenue à la source sur son territoire ne diffère pas selon que l'actif qui génère le revenu est alloué à l'Etat P ou à l'Etat R, le traité S/R étant, selon l'OCDE, applicable en cas ou non de la révélation. Les conclusions sur ce point sont de même nature que celles qui sont attachées aux situations imparfaitement déclarées analysées ci-dessus. Ainsi, si l'imposition dans l'Etat P est plus forte que dans l'Etat S, celui-ci pourrait être amené à accorder une déduction plus importante contrebalançant les effets négatifs de la révélation. Pour mémoire, on retrouvera donc les avantages potentiels suivants :

- L'arbitrage de taux normatif, voire effectif. Il est cependant non identifié spécifiquement dans les travaux de l'OCDE sur les situations triangulaires, mais présent indirectement dans l'initiative *BEPS*, au sein des travaux consacrés à la non-déclaration fictive d'un établissement stable. Les travaux sont donc moins spécifiques.
- L'arbitrage de régime d'impositions spécifiques en place dans l'Etat R. Ce commentaire pourrait s'appliquer aux redevances, en cas d'existence d'un régime de *patent box* et même en matière d'intérêt pour bénéficiaire, par exemple, d'un régime d'intérêts notionnels comparable à celui en place en Belgique ou en Italie.
- L'arbitrage de localisation des pertes, puisqu'un actif générant une perte pourra être alloué, de manière fictive, au siège. Cet arbitrage est probablement plus présent dans les situations décrites ici, car on peut imaginer que les pertes de début d'activité sont plus facilement déductibles dans l'Etat du siège comme pour les situations triangulaires non-déclarées.
- Des arbitrages en matière de retenue à la source même si dans ce cas, il n'est pas certain que la remise en cause soit défavorable aux groupes.

En conclusion, nous considérons que l'avantage fiscal combattu ici a une nature plus proche de celui combattu dans le cas de situations triangulaires non-déclarées, que l'avantage issu de situations imparfaitement déclarées, lorsque la surpondération du revenu est constatée dans l'Etat P analysé précédemment. De ce point de vue, la situation analysée serait plus une « situation partiellement non-révlée » qu'une « situation imparfaitement déclarée », mais la nuance est suffisamment formelle pour ne pas remettre en cause notre nomenclature.

b La combinaison des arbitrages fiscaux favorisée

Il nous semble que le risque d'optimisation fiscale est, comme pour les autres situations imparfaitement déclarées, augmenté en comparaison des situations triangulaires non-déclarées¹⁰⁴² en raison de la combinaison possible des avantages fiscaux.

II. Le régime fiscal incertain

Le régime applicable aux situations triangulaires imparfaitement déclarées dépend du niveau de reconnaissance de l'autonomie fiscale de l'établissement stable. C'est une difficulté récurrente pour l'analyse des situations triangulaires: parfois entité fiscale à part entière, parfois simple émanation sans autonomie du siège, alignant ainsi le statut fiscal sur la réalité juridique. Cette incertitude se retrouve lors de la revue du régime fiscal applicable au moment de la réallocation (A), mais aussi en ce qui concerne l'imposition des profits futurs issus de la réallocation (B).

A. L'imposition immédiate d'un « transfert » au moment de la réallocation

L'imposition au moment du transfert dépend du degré d'autonomie fiscale accordé à l'établissement stable (1). Si celle-ci est importante, il existe alors, en théorie, un risque d'une imposition immédiate, à charge de trouver un moyen pour éliminer une

¹⁰⁴² Cf. Notre analyse des autres situations triangulaire imparfaitement déclarées exposées ci-dessus.

éventuelle double imposition. Le Modèle de convention fiscale semble reconnaître implicitement la possibilité d'imposer ce transfert (2).

1. *L'autonomie fiscale de l'établissement stable*

a *La reconnaissance possible d'un fait générateur d'imposition*

Dans la situation analysée, la conséquence de l'opération est potentiellement l'imposition immédiate de la sortie d'un actif, lors de la réallocation de profits/actifs du siège à l'établissement stable, ou à l'inverse lors de la réallocation d'actifs/profits de l'établissement stable au siège.

La question qui se pose est de savoir si la fiction fiscale de l'existence de la personnalité de l'établissement doit être appliquée strictement pour déterminer le régime d'imposition de la réallocation, ou si la nature juridique de la transaction exerce une influence sur l'analyse. Si c'est la première solution alors on s'oriente vers une imposition immédiate, si au contraire, c'est la seconde, alors aucune imposition ne devrait être exigée.

La première question est de déterminer si la question même de la « réallocation » existe. En effet, en cas de remise en cause, on pourrait considérer que la « révélation/réallocation » doit aboutir à une « allocation révisée depuis l'origine » et non « une révision pour l'avenir », aboutissant à un transfert d'un actif existant. Dans ce cas, l'actif n'aurait jamais été alloué où il est déclaré par le groupe, mais serait rétroactivement, dès l'origine, alloué à la présence taxable à laquelle il appartient réellement, au sein de la situation triangulaire imparfaitement déclarée. La question d'un transfert d'actif entre établissement et siège n'existerait donc pas, la problématique se limitant à un partage de l'imposition.

Il faut admettre que cette analyse, aussi convaincante soit-elle, ne couvre pas tous les cas, car il peut y avoir des transferts ou réallocations en cours d'activité pour des actifs alloués correctement dans le passé. Dans ces cas, des actifs justement alloués à une certaine époque se trouveront « transférés », en raison du changement de

l'activité, du siège à l'établissement, ou inversement. L'actif justement alloué à un moment donné peut ne plus l'être à un autre. La question du transfert existe, *a minima* dans ces situations.

A supposer un transfert identifié dès l'origine ou en cours de vie de la structure, se pose la question de son imposition ou non.

Pour un observateur français, habitué à être confronté au principe de territorialité, considérer que la personnalité fiscale de l'établissement stable existe n'est pas, un saut intellectuel important. En application de la logique de notre droit interne, l'allocation d'un actif à un établissement étranger ou corrélativement l'allocation au siège d'un actif en provenance d'un établissement étranger devrait aboutir à une sortie ou une entrée dans le champ de l'impôt français sur les sociétés.

La principale incertitude est que cette vision heurte la logique de la réalité juridique, car de tels « transferts » ne constituent pas des cessions : c'est la confrontation de ces deux réalités qui pose problème. Nous aurions cependant tendance à penser que la question est d'abord fiscale, le concept d'établissement stable ayant été créé à cet effet et ne couvrant seulement celui d'établissement au sens juridique.

Cette analyse, même si elle peut être discutée, ferait prévaloir la fiction fiscale liée au principe de territorialité, sur la réalité juridique qui veut que ces opérations ne sont pas des transferts au sens juridique du terme. C'est vrai qu'il existe, dans le domaine du droit fiscal, des opérations qui, sans être des transferts, créent des faits générateurs d'impositions, par exemple lors d'un simple changement comptable à l'actif d'une société. L'absence de cession au sens juridique n'est donc pas un argument sans faille.

Il serait alors assez logique de traiter la relation entre le siège et l'établissement et la relation inverse, donc les allocations d'actifs entre ces deux présences imposables, comme un transfert entre tiers et exiger des contribuables une fiscalisation comparable. Ainsi, le siège, en ce qui concerne le transfert vers l'établissement, et l'établissement, en ce qui concerne le transfert par celui-ci vers le siège ou vers un

autre établissement de la même entité juridique, devraient reconnaître un profit équivalent à celui qui devrait être reconnu sur un transfert comparable entre tiers.

Les autorités disposeraient alors d'une « *arme* » supplémentaire permettant de limiter les allocations fictives. Elles pourraient effectivement exiger une imposition immédiate lors de la remise en cause de l'allocation, rendant le coût potentiel de mise en place du montage élevé.

A notre avis, cette approche peut aussi être fondée sur la fiction « *d'indépendance de l'établissement stable* ». Le Modèle de convention, depuis la modification des commentaires sous l'article 7¹⁰⁴³, semble considérer que l'établissement stable et le siège sont deux « *entités fiscalement indépendantes* ».

La rédaction de l'article 7 ne répond toutefois pas strictement à toutes les questions. Par exemple, il n'affirme pas directement que les profits alloués à un sous-établissement stable doivent être déduits du montant alloué au siège. Il ne vise cette question que pour l'établissement principal. Cet élément ne pourrait être déduit que du fait que l'Etat du siège s'est aussi engagé avec l'Etat de localisation de l'établissement stable secondaire à respecter les mêmes conditions. Selon certains, le sous-établissement stable n'est qu'un autre établissement stable du même siège¹⁰⁴⁴.

On notera que, même dans un espace harmonisé, la question subsiste avec vigueur. Ainsi même au sein de l'Europe de nombreuses interrogations subsistent amenant à une nécessité de clarification en particulier lorsque l'imposition immédiate est évitée

¹⁰⁴³ L'article 7 précise: « 1. 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 bénéfices qui sont attribuables à l'établissement stable conformément aux dispositions du paragraphe 2 sont imposables dans l'autre Etat.

2. Aux fins de cet article et de l'article [23A] [23B], les bénéfices 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.

3. Lorsque, conformément au paragraphe 2, un Etat contractant ajuste les bénéfices qui sont attribuables à un établissement stable d'une entreprise d'un des Etats contractants et impose en conséquence des bénéfices de l'entreprise qui ont été imposés dans l'autre Etat, cet autre Etat procède à un ajustement approprié du montant de l'impôt qui a été perçu sur ces bénéfices dans la mesure nécessaire pour éliminer la double imposition de ces bénéfices. Pour déterminer cet ajustement, les autorités compétentes des Etats contractants se consultent si nécessaire.

4. Lorsque les bénéfices comprennent des éléments de revenu traités séparément dans d'autres articles de la présente Convention, les dispositions de ces articles ne sont pas affectées par les dispositions du présent article ».

¹⁰⁴⁴ Cf. Partie 1, Titre 1, Chapitre 2, Section 2.

mais que celle-ci reste possible dans le futur¹⁰⁴⁵. Ce fait nous amène à considérer que même résolu dans le cadre conventionnel, la question va rester d'actualité¹⁰⁴⁶.

b Le risque accru de double imposition

De nombreuses difficultés subsistent. En effet, pour que la réallocation d'un actif constitue un événement imposable, il est nécessaire que le droit interne de l'Etat de départ applique ce principe. S'il existe une différence entre les droits internes des deux Etats concernés, il existe un risque de double imposition ou de double déduction, immédiat ou différé qui n'est pas directement lié à l'application du traité donc éliminable simplement. Le sujet est loin d'être réglé¹⁰⁴⁷.

Par exemple, lorsque l'Etat de départ, encore plus si c'est l'Etat du siège, bénéficie d'un régime mondial, la nécessité d'imposer à la sortie est moins forte et il existe une possibilité que cet Etat considère que la logique juridique doit prévaloir, le transfert n'étant pas fiscalisé. C'est un moyen de favoriser l'exportation des capitaux, comme par exemple aux Etats-Unis.

De tels Etats pourraient éventuellement prévoir, selon leur droit interne, un droit d'imposer ce profit lors de la cession par l'établissement à un tiers de l'actif réalloué¹⁰⁴⁸. On peut anticiper qu'en présence d'un traité qui prévoit une méthode d'exemption pour éliminer la double imposition, ce droit futur d'imposer peut être remis en cause. Il serait alors logique que l'Etat de départ n'accorde une exonération que sous la réserve que l'imposition future lui soit dévolue. Le suivi de cette plus-value exonérée n'est pas facilement conciliable avec le régime d'imposition des traités, même si la question du suivi des gains n'est pas étrangère à l'OCDE, par exemple, en matière de *stock option*¹⁰⁴⁹.

¹⁰⁴⁵ Cf. Directive ATAP approuvée en juin 2016.

¹⁰⁴⁶ Tenore (M), « The transfer of assets from a permanent establishment to its general enterprise in the light of European tax law », *Intertax*, 2006, n° 8/9, p. 386-392. Décision surprenante CJU, 21 mai 2015, affaire C-657/13, *Verder LabTec GmbH & Co.KG*.

¹⁰⁴⁷ Russo (R), « Tax treatment of dealings with different part of the same enterprise under article 7 of the OECD Model: almost a century of uncertainty », *Treaty Monitor*, IBFD, October 2004, p. 472-485.

¹⁰⁴⁸ Cas de l'Allemagne *Oepen (W) Loser (S)*, *The attribution of profits to permanent establishments*, IBFD, p. 193 de même pour l'Italie *Cacciapuoti (E)*, p. 245.

¹⁰⁴⁹ *A Cross-Border Income Tax Issues Arising from Employee Stock-Option Plans*, 23 august 2004, OCDE.

La question de l'application d'un régime fiscal interne en présence d'un traité est une question complexe en pratique, et ceci même si l'imposition future demeure possible.

Ainsi, par exemple, si les actifs sont transférés à valeur nette comptable sans imposition, la cession ultérieure peut aboutir à imposer dans l'Etat de destination une partie de l'imposition qui devrait être prélevée dans l'Etat de départ. Il est probable que le meilleur moyen pour régler ce problème est de prévoir un sursis ou différé d'imposition, lors du transfert entre l'établissement et son siège jusqu'au moment d'une cession à une entité distincte en prenant en compte la valeur réelle au moment du transfert. Ce mécanisme ne résoudrait cependant pas toutes les difficultés et en particulier, lorsqu'un gain existe au moment du transfert et une perte au moment de la cession ultérieure ou le contraire.

Enfin, pour certains auteurs, la fiction fiscale n'existe que pour l'établissement stable, le siège étant soumis à une obligation différente. L'Etat de l'établissement stable a l'obligation de constater un profit équivalent à celui d'une entreprise indépendante, lorsqu'il est l'Etat de départ, alors que l'Etat du siège a uniquement l'obligation de traiter l'établissement stable de manière indépendante, en ce qui concerne l'élimination de la double imposition entre cet Etat et l'Etat de l'établissement stable¹⁰⁵⁰. Il y aurait alors un risque de non parallélisme de régime d'imposition selon la remise en cause. Cette conclusion n'est pas nécessairement suivie par les praticiens qui ont tendance à considérer que le transfert est imposable¹⁰⁵¹. Ce risque, selon nous, ne peut être ignoré, d'autant que la volonté des Etats de limiter leur droit d'imposer en raison de régimes fiscaux étrangers sera probablement assez faible.

2. *L'application du principe par le Modèle de convention fiscale*¹⁰⁵²

Convaincu sur le principe, il convient de s'interroger de la manière dont le Modèle de convention fiscale permet ou non de clarifier la situation. Force est de constater que l'analyse du texte ne lève pas toutes les ambiguïtés mentionnées ci-dessus.

¹⁰⁵⁰Russo (R), *The attribution of profits to permanent establishments*, IBFD p. 31.

¹⁰⁵¹ For France cf. Ferrari (O), Serouin (P), *The attribution of profits to permanent establishments*, IBFD p. 183.

a *La reconnaissance partielle de la personnalité fiscale de l'établissement stable*

Même si le texte du Modèle de convention fiscale ne donne pas une réponse absolument indiscutable sur ce sujet, force est de constater que la logique de celui-ci est d'imposer les transferts en application du principe d'indépendance de l'établissement stable. Cette conclusion est fondée sur la nécessité de traiter un établissement comme une entreprise indépendante conformément au texte lui-même. Il semblerait, en outre, illogique, sur un fondement purement formel de rédaction, de traiter une transaction entre un établissement et son siège de manière différente de celle entre le siège et l'établissement ou entre deux établissements d'un même siège.

Les commentaires du Modèle de convention fiscale confirment toutefois implicitement ceci :

« Par ailleurs, lorsqu'un transfert d'actifs entre un établissement stable et le reste de l'entreprise est traité comme une opération interne aux fins du paragraphe 2 de l'article 7, l'article 13 n'interdit pas aux Etats d'imposer les bénéfices ou les gains qui sont supposés se produire en relation avec une telle opération, à la condition toutefois qu'une telle imposition soit conforme à l'article 7. »¹⁰⁵³

L'interprétation à donner est large car un traitement différencié entre filiales et succursales n'est probablement pas justifié, conformément au principe de non-discrimination :

« Certains Etats considèrent que, sur le plan de la politique fiscale, la fiction de l'entreprise distincte et indépendante qui est prévue par le paragraphe 2 ne devrait pas se limiter à l'application des articles 7, 23A et 23B mais devrait s'étendre à l'interprétation et à l'application d'autres articles de la Convention, afin de faire en sorte que les établissements

¹⁰⁵² Hattingh (J), « The normal tax treatment of cross border dealings between various parts of a company », submitted for LLM at University of Cape Town, 1 March 2006, p. 150.

¹⁰⁵³ Com. 26 sous l'article 7 du Modèle de convention fiscale.

*stables soient, dans la mesure du possible, traités de la même manière que les filiales. »*¹⁰⁵⁴

La doctrine semble aussi confirmer cette analyse¹⁰⁵⁵¹⁰⁵⁶.

En revanche, le Modèle de convention fiscale est aussi relativement clair sur le fait que l'imposition n'est possible que sous réserve du droit interne de chaque Etat¹⁰⁵⁷. L'analyse ne permet donc pas de lever toutes les difficultés analysées ci-dessus liées à une divergence entre Etats contractants sur ce point. Il est, en outre, inexplicable que la notion d'indépendance soit réaffirmée de manière systématique pour l'établissement stable alors qu'elle ne l'est qu'implicitement en ce qui concerne le siège lui-même¹⁰⁵⁸. Peut-être est-ce parce qu'elle est présumée pour le siège ? Nous n'avons pas identifié s'explication convaincante dans le Modèle de convention fiscale.

b La reconnaissance empirique de la personnalité fiscale de l'établissement stable

Le Modèle de convention fiscale partage probablement de manière empirique notre conclusion, même s'il ne formalise pas de réponse spécifique en cas de réallocation d'actifs au sein d'une situation triangulaire.

Ainsi, en matière de transfert entre siège et établissement, les commentaires confirment que le prix de pleine concurrence doit être utilisée en priorité et présumé juste :

« Une usine située dans l'État R faisant partie d'une entreprise de l'État R a transféré des produits en vue de les vendre à un établissement stable de l'entreprise située dans l'État S. Pour déterminer les bénéfices

¹⁰⁵⁴ Com. 27 sous l'article 7 du Modèle de convention fiscale.

¹⁰⁵⁵ Van Wanroij (J) « Comments on the proposed article 7 of the OECD Model convention », *Intertax*, Volume 37, issue 5 p. 301.

¹⁰⁵⁶ Malherbe (J), Daenen (P), « Permanent establishment claim their share of profits: does the tax man agree ? », *IBFD, Treaty monitor*, July 2010, p. 359-366.

¹⁰⁵⁷ « Le paragraphe 2 détermine les bénéfices qui sont attribuables à un établissement stable aux fins des dispositions du paragraphe 1 qui répartissent les compétences fiscales concernant ces bénéfices. Une fois que les bénéfices attribuables à un établissement stable ont été déterminés conformément au paragraphe 2 de l'article 7, il appartient au droit interne de chaque Etat contractant de déterminer s'il y a lieu d'imposer ces bénéfices et de quelle manière, sous réserve de se conformer aux conditions imposées par le paragraphe 2 et les autres dispositions de la Convention ».

attribuables à l'établissement stable en vertu du paragraphe 2, le Rapport prévoit qu'une opération interne doit être prise en compte et qu'un prix de pleine concurrence notionnel doit être appliqué à cette opération. (...) Les deux États acceptent que la prise en compte de cette opération interne et le prix utilisé par le contribuable sont conformes aux principes du Rapport et des Principes de l'OCDE applicables en matière de prix de transfert. Dans ce cas, les deux États devraient s'abstenir d'ajuster les bénéfices en prenant pour argument qu'un prix de pleine concurrence différent devrait avoir été utilisé ; dès lors qu'il existe un accord sur le fait que le contribuable s'est conformé au paragraphe 2, les administrations fiscales des deux États ne peuvent substituer leur jugement à celui du contribuable en ce qui concerne les conditions de pleine concurrence. Dans cet exemple, le fait que le même prix de pleine concurrence ait été utilisé dans les deux États et que ceux-ci reconnaissent ce prix aux fins de l'application de la Convention permettra de faire en sorte que toute double imposition liée à cette transaction se trouve supprimée en vertu de l'article 23A ou 23B. »¹⁰⁵⁹

LA double imposition semble improbable mais au cas où, une solution est proposée :

« Dans l'exemple précédent, les deux États acceptent que la prise en compte de cette opération interne et le prix utilisé par le contribuable sont conformes aux principes du Rapport et des Principes de l'OCDE applicables en matière de prix de transfert. Il est possible, cependant, que les États contractants ne soient pas d'accord sur ces questions. Dans certains cas, le n° 48. Rapport et les Principes de l'OCDE applicables en matière de prix de transfert peuvent permettre différentes interprétations du paragraphe 2 et, dans la mesure où une double imposition pourrait par ailleurs résulter de ces différentes interprétations, il est essentiel

¹⁰⁵⁸ Kobetsky (M) « Article 7 of the OECD Model defining the personality of permanent establishments », IBFD, *Bulletin* October 2006, p. 411-425.

¹⁰⁵⁹ Com. 47 sous l'article 7 du Modèle de convention fiscale.

d'assurer que cette double imposition soit allégée. Le paragraphe 3 inclut le mécanisme qui garantit ce résultat. »¹⁰⁶⁰

On notera que ce système n'est pas explicitement validé pour les actifs source de revenus passifs. Le régime de tels actifs en dehors de la question de leur allocation étant un simple renvoi au régime applicable à l'établissement stable, nous considérons qu'ils devraient être traités d'une manière identique.

B. L'élimination de la double imposition

Comme nous l'avons démontré ci-dessus, il existe un risque réel de double imposition conséquence des divergences d'interprétation. Ce risque est, selon nous, plus complexe qu'un simple conflit de lieu d'imposition et de répartition de la base, car c'est un risque de conflit sur le fait générateur et sur la base. Ce risque ne serait toutefois pas un problème si les règles d'élimination de la double imposition y remédient (1). Deux manières peuvent être envisagées pour éliminer la difficulté : éliminer les conséquences de la double imposition ou limiter le prélèvement à une seule imposition (2).

1. L'élimination des conséquences de la double imposition

L'élimination se heurte à deux difficultés. D'une part, l'existence de la double imposition est une question extrêmement complexe en pratique, et, d'autre part, les outils à disposition sont inadaptés.

a La prolifération possible des cas de double imposition

On est obligé de constater que la source de la possible double imposition est plus complexe qu'une simple divergence sur une répartition de base imposable. Il peut y avoir divergence sur le fait générateur (transfert taxable ou non, ou en provenance de l'établissement stable), mais aussi sur la base au moment du transfert (transfert à valeur comptable, ou à valeur réelle) et enfin sur la répartition du droit d'imposer

¹⁰⁶⁰ Com. 48 sous article 7 du Modèle de convention fiscale.

(rattachement ou non de l'actif à l'établissement stable, ou au siège). Certes, aucune de ces questions n'est inconnue de manière isolée, mais la combinaison de celles-ci rend le risque de désaccord encore plus important. Une approche empirique permet d'illustrer notre propos.

Plusieurs cas peuvent être distingués :

- Cas n° 1 - L'Etat de départ applique la notion de transfert, l'Etat de destination ne l'applique pas. A priori, ce cas pourrait se rencontrer lors d'un transfert d'un Etat territorial vers un Etat qui dispose d'un régime mondial.
- Cas n° 2 - L'Etat de départ n'applique pas la notion de transfert, l'Etat de destination l'applique.
- Cas n° 3 - Les deux Etats appliquent la notion de transfert.
- Cas n° 4 - Aucun Etat n'applique la notion de transfert.

Pour chaque cas il faut aussi distinguer si une différence existe selon que l'Etat de transfert est celui de l'établissement stable ou celui du siège.

Cas n° 1

Dans ce cas l'Etat de départ va calculer un résultat fiscal en prenant en compte la valeur vénale du bien et imposer en conséquence un profit équivalent. L'Etat de destination au contraire considérera probablement que le bien a été transféré à valeur nette comptable et tentera d'imposer la même plus-value lors du transfert à un tiers en prenant en compte comme valeur historique la valeur dans les comptes dans l'Etat de départ à l'origine.

Deux situations existent : au moment du transfert, soit un gain existe, soit une perte existe.

Si un gain existe, on peut immédiatement comprendre le risque de double imposition. Au contraire, si une perte est réalisée lors du transfert, alors la question de la double déduction de cette perte se posera, d'autant que le régime d'imposition de cette perte n'est potentiellement pas affecté par l'existence du traité.

En cas de perte, l'administration fiscale d'un pays et plus particulièrement celui de destination, devra être attentive avant de tenter la requalification de l'attribution des actifs de l'établissement stable, car elle devra prendre en compte la différence entre le revenu résultant de la réallocation et la perte future à déduire en cas de cession. L'administration de départ devrait aussi être attentive car une perte potentiellement déductible serait réalisée lors de la réallocation. On envisage mal, en pratique, une administration procédant à une remise en cause pour permettre une déduction d'une perte.

En ce qui concerne le cas de double imposition. Pour qu'elle existe, il faudra que l'Etat de destination n'accepte pas la valeur réelle comme valeur d'acquisition pour le calcul de la plus-value. Ensuite, il nous semble que la cause de la double imposition se situe dans l'Etat de destination, aussi, il devrait être celui qui élimine la double imposition. Le traité ne prévoit pas ce cas, l'élimination est donc incertaine, sauf en application de l'article 7, analysée ci-dessous.

A supposer que l'élimination soit possible, la question subsiste de la base de calcul de l'élimination de la double imposition selon des règles de l'Etat de départ ou selon des règles de l'Etat d'arrivée. N'oublions pas que selon son droit interne, l'Etat de départ n'a aucune raison de prendre en compte la double imposition.

Situation encore plus compliquée lorsque l'Etat du siège utilise une méthode de crédit d'impôt. Dans ce cas l'Etat R devrait éliminer la double imposition sur la base du gain total imposé dans l'Etat P, en incluant le gain avant réallocation et le gain après réallocation, mais en acceptant de créditer l'impôt perçu dans l'Etat P, donc sur le gain après réallocation. La double imposition serait éliminée dans un système pour lequel le calcul de la base est identique dans les deux Etats et que le crédit est plafonné à l'impôt dû dans l'Etat R sur la partie du gain réalisé durant la période de détention dans l'Etat P. Il faut admettre que la probabilité d'une élimination de la double imposition est assez faible.

On constate que le rôle de l'Etat P est relativement passif. Il est de percevoir en premier son imposition, mais uniquement la partie effectivement due sur la croissance

de valeur sur son territoire. Le rôle de l'Etat R est double. Il est d'assurer l'élimination de l'impôt payé dans l'Etat P si nécessaire, et de prévoir l'imposition sur la partie de profits réalisés au niveau du siège en cas de réallocation au profit d'un établissement stable.

Il y a trois possibilités pour interdire une double déduction d'une perte en cas de diminution de valeur : le choix d'une méthode unique de valorisation dans la convention, la rédaction des articles 23 et 7 qui n'interdisent pas au droit interne de l'Etat qui subit cette double exonération d'en refuser l'élimination, et le recours aux autorités compétentes.

Cas n° 2

Dans ce cas, le transfert n'aura pas d'effet immédiat puisque la réallocation n'est pas un fait générateur pour l'Etat de départ.

La question sera de déterminer à quelle valeur les biens vont être enregistrés dans le bilan de l'Etat de destination. Le plus probable est une allocation à valeur nette comptable. La solution n'est cependant pas indiscutable.

En cas de cession ultérieure, deux solutions peuvent se présenter selon qu'un gain ou qu'une perte est réalisé.

Il existe un risque de voir calculer le gain dans l'Etat de destination sur une base incluant la partie du gain réalisé lors du séjour dans l'Etat de départ. En cas de perte, la perte, réalisée avant transfert sera transférée dans l'Etat de destination. Les groupes pourraient avoir intérêt à transférer les biens en perte au sein de situations triangulaires.

De manière similaire à l'analyse ci-dessus, on peut s'interroger sur le transfert de perte si le bien transféré est amortissable et que le transfert donne lieu ou non à un « *step up* » (réévaluation de la valeur des actifs) ou éventuellement un « *step up* » sans augmentation de la base amortissable.

Cas n° 3

Dans cette hypothèse, le profit ou la perte, réalisé lors du transfert sont parallèles dans les deux Etats, amenant possiblement à une non double imposition. Le sens du transfert ne nous semble pas impacter cette conclusion. Cette situation démontre qu'une solution viable est d'inclure dans le traité le traitement à appliquer, et qu'il est probablement équivalent à un transfert de l'actif à un tiers.

Cas n° 4

Dans ce cas, le transfert lui-même ne devrait pas être une cause de double imposition, mais cette situation n'empêche pas le transfert de pertes ou de gains taxables d'un Etat vers l'autre. Il n'empêche pas l'obtention d'avantages fiscaux.

Ainsi, par exemple, le transfert d'un *goodwill* pourra donner lieu, ou non, à un amortissement dans l'Etat de destination ou de départ, uniquement laissant des opportunités fiscales ouvertes. Les autorités devront évaluer leur intérêt entre reconnaître de nouveaux revenus après transfert et accorder de nouvelles déductions sur les actifs transférés (amortissement ou provision) ; cet élément étant affecté par la valeur à laquelle la réallocation est effectuée.

En conclusion, on peut noter que c'est lorsque les deux systèmes sont identiques que le risque de double imposition ou double déduction est le plus faible. Une approche pourrait, donc, être de permettre l'application du redressement uniquement si les autorités compétentes s'accordent pour appliquer un régime unique. De son côté l'OCDE est plutôt en faveur de l'application d'un régime prévoyant la cession à valeur réelle entre établissement et siège. Nous sommes du même avis.

b L'inadaptation du système proposé par le Modèle de convention fiscale

L'article 7(3) établit un système de répartition des doubles impositions liées à la remise en cause des principes d'attribution des profits, tels qu'exposés à l'article 7(2).

Il est ainsi indiqué à l'article 7.3 du Modèle de convention fiscale :

« Lorsque, conformément au paragraphe 2, un État contractant ajuste les bénéfices qui sont attribuables à un établissement stable d'une entreprise d'un des États contractants et impose en conséquence des bénéfices de l'entreprise qui ont été imposés dans l'autre État, cet autre État procède à un ajustement approprié du montant de l'impôt qui a été perçu sur ces bénéfices dans la mesure nécessaire pour éliminer la double imposition de ces bénéfices. Pour déterminer cet ajustement, les autorités compétentes des États contractants se consultent si nécessaire. »

A première vue, la question est réglée, puisque le texte prévoit une obligation de résultat d'élimination des doubles impositions provenant de la remise en cause des allocations des profits. En réalité de nombreuses difficultés subsistent.

Notons tout d'abord que ce régime est soumis aux mêmes aléas que ceux mentionnés en matière de situations triangulaires non-déclarées¹⁰⁶¹, et les statistiques ne sont pas positives dans ce domaine. De même, l'impact des divergences de droit interne sur le calcul du quantum de l'élimination n'est pas visé par le texte, la vision optimiste étant que l'obligation de résultat contenue dans le texte permet de contourner cette difficulté. Le texte ne vise pas les doubles exonérations.

On peut imaginer que si la situation était si claire, la dernière phrase qui prévoit une consultation des autorités compétentes n'existerait pas.

La seconde grande difficulté est que le système mis en place ne couvre pas toutes les situations. Il est limité aux éléments qui relèvent de l'article 7, c'est-à-dire aux éléments de profits ordinaires ou éléments attribués en application des articles 10, 11 ou 12, à l'Etat de situation de l'établissement stable. Il ne vise pas, par exemple, les cas de conflits liés à une variation des règles d'allocations par les deux Etats qui dépendent de l'article 23 dont les statistiques de réussite pour éliminer la double

¹⁰⁶¹ Un exemple de situation incertaine en Allemagne: Birk (M.), Budai (N.), « German consequences of the authorized OECD approach for PE income allocation », *TNI*, July 2015, p. 353-356. Bennet (M), « The attribution of profits to

imposition sont éloquentes¹⁰⁶². Il ne vise que partiellement les situations triangulaires imparfaitement déclarées.

La mécanique du système proposé présente des complexités.

Tout d'abord, ils confirment que l'élimination des doubles impositions doit être réalisée en application des principes issus de la convention¹⁰⁶³ alors que nous savons que ceux-ci sont inapplicables directement aux transferts entre deux établissements stables, ces derniers n'étant pas éligibles aux traités.

Le Modèle constate, en outre, que certaines situations ne sont probablement pas couvertes ainsi :

« Il est cependant possible que la législation interne de cet autre État (par exemple, l'État où l'établissement stable est situé) ne l'autorise pas à procéder à un tel ajustement ou que cet État ne soit pas incité à le faire de lui-même si cela a pour effet de réduire le montant des bénéfices qui étaient antérieurement imposables dans cet État. Il se peut également, comme il est indiqué ci-dessus, que les deux États contractants adoptent des interprétations différentes du paragraphe 2 et qu'il soit impossible de conclure que l'une ou l'autre de ces interprétations n'est pas conforme au paragraphe 2. »¹⁰⁶⁴

En réalité, le risque est plus important :

« Indépendamment de la question de savoir quel est l'État qui procède à l'ajustement initial, l'autre État n'est tenu de procéder à un ajustement corrélatif approprié que s'il considère que les bénéfices ajustés reflètent correctement ce que les bénéfices auraient été si les opérations internes de

permanent establishments: the 2008 commentary on art. 7 of the OECD convention », *European Taxation*, IBFD, September 2008, p. 467-471.

¹⁰⁶² Cf. Annexes de nos travaux.

¹⁰⁶³ Com. 52 sous l'article 7 du Modèle de convention fiscale.

¹⁰⁶⁴ Com. 53 sous l'article 7 du Modèle de convention fiscale.

l'établissement stable avaient été des transactions effectuées dans des conditions de pleine concurrence. L'autre État n'est donc tenu d'effectuer un ajustement corrélatif que s'il considère que l'ajustement initial est justifié dans son principe et dans son montant. »¹⁰⁶⁵

A notre avis, la difficulté principale liée à l'application de ce régime est qu'il ne prévoit pas les règles d'évaluation de l'imposition qui doit être éliminée. La vision optimiste est que sa rédaction signifie que c'est l'imposition effective qui doit être éliminée, quelles que soient les modalités de calcul, qui ont abouti à cette double imposition. N'oublions pas, toutefois, que cette interprétation oblige un Etat à éliminer une double imposition qui n'existerait pas si les règles de l'autre Etat étaient identiques aux siennes. En pratique, si chaque Etat applique ses règles de droit interne pour déterminer le quantum, la question risque de ne pas être une priorité pour l'Etat forcé à éliminer la double imposition. Il est vrai que l'article 7.3 prévoit une l'obligation de résultat¹⁰⁶⁶ et interdit au droit interne de l'un des Etats de s'y opposer. Il n'est pas certain que cette déclaration soit suivie d'effets.

Enfin, l'article 7 ne prévoit pas de délai pour éliminer la double imposition rendant la conclusion d'un accord aléatoire¹⁰⁶⁷. Quant à la double déduction, le texte de la convention ne permet pas de s'y opposer formellement, sauf à donner un effet véritable aux modifications proposées par l'initiative *BEPS*¹⁰⁶⁸.

2. *L'élimination de l'imposition au moyen des principes applicables aux filiales*

L'objectif n'est pas d'analyser si le régime fiscal envisagé permet d'éliminer toutes les difficultés, mais si les principes applicables permettent de ne pas créer de difficultés supplémentaires pour les situations triangulaires imparfaitement déclarées. Par exemple, si le système était aussi efficace que celui applicable aux filiales interposées, alors une partie significative de notre objectif serait atteint¹⁰⁶⁹. Nous

¹⁰⁶⁵ Com. 61 sous l'article 7 du Modèle de convention fiscale.

¹⁰⁶⁶ Com. 50 et 54 sous l'article 7 du Modèle de convention fiscale.

¹⁰⁶⁷ Com. 55 et s. sous l'article 7 du Modèle de convention fiscale.

¹⁰⁶⁸ *Preventing the Granting of Treaty Benefits in Inappropriate Circumstances, Action 6 - 2015 Final Report*, p. 91, Ed. OCDE, October 2015.

¹⁰⁶⁹ Sur un sujet voisin sans être similaire John F. Avery Jones and Philip Baker (United Kingdom), Luc De Broe (Belgium), Maarten J. Ellis and Kees van Raad (the Netherlands), Jean-Pierre Le Gall (France), Sanford H. Goldberg and Peter Blessing

considérons que l'application du principe de non-discrimination supporterait partiellement une telle vision.

L'article de non-discrimination précise que :

« 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 autre Etat qui se trouvent dans la même situation, notamment au regard de la résidence. La présente disposition s'applique aussi, nonobstant les dispositions de l'article 1, aux personnes qui ne sont pas des résidents d'un Etat contractant ou des deux Etats contractants. (...) L'imposition d'un établissement stable qu'une entreprise d'un Etat contractant a dans l'autre Etat contractant n'est pas établie dans cet autre Etat d'une façon moins favorable que l'imposition des entreprises de cet autre Etat qui exercent la même activité. »

Le principe est donc qu'un établissement stable ne doit pas être discriminé par rapport à une entreprise nationale.

La complexité dans ce domaine et de déterminer la transaction comparable. S'il s'agit du transfert au sein de la même entité juridique du même territoire d'un actif, alors l'absence d'imposition doit être la règle.

Ce principe couvre à l'évidence aussi la question du transfert d'un actif par l'établissement à une autre entité du groupe et assure la neutralité, si un tel régime existe dans l'Etat considéré¹⁰⁷⁰.

(United States), Jürgen Lüdicke (Germany), Guglielmo Maisto (Italy), Toshio Miyatake and Koichi Inoue (Japan), Henri Torrione (Switzerland), Richard J. Vann (Australia), David A. Ward and Angelo Nikolakakis (Canada), and Bertil Wiman (Sweden) « Art. 24(5) of the OECD Model in Relation to Intra-Group Transfers of Assets and Profits and Losses », *IBFD World tax Journal*, June 2011, p. 179-225.

¹⁰⁷⁰ Nieminen (M), « Transfer of assets regime applicable to US company's PE under tax treaty non-discrimination rule » *IBFD, European Taxation*, July 2014, p. 325-329.

« Le but de cette disposition est de supprimer toute discrimination dans le traitement des établissements stables par rapport aux entreprises résidentes appartenant au même secteur d'activité en ce qui concerne les impôts assis sur les activités d'entreprise, spécialement les impôts sur les bénéfices des entreprises. »¹⁰⁷¹

La généralisation du principe est cependant incertaine¹⁰⁷².

La première interrogation est relative à la transaction qu'il convient de comparer.

S'il s'agit de comparer avec le transfert au sein de la même entité juridique, mais en dehors du territoire, alors le principe de non-discrimination ne s'oppose pas à une imposition immédiate si le droit interne de l'Etat de départ prévoit cette imposition. Si le pays de départ ne prévoit pas d'imposition, alors l'imposition est, en revanche, impossible.

La question est aussi de déterminer si le principe de non-discrimination s'applique lorsque le transfert est en provenance du siège, car dans ce cas, la discrimination est au détriment d'un résident de l'Etat contractant. Il s'agit donc potentiellement d'une situation non visée par la clause de non-discrimination qui distingue résident et non-résident.

Le principe n'offre une protection que si le droit interne de l'Etat P ne prévoit pas d'imposition lors du transfert de l'établissement au siège, en application de son droit interne, ce qui n'est pas la solution retenue par de nombreux Etats.

Enfin, le principe de non-discrimination ne permet pas d'éviter la remise en cause ultérieure de la répartition d'imposer si les actifs n'ont pas été alloués de manière fictive. En conclusion, alors que le principe même semble constituer un fondement important pour réduire les différences de traitement entre filiales et succursales, la remise en cause au sein des situations triangulaires imparfaitement déclarées est trop

¹⁰⁷¹ Com. 35 sous l'article 24 du Modèle de convention fiscale.

dépendante du droit interne des Etats considérés pour être réglé par une application du principe de non-discrimination.

Section 2. La lutte contre la prolifération des arbitrages fiscaux

Dès lors que nous avons démontré que le principal risque lié à la mise en place de situations triangulaires imparfaitement déclarées est de favoriser une prolifération des arbitrages fiscaux, il nous semble logique d'analyser ce risque plus en détails ainsi que les moyens de le limiter.

Deux moyens peuvent être identifiés : l'élimination de l'incertitude (I) ou l'acceptation de celle-ci (II). Dans le premier cas, la stratégie consiste à éliminer le risque par élimination du conflit, celui-ci pouvant être favorable au contribuable ou aux autorités. Dans le second cas, il s'agit de considérer que ce risque est tellement consubstantiel aux situations triangulaires qu'il convient de l'accepter. Cette acceptation peut être totale ou uniquement pour certaines situations triangulaires identifiées manifestement abusives.

I. La réduction de l'incertitude sur le fondement du dispositif en place

L'incertitude peut être limitée de deux manières : soit en interprétant de manière constructive les principes issus de l'article 7 du Modèle de convention fiscale, ce qui ne nécessite pas de changement normatif fondamental (A). Soit, en proposant l'élaboration de nouveaux principes innovants (B). Dans le premier cas, ce sont les conflits que l'on arbitre, dans le second, l'existence même du conflit est éliminée, l'accord politique étant obtenu en amont, lors de la mise en place du système alternatif.

¹⁰⁷² Saccardo (N.), « Article 24(3) of the OECD model Convention: the significance of “taxation on a permanent establishment” in cross border reorganizations », *Intertax*, 2003, n° 8/9, p. 271-280. Analyse limitée au transfert d'un

A. *L'application effective du principe de rattachement exclusif des revenus*

Comme à de nombreuses reprises au sein de nos travaux, nous sommes amenés à nous interroger si les principes issus des textes en vigueur peuvent permettre de résoudre toute ou une partie de la difficulté (1). Les textes actuels prévoient l'application de deux principes. D'une part, il existe une règle de rattachement effectif des profits des établissements stables, issue de l'article 7 du Modèle de convention fiscale. D'autre part, le texte du Modèle de convention fiscale contient des précisions spécifiques applicables aux revenus passifs, qui trouveraient naturellement à s'appliquer aux situations triangulaires imparfaitement déclarées (2).

1. *L'alignement entre établissements stables et filiales*

La problématique analysée ici n'est plus l'imposition d'un éventuel transfert d'un actif au moment de la révélation faite par les autorités fiscales, mais l'élimination de la double imposition éventuellement issue de cette révélation.

a *La reconnaissance de la personnalité fiscale de l'établissement stable, évolution paradoxale*

Comme nous l'avons indiqué dans notre première partie, la reconnaissance de la personnalité fiscale complète de l'établissement stable permettrait une amélioration de la situation et un alignement, y compris en matière de planification fiscale agressive, de la situation d'une filiale avec celle d'un établissement stable, en particulier en ce qui concerne l'application du traité S/P, transformant la relation en une relation bilatérale. Notre proposition aurait aussi des conséquences favorables en matière de situations triangulaires imparfaitement déclarées autorisant *ipso facto* à appliquer tous les travaux de l'OCDE, en matière de filiale aux établissements stables. L'OCDE a déjà procédé à une évolution dans cette direction en ce qui concerne le rattachement des profits.

établissement dans son ensemble en cas de réorganisations.

Ainsi, l'article 7(2) du Modèle de convention fiscale prévoit qu'un établissement stable est supposé réaliser un niveau de profit comparable à celui d'une filiale distincte qui exercerait une activité similaire de manière indépendante. Ce principe est la conséquence de la théorie de « l'entreprise séparée », permettant d'attribuer un profit à l'établissement stable alors même que l'entreprise dans son ensemble serait en perte¹⁰⁷³. Ce dispositif constitue, selon nous, un moyen très équilibré et efficace de lutter contre les situations triangulaires abusives¹⁰⁷⁴. Il constitue un moyen de replacer dans une analyse bilatérale classique entre résidents, les situations triangulaires imparfaitement déclarées. En effet, selon ce régime, la situation triangulaire imparfaitement déclarée, n'est qu'un avatar d'une situation bilatérale entre sociétés d'un même groupe situées dans l'Etat R et l'Etat P.

Désormais, les commentaires du Modèle de convention fiscale tentent d'aligner la situation de l'établissement avec celui d'une filiale, permettant ainsi une modification des allocations, lorsque celles-ci ne sont pas en ligne avec un principe de pleine concurrence dans des conditions similaires à celles applicables aux filiales.

Il est désormais indiqué :

« Aux fins de cet article et de l'article [23A] [23B], les bénéfices qui sont attribuables dans chaque État 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. »¹⁰⁷⁵

¹⁰⁷³ Russo (R), « Application of the arm's length principle to intra group company dealings: back to the Origins », *International Transfer Pricing Journal*, IBFD, January/February 2005, p. 7-15.

¹⁰⁷⁴ Position identique Prats (G.), « Triangular cases and residence as a basis for alleviating international double taxation. Rethinking the subjective scope of double taxation », *Intertax*, 1994 n° 11, p. 473-484, p. 481.

¹⁰⁷⁵ Com. 2 sous l'article 7 du Modèle de convention fiscale.

On a donc évolué, d'une part vers l'assimilation des profits qu'un établissement stable doit reconnaître avec celui d'une filiale et, d'autre part, vers la reconnaissance d'un profit lors d'un transfert volontaire ou non, d'un actif entre établissement et siège. L'évolution n'est pas terminée car des questions subsistent qui dépassent notre sujet¹⁰⁷⁶.

Notons que cette vision n'est pas si évidente et l'OCDE a longtemps formellement refusé par le Modèle de convention fiscale¹⁰⁷⁷. En matière d'intérêts par exemple, la difficulté était même ignorée¹⁰⁷⁸. Elle était aussi applicable aux services¹⁰⁷⁹.

La plupart des exceptions ont été éliminées au cours du temps avec une accélération récente du phénomène, probablement sous l'influence de personnalités favorables à ce principe qui ont rejoint l'OCDE¹⁰⁸⁰. La justification donnée pour le traitement historique est toujours la même. Elle est liée au fait que l'établissement stable ne disposant pas de personnalité morale distincte, le transfert d'un actif par allocation ne devait pas donner lieu à la réalisation d'un profit, ce que les commentaires plus récents ne retiennent plus.

Paradoxalement, selon ces principes désormais abandonnés, la reconnaissance d'une situation triangulaire imparfaitement déclarée n'aurait pas eu de conséquence sur la

¹⁰⁷⁶ Dziurdz (K.), « Attribution of function and profits to a dependant agent PE: different arm's length principles under article 7(2) and 9? », *World tax journal*, IBFD, June 2014, p. 136-167.

¹⁰⁷⁷ Ancien Com. 17.4 sous l'article 7 du Modèle de convention fiscale, amendé en 2008. Ainsi, par exemple, l'ancien paragraphe 14.4, sous l'article 7 renuméroté et amendé en 2008 indiquait : « Dans le cas de biens incorporels, les règles concernant les relations entre entreprises du même groupe (c'est-à-dire le versement de redevances ou les accords de partage des coûts) ne peuvent être appliquées aux relations entre des divisions d'une même entreprise. En fait, il peut être extrêmement difficile d'attribuer la « propriété » d'un bien incorporel à une seule division d'une entreprise et de prétendre que cette division devrait recevoir des redevances d'autres divisions comme si elle était indépendante. Puisqu'il n'y a qu'une entité juridique, il est impossible d'attribuer la propriété d'un bien à une division spécifique. De plus, il sera souvent difficile, en pratique, d'attribuer les coûts de création de biens incorporels à une seule division. Il peut donc être préférable de considérer que les coûts de création de droits intangibles sont attribuables à toutes les divisions de l'entreprise qui les utiliseront et que leurs coûts de création doivent être répartis en conséquence. Dans ce cas, il serait indiqué d'allouer les coûts réels de création de ces droits incorporels entre les différentes divisions d'une entreprise sans tenir compte d'un élément de profit ou de redevances ».

¹⁰⁷⁸ Com. 18.1 sous article 7 du Modèle de convention fiscale, abandonné depuis 2008. « Si les emprunts contractés par le siège d'une entreprise étaient exclusivement destinés à financer ses activités ou, de manière évidente et exclusive, l'activité d'un établissement stable donné, le problème se réduirait à une simple question de sous-capitalisation du bénéficiaire effectif de ces prêts. »

¹⁰⁷⁹ Ancien Com. 37 sous l'article 7 du Modèle de convention fiscale, éliminé en 2010. « Le plus souvent, cependant, la fourniture de services représente simplement une partie des fonctions administratives générales de l'ensemble de la société. Il en est ainsi, par exemple, lorsque l'entreprise a un programme de formation dont bénéficient les salariés de chacune de ses divisions. Il sera habituellement indiqué de considérer les coûts de tels services comme faisant partie des frais généraux d'administration de l'ensemble de l'entreprise, ceux-ci devant alors être répartis à leur coût réel entre les différentes divisions pour lesquelles ils ont été encourus sans que l'on procède à une majoration représentant le bénéfice d'une autre division. »

¹⁰⁸⁰ Nous pensons ici à Raffaella Russo.

reconnaissance d'un profit lors de la remise en cause de l'allocation elle-même, simplifiant grandement l'analyse. La réallocation d'un actif ne constituerait donc pas un évènement imposable. Bien entendu, cette règle n'aurait pas d'influence sur la reconnaissance du profit futur généré par l'actif ainsi réalloué dans la mesure où celui-ci est soumis aux autres règles de droit commun¹⁰⁸¹. Il ne nous semble cependant pas possible de revenir en arrière, *a minima* pour des raisons politiques..

b L'absence d'assimilation totale entre établissements stables et filiales

La problématique n'est cependant pas limitée à la reconnaissance de la personnalité fiscale de l'établissement stable et son assimilation sur ce point aux filiales. En effet, en dehors d'une reconnaissance totale, toute solution intermédiaire de reconnaissance partielle de la personnalité ne fait que diminuer ou repousser la difficulté sans la régler définitivement.

Tout d'abord, en ce qui concerne les profits réguliers de l'établissement stable ou du siège, le Modèle de convention reconnaît lui-même que la double imposition peut subsister, en particulier lorsqu'une allocation des profits est modifiée et prévoit un recours aux autorités compétentes des Etats.

« Lorsque, conformément au paragraphe 2, un État contractant ajuste les bénéfices qui sont attribuables à un établissement stable d'une entreprise d'un des États contractants et impose en conséquence des bénéfices de l'entreprise qui ont été imposés dans l'autre État, cet autre État procède à un ajustement approprié du montant de l'impôt qui a été perçu sur ces bénéfices dans la mesure nécessaire pour éliminer la double imposition de ces bénéfices. Pour déterminer cet ajustement, les autorités compétentes des États contractants se consultent si nécessaire. »¹⁰⁸²

Mais les commentaires indiquent aussi que ce dispositif d'élimination renforcé, à supposer qu'il soit efficace, n'est pas applicable aux situations dans lesquelles

¹⁰⁸¹ La question du profit futur et de son imposition, partagée nous semble réglée depuis les modifications de l'article 7 en 2008. Russo (R), « Application of the arm's length principle to intra group company dealings: back to the Origins », *International Transfer Pricing Journal*, IBFD, January/February 2005, p. 7-15.

l'article 7 n'est pas applicable. Ainsi, les doubles impositions provenant d'autres articles, par exemple ceux relatifs aux revenus passifs, ne seraient pas couvertes par ce régime, puisque l'article 7.4 les exclut du régime d'imposition prévu à l'article 7, y compris la partie du régime de l'article 7 relative à l'élimination de la double imposition éventuelle. Il existe donc un risque supplémentaire en cas de remise en cause d'éléments liés aux revenus passifs.

La pratique a analysé, à de nombreuses reprises, la subsistance d'un risque de double imposition en application du Modèle existant même en l'absence de situations triangulaires¹⁰⁸³. Les commentaires actuels ignorent la question spécifique des situations triangulaires en considérant que le principe de pleine concurrence s'applique et que toute double imposition contraire à ce principe doit être éliminée y compris pour les opérations entre établissement et siège :

« Comme l'explique le Rapport, l'attribution de bénéfices à un établissement stable en vertu du paragraphe 2 résultera du calcul des bénéfices (ou des pertes) résultant de l'ensemble de ses activités, y compris les transactions avec des entreprises indépendantes, les transactions avec des entreprises associées (en appliquant directement les Principes de l'OCDE applicables en matière de prix de transfert) et les opérations internes avec d'autres parties de l'entreprise. »¹⁰⁸⁴

Le caractère général des commentaires rappelés ici laissent penser que l'OCDE considère donc que la difficulté n'existe pas.

Pour l'OCDE, le régime d'élimination est applicable aux opérations internes sans distinction de la cause de la double imposition :

« Le paragraphe 2 se réfère expressément aux opérations internes entre l'établissement stable et les autres parties de l'entreprise à laquelle il

¹⁰⁸² Com. 3 sous l'article 7 du Modèle de convention fiscale.

¹⁰⁸³ Par exemple : Dziurzk (K.), « Attribution of function and profits to a dependant agent PE: diferent arm's length principles under article 7(2) and 9? », *World tax journal*, IBFD, June 2014, p. 136-167.

appartient afin de souligner que la fiction de l'entreprise distincte et indépendante du paragraphe suppose que ces opérations internes soient traitées de la même manière que des transactions similaires effectuées entre entreprises indépendantes. »¹⁰⁸⁵

Ainsi, « la sortie » d'un actif de l'établissement en raison d'une réallocation est visée. « L'entrée » liée à une réallocation au profit d'un établissement est, selon nous, plus incertaine. Par exemple, le transfert par un sous-établissement d'un actif en cas de réallocation ou même pour partager l'imposition de revenus futurs ne sont pas couverts par la convention entre les deux établissements par hypothèse non-résidents au sens du traité.

Formellement, cette transaction ne serait donc pas couverte par le régime de l'article 7, ni même celui de l'article 25, relatif aux procédures amiables, car l'article 25 ne vise que les autorités compétentes des Etats contractants et les litiges issus de la convention. En l'espèce, le litige n'est pas issu de la Convention, puisque l'article 7 n'est pas applicable entre établissements stables, si l'un est situé dans un Etat tiers¹⁰⁸⁶. Il nous semble que le principe de personnalisation de l'établissement stable issu des commentaires de l'article 7 commanderait une autre logique, mais une sérieuse incertitude subsiste. Les commentaires du Modèle de convention semblent restreindre en effet clairement l'objet de l'article 7 aux deux Etats contractants, en indiquant :

« Le début du paragraphe 2 ainsi que les mots « dans chaque État contractant » indiquent que ce paragraphe s'applique non seulement en vue de déterminer les bénéficiaires que l'État contractant dans lequel l'établissement stable est situé peut imposer conformément à la dernière phrase du paragraphe 1 mais aussi pour l'application des articles 23A et 23B par l'autre État contractant. »¹⁰⁸⁷

¹⁰⁸⁴ Com. 20 sous l'article 7 du Modèle de convention fiscale.

¹⁰⁸⁵ Com. 24 sous l'article 7 du Modèle de convention fiscale.

¹⁰⁸⁶ La question étant probablement moins incertaine pour un transfert du siège vers un établissement stable.

Cette limite est expressément mentionnée dans les commentaires en matière d'intérêts, puisqu'il est indiqué :

« La fiction de l'entreprise distincte et indépendante ne s'étend pas à l'article 11 et, aux fins de cet article, une partie d'une entreprise ne peut être considérée comme ayant payé des intérêts à une autre partie de la même entreprise. »¹⁰⁸⁸

On pourrait indiquer toutefois que les Etats en cause ont mis en place des conventions fiscales qui reconnaissent ce principe dans les relations bilatérales et devraient donc les appliquer dans des situations trilatérales qui ne sont que l'addition de situations bilatérales. Même si cet argument est logique, il s'oppose à l'objet de nos travaux qui est de constater que le régime fiscal applicable à une situation triangulaire n'est pas uniquement l'addition de deux régimes bilatéraux.

2. *Le rattachement exclusif des revenus passifs de l'établissement stable*

Comme nous l'avons noté plus avant, le traitement proposé semble ignorer en partie les questions liées à l'allocation des revenus passifs, qui sont couverts partiellement par les articles 11, 12 et 13 du Modèle de convention.

Si le régime général prévu à l'article 7 du Modèle ne permet pas de résoudre la question avec certitude, en particulier pour les transactions entre établissements stables d'un même siège, il convient de s'interroger afin de déterminer si le régime spécifiquement applicable aux revenus passifs, ou la combinaison des deux régimes, favorise une solution plus adaptée.

a *La promotion théorique des arbitrages*

Le rattachement des revenus passifs est à la fois similaire et différent des principes retenus en matière de revenus opérationnels.

¹⁰⁸⁷ Com. 27 sous l'article 7 du Modèle de convention fiscale.

Dans un premier temps, le Modèle de convention fiscale considère les revenus passifs de manière spécifique, en excluant pour ceux-ci l'application de l'article 7.

L'article 7 précise en effet :

« Lorsque les bénéficiaires comprennent des éléments de revenu traités séparément dans d'autres articles de la présente Convention, les dispositions de ces articles ne sont pas affectées par les dispositions du présent article. »¹⁰⁸⁹

En réalité, le cas des revenus passifs réalisés par un établissement stable est une sous-exception à l'exception que constitue le régime d'imposition des revenus passifs. Les revenus passifs bénéficient d'un régime de partage spécifique, mais celui-ci n'est pas applicable en présence d'un établissement stable auquel ces revenus passifs sont rattachés. Ils sont alors imposés conformément au régime défini à l'article 7. L'analyse est circulaire.

Il est ainsi indiqué respectivement aux articles 10, 11 et 12¹⁰⁹⁰, qui visent les revenus passifs, que le régime applicable à ces revenus est spécifique et donc exclus de l'article 7, mais que cette exception est remise en cause en présence d'un établissement stable *« générateur du revenu et que le bien ou droit générant ce revenu se rattache effectivement à l'établissement stable en question »*.

Cette exception pourrait laisser penser que les deux régimes sont identiques, en réalité, cela n'est pas le cas. Les régimes sont identiques, après identification du lieu de rattachement et la confirmation de celui-ci. En d'autres termes, l'article 7 est applicable si l'allocation a été préalablement effectuée. Le régime applicable aux revenus passifs laisse donc, selon nous, des possibilités d'arbitrage plus importantes

¹⁰⁸⁸ Com. 28 sous l'article 7 du Modèle de convention fiscale.

¹⁰⁸⁹ Article 5.4 du Modèle de convention fiscale.

¹⁰⁹⁰ Respectivement les articles 10.4, 11.4 et 12.4 du Modèle de convention fiscale.

qu'en matière de revenus opérationnels qui ne dépendent que de l'article 7 et non d'un test préalable d'allocation.

On notera qu'en matière d'intérêts, les arbitrages sont encore plus importants, puisque des conditions spécifiques supplémentaires sont incluses dans le texte qui n'existe pas en matière de redevances et de dividendes lorsque les revenus sont versés par un établissement dans le cas de situations triangulaires inversées¹⁰⁹¹. Nous n'avons pas identifié d'explications satisfaisantes pour justifier ces différences, la nécessité d'allouer de manière unique les revenus nous semblant aussi importante en matière de redevances que d'intérêts. C'est d'ailleurs ce qui ressort des autres travaux engagés par l'OCDE sur ce thème qui dédie une part importante à la question des incorporels¹⁰⁹².

Le paradoxe est qu'en créant la spécificité d'allocation pour les revenus passifs en présence d'un établissement stable, le Modèle de convention n'uniformise pas réellement les traitements entre revenus passifs et revenus opérationnels, mais donne la direction vers des arbitrages et sous arbitrages, en offrant, au moins en principe, la possibilité de différencier l'allocation, le lieu d'imposition selon les types de revenus. Les commentaires du Modèle de convention fiscale confirment notre conclusion¹⁰⁹³. Au sein d'une situation triangulaire, il devient en théorie possible de choisir son régime d'allocation selon le type de revenu, multipliant mécaniquement les situations possibles.

b La réduction effective des opportunités

Dès lors que l'on a considéré que le rattachement des revenus passifs est soumis à des conditions supplémentaires conditionnant leur lieu d'imposition, il convient de

¹⁰⁹¹ L'article 11.5 du Modèle de convention fiscale précise : « *Les intérêts sont considérés comme provenant d'un État contractant lorsque le débiteur est un résident de cet État. Toutefois, lorsque le débiteur des intérêts, qu'il soit ou non un résident d'un État contractant, a dans un État contractant un établissement stable pour lequel la dette donnant lieu au paiement des intérêts a été contractée et qui supporte la charge de ces intérêts, ceux-ci sont considérés comme provenant de l'État où l'établissement stable est situé.* »

¹⁰⁹² *Rapport sur l'attribution de bénéfices aux établissements stables*, Ed. OCDE Juillet 2010.

¹⁰⁹³ Com. 74 sous l'article 5 du Modèle de convention fiscale qui précise : « *La question pourrait cependant se poser en ce qui concerne d'autres catégories de revenus et il a donc été décidé d'inclure une règle d'interprétation selon laquelle les articles applicables à des catégories spécifiques de revenus ont priorité sur l'article 7. Par conséquent, l'article 7 est applicable aux bénéfices d'entreprise qui n'entrent pas dans les catégories de revenus couvertes par ces autres articles et,*

s'interroger si ces critères ne permettent pas d'éviter les principales causes de fraude. L'idée serait de considérer que même si mécaniquement le nombre de possibilités est augmenté, le choix laissé pour le régime est en réalité limité et limite les optimisations possibles.

Le texte du Modèle de convention fiscale fait référence en matière d'intérêts et de redevances à une notion de « *rattachement effectif* » soit d'une créance, soit d'un droit ou un bien¹⁰⁹⁴. Il fait aussi référence à la « *propriété économique* » des biens.

Le but poursuivi semble être de couvrir les allocations fictives, allant au-delà de l'apparence juridique ou comptable. La définition des concepts n'est cependant pas incluse dans le texte de la Convention, mais uniquement dans les commentaires, ce qui lui donne une valeur inférieure. Il faut noter que la notion de propriété économique reste un concept relativement imprécis pour des juristes de pays de droit civil comme la France. Celle-ci est définie de la manière suivante :

*« Dans le contexte de ce paragraphe, la propriété « économique » d'un droit ou bien signifie l'équivalent de la propriété, aux fins de l'imposition du revenu, d'une entreprise distincte, avec les bénéfices et les charges correspondants (par exemple le droit aux redevances afférent à la propriété de ce droit ou bien, le droit à tout amortissement disponible et le risque de gains ou pertes liés à l'augmentation ou de la diminution de la valeur de ce droit ou bien. »*¹⁰⁹⁵

Un renvoi est effectué aux paragraphes 72 à 97 du rapport sur l'allocation des profits, en matière d'établissement stable identique pour tous les types de revenus passifs. Ce renvoi bien qu'utile ne lève pas toutes les incertitudes.

en outre, aux revenus qui, en vertu du paragraphe 4 des articles 10 et 11, du paragraphe 3 de l'article 12 et du paragraphe 2 de l'article 21, tombent dans le champ d'application des dispositions de l'article 7. »

¹⁰⁹⁴ Com. 24 et 25 sous l'article 11 du Modèle de convention, ou Com. 20 et 21 sous l'article 12 du Modèle de convention fiscale et Com. 31 et 2 sous l'article 10 du Modèle de convention fiscale.

¹⁰⁹⁵ Com. 21.1 sous l'article 7 du Modèle de convention fiscale.

Le concept peut être interprété, à notre avis, comme visant les situations dans lesquelles un établissement ne se comporterait pas comme « un prêteur ordinaire », par exemple, parce que la totalité du revenu issu du placement serait automatiquement transférée au siège et que ce cash n'aurait pas été utilisé pour les besoins de l'établissement.

Ce critère ressemble à celui utilisé pour la définition de bénéficiaire effectif lorsqu'un agent se comporte comme un mandataire. Cependant, au contraire de la notion de bénéficiaire effectif qui nécessite une vision relativement juridique et des effets de la structure en place, la référence à la propriété économique nous semble plus proche des analyses anglo-saxonnes conditionnées par l'effet du dispositif, quelle que soit l'organisation juridique. L'absence de personnalité morale de l'établissement oblige à l'introduction d'une notion moins juridique. Il ne s'agit pas, comme pour le bénéficiaire effectif, de considérer la situation juridique afin de déterminer si elle aboutit à une situation réelle déterminée, mais de prendre en compte tous les éléments de faits pour analyser si le résultat est identique à celui attaché à la qualité de propriétaire, alors même que cette qualité n'a pas de sens pour les relations entre un établissement et son siège. La notion est donc probablement plus large que celle de bénéficiaire effectif.

Dans la mesure où le recours à cette notion permet une allocation dans l'Etat de situation de l'établissement stable des actifs, cette conclusion est relativement paradoxale, lorsque le but recherché est d'empêcher l'allocation fictive dans un Etat faiblement imposé en particulier celui de l'établissement stable. Si l'on souhaite limiter l'allocation des actifs à des établissements situés dans des Etats faiblement fiscalisés, on utilise une notion de rattachement restrictive.

En ce qui concerne l'efficacité du système pour contrer les situations manifestement abusives, notre avis est plutôt positif.

Tout d'abord, la notion est relativement détaillée en matière d'intérêts. Certains éléments pourraient être étendus aux redevances sans difficulté. Ainsi, il est précisé dans ce domaine que la démarche est fondée sur la prise de risque liée à l'actif « *par exemple le droit aux intérêts afférent à la propriété de cette créance et le risque de*

*gains ou pertes liés à l'augmentation ou de la diminution de la valeur de cette créance. »*¹⁰⁹⁶

Par ailleurs, la question de l'allocation initiale lors de la mise en place de la structure occupe une place importante dans l'analyse. Un élément alloué à un endroit y reste, sauf les nouveaux éléments de fait. Il y a présomption d'allocation acceptable. C'est un facteur de stabilité contrairement aux travaux de l'OCDE en matière d'interposition d'établissement stable faiblement imposé. Important si l'on considère que la réallocation entraîne des effets importants.

L'OCDE propose aussi une analyse empirique pour déterminer le lieu d'allocation. En particulier en matière d'intérêts. Certains éléments factuels lors de la mise en place jouent un rôle prédominant quant à l'allocation de l'emprunt au siège ou au niveau de l'établissement stable.

Il est ainsi pris en compte:

*« (...) Si l'emprunt a été contracté pour les besoins de cet établissement et si ce dernier assume la charge des intérêts, le paragraphe stipule que la source des intérêts se trouve située dans l'État contractant où l'établissement stable est situé, abstraction faite du lieu de résidence du propriétaire de l'établissement et lors même que ce propriétaire serait un résident d'un État tiers. »*¹⁰⁹⁷

Le lien économique doit, en outre, être « *suffisamment caractérisé* »¹⁰⁹⁸ laissant penser que pour l'OCDE, la présomption simple est que l'emprunt est au niveau du siège.

En pratique, on notera les éléments de rattachement suivants :

¹⁰⁹⁶ Com. 25.1 sous l'article 11 du Modèle de convention fiscale.

¹⁰⁹⁷ Com. 26 sous l'article 11 du Modèle de convention fiscale.

¹⁰⁹⁸ Com. 27 sous l'article 11 du Modèle de convention fiscale.

« a) La direction de l'établissement stable a contracté un emprunt qu'elle affecte aux besoins propres de celui-ci, qu'elle inscrit à son passif et dont elle paye directement les intérêts au créancier.

b) Le siège de l'entreprise a contracté un emprunt dont le produit est uniquement destiné aux besoins d'un établissement stable situé dans un autre pays. Le service des intérêts est assuré par le siège de l'entreprise, mais la charge définitive en incombe à l'établissement stable.

c) L'emprunt est contracté par le siège de l'entreprise et son produit est affecté à plusieurs établissements stables situés dans différents pays. »¹⁰⁹⁹

Dans les hypothèses a) et b), au contraire de l'hypothèse c), le Modèle précise que l'Etat de situation de l'établissement est à considérer comme l'Etat de la source des intérêts. Une flexibilité est cependant laissée aux Etats marquant l'incertitude de l'analyse.

Plus de détails sont donnés dans le rapport sur l'imposition des établissements stables rédigés en 2010¹¹⁰⁰, qui précise que l'allocation est fondée sur des faits et circonstances propres à chaque situation, laissant, à notre avis, une marge suffisante pour caractériser les situations manifestement abusives. La grille de lecture proposée est d'étudier en détail les actifs utilisés, mais aussi les conditions réelles dans lesquelles ces actifs sont utilisés, que ce soit en qualité de propriétaire ou d'utilisateur de licences.¹¹⁰¹ La logique rejoint celle des prix de transfert. Il s'agit d'une démarche d'analyse fonctionnelle pour déterminer les fonctions et les risques assumés par les différentes parties de l'entreprise et décider de l'attribution des actifs. La notion de bénéficiaire effectif vise en priorité des situations abusives, alors que les règles de propriété économique ont vocation à jouer un rôle dans toutes les situations.

L'un des apports importants de ces travaux est de confirmer que l'allocation n'est pas uniquement liée à une décision de l'entreprise, que celle-ci soit comptable ou autre, indépendamment de l'expertise ou de la capacité à en assumer le risque¹¹⁰². On trouve

¹⁰⁹⁹ Com. 27 sous l'article 11 du Modèle de convention fiscale.

¹¹⁰⁰ Com. 72 à 97 du *Rapport sur l'attribution de bénéfices aux établissements stables*, Ed. OCDE Juillet 2010.

¹¹⁰¹ Com. 73 du *Rapport sur l'attribution de bénéfices aux établissements stables*, Ed. OCDE Juillet 2010.

¹¹⁰² Com. 80 du *Rapport sur l'attribution de bénéfices aux établissements stables*, Ed. OCDE Juillet 2010.

ici un élément important destiné à limiter les arbitrages unilatéraux lorsque la substance manque. Le risque de transfert de substance n'est pas éliminé.

L'OCDE conserve toutefois une méfiance vis-à-vis des établissements stables, en raison de l'unicité de la personnalité juridique¹¹⁰³ qui est, selon elle, une raison des difficultés pour identifier la nature de relations entre les sièges et les établissements stables. C'est la raison pour laquelle elle introduit la notion de « propriété économique », qui reste donc principalement un moyen de remise en cause plutôt que de clarification.

B. La mise en place de dispositifs innovants

L'idée serait de permettre un rattachement exclusif des profits, évitant toute discussion et incertitude. Une première solution radicale serait le retour au principe de force attractive de l'établissement stable (1) ou la mise en place d'un système purement optionnel (2).

1. Les systèmes binaires

a Le principe de force attractive

Dans le passé, les traités étaient fondés sur un principe de force attractive de l'établissement stable, qui voulait que tous profits réalisés dans un Etat soient automatiquement rattachés à l'établissement que l'entreprise pouvait y posséder. L'application d'un tel principe résoudrait, de manière définitive, les questions d'allocation des profits au sein des situations triangulaires imparfaitement déclarées.

Le premier obstacle est que L'OCDE a rejeté ce principe de manière assez nette dans les commentaires de l'article 7 du Modèle de la manière suivante :

« Le second principe, qui est énoncé dans la deuxième phrase du paragraphe, est que le droit d'imposer de l'Etat où l'établissement stable

¹¹⁰³ Com. 72 du *Rapport sur l'attribution de bénéfices aux établissements stables*, Ed. OCDE Juillet 2010.

est situé ne s'étend pas aux bénéfices que l'entreprise peut tirer de cet Etat, mais qui ne sont pas attribuables à l'établissement stable. C'est là une question sur laquelle, dans le passé, des divergences de vues se sont fait jour, quelques pays ayant appliqué, il y a plusieurs années, le principe de l'existence d'une « force d'attraction » générale en vertu duquel les revenus tels que les autres bénéfices d'entreprise, dividendes, intérêts et redevances tirés de sources situées sur leur territoire étaient imposables en totalité dans ces pays dès lors que le bénéficiaire y possédait un établissement stable et ce, même lorsque ces revenus n'étaient manifestement pas attribuables à l'établissement stable. Même si certaines conventions fiscales bilatérales prévoient une règle anti-abus de portée limitée fondée sur une conception restreinte de la force d'attraction s'appliquant uniquement aux bénéfices d'entreprise tirés d'activités similaires à celles exercées par un établissement stable, l'approche de la force d'attraction générale décrite précédemment est désormais rejetée dans la pratique internationale en matière de conventions fiscales. (...) Cette solution permet d'adopter des méthodes d'administration de l'impôt et de discipline fiscale plus simples et plus efficaces et correspondant mieux à la conduite courante des affaires. À l'époque moderne, l'organisation des affaires est fort complexe. Il existe un grand nombre de sociétés dont chacune exerce des activités très diverses et notamment des activités d'entreprise très étendues dans de nombreux pays. Une société peut créer un établissement stable dans un autre pays par l'intermédiaire duquel elle réalise des activités manufacturières tandis qu'une partie différente de la même société vend des produits ou articles manufacturés différents dans cet autre pays par l'intermédiaire d'agents indépendants. »¹¹⁰⁴¹¹⁰⁵

Ce principe était particulièrement défendu par les autorités italiennes qui ont continué à l'appliquer et à en défendre les avantages. Dès 1960, les pays autres que l'Espagne

¹¹⁰⁴ Com. 12 sous l'article 7 du Modèle de convention fiscale.

¹¹⁰⁵ Kobetski (M) « Article 7 of the OECD Model: defining the personality of permanent establishments », IBFD, *Bulletin*, October 2006, p. 411-425.

et l'Italie l'abandonnent, les Etats-Unis laissant place au principe de rattachement effectif dans leurs nouvelles conventions¹¹⁰⁶.

Ce principe présente certaines incertitudes.

La première et principale est qu'il ne résout pas totalement les situations triangulaires multilatérales. Autant les situations triangulaires bilatérales sont clarifiées au profit de l'Etat P, autant les situations multilatérales nécessiteraient une clarification pour savoir si les profits de source d'un Etat tiers sont automatiquement rattachés à l'établissement stable. Question simple si le siège a un seul établissement, question impossible si le siège a de nombreux établissements stables. Le régime nécessite donc un passage au travers d'un filtre d'allocation préalable.

Par ailleurs Il a toujours été identifié comme source de fraude potentielle¹¹⁰⁷. Mettre en place, pour éviter les fraudes, un système qui a été abandonné pour cette raison, présente une difficulté politique. Il n'est cependant pas indiqué explicitement si l'abandon était lié à un risque d'une fraude par rattachement fictif au siège ou par rattachement fictif à l'établissement stable¹¹⁰⁸. On peut considérer que la mise en place d'un tel système serait destinée à lutter contre des cas de rattachements frauduleux au siège, situation visées pour l'OCDE dans ses derniers travaux *BEPS* dans le cas de situations triangulaires on déclarées et plutôt en accord avec l'évolution actuelle qui donne une place plus grande à l'Etat de source.

Son application irait, en revanche, à l'encontre de l'approche privilégiée par l'OCDE dans ses travaux sur les situations triangulaires et serait considéré comme un moyen de mettre en place les structures dans lesquelles des actifs sont attribués de manière fictive à un établissement localisé dans l'Etat P qui dispose d'une fiscalité faible, lorsque l'Etat R n'impose pas les profits¹¹⁰⁹. Il existe donc une tension entre les travaux d'origine et l'initiative *BEPS* sur ce thème compliqué à arbitrer si la définition rigoureuse de la notion d'optimisation agressive n'est pas précisée.

¹¹⁰⁶ Comité fiscal, Paris 28 avril 1960 FC/M(60)2 p. 13. Confirmation Groupe de travail n°11 (FC/WP11(60)1 du 3 mai 1960 p. 3, de même que le 1^{er} mars 1960 dans les projets d'article (FC/WP11(61)1 p. 2. et p. 11.

¹¹⁰⁷ Par exemple, Groupe de travail n° 7, Paris 9 mars 1959 texte révisé du rapport sur l'imputation des bénéfices aux établissements et aux filiales.

¹¹⁰⁸ FC/WP11(61)2 du 18 avril 1961 p. 11.

b Les systèmes purement optionnels

A l’instar des principes appliqués aux Etats-Unis en matière de classification des entités en application du dispositif *Check the box*, il pourrait être envisagé un système purement optionnel dans lequel les groupes décident, de manière optionnelle et opposable, d’allouer certains actifs générateurs de revenus passifs au siège, à un établissement stable ou un autre au sein d’une entité juridique.

L’inconvénient de ce régime est qu’au prix d’une simplification extrême, il laisse l’ouverture à tous les arbitrages sans restriction. Sa mise en place nous paraît donc impossible sauf à l’associer à la mise en place d’une harmonisation totale ou d’un régime mondial généralisé, ce qui ne semble pas l’évolution actuelle, alors même que les Etats-Unis envisagent de migrer vers un régime territorial.¹¹¹⁰

2. Les systèmes dérivés

a La force attractive simple

Une première possibilité serait, *a minima*, de permettre une forme de présomption simple de rattachement des profits à l’établissement stable, situé dans l’Etat P. Les profits seraient rattachés à l’établissement, sous réserve de ne pas démontrer qu’ils ne le sont pas. Ce serait ainsi une force attractive simple.

C’est indirectement ce que certains font déjà en pratique. Ainsi par exemple, « *le Mexique se réserve le droit d’imposer, dans l’Etat où l’établissement stable est situé, les bénéfices d’entreprise provenant de ventes de biens et de marchandises réalisées directement par son siège situé dans l’autre Etat contractant, sous réserve que ces biens et marchandises soient identiques ou similaires à ceux qui sont vendus par l’intermédiaire de cet établissement stable. Le Gouvernement du Mexique*

¹¹⁰⁹ *Cas triangulaires*, Com. 50, adopté par le Conseil de l’OCDE le 23 juillet 1992.

¹¹¹⁰ « The Key To Avoiding Tax Inversions: Create Tax Reform That Makes U.S. Firms More Competitive », *Forbes*, 24 July 2014, Leading research and ideas from Harvard Business School faculty

n'appliquera cette règle que pour prévenir les abus et non pas en vertu du principe de la « force attractive » ; ainsi, la règle ne sera pas applicable si l'entreprise démontre que les ventes ont été réalisées pour des raisons autres que l'obtention d'un avantage par le biais de la Convention. »¹¹¹¹

La présomption serait applicable, sauf fraude manifeste. On peut indiquer que cette proposition ne favorise pas une simplification réelle, puisque la question de l'allocation subsiste, même si elle est avec une charge de la preuve renversée.

b La force attractive partielle

Une autre possibilité est celle retenue par l'ONU dans son Modèle qui prévoit dans son article 7.1, que certaines activités sont soumises à une force attractive partielle lorsque des activités similaires sont exercées dans l'Etat au travers d'un établissement stable. L'idée ici n'est pas de lutter contre la localisation de profits dans un Etat, mais de permettre une allocation exclusive, lorsque le groupe a décidé lui-même d'exercer une activité similaire ou une activité de distribution par l'intermédiaire d'un établissement dans un Etat. La logique est de limiter les arbitrages.

Il nous semble que cette proposition, à l'exception des activités de ventes qui ne devraient pas être, selon nous, traitées de manière spécifique, pourrait être envisagée dans certaines limites. Il conviendrait de procéder à des ajustements pour tenir compte des revenus de source d'un Etat tiers, qui ne sont pas visés dans le système recommandé par l'ONU.

Cette possibilité est retenue dans environ 14 % des traités sous une forme ou une autre, et n'est donc pas anecdotique.¹¹¹²

Selon cette approche, l'Etat qui accepte les principes de l'article 7 sur le rattachement des profits serait automatiquement le titulaire de tous les profits, l'autre pouvant uniquement appliquer ses règles de *CFC*, qui seraient rendues compatibles avec les textes du traité. Parmi les Etats qui ont adopté cette solution, une partie non

¹¹¹¹ Réserve faite par le Mexique sous l'article 7 du Modèle de convention fiscale.

négligeable n'applique pas le principe d'attraction, s'il peut être démontré de manière convaincante que l'activité n'est pas menée par l'intermédiaire de l'établissement pour des raisons autres que fiscales¹¹¹³. La présomption est donc simple.

Dans une direction similaire, on pourrait imaginer l'application d'une force attractive avec application conjointe d'un régime de crédit d'impôt. Cette solution aurait l'avantage de réduire à néant les effets éventuellement bénéfiques d'une optimisation fiscale. Elle ne permettrait pas un arbitrage budgétaire équilibré. Elle n'est pas éloignée d'une proposition visant à généraliser les *CFC* et le principe d'attraction.

Il pourrait enfin être imaginé une « force attractive conditionnée », sous réserve d'une liste de facteurs tels que :

- Le fait que l'établissement n'a pas été utilisé pour les transactions, y compris pour recevoir les fonds.
- Le fait qu'il puisse être démontré que l'activité ait été exercée de deux sources, pour des raisons autres que fiscales.
- Le fait que le revenu a été imposé dans l'Etat P à un niveau suffisant.
- Le fait que le revenu soit imposé dans l'Etat du siège directement ou indirectement.

Il ne faut pas nier que le risque est de voir valider les pratiques de certains Etats, comme l'Inde¹¹¹⁴, alors même que ces derniers refusent une élimination des doubles impositions efficace en cas de conflit, et que les principes appliqués vont au-delà du texte même des conventions¹¹¹⁵.

¹¹¹² Wijnen (W), de Goede (J), « The UN in practice 1997-2013 », IBFD, *Treaty Monitor*, March 2014 p. 126.

¹¹¹³ Exemple traité entre la Lituanie et les USA de 1998.

¹¹¹⁴ Article 7 du traité Inde/Royaume-Uni.

¹¹¹⁵ Chaturvedi (A), « Permanent establishment and force of attraction: some implications of TD securities in general and from an Indian perspective », IBFD, *Bulletin*, February 2011, p. 75.

II. L'acceptation partielle du risque de double imposition

Le second moyen pour limiter la prolifération des optimisations, au travers de situations triangulaires imparfaitement déclarées, est de considérer que l'incertitude et le risque de double imposition sont suffisamment importants pour que les acteurs assimilent celui-ci à une sanction efficace. Les acteurs tentés par cette optimisation seraient alors dissuadés, car l'avantage potentiel serait contrebalancé par un possible inconvénient trop important.

Deux situations peuvent se présenter :

- L'Etat qui souhaite sanctionner les comportements « utilise » le risque de double imposition comme sanction (A). Le principal inconvénient de ce type de stratégie est qu'il frappe aussi potentiellement des situations parfaitement légitimes, où le caractère imparfaitement déclaré pourrait être la conséquence d'une simple erreur.
- La double imposition sanction est acceptée uniquement à l'encontre des situations manifestement abusives, obligeant l'OCDE à définir la notion (B).

A. La double imposition sanction affichée des comportements inacceptables

La première solution qui a été adoptée directement ou indirectement dans de nombreuses situations, est de considérer que la double imposition est la seule sanction efficace à l'optimisation fiscale et que ce risque est en réalité le seul que les entreprises peuvent comprendre et redouter. La seconde raison qui pourrait pousser à accepter ce principe est que l'élimination de la double imposition est souvent coûteuse pour l'Etat qui en est la victime. Ainsi un Etat qui voit une partie de la base imposable réallouée à l'autre Etat et qui doit en plus admettre une élimination de la double imposition est doublement sanctionné.

Les entreprises seraient placées dans la position de repayer l'impôt éludé, mais aussi de subir une double imposition, liée aux conséquences des allocations fictives et

arbitrages divers, conséquences de situations triangulaires imparfaitement déclarées. De leur côté, les Etats pourraient aussi être victime de cette sanction (1) ou en être l'instigateur (2).

1. *La double imposition sanction subie par les Etats*

Nous ne pouvons pas présumer que les Etats provoquent des doubles impositions, uniquement par la volonté d'afficher de lourdes sanctions. Ils sont aussi poussés à le faire par des facteurs externes. Cette hypothèse est fondée sur le fait que les Etats peuvent aussi souhaiter une certaine attractivité fiscale.

a *La pression publique réelle mais inférieure à celle en matière de situations non-déclarées*

La première raison pour laquelle les Etats peuvent ne pas être amenés à accorder une élimination systématique de la double imposition est liée à la pression des opinions publiques. Comme nous l'avons noté plus avant, les opinions publiques sont avides d'impositions mises à la charge de groupes, qui sont systématiquement présentés comme des fraudeurs potentiels.

Il ne nous semble pas que les situations triangulaires imparfaitement déclarées échappent à ce mouvement. Les entreprises multinationales en général et les entreprises américaines en particulier, sont les cibles indistinctes utilisées par les politiques pour calmer leurs opinions.

Cette argumentation nous paraît toutefois moins indiscutable qu'en matière de situations triangulaires non-déclarées.

Pour l'Etat du siège, la remise en cause peut aboutir potentiellement à considérer soit que l'un de ses groupes a reconnu trop de profits dans cet Etat, ou à l'inverse que l'imposition d'une partie du profit lui a échappé. Sa situation n'est pas fondamentalement différente de celles des situations non-déclarées.

La différence ici est qu'il est probable que la communication des Etats doive être plus technique et complexe, car il faudra expliquer que ce n'est pas l'absence de présence taxable qui est combattue, mais l'absence de reconnaissance d'un profit acceptable. Cette stratégie ne convient cependant que pour l'Etat qui est gagnant.

En effet, contrairement à la situation triangulaire non-déclarée, l'Etat P peut être l'Etat perdant. La communication Etats de source vs Etats de résidence devient alors quasi impossible. Or, c'est ce levier qui a été utilisé par l'OCDE pour faire évoluer la situation.

Ainsi, à la différence des situations non-déclarées, ces situations imparfaitement déclarées devraient être plus compliquées à utiliser à des fins politiques, dès lors que deux Etats pourraient avoir une communication inverse.

Dans un contexte *BEPS*, Il faut admettre que l'initiative se concentre sur la non double-imposition¹¹¹⁶, qui peut être une conséquence de la mise en place de situations triangulaires imparfaitement déclarées, mais n'en est pas la conséquence systématique.

En réalité, l'approche politique sera uniquement efficace, lorsque les effets d'une situation triangulaire imparfaitement déclarée seront similaires à ceux d'une situation triangulaire non-déclarée, c'est-à-dire que l'Etat gagnant ne prélève pas ou peu d'impôt, ce qui ne vise que des cas extrêmes.

Par ailleurs, une faible double imposition reste une double imposition. La pression de l'opinion publique n'est donc pas, selon nous, une explication recevable pour accepter les doubles impositions, fussent-elles liées à des situations optimisées, en l'absence d'évasion fiscale.¹¹¹⁷

¹¹¹⁶ *Lutter contre l'érosion de la base d'imposition et le transfert de bénéfices*, Ed. OCDE 2013.

¹¹¹⁷ Lesprit (E), « Lutte contre l'évasion fiscale : les administrations fiscales doivent faire aussi leur révolution », *la Tribune*, 17 novembre 2015.

b La moralisation de la vie des affaires

La seconde raison qui pourrait expliquer que les Etats peuvent accepter la double imposition comme sanction serait que la « morale » interdit d'aider des groupes auteurs d'optimisations agressives¹¹¹⁸. Cette démarche s'inscrirait dans un mouvement global de moralisation de la vie des affaires. Cette doctrine n'est cependant pas toujours altruiste et les calculs politiques peuvent exister¹¹¹⁹.

Cette approche n'aurait de sens que s'il existait une définition indiscutable de la notion de « moralité fiscale ».

En matière fiscale, la morale est le plus souvent définie comme l'imposition qui serait applicable en fonction du lieu d'activité, en l'absence d'optimisation fiscale agressive¹¹²⁰. Ce concept a été développé dans les pays anglo-saxons, en particulier au Royaume-Uni¹¹²¹, pour répondre à une opération de communication et a été limité à un petit nombre de prises de position.

Même si nous admettons que cette évolution constitue un changement d'environnement réel, celle-ci est en principe dirigée contre des pratiques qui aboutissent à la non-déclaration d'une situation triangulaire et à la non-imposition de revenus d'incorporels, localisés dans des Etats sans fiscalité ; ce qui n'est pas le cas de la plupart des situations triangulaires imparfaitement déclarées. A la limite, cela serait applicable aux situations triangulaires non-imposées, qui nous semble, avoir un avenir extrêmement compromis. Cette moralisation vise en réalité les non-impositions totales, et non les optimisations agressives ou non.

Sauf quelques exceptions plutôt dirigées contre l'évasion fiscale, la question de la moralité s'est transformée, sans raison technique identifiable, en un instrument de

¹¹¹⁸ De Graaf, « International Tax Policy Needed to Counterbalance the 'Excessive' Behavior of Multinationals », *EC Tax Review*, 2013-22, Issue 2, p. 106–110

¹¹¹⁹ Esser (P.), « International tax justice between Machiavelli and Habermas », *Tax Treaty Monitor*, IBFD, February 2014, p. 55-66.

¹¹²⁰ Par exemple, Tax ruling committee MEP, meeting 25 November 2015.

¹¹²¹ En particulier, la parlementaire Margareth Hodge qui avait accusé Starbucks, non pas d'utiliser des pratiques illégales mais des pratiques immorales, « Starbucks, Amazon and Google accused of being 'immoral' », *Telegraph*, 16 octobre 2015. On ne trouve pas de traces, en France, d'une telle approche ; la notion étant principalement limitée à la moralité des procédures de régularisation des comptes non déclarés à l'étranger. Nous sommes en opposition totale à cette approche, la morale de la société étant, selon nous, reflétée dans sa loi.

communication¹¹²². La prise de pouvoir du « non-technique » sur la lettre et l'esprit d'une loi, démocratiquement votée peut inquiéter : les stratégies fiscales et de communication des groupes doivent composer avec cet élément.

Il ne faut donc pas ignorer l'impulsion de la société vers une responsabilité sociale plus grande, engagée dans tous les Etats développés. Ces Etats ne peuvent résister à ce mouvement incité par les opinions publiques et suivi par les groupes qui ont admis, qu'il fallait mieux accompagner celui-ci que lui résister. La notion existe désormais en matière sociale. La question ouverte étant de savoir si elle va s'étendre aux questions fiscales. Nous avons, en son temps, évoqué le concept « d'optimisation fiscale durable » pour nous inscrire dans une logique de RSE des entreprises¹¹²³, considérant que cette évolution allait atteindre le domaine fiscal. Nous restons persuadés que la communication des groupes doit être prête à expliquer les fondements d'une politique fiscale, surtout en présence d'un système de *Country by country reporting* public. La nécessité de réponse à la mise en évidence d'une situation triangulaire imparfaitement déclarée est une question plus ciblée que la question de la responsabilité sociale vis-à-vis de l'optimisation fiscale en général. Elle constitue plus une communication liée à des contrôles fiscaux que celle liée à la justification d'une politique fiscale globale. Le risque réputationnel est aussi probablement un peu plus faible, si les Etats en question ont un impôt applicable. De ce point de vue, il est plus problématique d'être installé aux Bahamas qu'en Irlande.

La morale est entrée de manière marquée dans la vie des affaires. Cela devrait s'étendre à la question fiscale, mais ne permet pas de justifier la double imposition des situations triangulaires imparfaitement déclarées, sauf bien entendu à ce que ces structures marquent des situations totalement non-imposées pour lesquelles la double imposition n'existe pas. C'est en réalité la lutte contre les doubles exonérations qui marquent la véritable évolution. Savoir si cette lutte va se limiter aux situations non-imposées ou très faiblement imposées relèverait de l'art divinatoire.

¹¹²² « La fraude fiscale pose une question morale » propos recueillis par Liza Fabbian dans *la Vie* le 21 juin 2013

¹¹²³ Coin (R), « La responsabilité sociale des entreprises : un nouvel enjeu fiscal », *Dr. fiscal* - 9 février 2012, n° 6. Panayi (C.), « Is Aggressive Tax Planning Socially Irresponsible? », 2015-43 *Intertax*, Issue 10, p. 544-558.

2. *La double imposition sanction choisie par les Etats*

Il est aussi permis de penser que les Etats utilisent parfois les doubles impositions dans leur intérêt de manière active.

a *La non-imposition locale seule préoccupation réelle des Etats*

La première motivation pour ces Etats est la recette budgétaire abandonnée en raison de l'application de règles efficaces d'élimination de la double imposition. Dans des Etats où les redressements fiscaux en matière de prix de transfert applicables aux grandes entreprises deviennent budgétairement significatifs¹¹²⁴, imposer une élimination de la double imposition présente un coût budgétaire majeur et ceci d'autant plus que l'Etat qui élimine est aussi celui qui perd la masse imposable.

Cette stratégie aboutit à placer les entreprises au milieu de luttes entre les Etats eux-mêmes. C'est, selon nous, la démarche dans le cadre de l'initiative *BEPS*. Elle a décidé de sanctionner les bénéficiaires, ne pouvant atteindre les instigateurs. Il faut avouer que l'OCDE ne développe pas un message favorable au regard du risque d'augmentation du nombre de situations problématiques¹¹²⁵.

Selon cette approche, l'Etat opèrerait un changement radical et considèrerait que l'élimination de la double imposition n'est l'objet des traités que pour les opérations non-agressives. Dès lors que les opérations agressives ne sont pas définies objectivement, autrement que par leur possible impact sur les opinions publiques, il y a un grand risque d'insécurité.

Comme nous l'avons réaffirmé dans nos travaux, la lutte contre les doubles impositions, reste l'élément essentiel des conventions fiscales de l'OCDE et ce fondement ne doit pas être abandonné. C'est le moyen le plus certain de développer le commerce mondial, et donc la croissance. L'évolution de l'environnement politique nous amène aussi à concéder que cette élimination ne peut être raisonnablement

¹¹²⁴ Visot (M), « Les redressements fiscaux ont culminé à 21 milliards en 2015 », *Le Figaro*, 3 mars 2016.

¹¹²⁵ Levis (A), « Working Party 6 Expecting More PEs as a Result of BEPS », *TNI*, 10 June 2016.

exigée que pour les opérations qui ne favorisent pas la double non-imposition, cible privilégiée des évolutions normatives internationales.

Les conditions ayant présidé à la justification de l'existence des conventions fiscales et le besoin d'une élimination de la double imposition, n'ont pourtant pas disparu. C'est l'opportunisme des Etats qui a évolué.

Exprimant ce symbole, les membres de l'OCDE sont prêts à changer le titre du Modèle de convention fiscale pour préciser que les conventions fiscales ne doivent pas être utilisées pour générer une double non-imposition. Le problème est que la non-imposition à laquelle les gouvernements font référence est surtout « leur » double imposition et non la non-imposition globale. Ainsi, insidieusement, on est passé de la lutte contre les non-impositions totales vers la lutte contre la planification, qui aboutit à une faible imposition, faiblesse définie par des Etats, dont le niveau d'imposition est relativement élevé. De manière un peu provocatrice, on peut affirmer que la non double imposition cible est surtout la non-imposition dans les Etats qui mènent cette lutte.

En matière de situation triangulaire imparfaitement déclarée, cela laisserait la possibilité aux Etats de considérer qu'une faible imposition sur leur territoire est une situation triangulaire problématique, même si l'imposition globale, en particulier découlant des doubles impositions, est réelle et élevée. Cette approche n'est pas acceptable.

b Le risque de généralisation d'actions unilatérales : l'exemple de la « diverted tax » britannique

Désormais, la situation est telle que certains esprits, sous la pression de l'OCDE ou plus encore d'élections locales, acceptent l'idée que la menace de double imposition est un élément essentiel pour limiter l'optimisation fiscale. Ainsi, le risque de non-application des traités devient l'arme de dissuasion. L'inconvénient majeur de cette vision est qu'elle ne distingue pas entre une double imposition, conséquence d'une situation choisie et une double imposition, conséquence d'une situation subie parfaitement justifiable.

De ce point de vue, le gouvernement britannique a franchi une étape supplémentaire en proposant un projet de « *diverted tax* »¹¹²⁶ ou anti « *Google tax* », dont les contours permettent aux autorités d'appliquer une imposition de nature différente à celle de l'impôt sur les sociétés, lorsque, par exemple, il serait démontré que le Royaume-Uni n'impose pas sa « *fair share* » de profits liés à certaines transactions. Celle-ci serait en réalité une imposition du profit qui n'aurait pas été déclaré, en application du principe que les profits sont imposés dans les Etats où ils sont réalisés. L'idée est ainsi d'éviter l'application des traités à cette imposition, engageant ainsi une lutte avec l'OCDE qui verrait, ainsi, diminuer son importance.

Sans que les conséquences soient réellement appréhendées, l'idée est d'imposer les profits, lorsque ceux-ci sont transférés dans un Etat où ils seront imposés à un niveau de moins de 70 % de ce que le niveau d'imposition aurait été en l'absence de transaction. L'objectif est aussi de s'attaquer aux stratégies de segmentation des fonctions (par exemple, signature hors du pays des contrats). On est proche d'un dispositif anti-abus, mais la conséquence ne serait pas protégée par les traités. La conséquence devient alors totalement extraordinaire, puisque le gouvernement a même indiqué que les *APA* en vigueur ne permettraient pas d'obtenir une sécurité sur ce point. On ne peut que regretter que les débats liés aux élections britanniques en milieu d'année 2015 et le résultat des débats parlementaires amènent à une solution, dont le fondement démocratique est douteux.

B. La nécessaire évolution de la notion d'optimisation fiscale agressive

Dans les situations triangulaires visées dans le présent chapitre, l'agent économique ne cache pas sa situation, il est juste attaqué sur la répartition au sein d'une structure du droit d'imposer. Ces situations sont moins agressives que les situations couramment visées par l'OCDE d'interposition ou autres.

Nous considérons que si les groupes ne proposent pas de solutions objectives efficaces et équilibrées, alors la pression électoraliste et budgétaire aboutira à la mise

¹¹²⁶ Self (H.), « The UK's New Diverted Profits Tax: Compliance with EU Law », 201-43 *Intertax*, Issue 4, p. 333-336.

en place de solutions désastreuses. Il est probablement indiscutable que certaines situations triangulaires imparfaitement déclarées sont optimisées de manière trop systématique (1). Il nous semble aussi qu'une évolution pourrait être axée sur une définition objective des situations dites agressives, afin de cibler objectivement la remise en cause possible à ces situations (2).

1. *Le ciblage des situations triangulaires manifestement abusives*

Une situation triangulaire imparfaitement déclarée devient l'équivalent d'une situation triangulaire non-déclarée, si la conséquence de sa mise en place est une totale exonération. Dans ce cas, la situation pourrait être considérée comme agressive. Cette évolution est quasi une révolution, en particulier parce que l'Union européenne n'interdit pas la non-imposition sauf à ce que celle-ci constitue une aide d'Etat¹¹²⁷. Il nous semble cependant que cette concession doit être accordée afin d'éviter des situations totalement inexplicables, mais aussi une extension incontrôlée du concept d'aide d'état qui deviendrait la réponse à des situations inacceptables pour les opinions publiques. En outre, il apparaît que soutenir la validité des situations non imposées est un combat perdu qui pourrait, selon certains auteurs, même être combat perdu face à la menace d'aide d'Etat¹¹²⁸. S'accrocher à un combat perdu ne nous semble pas efficace.

a *Les situations imparfaitement déclarées totalement exonérées contraire à l'esprit du traité*¹¹²⁹

Nous avons dénoncé les doubles impositions dans la première partie de nos travaux, il nous faut donc aussi admettre que les situations triangulaires qui aboutissent à une absence totale d'imposition sont difficilement défendables sauf cas extrêmement particuliers.

La première situation triangulaire dont la remise en cause ne devrait pas poser de problème est celle dans laquelle l'optimisation aboutit à une non-imposition totale¹¹³⁰.

¹¹²⁷ Panayi (C.), « The compatibility of the OECD/G20 base erosion and profit shifting proposals with EU law », *European Taxation*, IBFD, January/February 2016, p. 95-112.

¹¹²⁸ Smit (D), « International juridical double non taxation and state Aid », 2016-25, *EC Tax Review*, Issue 2, pp. 109-112.

¹¹²⁹ De Broe, « At last, some output on fight against double non-taxation », *EC Tax Review*, 2014-23, Issue 6, p. 290-293.

Ainsi, la remise en cause d'une surpondération abusive des profits au sein d'une situation imparfaitement déclarée à un établissement stable non-imposé ne constitue pas, selon nous, une situation problématique du point de vue des entreprises et devrait pouvoir être remise en cause si l'allocation n'est pas justifiée. Même si l'objet des conventions n'est pas principalement d'éviter les doubles exonérations¹¹³¹, elles ne sont pas en place pour favoriser des situations dont l'unique objet serait de créer une double exonération. Si une situation n'est pas double exonérée en l'absence de traité, mais est totalement exonérée en application d'un traité, alors il nous semble que le l'esprit de la convention n'est pas totalement atteint. Une convention qui, dans une situation triangulaire, aurait pour effet, de permettre une exonération des profits étrangers non applicable dans le droit interne de l'Etat R, en interdisant pour incompatibilité l'application de *CFC* de l'Etat R, serait probablement contraire à ce que chacun est en droit d'attendre d'un traité.

De même, posent problèmes, les situations dans lesquelles un type de revenu est exonéré dans le pays où il a été artificiellement reconnu par le groupe, alors qu'il serait taxable dans l'autre. En effet, si tous les Etats exonèrent un revenu donné, la question de l'allocation ne se pose fiscalement pas, puisqu'aucun arbitrage fiscal n'existe. Comme indiqué précédemment, c'est l'arbitrage systématique sans fondement qui doit être dénoncé.

L'OCDE a engagé son initiative *BEPS* au motif que des situations totalement exonérées existaient, et il serait équilibré de reconnaître que ces situations sont difficiles à défendre. Nous devons concéder que cette doctrine peut être acceptée, à condition que l'exonération soit totale, globale et définitive. On doit admettre que les définitions de ces notions par l'OCDE ne proposent pas une analyse précise.

Bien entendu les paradis fiscaux traditionnels seraient visés, mais existe-t-il encore de tels Etats ?

¹¹³⁰ Cf. Une discussion plus globale Burgstaller (E.), Schlicher (M.), « Subject to tax clauses in tax treaties », *European Taxation*, IBFD, June 2004, p. 266-276. Scapa (A.), Henie (L.), « Avoidance of double non taxation under OECD Model tax convention », *Intertax*, June/July 2005, p. 266-285.

¹¹³¹ Avant même le changement de titre du Modèle a doctrine s'est interrogée sur ce sujet. Scapa (A.), Henie (L.), « Avoidance of double non taxation under OECD Model tax convention », *Intertax*, June/July 2005, p:266-285.

Traditionnellement, les paradis fiscaux étaient définis comme des territoires où il n'y a pas ou peu d'imposition, avec une législation financière, juridique et réglementaire flexible. Ces territoires ne disposaient pas ou peu de conventions fiscales. Avec le temps, des zones de fiscalité privilégiée concernant une activité ou une autre¹¹³², se sont développées au sein de certains Etats.

Ainsi en 2010, les Iles Vierges Britanniques étaient le second investisseur en Chine avec 14 % des investissements, après Hong-Kong qui représentait 45 % et juste avant les Etats-Unis avec 4 %. *« La même année, les Bermudes étaient le troisième investisseur au Chili (10 %). On dispose de données analogues concernant d'autres pays, ainsi, l'Île Maurice est le principal investisseur en Inde (24 %) tandis que Chypre (28 %), les Îles Vierges Britanniques (12 %), les Bermudes (7 %) et les Bahamas (6 %) sont les cinq premiers investisseurs en Russie, selon la base de données de l'OCDE sur les investissements. »*¹¹³³

Les pouvoirs publics ont donc considéré que cette situation était intolérable et c'est le fondement même de l'action *BEPS*. Appliquée aux situations triangulaires, il apparaît que les situations imparfaitement déclarées, dans lesquelles le profit imparfaitement alloué serait totalement non imposable, pourraient être une cible évidente.

Cette action n'a cependant pas éliminé la totalité des questions, puisqu'elle accepte l'idée de compétition fiscale, par exemple, pour les taux d'imposition, à condition que l'accès à l'information soit possible et que les réductions soient appliquées de manière identique à tous les investisseurs.

Le phénomène d'absence totale d'imposition n'a pas été, durant les dernières années, au centre des préoccupations de l'Organisation, celle-ci se concentrant sur des régimes non-compétitifs ou non-transparents. Avec l'initiative *BEPS*, cette question revient au centre du débat et nous semble au centre de notre sujet. La mise en place d'une structure imposée transformée en une structure totalement non-imposée pose des questions. Les groupes vont devoir accepter une remise en cause, facilitée pour

¹¹³² Holding, captives de réassurances, par exemple.

ces situations, principe applicable aux situations triangulaires imparfaitement déclarées, ayant le même effet.

b La transmission de l'information contrepartie d'un système équilibré

La seconde approche possible est constituée par l'initiative globale en matière de transmission de l'information et de *compliance*. Cette initiative est complémentaire de la précédente, car pour déterminer si la structure aboutit à une totale non-imposition, il faut bénéficier de l'information. Pour limiter les remises en cause à ces structures, alors il faut aussi donner l'information.

Si l'on souhaite que les situations manifestement abusives soient les seules sanctionnées, alors il faut accepter le principe d'une plus grande transparence, telle que l'application de *disclosure* et de *country by country reporting* déjà mis en place par de nombreux Pays, dont la France. Ce mouvement nous semble engagé et irréversible ; la seule question qui demeure, est l'accès public ou non à cette information, même si nous pensons que ce n'est qu'une question de temps. Le projet de Directive sur ce sujet nous laisse penser que l'évolution viendra de l'Europe¹¹³⁴.

Une plus grande transparence serait exigée en contrepartie d'une plus grande sécurité pour les acteurs économiques. Dans le cas des situations triangulaires imparfaitement déclarées, la plus grande sécurité serait l'inclusion dans les traités des pénalités applicables¹¹³⁵, afin de prévoir, dans le traité, les limites aux recours aux autorités compétentes. Cette évolution novatrice éviterait les stratégies consistant à appliquer des pénalités pour interdire l'accès aux procédures amiables.

L'avantage de ce système serait qu'il pourrait rendre les pénalités proportionnelles, non à l'avantage recherché dans un Etat, mais à l'optimisation globale. En effet, le montant des pénalités ne serait pas juste proportionnel à l'attitude d'un acteur dans le pays lésé, mais celle d'un groupe dans son ensemble, jugé de manière globale. Si, par

¹¹³³ *Lutter contre l'érosion de la base d'imposition et le transfert de bénéfices*, Ed. OCDE, 2013.

¹¹³⁴ *Draft Amending directive 213/34/EU regards disclosure of income tax information by certain undertakings and branches*, du 23 mars 2016 adopté le 21 juin 2016.

exemple, aucun n'avantage n'est constaté globalement, alors les pénalités ne seraient pas applicables et une élimination de la double imposition sous forme d'arbitrage contraignant serait consentie.

2. *La quantification de l'avantage fiscal comme fondement du régime fiscal applicable*

Un autre moyen d'objectiver le débat est de déterminer un seuil minimum d'avantage fiscal, au-delà duquel les administrations peuvent remettre en cause les situations triangulaires imparfaitement déclarées, et obliger corrélativement à l'application d'une élimination de la double imposition. Si c'est l'arbitrage fiscal qui crée éventuellement le caractère agressif d'une situation triangulaire non-déclarée, encore faut-il que cet arbitrage atteigne un niveau significatif. Le problème auquel nous faisons face est celui de la création d'un nouveau concept entre l'évasion fiscale et l'optimisation fiscale acceptable¹¹³⁶. Fondée sur une approche principalement sociétale, il existe un risque de voir se développer une notion incertaine qui mettrait en cause toutes les avancées des années passées en matière de sécurité fiscale. Ce risque existe au niveau de l'OCDE et de l'Union Européenne et affecterait durablement la compétitivité de ces marchés.

a *La fixation de critères quantitatifs cumulatifs pour mesurer le caractère agressif*

Aujourd'hui, les réponses de l'OCDE et de l'Europe ne sont pas guidées par une approche quantitative. Il y a certes une quantification pour l'application de règles de *CFC* et aussi pour l'application d'une *switch over clause*, mais la démarche n'est pas généralisée, en particulier en matière de requalification de situations triangulaires imparfaitement déclarées.

¹¹³⁵ Sujet actuellement discuté au sein de la commission européenne.

¹¹³⁶ Calderon (J.), Quintas Seara (A.), « The Concept of 'Aggressive Tax Planning' Launched by the OECD and the EU Commission in the BEPS Era: Redefining the Border between Legitimate and Illegitimate Tax Planning », 2016-44, *Intertax*, Issue 3, p. 206–226.

Pour refuser l'application d'un traité l'Union Européenne suit les recommandations de l'OCDE et propose, par exemple ¹¹³⁷ :

«Nonobstant les autres dispositions de la présente Convention, un avantage au titre de celle-ci ne sera pas accordé au titre d'un élément de revenu ou de capital si l'on peut raisonnablement conclure, compte tenu de l'ensemble des faits et circonstances propres à la situation, que l'octroi de cet avantage était 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 ce montage ou cette transaction correspond à une activité économique authentique ou que l'octroi de cet avantage dans ces circonstances serait conforme à l'objet et au but des dispositions pertinentes de la présente Convention. »

La remise en cause, à l'instar des systèmes anti-abus nationaux, ne fixe pas de critère quantitatif, condition pour activer celle-ci.

Nous proposons que seules les situations triangulaires qui aboutissent, au global, à une imposition inférieure à 50% de l'imposition en l'absence de mise en place, puissent être requalifiées. Nous proposons, en outre, d'ajouter un second critère cumulatif, qui est que l'imposition effective globale doit être inférieure à une imposition minimum, pour permettre une requalification.

En ce qui concerne l'imposition minimum, il nous semble que le minimum est constitué par la pratique des Etats membres de zones significatives de libre échange, qui ne sont pas dénués d'administration sociale. On mentionnera l'Irlande. Une imposition inférieure à 10 % voire 15 % semblerait assez faible.

En complément de notre proposition précédente, nous proposons que la remise en cause ne puisse être acceptée que si l'élimination de la double imposition est effective. Ainsi, la requalification ne pourrait être réelle, que si les critères visés ci-dessus sont remplis et que le calcul de ces critères a pris en compte l'élimination

¹¹³⁷ C(2016) 271 final *Recommandation de la Commission du 28.1.2016 concernant la mise en œuvre de mesures contre*

effective de la double imposition. En effet, la critique la plus importante à l'égard de telles stratégies est qu'elles ne définissent pas, en général, la notion de non-imposition ou faible imposition¹¹³⁸.

b La mise en place de présomptions simples et irréfragables

Si le niveau d'avantage fiscal minimum défini précédemment n'est pas atteint, alors il nous pensons que la convention devrait reconnaître une présomption irréfragable de bonne foi et interdire la remise en cause de la situation triangulaire imparfaitement déclarée.

Nous proposons, en outre, que même en présence de situations triangulaires optimisées en application de critères quantitatifs, la preuve contraire puisse être apportée en cas de bonne foi.

On notera que ce système de présomption de bonne foi existe déjà sur le principe dans le Modèle actuel. Il n'est toutefois pas fondé sur des éléments quantitatifs.

L'OCDE propose, par exemple, un système de présomption pour des cas dans lesquels la motivation non-fiscale est suffisamment prédominante¹¹³⁹ ou « *lorsque la société exerce des activités d'entreprise importantes dans l'Etat contractant dont elle est un résident et que l'allégement d'impôt demandé à l'autre Etat contractant concerne un revenu qui a un lien avec ces activités.* »

Ces deux exceptions ont pour effet de proposer une présomption irréfragable et donc de valoriser la motivation non-fiscale à 100 % ou « exclusivement » autre que fiscale.

l'utilisation abusive des conventions fiscales, du 30 janvier 2016.

¹¹³⁸ Marchgraber (C.), « Conflicts of Qualification and Interpretation: How Should Developing Countries React? », 2016-44 Intertax, Issue 4, p. 307-315.

¹¹³⁹ Com. 19, sous article 1^{er} du Modèle de convention fiscale. Ainsi, en ce qui concerne la clause de cotation en bourse, le Modèle précise : « *Les dispositions précédentes ne s'appliquent pas à une société qui est un résident d'un Etat contractant si les actions de la principale catégorie d'actions de cette société sont cotées sur une bourse de valeurs agréée dans un Etat contractant ou si elles sont détenues dans leur totalité, directement ou par l'intermédiaire d'une ou plusieurs sociétés dont chacune est un résident du premier Etat contractant, (...) et dont les actions de la principale catégorie sont cotées de la même façon.* ».

En dehors de ses présomptions, l'OCDE propose, en tout état de cause, une application de la convention fiscale lorsque les motivations sont « *exclusivement* » non-fiscales et qualifie ces dernières de « *saines* » en indiquant : « *Les dispositions précédentes ne s'appliquent pas lorsque la société établit que son principal objet, ses activités ainsi que l'acquisition et la conservation de la participation ou de tout autre bien générateur du revenu en question sont motivés par de saines considérations commerciales et n'ont donc pas essentiellement pour but de recueillir des avantages procurés par la Convention.* »¹¹⁴⁰

Conclusion du chapitre 2

Avec l'évolution, l'organisation des groupes et leur mondialisation, les arbitrages fiscaux fondés sur une maximisation des avantages locaux en les combinant, devient la stratégie d'optimisation fiscale répandue. Les situations triangulaires parfaitement maîtrisées peuvent alors être le théâtre d'optimisations fiscales plus ou moins agressives. Il ne s'agit plus ici d'identifier une situation triangulaire, mais de rétablir une allocation des risques et des revenus en ligne avec la réalité opérationnelle de l'activité analysée, au sein d'une situation triangulaire déclarée. Ces situations imparfaitement déclarées présentent des difficultés quant à leur mise en évidence, en raison de la complexité des règles d'allocation des profits entre établissements stables d'une même entreprise, mais aussi quant aux conséquences fiscales liées à cette mise en évidence. En effet, le modèle de convention fiscale ne permet pas avec certitude de proposer un régime fiscal en cas de réallocation d'actifs et de profits, afin de déterminer si cette requalification peut donner lieu à une imposition immédiate, future ou différée. Même si nous considérons qu'une imposition immédiate n'est pas contraire à la logique, nous admettons que le régime effectivement applicable pose problème, et que celui-ci dépend de règles de droit interne interdisant une harmonisation effective.

¹¹⁴⁰ Com. 19, sous article 1^{er} de Modèle de convention fiscale.

Nous considérons cependant qu'une application effective et raisonnée de concepts existants, tels que le rattachement, permettrait de réduire les incertitudes surtout pour les revenus passifs.

Trouver une solution acceptable à ces situations est probablement proposer un système limitant la prolifération infinie des arbitrages fiscaux. Ceci peut être fait de deux manières : soit, en acceptant le risque de double imposition et en considérant que celui-ci est un facteur de régulation naturelle, soit en proposant des règles formelles nouvelles permettant de séparer les optimisations inacceptables par nature de celles qui ne le sont pas. Cette seconde méthode qui à notre préférence, nécessite de déterminer un niveau de présomption simple d'optimisation inacceptable fondé sur des critères quantitatifs.

Conclusion du titre 2

Au terme de cette analyse des situations triangulaires révélées, on notera que le paradigme de la lutte contre les situations triangulaires a évolué. Alors que traditionnellement celui-ci s'inscrit dans le cadre d'une méfiance vis-à-vis de la délocalisation de revenus dans des Etats ou un établissement stable faiblement imposé peut être déclaré, les initiatives récentes se sont concentrées sur une analyse de la répartition des actifs et profits entre Etats, plus en ligne avec la réalité opérationnelle des activités et une protection renforcée des Etats de source. Cette évolution est certes technique mais c'est aussi une évolution politique destinée à lancer un message. Cette évolution est principalement guidée par deux éléments à savoir : l'influence grandissante des pays de source et le risque de voir se mettre en place des situations imparfaitement déclarées qui aboutissent à une non-imposition totale en raison de la multiplicité des arbitrages fiscaux.

Afin de stabiliser une évolution incontrôlée des règles fondées sur une dénonciation publique plus que sur une prise en compte cohérente des faits, il est désormais nécessaire pour les multinationales, d'accepter de reconnaître que certaines situations totalement non imposées peuvent être présumées abusives, alors que d'autres peuvent

être analysées et sanctionnées, en fonction d'une mesure objective de l'avantage recherché et de l'absence de motivation non fiscale suffisante.

Conclusion de la seconde partie

Nous avons débuté notre analyse en indiquant que les entreprises sont les premières victimes des doubles impositions, conséquences des incertitudes du régime fiscal applicable aux situations triangulaires. Ce n'est pas pour autant que nous avons ignoré que certaines situations triangulaires peuvent être principalement, voire exclusivement, motivées par des considérations d'optimisation fiscale. Combattre celles-ci, est la seule chance qui existe de voir le régime des autres situations s'améliorer, et admettre que derrière des doubles impositions se cachent parfois des doubles exonérations peut être un bon début pour proposer un régime rénové. L'absence d'imposition dans aucun Etat nous semble une ligne jaune que l'évolution récente des travaux de l'OCDE interdit de dépasser.

A contrario, réduire les incertitudes sur le régime fiscal applicable, est probablement le meilleur moyen de faire accepter aux entreprises une augmentation marginale de leur coût, tout en sécurisant les ressources budgétaires et en continuant à attirer les capitaux de manière transparente, dans un monde où disposer d'investissements étrangers sur son territoire est le seul moyen d'obtenir de la croissance et de satisfaire ses électeurs.

Les situations triangulaires ne sont qu'un sous-ensemble symptomatique de la question de l'optimisation fiscale et de ses limites. En acceptant ces nouveaux principes, il nous semble possible de proposer une évolution raisonnée fondée, d'une part, sur une généralisation de règles de *CFC*, compatibles avec les engagements internationaux, et, d'autre part, sur une formalisation de la notion d'optimisation fiscale agressive, afin de classer de manière objective les situations triangulaires actives acceptables, des situations triangulaires actives agressives manifestement incompatibles avec l'environnement public et social actuel. C'est aussi faire preuve de transparence que de proposer de telles règles claires. La transparence n'est pas à sens unique et l'incertitude ne peut pas continuer à être le fondement d'un régime répressif.

Formaliser des propositions sur ce sujet, nous paraît un moyen de faire évoluer le débat dans une pacification, permettant de rendre compatibles les intérêts des Etats et des budgets, avec ceux de compétitivité des entreprises. C'est l'objet de notre conclusion. Si cet équilibre n'est pas trouvé, alors les situations triangulaires deviendront un enjeu politique, voire populiste, et il ne sera plus possible de trouver des solutions techniques équilibrées que la marché exige.

Conclusion : proposition de modification du Modèle de convention fiscale

A la lumière de nos développements précédents, il nous est apparu évident que la conclusion de nos travaux devait être des propositions de modifications du Modèle de convention fiscale actuel. Il est évident que toutes ces modifications ne pourraient potentiellement pas être mises en place simultanément. En particulier, la résidence de l'établissement stable, solution radicale, nécessiterait probablement la modification d'autres articles. Les évolutions proposées nécessiteraient, en outre, une volonté politique difficile à préjuger.

Nos propositions sont fondées sur les conclusions suivantes :

- En matière de situations triangulaires passives, la principale difficulté est la non-application du traité S/P que nous proposons.
- En matière de situations triangulaires actives :
 - o nous considérons que les règles de *CFC* sont adaptées si elles sont effectives,
 - o une clause générale quantitative de mesure de la motivation fiscale pourrait être insérée et conditionner l'application des évolutions proposées,
 - o la non-imposition pourrait constituer une optimisation agressive,
 - o de manière optionnelle, une clause anti-interposition d'un établissement stable faiblement imposé pourrait être insérée.

Proposition n° 1 : changement du titre du Modèle de convention fiscale

Convention concernant les impôts sur le revenu et sur la fortune destinée à éviter la double imposition et la mise en place de situations fiscales agressives

Proposition n° 2a : clause générale anti-optimisation fiscale agressive

L'objet des traités n'est pas de favoriser la mise en place de situations d'optimisation agressives. Pour l'application de mesures anti-abus contenues dans le traité, doit être au préalable démontré l'existence d'une situation d'optimisation fiscale agressive.

Est considérée comme une situation d'optimisation fiscale agressive, tout montage ou structure qui aboutit, en application des règles contenues dans un traité, à une imposition globale effective inférieure de 60 % à ce que l'imposition serait, cumulée dans les Etats en présence, en l'absence d'un tel montage ou une telle structure.

La mise en évidence d'une situation fiscale agressive devra prendre en compte l'élimination effective ou non de la double imposition entre les Etats en présence et ne pourra exister que si les autorités en charge de l'éliminer y procède effectivement et que l'imposition globale est inférieure à [10/15] %.

Proposition n° 2b : clause anti-abus générale pour éviter les doubles exonérations :

Lorsque le droit d'imposer un revenu est accordé, en application du traité, à un Etat autre que l'Etat de résidence de la personne qui reçoit un revenu, et lorsque cet autre Etat n'inclus pas dans la base d'imposition le revenu en application de son droit interne, le revenu est uniquement imposable dans l'Etat de résidence. Cette exception n'est pas applicable

lorsque l'investissement dans l'autre Etat est motivé principalement par des considérations autres que celles de bénéficiaire du traité.

Proposition n° 2c : clause générale anti situation triangulaire active

En matière de situation triangulaire, une situation d'optimisation agressive pourra exister lorsque les trois conditions suivantes sont réunies :

- a) une entreprise d'un État contractant tire des dividendes, intérêts ou redevances de l'autre État contractant et ces revenus sont attribuables exclusivement à un établissement stable de cette entreprise situé dans un État tiers, et*
- b) les bénéfices attribuables à cet établissement stable ne sont pas imposables dans le premier État en application d'un traité ou du droit interne de cet Etat, et*
- c) l'impôt dans le troisième État au titre des revenus en cause est inférieur à 60 % de l'impôt qui serait dû dans le premier État mentionné si le revenu était gagné ou perçu par l'entreprise dans cet État et n'était pas attribuable à l'établissement stable situé dans le troisième État, après prise en compte de tout impôt supplémentaire éventuellement dû dans l'un des Etats en présence qui ne serait pas dû si le revenu était gagné ou perçu par l'entreprise dans cet État et n'était pas attribuable à l'établissement stable situé dans le troisième État¹¹⁴¹*

Les dispositions précédentes de ce paragraphe ne s'appliquent pas si le revenu tiré de l'autre État est :

- a) tiré de la conduite active d'une activité d'entreprise menée par l'établissement stable (autre que l'activité consistant à réaliser ou gérer ou simplement détenir des placements pour le propre compte de l'entreprise, à moins qu'il ne s'agisse d'activités bancaires, d'assurance ou d'activités portant sur des valeurs mobilières effectuées respectivement*

¹¹⁴¹ L'objectif est de s'assurer la prise en compte d'éventuelles règles CFC.

- par une banque, une compagnie d'assurance ou un opérateur sur titres agréés), ou en constitue un élément accessoire, ou*
- b) constitué de redevances perçues en contrepartie de l'usage, ou de la concession de l'usage, des biens incorporels produits ou développés par l'entreprise par l'intermédiaire de l'établissement permanent, ou*
- c) que la structure est mise en place pour des raisons autres que l'avantage fiscal découlant de l'application du traité*
- d) Que l'imposition globale est inférieure à [10/15] %.*

Proposition n° 3 : mesures anti-abus anti-interposition fictive d'un établissement stable

Le dispositif de la convention n'est pas applicable lorsqu'un résident d'un Etat contractant ou d'un Etat tiers dispose d'un établissement stable dans l'un des Etat contractant et que l'existence de cet établissement est principalement motivée par la recherche du bénéfice d'une situation d'optimisation agressive en application de la présente convention.

Les dispositions précédentes ne s'appliquent pas lorsque la société d'un Etat contractant ou d'un Etat tiers qui a établi un établissement stable dans un Etat contractant établit que son principal objet, ses activités ainsi que l'acquisition et la conservation de la participation ou de tout autre bien générateur du revenu en question sont motivés par de saines considérations commerciales et n'ont donc pas essentiellement pour but de recueillir des avantages procurés par la Convention ou si l'autorité compétente des Etat contractants et de l'Etat tiers décident que la constitution, l'acquisition ou la conservation de l'établissement stable et l'exercice de ses activités n'ont pas parmi leurs objets principaux d'obtenir les avantages prévus par la Convention.

Les dispositions précédentes ne s'appliquent pas lorsque l'établissement stable situé dans l'un des Etats contractant exerce des activités d'entreprise importantes dans l'Etat contractant ou il est situé et que

l'allègement d'impôt demandé à l'autre Etat contractant concerne un revenu qui a un lien avec ces activités

Proposition n° 4 : les établissements stables bénéficiaires du traité dans les situations triangulaires primaires non-agressives

Article 1er : La présente convention s'applique aux personnes qui sont résidents d'un Etat contractant ou des deux Etats contractants. Elle s'applique aussi aux établissements stables de résidents d'Etat tiers situés dans l'un des Etats contractants à condition que :

- *Tous les Etas en présence soient liés par des conventions fiscales permettant l'échange d'information et que,*
- *l'établissement stable soit défini d'une manière identique dans ces conventions fiscale.*

Article 4.2 : Est considéré comme résident, un établissement stable d'une société dans un Etat tiers à condition que :

- *Tous les Etas en présence soient liés par des conventions fiscales permettant l'échange d'information et*
- *l'établissement stable soit défini d'une manière identique dans ces conventions fiscale.*

Proposition n° 5 : application aux sous-établissements stables des traités (Optionnel)

Les dispositions de la présente convention applicables aux établissements stables sont applicables aux sous-établissements stables, à condition que l'Etat de situation du siège et les Etats de localisation de l'établissement stable et du sous établissement stable soient liés par des conventions fiscale conformément au Modèle de convention fiscale de l'OCDE qui reprennent ce dispositif.

Proposition n° 6 : application d'un principe de transparence totale aux sociétés de personnes lorsque un Etat applique ce principe.

Proposition n° 7 : modification de l'article 11 et de l'article 12 du Modèle de convention fiscale

Article 11

1. Les intérêts provenant d'un État contractant et payés à un résident de l'autre État contractant ou à un établissement stable d'un résident d'un état tiers localisé dans l'autre Etat contractant sont imposables dans cet autre État.

L'application de la convention à l'établissement stable d'un résident d'un état tiers n'est accordée que si toutes les conditions suivantes sont remplies :

- l'Etat de source n'applique pas de limitation d'imposition issues d'autres conventions fiscales au dit revenu,*
- il existe une convention fiscale entre l'Etat de source et l'Etat tiers et entre l'Etat tiers et l'Etat de situation de l'établissement stable,*
- que l'établissement est considéré comme un établissement stable au sens des conventions entre l'Etat tiers et les Etats contractants,*
- que la créance génératrice des intérêts s'y rattache effectivement.*
- que l'intérêt est inclus dans la base imposable de l'établissement stable bénéficiaire.*

2. Toutefois, ces intérêts sont aussi imposables dans l'État contractant d'où ils proviennent et selon la législation de cet État, mais si le bénéficiaire effectif des intérêts est un résident de l'autre État contractant ou un établissement stable d'un résident d'un Etat tiers localisé dans l'autre Etat contractant qui remplit les conditions mentionnées à l'article 11(1), l'impôt ainsi établi ne peut excéder 10 pour cent du montant brut des intérêts. Les autorités compétentes des États contractants règlent d'un commun accord les modalités d'application de cette limitation.(...)

4. Les dispositions des paragraphes 1 et 2 ne s'appliquent pas lorsque le bénéficiaire effectif des intérêts, résident d'un État contractant, exerce dans l'autre État contractant d'où proviennent les intérêts, une activité d'entreprise par l'intermédiaire d'un établissement stable qui y est situé, et que la créance génératrice des intérêts s'y rattache effectivement. Dans ce cas, les dispositions de l'article 7 sont applicables.

Article 12

1. Les redevances provenant d'un État contractant et dont le bénéficiaire effectif est un résident de l'autre État contractant ou un établissement stable d'un résident d'un Etat tiers ne sont imposables que dans cet autre État.

L'application de la convention à l'établissement stable d'un résident d'un état tiers n'est accordée que si toutes les conditions suivantes sont remplies :

- l'Etat de source n'applique pas de limitation d'imposition issues d'autres conventions fiscales au dit revenu,*
 - il existe une convention fiscale entre l'Etat de source et l'Etat tiers et entre l'Etat tiers et l'Etat de situation de l'établissement stable,*
 - l'établissement est considéré comme un établissement stable au sens des conventions entre l'Etat tiers et les Etats contractants,*
 - les redevances se rattachent effectivement à l'activité de l'établissement stable.*
 - les redevances sont incluses dans la base imposable de l'établissement stable bénéficiaire*
- (..).*

3. Les dispositions du paragraphe 1 ne s'appliquent pas lorsque le bénéficiaire effectif des redevances, résident d'un État contractant, exerce dans l'autre État contractant d'où proviennent les redevances une activité d'entreprise par l'intermédiaire d'un établissement stable qui y est situé et

que le droit ou le bien générateur des redevances s'y rattache effectivement. Dans ce cas, les dispositions de l'article 7 sont applicables.

Proposition n° 8 : inclusion de CFCs harmonisées dans le traité

La présente convention n'interdit pas l'application des règles de CFC en place dans chaque Etat contractant au moment de sa signature. En cas d'évolution unilatérale des règles de chaque Etat, ce dispositif continuera à s'appliquer sauf dénonciation d'un Etat. Pour être compatibles, les règles de CFC devront être conformes aux recommandations du rapport de l'OCDE « Concevoir des règles efficaces concernant les sociétés étrangères contrôlées, Action 3 - Rapport final 2015 », Ed OCDE, 4 décembre 2015.

La double imposition juridique ou économique issue de l'application de ces règles est éliminée conformément aux dispositions de l'article 23.

Proposition n° 9 : modification de l'article 3(2)

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. En cas de conflit d'interprétation aboutissant à une non-imposition dans les deux Etats contractants, le sens attribué par le droit fiscal pourra être écarté au profit du sens attribué à ce terme par les autres branches du droit de l'Etat qui applique la convention.

L'absence d'imposition issue de l'interprétation de traités pourra être considérée comme un contexte exigeant une autre interprétation qui sera soumis aux autorités compétentes des deux Etats.

Proposition n° 10 : le transfert d'actifs entre établissements à valeur réelle à cette date où déferée au moment cession à un tiers

1. Le contribuable est soumis à une imposition calculée sur la base d'un montant égal à la valeur de marché des actifs transférés, au moment de la sortie, diminué de la valeur fiscale desdits actifs, dans l'une des situations suivantes:

(a) le contribuable transfère des actifs de son siège vers un établissement stable situé dans un autre État, et l'Etat de départ perd le droit d'imposer les actifs postérieurement au transfert,

(b) le contribuable transfère des actifs de son établissement stable situé dans un autre État vers son siège ou un autre établissement stable situé dans l'autre État ou dans un pays tiers et un Etat en cause perd le droit d'imposer les profits de l'établissement

(c) le contribuable transfère son établissement stable à un tiers

les transferts visés aux a, b et c, résultent, soit d'une décision du contribuable, soit d'une réallocation à la suite d'un contrôle dans l'Etat de départ mettant en évidence une incompatibilité avec les règles d'allocation définies dans les traités ou une optimisation agressive au sens de ces traités

2. Le contribuable peut reporter le paiement de la taxe de sortie visée au paragraphe 1 en échelonnant les versements sur au moins cinq ans, dans l'une des situations suivantes:

(a) le contribuable transfère des actifs de son siège vers son établissement stable situé dans un autre État liés par une convention fiscale qui prévoit l'échange d'information et l'assistance au recouvrement,

(b) le contribuable transfère des actifs de son établissement stable situé dans un État membre vers son siège ou un autre établissement stable situé dans un autre État membre ou dans un pays tiers qui est lié liés par une convention fiscale qui prévoit l'échange d'information et l'assistance au recouvrement

Ce report d'imposition n'est pas applicable en cas de transfert lié à une remis en cause d'une situation optimisée agressive au sens des traités en vigueur entre les Etats en cause.

3. Si le contribuable reporte le paiement en application du paragraphe 2, des intérêts peuvent être dus conformément à la législation de l'État membre du contribuable de l'établissement stable, selon le cas, et dans la mesure nécessaire pour préserver la valeur de la charge fiscale déterminée.

S'il existe un risque vérifiable et réel de non-recouvrement, le contribuable peut également être tenu de constituer une garantie pour pouvoir reporter le paiement en application du paragraphe 2.

Le deuxième alinéa ne s'applique pas lorsque la législation dans l'État membre du contribuable ou de l'établissement stable prévoit la possibilité de recouvrer la dette fiscale par l'intermédiaire d'un autre contribuable faisant partie du même groupe et ayant sa résidence fiscale dans cet État membre.

4. Le report de paiement en application du paragraphe 2 est immédiatement interrompu et la dette fiscale devient recouvrable dans les situations suivantes:

- (a) les actifs transférés font l'objet d'une cession;*
- (b) les actifs transférés sont transférés ultérieurement vers un tiers;*
- (c) le contribuable fait faillite ou est mis en liquidation.*

5. Lorsque les actifs, la résidence fiscale ou l'établissement stable sont transférés vers un autre État membre, ce dernier accepte la valeur de marché établie par l'État membre du contribuable ou de l'établissement stable comme valeur fiscale de départ des actifs.

6. Aux fins des paragraphes 1 à 5, la «valeur de marché» désigne le montant en contrepartie duquel un actif peut être échangé ou pour lequel des obligations mutuelles peuvent être définies entre des acheteurs et des

vendeurs indépendants et consentants dans le cadre d'une opération directe. Cette valeur peut être soumise aux autorités compétentes de l'Etat de départ et de l'Etat de destination.

Proposition n° 11 : modification du Modèle de convention fiscale pour l'économie numérique

Article 5.5 : Pour les activités numériques, le fait de formaliser une commande client hors des Etats contractants, au moyen d'un système électronique alors que tous les éléments du contrat sont conclus et négociés dans le territoire du client, n'est pas considéré comme permettant d'échapper à la mise en évidence d'un établissement stable dans l'Etat de localisation du client.

Proposition n° 12 : imposition des situations triangulaires inversées

Intérêts :

Article 11.5. Les intérêts sont considérés comme provenant d'un État contractant lorsque le débiteur est un résident de cet État. Toutefois, lorsque le débiteur des intérêts, qu'il soit ou non un résident d'un État contractant, a dans un État contractant un établissement stable pour lequel la dette donnant lieu au paiement des intérêts a été contractée et qui supporte la charge de ces intérêts, ceux-ci sont considérés comme provenant exclusivement de l'État où l'établissement stable est situé et l'établissement stable est alors traité de la même manière qu'un résident de l'Etat dans lequel il est situé .

Ce dispositif n'est applicable que si les Etats du débiteur, du bénéficiaire et de situation de l'établissement stables sont liés par des conventions fiscales reprenant ce dispositif et contenant la même définition de l'établissement stable et que les autres traités acceptent la source des intérêts dans l'Etat de localisation de l'établissement stable.

Un établissement stable n'est considéré comme payeur d'intérêts que si les paiements concernés constituent, dans l'État membre dans lequel il est situé, une charge fiscalement déductible pour cet établissement stable.

Redevances

Article 12.5. Les redevances sont considérés comme provenant d'un État contractant lorsque le débiteur est un résident de cet État. Toutefois, lorsque le débiteur des redevances, qu'il soit ou non un résident d'un État contractant, a dans un État contractant un établissement stable auquel les redevances se rattachent effectivement, et qui supporte la charge de ces redevances, celles-ci sont considérées comme provenant exclusivement de l'État où l'établissement stable est situé et l'établissement stable est alors traité de la même manière qu'un résident de l'Etat dans lequel il est situé. Ce dispositif n'est applicable que si les Etats du débiteur, du bénéficiaire et de situation de l'établissement stables sont liés par des conventions fiscales reprenant ce dispositif et contenant la même définition de l'établissement stable et que les autres traités acceptent la source des intérêts dans l'Etat de localisation de l'établissement stable.

Un établissement stable n'est considéré comme payeur de redevances que si les paiements concernés constituent, dans l'État membre dans lequel il est situé, une charge fiscalement déductible pour cet établissement stable.

Proposition n° 13 : modification de l'article de non-discrimination pour prendre en compte les situations de déductions multiples des pertes

24.3. L'imposition d'un établissement stable qu'une entreprise d'un État contractant a dans l'autre État contractant n'est pas établie dans cet autre État d'une façon moins favorable que l'imposition des entreprises de cet autre État qui exercent la même activité. La comparaison des situations

prend en compte si les pertes éventuelles réalisées par l'établissement stable sont déduites dans les deux Etats contractants.

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. Elle doit être complétée des références données à certaines notes non reprises.

I - OUVRAGES, THÈSES, MONOGRAPHIES

A/ De langue française

B/ De langue anglaise

A/ DE LANGUE FRANÇAISE

AGRON (L.), *Histoire du vocabulaire fiscal*, LGDJ, t. 36, 2000, 515 p. Bibliothèque de science financière.

ARDANT (G.), *Histoire de l'impôt*, Paris, Fayard, 2 t. 1972, 1506 p.

AUBREGE (M.-L.), *L'articulation entre les dispositions fiscales internationales et le droit fiscal interne : la position du juge français*, thèse, Saint-Étienne, 1999.

BELHEDI (L.), *La discrimination fiscale en droit français*, thèse, Paris II, 2000, 567 p.

BERLIN (D.), *Droit fiscal communautaire*, Paris, PUF, 1988, 414 p.

BILLE (S.), *La souveraineté fiscale des Etats et de l'intégration économique internationale*, BIDEF, Amsterdam, 1958.

BLANHUET (G.), *Essai sur la notion de propriété économique en droit privé français*, Thèse, LGDJ, 1999, 493 p.

BLANQUET (M.), *L'article 5 du Traité*, LGDJ, 1994, 502 p.

BLOT (M.), *L'imposition des revenus passifs dans les situations triangulaires*, mémoire DESS juriste d'affaires internationales, 2003/2004, 27 p.

- BONNEAU (N.), *Le régime fiscal de la sous-capitalisation des sociétés en France, en Allemagne et aux États-Unis*, thèse Paris 12, 1998.
- BOURBOULON (N.), *L'implication des établissements stables dans les flux transfrontaliers de revenus passifs, Etude des « situations triangulaires »*, mémoire sous la direction de Patrick Dibout, Université de Paris II, Juin 2010, 98 p.
- BOURTOURAUULT (P.-Y.), GIVRE (Y. de), GOULARD (G.), *Sociétés de personnes, fiscalité française et internationale*, EFE, Litec, sept. 1995, 240 p. Coll. Référence pressière.
- BOUVIER (F.), *Les limites à la personnalité morale des sociétés soumises à l'impôt sur les sociétés : la notion de transparence généralisée*, thèse, Paris I, 1984.
- CARTOU (L.), *Droit fiscal international et européen*, 2^e éd., Précis Dalloz, 1986, 321 p.
- CASTAGNÈDE (B.), *Précis de fiscalité internationale*, 2^e éd., PUF Fiscalité, 2006, 487 p.
- CASTAGNÈDE (B.), TOLEDANO (S.), *Fiscalité internationale de l'entreprise*, PUF, 1987, 446 p.
- CHAHID-NOURAI (N.), FOUQUET (O.), *Optimisation fiscale et abus de droit*, EFE, Litec, 1990, 279 p.
- CHAHID-NOURAI (N.), FOUQUET (O.), GENEVOIS (B.), *Fiscalité internationale*, Paris, Éd. de Fiscalité et de Gestion, 1989, 2 vol.
- CHRÉTIEN (M.), *À la recherche du droit international fiscal commun : étude de droit positif à partir de la jurisprudence des cours internationales*, Paris, Librairies du Recueil Sirey, 1955, 246 p.
- CLAVERIE (J.-M.), *La lutte contre la fraude et l'évasion fiscales internationales*, thèse, Bordeaux I, 1978.
- CONAN (M.), ISRAEL (H.), *Optimisation fiscale des activités internationales et européennes*, Éd. Tissot, 2000, 237 p.
- COURT (J.-F.), ENTRAYGUES (G.), *Gestion fiscale internationale des entreprises*, Paris, Montchrestien, 1992, 624 p.
- COZIAN (M.),
- *Précis de fiscalité des entreprises*, Litec, 25^e éd., 2001-2002, 799 p.
 - *Les grands principes de la fiscalité des entreprises*, Litec, 24^e éd., 2000, 555 p.
- COZIAN à la mémoire de (ouvrage collectif), *Écrits de fiscalité des entreprises*, Litec, 2009, 945 p.
- CUNIBERTI (G.), *Les mesures conservatoires portant sur des biens situés à l'étranger*, LGDJ, t. 341, 409 p. Bibliothèque de droit privé.

- CUTAJAR-RIVIERE (C.), *La société écran. Essai sur sa notion et son régime juridique*, LGDJ, 1998, t. 293, 505 p. Bibliothèque de droit privé.
- DAVID (C.), FOUQUET (O.), PLAGNET (B.), RACINE (P.-F.), *Les grands arrêts de la jurisprudence fiscale*, 4^e éd., Dalloz, 2003, 1085 p. Grands arrêts.
- DECOOL (G.), *Droit communautaire et fiscalité*, thèse, Paris V, 1998.
- DEROUIN (P.), MARTIN (P.),
- *De l'extension des techniques d'investigation et de contrôle de l'administration fiscale*, Litec, 2004, 495p.
 - *Droit communautaire et fiscalité*, 2^e éd., Litec, 2008, 1008p.
- DI MALTA (P.), *Droit fiscal européen comparé*, 1^e éd., PUF, 1995, 550 p. Coll. « Droit fondamental, Droit financier ».
- DOUVIER (P.-J.),
- *Droit fiscal dans les relations internationales*, 1^e éd., Paris, A. Pedone, 1996, 655 p.
 - *Fiscalité internationale : 20 études de dossier*, Paris, Litec, 1996, 264 p.
- DULAURENT (L.), *Régime fiscal des flux financiers intra-groupe*, thèse, Bordeaux, 1998, 333 p.
- FADEL RAAD (N.), *L'abus de la personnalité morale en droit privé*, LGDJ, 1991, t. 214, 322 p. Bibliothèque de droit privé.
- FIXOT (M.), *Incitation fiscale et abus de droit*, thèse, Paris I, 1998.
- GANNI (R.), *La clause d'élimination des bénéficiaires dans les conventions de double imposition entre la Suisse et les États-Unis*, Oref, 2008, p. 602.
- GERMAIN (T.), *Les conséquences de la transparence reconnue aux sociétés de personnes françaises quant à l'imposition de leurs associés non-résidents*, mémoire sous la direction de Patrick Dibout, Université de Paris II, Mars 1996, 82 p.
- GEST (G.), TIXIER (G.),
- *Droit fiscal international*, 2^e éd, PUF, 1990, 611 p. Coll. Droit fondamental.
 - *Manuel de droit fiscal*, 4^e éd., LGDJ, 1986, 684 p.
 - GROSCLAUDE (J.),
 - *La doctrine fiscale en France (1987-1999)*, Litec, 2000, 688 p.
 - *La doctrine fiscale en France (1999-2002)*, Litec, 2003, 340.p.
- GOUTHIERE (B.), *Les impôts dans les affaires internationales : trente études pratiques*, 9^e éd., Paris, Éd. F. Lefebvre, 2010, 1055 p.

- HAMONIC-GAUX (A.-G.), *Le régime des prix de transfert pratiqués entre les sociétés françaises et américaines (Le cas des droits de propriété incorporelle)*, thèse droit, Paris II, 1999, 431 p.
- HEME DE LA COTTE, *La lutte contre la fraude fiscale internationale*, thèse, Toulouse I, 1987.
- JARNEVIC (J.-P.),
- *Droit fiscal international*, Paris, Économica, 1986, 273 p.
 - *Les dérogations au principe de la territorialité des impôts établis sur les bénéficiaires des sociétés de capitaux en droit fiscal français*, thèse publiée, G. de Bussac, 1978, 264 p.
- JOVANOVIC (S.), *Restriction des compétences discrétionnaires des Etats en droit international*, Pédone, 1988.
- KARAIVANOVA (Y.), *Filiales et établissements : vers une neutralité fiscale du mode d'implantation ?*, Mémoire de master II fiscalité internationale 2010, Université Paris II, sous la direction de Patrick Dibout.
- KETCHEDJIAN (D.), *La personnalité morale au regard du droit fiscal*, thèse, Paris, 1972.
- LAFORREST (F.), *Le régime fiscal des sociétés filiales françaises de sociétés mères étrangères, ou l'importance du critère razione personae en droit fiscal international*, thèse, Paris XII, 1983.
- LAMBERT (T.), *Contrôle fiscal, droit et pratique*, 2^e éd., PUF, 1998. Collection « Droit fondamental ».
- LAMBLLOT PERREAUT (C.), *Le domicile en droit fiscal international*, thèse, Dijon, 1980.
- LAMORLETTE (T.), RASSAT (P.), *Stratégie fiscale internationale*, 3^e éd., Éd. Maxima, 1997, 258 p.
- LE GALL, mélanges an l'honneur de, *Fiscalité et entreprise : politiques et pratiques*, Dalloz, 2007, 458 p.
- LEVINE (P.), *La lutte contre l'évasion fiscale de caractère international en l'absence et en présence de conventions internationales*, LGDJ, t. 24, 1988, 480 p. Bibliothèque de science financière.
- LÉVY (L.), *La nationalité des sociétés*, LGDJ, t. 181, 1984. Bibliothèque de droit privé.
- LIPERINI (O.), *L'imposition des dividendes recherche sur un projet de réforme*, thèse, Nice, 2006.
- MAGNIN (J.-J.), *L'imputation des bénéficiaires accumulés : nouvelle arme contre l'évasion fiscale internationale*, Genève, Lib. de l'Université Georg, 1971, 279 p.

- MALESYS (T.), *La théorie de l'acte anormal de gestion et le droit fiscal international*, thèse, Paris II, 1990, 447 p.
- MALHERBE (J.), *Droit fiscal international : impôts sur les revenus : théorie générale, droit belge, éléments de droit comparé*, Bruxelles, Maison Larcier, 1994, 910 p. Collection des précis de la faculté de droit de l'Université catholique de Louvain.
- MARION (A.), *La transparence des sociétés en droit fiscal international*, thèse, Paris I, 1999.
- MELOT (N.), *Territorialité et mondialité de l'impôt*, thèse, Dalloz, 2004, 954 p.
- MICHAUD (P.), *Fiscalité internationale*, Paris, Technique et documentation Lavoisier, 1982.
- MONTER (S.), *L'approche française du régime à fiscalité privilégiée*, thèse, Paris II, 1999, 750 p.
- MUNDET (E.), *Le régime fiscal des transferts indirects de bénéfices à l'étranger*, thèse Droit, Université de Montpellier I, 2000, 408 p.
- NASER (Z.), *La double imposition internationale et l'intervention des organisations internationales pour y remédier*, thèse, Paris, 1965.
- NEUER (J.-J.), « Prévention et répression de la fraude fiscale internationale », 1^{re} éd., PUF, 1986, 235 p. Collection « Thémis ».
- NGUYEN QUOC DINH, DAILLIER (P.), PELLET (A.), *Droit international public*, 6^e éd., LGDJ, 1999, 1455 p.
- PLAGNET (B.), *Droit fiscal international*, Paris, Litec, 1986, 349 p.
- POLITIS (N.), *Les nouvelles tendances du droit international*, Librairie Hachette, 1927, 249 p.
- POUMEROL (J.-F.), *Neutralité de l'impôt à l'égard des structures juridiques des entreprises*, thèse, Paris I, 1991.
- RAINGEARD DE LA BLETIÈRE (E.), *Les relations entre le droit communautaire et le droit fiscal international*, thèse, Paris I, 2008.
- RIVIER (J.-M.), *L'imposition des entreprises multinationales*, LGDJ, Paris 1964.
- ROBBEZ-MASSON (C.), *La notion d'évasion fiscale en droit interne français*, LGDJ, t. 29, 1990, 503 p. Bibliothèque de Science financière.
- SALOME (H), DANON (R.),
- *La non-discrimination d'établissements stables de sociétés étrangères dans les relations triangulaires. Analyse de l'arrêt Saint-Gobain et de la clause de non-*

discrimination des CDI suisses, Sonderdruck aus dem « archiv für Schweizerisches Abgaberecht », Février 2002, 25 p.

- *De la double imposition internationale*, Sonderdruck aus dem « archiv für Schweizerisches Abgaberecht », Janvier 2005, 53 p.

SELLES, *L'évasion fiscale dans les groupes de sociétés et les firmes multinationales*, thèse, Paris II, 1981, 335 p.

SERLOOTEN (P.), *Droit fiscal des affaires*, Précis Dalloz, 1999, 666 p.

TIRARD (J.-M.), *La fiscalité des sociétés dans l'Union européenne*, 5^e éd., Guide de gestion RF, 2000, 574 p.

TIXIER (G.), *Droit fiscal international*, PUF, 1995, p. 128. Que sais-je ?

VAN HASSEL (F.), *L'utilisation des sociétés étrangères à des fins de fraude et d'évasion fiscale*, thèse, Paris II, 1996.

VEILLON-BERTELOOT (C.), *Les sociétés de personnes en droit fiscal international*, thèse, Paris I, 1998.

VIessant (C.), *La pénétration du droit communautaire en droit fiscal français*, thèse, Aix-Marseille III, 1999.

VISSCHER (C. DE), *Théories et réalités en droit international public*, 4^e éd., Paris, éd. A. Pedone, 1970, 450 p.

B/ DE LANGUE ANGLAISE

ADAMS (J. D. R.), WHALLEY (J.), *The International Taxation of Multinational Enterprises in Developed Countries*, Westport, (C.T.), Greenwood Press, 1977, 178 p.

BAKER (P.), *Double tax conventions and international tax law. A manual to the OECD Model tax convention on income and capital of 1992. second edition*, London, Sweet & Maxwell, 1994, 413 p.

BARENFIELD (J.),

- *Taxation of cross border partnerships - references*, Deventer, (Netherlands); Boston, Kluwer Law and Taxation, 2005, 404 p.
- *Taxation of cross border partnerships*, IBFD, 2005. Doctoral series, vol. 9. p. 396.

BECK (R. J.), AREND (A. C.), VANDLER LUGT (R. D.), *International Rules: Approaches from International Law and International Relations*, New York, Oxford University Press, 1996, 310 p.

- BISCHEL (J. E.), FEINSCHREIBER (R.), *Fundamentals of International Taxation*, 2nd éd., New York, Practising Law Institute, 1985, 542 p.
- BITTKER (B. I.), LOKKEN (L.), *Fundamentals of International Taxation: U.S. Taxation of Foreign Income and Foreign Taxpayers*, Boston, Warren, Gorham & Lamont, 2001, 1 vol.
- BRACEWELL-MILNES (B.), *The Economics of International Tax Avoidance: political power versus economic law*, Deventer, (Netherlands) ; Boston, Kluwer Law and Taxation, 1980, 137 p.
- BROWNLIE (I.), *Principles of Public International Law*, 4th ed., Oxford, Clarendon Press ; New York, Oxford University Press, 1990, 748 p.
- BUBEL (H. P.), Practising Law Institute, *Introduction to International Taxation*, New York, Practising Law Institute, 1984, 440 p.
- CARROLL (M. B.), *Prevention of International Double Taxation and Fiscal Evasion: Two Decades of Progress Under the League of Nations*, Geneva, League of Nations, 1939, 53 p.
- CERVANTES (M.), *Interpreting the concept of beneficial ownership*, Thesis University of Toronto, 2009, 54 p.
- COUZIN (B.), *Corporate residence and international taxation*, Deventer, (Netherlands) ; Boston, Kluwer Law and Taxation, 2002, 280 p.
- DANIELS (A. H. M.), *Issues in international partnership taxation: with special reference to the United States, Germany and the Netherlands*, Deventer ; Kluwer Law and Taxation Publisher, 1991, xii, 239 p.
- DAVIES (D. R.), *Principles of international double taxation relief*, London, Sweet & Maxwell, 1985, xix, 321 p.
- DE BROE (L.), *International tax planning and prevention of abu''s*, IBFD, 2008, 1 111 p.
- ENGELEN (F.), *Interpretation of tax treaties under international law*, Deventer ; Boston, Kluwer Law and Taxation Publisher, 2010
- FELDSTEIN (M. S.), HINES (J. R.), HUBBARD (G. R.), *The effect of taxation on multinationals corporations*, Chicago, University of Chicago Press, 1995, 324 p.
- FETT (E.), *Triangular cases: the application of bilateral tax treaties in multilateral situations*, IBFD, 2013, 870 p.
- FRENKEL (J. A.), *International taxation in an integrated world*, Cambridge, (Mass.), MIT Press, 1991, 239 p.
- GIOVANNINI (A.), HUBBARD (R. G.), SLEMROD (J.), *Studies in international taxation*, Chicago, University of Chicago Press, 1993, 321 p.

- GLAUTIER (M. W. E.), BASSINGER (F. W.), *A reference guide to international taxation: profiting from your international operations*, Lexington, (Mass.), Lexington Books, 1987, 422 p.
- GORDON (R. A.), ZAGARIS (B.), Practising Law Institute, *International exchange of tax information: recent developments*, New York, (N.Y.), Practising Law Institute, 1985, 232 p.
- GRUNDY (M.), *The world of international tax planning*, Cambridge ; New York, Cambridge University Press, 1984, 143 p.
- HANNUM (H.), *Autonomy, sovereignty, and self-determination: the accommodation of conflicting rights*, Philadelphia, (PA), University of Pennsylvania Press, 1996, 534 p.
- HOFSTÄTTER (M.), PLANSKY (P.) and all, *Dual residence in tax treaty law and EC law*, Linde, 2009, p. 529.
- JAIN (S), *Effectiveness of the beneficial ownership test in conduit company cases*, IBFD, 2013, p. 232.
- KINGSON (C. I.), *International taxation*, New York, Aspen Law and Business, 1998, 739 p.
- KNECHTLE (A. A.), *Basic problems in international fiscal law*, Deventer, (Netherlands) ; Boston, Kluwer, 1979, 264 p.
- KUZNIAKI (B.), « CFC Rules, BEPS Action 3 (Draft), and EU Law ». *WU International Taxation Research Paper*, Series No. 2015.
- LANG (M.),
- *Multilateral tax treaties: new developments in international tax law*, London, Boston, Kluwer Law International, 1998, 250 p. Series on international taxation, n° 18.
 - *Tax treaty interpretation*, Schriftenreihe zum internationalen steuerrecht Band 13, Linde Verlag, 398 p.
- LANG (M.), PISTONE (P.),
- *The EU and third countries: direct taxation*, Linde, 2007, 1072 p.
 - *Beneficial ownership, recent trends*, IBFD, 2013, p. 350.
 - *The application of the OECD Model tax convention to partnerships. A critical analysis of the Report prepared by the OECD Committee on Fiscal affairs*, Kluwer law, 2000, 99 p.
- LARSON (A.), JENKS (C. W.), *Sovereignty within the law*, Dobbs Ferry, (N. Y), Oceana Publications, 1965, 492 p.

- LAWRENCE (R. C.), *Practising Law Institute, International tax and estate planning: a practical guide for multinational investors*, 2nd éd., New York, Practising Law Institute, 1989, 850 p.
- MAISTO (G.), *Residence of companies under tax treaties and EC law*, IBFD, 2009, 938 p.
- MARTHA (R. S. J.), *The jurisdiction to tax in international law: theory and practice of legislative fiscal jurisdiction*, Deventer, (Netherlands) ; Boston, Kluwer Law and Taxation Publishers, 1989, 202 p.
- OGLEY (A.), *The principle of international tax: a multinational perspective*, London, (U.K.), Interfisc Pub., 1993, 186 p.
- PANAYI (C.H), *Double taxation, tax treaties, treaty shopping and the European Community*, Deventer, (Netherlands) ; Boston, Kluwer Law and Taxation Publishers, 2007, 296 p.
- PIRES (M.), *International juridical double taxation of income*, Deventer, (Netherlands) ; Boston, Kluwer Law and Taxation Publishers, 1989, 325 p.
- POSTLEWAITE (P. F.), FRANTZEN (T. L.), *International taxation: United States tax treaties*, Shepard's/McGraw-Hill, 1993.
- RAAD (C. VAN), *Nondiscrimination in international tax law*, Deventer ; Boston, Kluwer Law and Taxation, 1986, 284 p.
- ROHATGI (R.), *Basic international taxation*, London ; New York, Kluwer Academic, 2002, 704 p.
- RUSSO (R.) FONTANA (R.), *A decade of case law – Essays in honor of 10th anniversary of the leiden ADV LLm in international tax law*, IBFD, 2008, 300 p.
- RUSSO (R.), *The attribution of profits to permanent establishments. The taxation of intra group dealing*, IBFD, 2005, 480 p.
- SALOME (H), *International taxation of partnerships : divergences in the personal attribution of income*, Schultess, June 2002, 124 p.
- SANDLER (D.), *Tax treaties and controlled foreign company legislation: pushing the boundaries*, 2nd éd., The Hague Boston, Kluwer Law International, 1998, 298 p.
- SASSEN (S.), *Losing control?: sovereignty in an age of globalization*, New York, Columbia University Press, 1996, 148 p.
- SKAAR (A. A.), *Permanent establishment: erosion of a tax treaty principle*, Deventer ; Boston, Kluwer Law and Taxation Publishers, 1991, 610 p.
- STOFFREGEN (P. A.), HARRIS (K. L.), WIRTZ (F. J.), *Partners and partnerships – international aspects*, Washington, (DC), Tax Management Inc., 2001, 1 vol.

- SUTTER (F.P.), ZEHETNER (U.) and all, *Triangular tax cases*, Linde Verlag, 2004, p. 576.
- VEGA BORREGO (F.A.), *Limitation on benefits clauses in double taxation conventions*, Kluwer law 2006, p. 298.
- VIJVER (Van de.) and all, *The new US- Belgium double tax treaty. A Belgium and EU perspective*, Larcier, December 2008, p. 575.
- VOGEL (K.), *Klaus 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, with particular reference to German treaty practice*, 3rd ed., Deventer ; Boston, Kluwer Law and Taxation Publishers, 1997, 1688 p.
- VOGEL (K.), SHANNON (H. A.), DOERNBERG (R. L.), *United States Income Tax Treaties*, Boston, Kluwer Law and Taxation Publishers, 1989 (mis à jour en 1996), 2 vol.
- WEBLEY (P.), *Tax evasion: an experimental approach*, Cambridge ; New York, Cambridge University Press ; Paris, Éditions de la Maison des sciences de l'homme, 1991, 160 p.
- WILLIAMS (D. W.),
- *Tax on the international transfer of information*, London, Longman, 1991, 137 p.
 - XX, *Mélange: A Tax Globalist: Essays in honour of Maarten J. Ellis*, Kluwer, 2002.

II - CONGRÈS, RAPPORTS, SYMPOSIUMS

AMERICAN LAW INSTITUTE :

- Federal income tax project: international aspects of United States income taxation II: proposals on United States treaties, Philadelphia, (PA), The American Law Institute, 1992, 352 p.
- Federal income tax project: international aspects of United States income taxation: proposals on United States taxation of foreign persons and of the foreign income of United States persons, Philadelphia, (PA), The American Law Institute, 1987, 499 p.
- Restatement of the Law: the Foreign Relations of the United States, 3rd éd., vol. 1, 1987.

BENARD (Y.), LE MENTEC (F.), MELOT (N.), THIRIA (P.), *L'arrêt bank of Scotland : une lecture plurielle, Matinée fiscale du groupement français de l'IFA 10 mai 2007*.

BRARD (J.-P.), *La lutte contre la fraude et l'évasion fiscale : retrouver l'égalité devant l'impôt*, Rapport d'information, Assemblée nationale, 1999, n° 1802.

CHAMBRE DE COMMERCE ET D'INDUSTRIE DE PARIS :

- *Rapport sur la communication de la Commission européenne : « Vers un marché intérieur sans entrave fiscale »*, présenté par Monsieur B. IRION au nom de la commission fiscale et adopté par l'Assemblée générale du 30 mai 2002, 29 p.
- *Harmonisation de la fiscalité en Europe après le sommet de Nice : un processus décevant à réorienter d'urgence*, présenté par Monsieur B. IRION au nom de la commission fiscale et adopté par l'Assemblée générale du 14 juin 2001.
- *Impôts sur les bénéficiaires dans l'Union européenne : pour une concurrence saine et loyale*, présenté par Monsieur B. IRION au nom de la commission fiscale et adopté par l'Assemblée générale du 6 mai 1999.
- *Harmonisation européenne de la fiscalité directe : les risques d'un code de bonne conduite pour les entreprises*, présenté par Monsieur B. ROBINE au nom de la commission fiscale et adopté par l'Assemblée générale du 11 décembre 1997.

INSTITUT DE DROIT INTERNATIONAL, « La compétence extraterritoriale des Etats », 19^e commission, rapporteur F. RIGAUX, *Annuaire de l'Institut de Droit International*, 1999, Session de Berlin, vol. 68-I, p. 372-605.

Inter-American Center of Tax Administrators, *The exchange of information under tax treaties: proceedings of the 19th technical conference of the Inter-American Center of Tax Administrators, C.I.A.T., Curacao, Netherlands, Antilles, August 28-September 3, 1977*, Amsterdam, C.I.A.T., 1978, 195 p.

International Bar Association, Committee N., *Tax avoidance, tax evasion: a survey of the treatment of tax avoidance and tax evasion in the main industrialized countries of the world*, 2nd ed., London, International Bar Association in co-operation with Sweet & Maxwell, 1987, 160 p.

INTERNATIONAL BUREAU OF FISCAL DOCUMENTATION :

- *International tax glossary*, 6th ed., Amsterdam, IBFD, 2009, 548 p.
- *Company taxation in western Europe*, 5th ed., Amsterdam ; Rotterdam, MEES & HOPE, bankers, 1967, 67 p.

INTERNATIONAL CHAMBER OF COMMERCE :

- Committee on the Extraterritorial Application of National Laws, *The extraterritorial application of national laws*, Paris ; New York, ICC Pub.; Boston Kluwer Law and Taxation Publishers, 1987, 57 p.

- *Avoidance of double taxation: exemption versus tax-credit method*, Paris, 1955, 35 p.

INTERNATIONAL FISCAL ASSOCIATION, Congress Seminar Series :

- *Taxation of cross-border services*, 1999, vol. 24c.
- *Practical experience with the OECD transfer pricing guidelines*, 1998, vol. 23b.
- *Presumptive income taxation*, 1997, vol. 22d.
- *Visions of the tax systems of the XXI Century*, 1996, vol. 21d.
- *The influence of corporate law and accounting principles in determining taxable income*, 1996, vol. 21b.
- *Taxation issues in a federal state and economic groupings with concurrent taxing authorities*, 1996, vol. 21a.
- *How domestic anti-avoidance rules affect double taxation conventions*, 1994, vol. 19c.
- *International taxation of dividends reconsidered in light of corporate tax integration*, 1994, vol. 19a.
- *Resolution of tax treaty conflicts by arbitration*, 1993, vol. 18e.
- *Harmonization of corporate taxes in the EC*, 1993, vol. 18a.
- *Advance Ruling: Practice and Legality*, 1992, vol. 17a.
- *Tax treaties and local taxes*, 1991, vol. 16.
- *Double taxation treaties between industrialized and developing countries, the OECD and UN models - a comparison*, 1990, vol. 15.
- *Tax treaties and domestic legislation*, 1989, vol. 14b.
- *Draft EC directives on parent-subsidiary, on mergers and on arbitration*, 1988, vol. 13b.
- *Recourse to tax havens - use and abuse*, 1980, vol. 5.
- *UN Draft Model Taxation Convention*, 1979, vol. 4.
- *The revised OECD Model Double Taxation Convention on income and capital*, 1977, vol. 2.

INTERNATIONAL FISCAL ASSOCIATION, *Cahiers de Droit Fiscal International* :

- « Double non-taxation », 2004, Vol. 89a.
- « Group taxation », 2004, Vol. 89b.
- « Source and residence: new configuration of their principles », 2005, Vol. 90a.
- « The attribution of profits to permanent establishments », 2006, Vol. 91b.
- « Conflicts in the attribution of income to a person », 2007, Vol. 92b.

- « Non-discrimination at the crossroads of international taxation », 2008, Vol. 93a.
- « Is there a permanent establishment? », 2009, Vol. 94a.
- « Tax treaties and tax avoidance: application of anti-avoidance provisions », 2010, Vol. 95a.
- « The taxation of foreign passive income for groups of companies », 2013, Vol. 98a.
- « Qualification of taxable entities and treaty protection », 2014, Vol. 99b.
- « Form and substance in tax law », 2002, vol. 87a.
- « Taxation of income derived from electronic commerce », 2001, vol. 86a.
- « Limits on the use of low-tax regimes by multinational businesses: current measures and emerging trends », 2001, vol. 86b.
- « Advance rulings », 1999, vol. 84b.
- « Practical issues in the application of double tax conventions », 1998, vol. 83b.
- « Tax treatment of corporate losses », 1998, vol. 83a.
- « International aspects of thin capitalization », 1996, vol. 81b.
- « The taxation of income derived from the supply of technology », 1996, vol. 81a.
- « International income tax problems of partnerships », 1995, vol. 80a.
- « Deductibility of interest and the financing charges in computing income », 1994, vol. 79a.
- « Non-discrimination rules in international taxation », 1993, vol. 78b.
- « Interpretation of double taxation conventions », 1993, vol. 78a.
- « Transfer pricing in the absence of comparable market prices », 1992, vol. 77a.
- « International mutual assistance through exchange of information », 1990, vol. 75b.
- « The disregard of a legal entity for tax purposes », 1989, vol. 74a.
- « Recognition of foreign enterprises as taxable entities », 1988, vol. 73a.
- « The fiscal residence of companies », 1987, vol. 72a.
- « Transfer of assets into and out of taxing jurisdiction », 1986, vol. 71a.
- « The assessment and collection of tax from non-residents », 1985, vol. 70a.
- « Fiscal obstacles to the international flow of capital between a parent and its subsidiary », 1984, vol. 69a.
- « Tax Avoidance/ Tax Evasion », 1983, vol. 68b.
- « Unilateral measures to prevent double taxation », 1981, vol. 66b.

- « Rules for determining income and expenses as domestic or foreign », 1980, vol. 65b.
- « The effect of losses in one country on the income tax treatment in other countries of an enterprise or of associated enterprises engaged in international activities », 1979, vol. 64b.
- « Determination of the taxable profit of corporations », 1977, vol. 62b.
- « Allocation of expenses in international arm's length transactions of related companies », 1975, vol. 60b.
- « The taxation of enterprises with permanent establishments abroad », 1973, vol. 58a.
- « Criteria for the allocation of items of income and expense between related corporations in different states, whether or not parties to tax conventions », 1971, vol. 56b.
- « The development in different countries of the concept of a permanent establishment, notably from the point of view of the harmonization in future double taxation agreements », 1967, vol. 52.
- « The delimitation between the country of residence and other countries of the power to tax corporations and/or their shareholders », 1964, vol. 49b.
- « Unilateral measures for the avoidance of double taxation, especially as regards fiscal aspects of the relationship between capital-exporting countries and countries in process of development. The taxation of interconnected companies », 1961, vol. 43, 44 et 45.
- « Unilateral measures for the avoidance of double taxation », 1960, vol. 40.
- « Tax measures designed to facilitate international capital movements », 1959, vol. 39.
- « The position of permanent establishments in national and international fiscal law; the concept of permanent establishments and allocation of capital and profits among the various permanent establishments of the same enterprise », 1957, vol. 34a.
- « Fiscal measures capable of facilitating international capital transfers within the European framework or world economy or of a more limited continental economy », 1953, vol. 24.
- « Tax concessions to be made by a country with a view to attracting capital and enterprise from foreign countries - including special problems of sea - and air

transport enterprises. Multilateral conventions between the countries of Western Europe in order to avoid multiple, extraterritorial and discriminatory taxes », 1952, vol. 22.

- « Effects and benefits of tax conventions », 1948, vol. 11.
- « Computation of taxable profits (part 1 and 2) », 1948, vol. 9 and 10.
- « Double taxation conventions concluded by the United States since 1939 », 1947, vol. 5.
- « Trans- and postwar tax legislation (France and Belgium) », 1947, vol. 4.
- « Tax treaties since the outbreak of the war », 1947, vol. 3.
- « Taxation with regard to the earnings of limited companies with international interests », 1939, vol. 1.
- « La notion d'établissement stable de droit fiscal international », 1939.

INTERNATIONAL FISCAL ASSOCIATION, Congress Seminar papers :

- *Seminar D: abusive application of international tax agreement*, 2000, Munich
- *Seminar F: beneficial ownership*, 1999, Eilat
- *Seminar E: general anti avoidance rules in international taxation*, 2003, Sydney
- *Seminar B: place of effective management as a tie breaker rule*, 2004, Sydney

INSTITUTE OF INTERNATIONAL BANKERS, « *Comments on the OECD discussion draft on the attribution of profits to permanent establishments*, T.N.I., 23 July 2001, p. 477-507.

Jimenez (A), *Preventing artificial avoidance of PE status*, September 2014.

LEAGUE OF NATIONS,

- Fiscal Committee, *Model bilateral conventions for the prevention of international double taxation and fiscal evasion, second regional tax conference*, Mexico, D.F., July 1943, Geneva, League of Nations, 1945, 85 p.
- Secretariat. Economic and Financial Section, *Double taxation and fiscal evasion. Collection of international agreements and internal legal provisions for the prevention of double taxation and fiscal evasion*, 1928-1949.

OCDE, Comité des Affaires Fiscales,

- *Model of tax treaties four related stories : triangular cases*, OCDE, 1992.
- *Place of effective management concept : suggestions for changes to the OECD model tax convention*, draft discussion 27 May 2003.
- *L'utilisation des entités juridiques à des fins illicites*, févr. 2002, 120 p.
- *Principes applicables en matière de prix de transfert à l'intention des entreprises multinationales et des administrations fiscales*, juin 2001, 300 p.

- *Commerce électronique et fiscalité. Mise en œuvre des conditions cadres d'Ottawa sur la fiscalité*, juillet 2001, 272 p.
- *Clarification pour l'application de la définition d'établissement stable dans le cadre du commerce électronique : modifications des commentaires sur l'article 5*, 22 décembre 2000.
- *Modèle de convention fiscale concernant le revenu et la fortune*, vol. I et II, oct. 2000, 596 p
- *Vers une coopération fiscale globale. Rapport pour la réunion du Conseil au niveau des ministres de l'OCDE et recommandations du Comité des affaires fiscales de l'OCDE : Progrès dans l'identification et l'élimination des pratiques fiscales dommageables*, 2000, publié dans *Dr. fisc.* 2000, n° 37, p. 1153-1161.
- *Améliorer l'accès aux renseignements bancaires à des fins fiscales*, avril 2000, 128 p.
- *Problèmes posés par l'article 14 du Modèle de Convention fiscale de l'OCDE. Question de fiscalité internationale n° 7*, avril 2000, 52 p.
- *L'application du Modèle de la Convention fiscale de l'OCDE aux sociétés de personnes. Question de fiscalité internationale, n° 6*, août 1999, 136 p.
- *Concurrence fiscale dommageable : un problème mondial*, 1998, 92 p.
- *La fiscalité relative à la mondialisation des opérations financières sur les instruments financiers*, mars 1998, 80 p.
- *Législation relative aux sociétés étrangères contrôlées*, nov. 1996, 180 p.
- *Principes applicables en matière de prix de transfert à l'intention des entreprises multinationales et des administrations fiscales*, août 1995, Paris, 1 vol. (feuillets mobiles mis à jour 1999).
- *Double taxation conventions and international tax law : a manual on the OECD Model taxation convention on Income and on Capital of 1992*, 2nd ed., London, Sweet & Maxwell, 1994, 514 p.
- *Model tax convention : four related studies*, Paris, 1992, 101 p.
- *Double taxation agreement and international tax law: a manual on the O.E.C.D model double taxation convention 1977*, London, Sweet & Maxwell, 1991, 402 p.
- *Taxation in developed countries*, 1987.
- *International tax avoidance and evasion: four related studies*, Paris, 1987, 112 p.
- *International Investment and Multinational Enterprises*, Paris, 1983.

- *Transfer Pricing and Multinational Enterprises. Three Taxation Issues. Investissements international et entreprises multinationales - Tendances récentes des investissements directs internationaux*, Paris, 1981.
- *Model Convention for Mutual Administrative Assistance in the Recovery of Tax Claim*, 1981.
- *Transfer Pricing and Multinational Enterprises*, 1979.
- *Model Double Taxation Convention on Income and Capital*, Paris, 1977.
- *Les systèmes d'imposition des sociétés dans les pays membres de l'OCDE*, Paris, 1973
- *Mesures fiscales pour encourager les investissements privés dans les pays en voie de développements*, Paris, 1965.
- *Draft Double Taxation Convention on Income and Capital*, Paris, 1963.

OCDE BEPS (2015)

- *Actions 13 : Explanatory Statement 2015*
- *Action 1: Addressing the Tax Challenges of the Digital Economy*
- *Action 2: Neutralising the Effects of Hybrid Mismatch Arrangements*
- *Action 3: Designing Effective Controlled Foreign Company Rules*
- *Action 4: Limiting Base Erosion Involving Interest Deductions and Other Financial Payments*
- *Action 5: Countering Harmful Tax Practices More Effectively, Taking into Account Transparency and Substance*
- *Action 6: Preventing the Granting of Treaty Benefits in Inappropriate Circumstances*
- *Action 7: Preventing the Artificial Avoidance of Permanent Establishment Status*
- *Actions 8-10: Aligning Transfer Pricing Outcomes with Value Creation*
- *Action 11: Measuring and Monitoring BEPS*
- *Action 12: Mandatory Disclosure Rules*
- *Action 13: Guidance on Transfer Pricing Documentation and Country-by-Country Reporting*
- *Action 14: Making Dispute Resolution Mechanisms More Effective*
- *Action 15: Developing a Multilateral Instrument to Modify Bilateral Tax Treaties*

OCDE, Groupe technique consultatif sur le suivi de l'application des normes existantes des conventions pour l'imposition des bénéfices des entreprises,

- *Incidence de la révolution des communications sur l'application du "siège de direction effective" comme règle de départage. Projet pour commentaires par le public*, février 2001, 15 p.
- *Application and interprétation of Article 24 (non-discrimination) Public Discussion draft*, 3 May 2007

OCDE, Réunion du forum sur l'administration fiscale de l'OCDE,

- *Déclaration de Séoul : échanges sur l'évolution et les réformes des administrations fiscales et les actions à entreprendre pour relever les défis posés par le non-civisme fiscal dans un contexte international*, 14-15 septembre, 7 p.

Symposium on International Taxation,

- *Influence of tax differentials in international competitiveness: proceedings of the 8th Munich Symposium on International Taxation*, Deventer, (Netherlands) ; Boston, Kluwer Law and Taxation Publishers, 1990, 167 p.

NATIONS-UNIES,

- Committee of experts on International Cooperation in tax matters second session « *Treaty abuse and treaty shopping* », Geneva, October 30, 2006, November 3, 2006, p.34
- Rapport du groupe spécial d'experts de la coopération internationale en matière fiscale sur les travaux de sa huitième réunion, « *Coopération internationale en matière fiscale* », New York, Nations-Unies, 1999, 113 p.
- Ad Hoc Group of Experts on International Cooperation in Tax Matters, « *Contributions to international co-operation in tax matters : treaty shopping, thin capitalization, co-operation between tax authorities, resolving international tax disputes* », New York, United Nations, 1988, 40 p.
- Dept. of International Economic and Social Affairs, « *United Nations model double taxation convention between developed and developing countries* », New York, United Nations, 1980, 265 p.

III – ARTICLES, COURS, CONCLUSIONS ET NOTES

A/ De langue française

B/ De langue anglaise

A/ DE LANGUE FRANÇAISE

ACARD (C.),

- « Crédit d'impôt et quotité imputable », *Banque et Droit*, 2000, n° 69, p. 74-75.
- « Transfert intragroupe. Note sous CJCE, 18 nov. 1999, aff. C-200/98, XAB et YAP », *Banque et droit*, 2000, n° 70, p. 61-62.
- « Établissement stable et droit communautaire. Note sous CJCE, 21 sept. 1998, Compagnie Saint-Gobain », *Banque et droit*, 1999, n° 68, p. 66-70.
- « Transparence fiscale et convention bilatérale. Note sous CÉ, 8^e et 9^e sous-sect., 13 oct. 1999, rec. n° 191 191, SA Diebold Courtage », *Dr. fisc.*, 1999, n° 52, comm. 948.

ACARD (C.), ROSNET (A.), « Directive mère-fille : interdiction des mesures d'effet équivalent à une retenue à la source, la CJCE persiste et signe », *Dr. fisc.*, 2002, n° 9, p. 393-404.

ADONNINO (P.), « Règles de non-discrimination en matière d'imposition internationale », rapport général, IFA, *CDFI*, 1993, vol. 78b, p. 73-310.

AJEJEE D.), DION (E.), « La nouvelle vision française des partnerships », *BF Lefebvre*, 4/09

ANDRASSY (G.), « La souveraineté et la Société des Nations », *RCADI*, 1937, t. 61 (vol. III), p. 641-762.

ANDRIEU (J.-N.), LE GALL (J.-P.), « Reconnaissance de la personnalité fiscale des entreprises étrangères », Rapport pour la France, IFA, *CFDI*, 1988, vol. 73a, p. 411-427.

ARNOLD (B. J.), DIBOUT (P.), « Limites à l'usage des régimes à fiscalité privilégiée par les entreprises multinationales », Rapport général, IFA, *CDFI*, 2001, vol. 86b, p. 91-165.

ARRIGHI DE CASANOVA (J.),

- « Imposition en France d'une société suisse associée d'une société de personnes françaises. Concl. Sur CÉ, 9 févr. 2000, n° 178 389, Sté suisse Hubertus AG », *Dr. fisc.*, 2000, n° 15, comm. 310 ; BDCF 3/00, n° 31 et *Bull. Joly* 2000, n° 4, p. 395-402.

- « Revenus réputés distribués ne sont pas des dividendes. Concl. sur CÉ, 8^e et 9^e sous-sect., 13 oct. 1999, n° 190 083, SA Banque française de l'Orient », *RJF* 12/99, p. 938-940 ; *BDFC* 12/99, n° 124.
- « Règles internes et conventions internationales. Priorité à l'examen de la situation du contribuable au regard du droit interne », *RJF* 5/93, p. 359-362.

AULT (H.), « Le travail accompli par l'OCDE et son esprit », *Revue Internationale de Droit Économique*, 01/10/1999, n° 3, p. 327-332.

AUSTRY (S.),

- « Conclusions sous CÉ, 8^e et 3^e ss-sect., 31 janv. 2001, req. n° 199543, SA Bank Polska Kasa Opieki (BPKO) », *Dr. fisc.*, 15 mai 2002, n° 20, com. 22, p. 774-776.
- « Notion de dividendes ouvrant droit au bénéfice de l'avoir fiscal », *RJF*, n° 5, 01/05/2001, p. 403-406.

AUSTRY (S.), GELIN (S.), SOREL (D.), « Les clauses de bénéficiaire effectif ont-elles un effet utile ? », *RJF* 12/08, p. 1097-1103

BACCI (B.), « Stratégie d'implantation géographique des entreprises », *Les Petites Affiches*, 15 mai 2002, n° 97, p. 17-19.

BACHELIER (G.),

- « Les dispositions de la convention franco-polonaise s'opposent-elles à l'application de la retenue à la source aux bénéficiaires de la succursale d'une société polonaise, imposition établie sur le fondement des articles 115 quinquies 1 et 119 bis 2 du CGI ? », Concl. sur CE 31 janvier 2001, n° 199543, 8^e et 3^e s.-s., SA Bank Polska Kasa Opieki, *BDFC*, 4/01, n° 54, p. 31-34.
- « Modalités de la liquidation provisoire et de la reliquidation de la retenue à la source, concl. sur CÉ, 7 janv. 2000, req. n° 186 924, SA Winterthur », *Dr. fisc.*, 2000, n° 25, comm. 513 ; *BDFC*, 2/00, n° 21.
- « Convention fiscale bilatérale et société transparente. Concl. sur CÉ, 8^e et 9^e sous-sect., 13 oct. 1999, rec. n° 191 191 SA Diebold Courtage », *Dr. fisc.*, 1999, n° 52, comm. 948 ; *BDFC*, 12/99, n° 125.

BELLEY (H.), « Le voile corporatif en droit fiscal : éloge de la circonspection judiciaire », *Canadian Tax Journal*, 2000, vol. 48, n° 3, p. 877-928

BARDET (H.), « Article 209 B du Code Général des Impôts (CGI) et conventions fiscales », *Bulletin européen et international*, 04/08/1999, n° 4, p. 31-33.

BATIFFOL (H.), « Points de contacts entre le droit international public et le droit international privé », *Choix d'articles rassemblés par ses amis*, LGDJ, 1976, p. 37-48.

BEAUVAIS (R.), DOZAT (R.), « Règles de non-discrimination en matière d'imposition internationale », Rapport pour la France, IFA, *CDFI*, 1993, vol. 78b, p. 417-439.

BECKER (H.), « Imputation des frais et redevances pratiqués entre une société et ses établissements stables », *La fiscalité du Marché Commun*, 1971, n° 48, p. 95 et s.

BENARD (Y.), « Fraude à la loi et treaty shopping : que penser de la décision Bank of Scotland », *RJF*, 3/07, p. 319-327

BERGERÈS (M.-C.),

- « L'arsenal législatif contre les expatriations fiscales », *Dr. fisc.*, 2001, n° 5, p. 222-226.
- « Les clauses anti-abus dans les conventions fiscales internationales », *Les Petites Affiches*, 22 mai 2009, n°102, p. 6.
- « Droit communautaire et conventions fiscales internationales », *Dr. fisc.*, 11 mai 2007, n° 19, com. 487.

BERLIN (D.),

- « Chronique de jurisprudence fiscale européenne », *RTDE*, 1^{er} juillet 2000, n° 3, p. 547-622.
- « Les difficiles relations entre le droit communautaire et les conventions fiscales bilatérales ; illustration », *BMIS*, 1^{er} mars 2000, p. 276-293.
- « Différence de traitement fiscal opéré par un Etat membre entre résidents et non-résidents. Note sous l'arrêt de la CJCE, 5^e ch., 29 avril 1999, Royal Bank of Scotland plc contre Elliniko Dimosio », *BMIS*, 1^{er} juillet 1999, n° 7, p. 784-793.
- « Droit communautaire et fiscalité. Harmonisation des fiscalités. Généralités », *J.-Cl. (Europe)*, Fasc. 1611, 1996.
- « Surveillance communautaire des droits fiscaux nationaux. Champ d'application. Contenu », *J.-Cl. (Europe)*, Fasc. 1620, 1996, 34 p.
- « Harmonisation des fiscalités. Fiscalité directe. Régime fiscal des sociétés. Régime commun société mère-filiale. Fusions transfrontalières », *J.-Cl. (Europe)*, Fasc. 1650, 1996, 36 p.
- « Harmonisation des fiscalités. Fiscalité directe. Régime fiscal des sociétés. GEIE. Coopération entre administrations », *J.-Cl. (Europe)*, Fasc. 1651, 1996, 14 p.
- « Harmonisation des fiscalités. Fiscalité directe. Perspectives », *J.-Cl. (Europe)*, Fasc. 1652, 1996, 23 p.

BERLIN (D.), MALHERBE (J.), « Conventions fiscales bilatérales et droit communautaire », *RTDE*, 1^{er} avril 1995, n° 3, p. 245-272.

BERNARDEAU (L.), « Droit communautaire d'établissement et transfert de siège de sociétés », *La Gazette du Palais*, 12 juillet 2003, n° 193, p. 38

BERTONI (P.), « La lutte contre l'évasion fiscale dans le cadre du marché unique européen : la coopération administrative », *Rev. Trésor*, 1994, n° 12, p. 745-750.

BESSON (J.-L.), « Faut-il craindre la concurrence fiscale ? », *RF fin. publ.*, 2000, n° 70, p. 231 à 243.

BLAISE (J.-B.), « Une cohabitation difficile : nationalité des sociétés et libre établissement dans la Communauté européenne », in *Souveraineté et marchés internationaux à la fin du 20^e siècle, Mélanges en l'honneur de PH. KAHN*, Université de Bourgogne, 2000, v. 20, Litec, p. 585-598.

BLANCHER (R.),

- « Bénéfice mondial et bénéfice consolidé », *JCP (C.I.)*, 1968, p. 1353 et s.
- « La localisation territoriale de l'activité », *D.*, 1961, p. 376 et s.

BLANLUET (G.),

- « Le commissionnaire un établissement stable du commettant ? », *Dr. fisc.*, 3/2010, p. 10-14
- « La notion de bénéficiaire effectif en droit fiscal international », *Écrits de fiscalité des entreprises : études à la mémoire du Professeur Maurice Cozian*, Litec, 2009, p. 513-536

BLOUET (J. F.), « La résidence fiscale des sociétés », Rapport pour la France, IFA, *CDFI*, 1987, vol. 72a, p. 321-330.

BLOT (M.), « L'imposition des revenus passifs dans les situations triangulaires », Rapport de fin d'année DESS juriste d'affaires internationales, 2003/2004.

BONNICHON (A.), « La notion de conflit de souveraineté dans la science des conflits de lois », *RCDI*, 1949, p. 615-635 et *RCDI*, 1950, p. 11-39.

BOUTELLIS (O.), « L'avenir de la notion d'établissement stable à l'ère de l'entreprise virtuelle, évolution et révolution », *Les Petites Affiches*, 1999, n° 14, p. 25-31.

BOUTEMY (B.), MEIER (E.),

- « Convention Modèle OCDE et revenus distribués : coup de balai dans les distributions occultes », Note sous CAA Paris, 10 mai 2001, n° 97-3368, *Les Petites Affiches*, 2002, n° 31, p. 14-19.
- « L'article 209 B ou la politique de l'autruche. Note sous CAA Nancy, 18 août 2000, n° 97-803, SA Facom », *Les Petites affiches*, 2001, n° 36, p. 11-13.

- « L'article 209 B et la Convention franco-suisse : le feu au lac ? Note sous CAA Paris, Plén., 30 janv. 2001, n° 96-1408, SA Schneider », *Les Petites affiches*, 2001, n° 36, p. 6-10.

BRIERLY (J. L.), « Le fondement du caractère obligatoire du droit international. », *RCDAI*, 1928, t. 23, p. 463-552.

BRUNEAU (P.P.), BERTRAND (E.), « Notion de bénéficiaire effectif des dividendes pour l'application de la convention franco-britannique », *Dr.fisc.*, 51, 22 décembre 2005, com. 831

BUHLER, « Les accords internationaux concernant la double imposition et l'évasion fiscale », *RCDAI*, 1936, t. 55, p. 437-505.

BUISSON (J.), « L'érosion de la souveraineté fiscale dans les Etats membres de la Communauté : l'exemple de la France », *D.*, 1999, Chr., p. 129 et s.

BUZELAY (A.), « Secret bancaire, évasion fiscale et blanchiment de l'argent en Europe », *Revue du Marché commun et de l'Union européenne*, n° 453, déc. 2001, p. 664-668.

CABANNE (X.), « L'imposition des revenus des personnes physiques provenant d'entités établies à l'étranger bénéficiant d'un régime à fiscalité privilégiée », *JCP éd. E*, 1999, n° 24, p. 1042-1046.

CABINETS FONTANEAU,

- « La stratégie de la Commission en matière de fiscalité des entreprises », *Rev. fisc. europ.*, 2002, n° 128, p. 57-61.
- « Les sociétés étrangères propriétaires d'immeubles en France peuvent-elles échapper à l'impôt sur les sociétés ? », *Rev. fisc. europ.*, 2001, n° 127, p. 25-31.
- « La notion d'établissement stable et Internet », *Rev. fisc. europ.*, 2000, n° 124, p. 5-7.
- « Un régime fiscal très favorable pour les sociétés commerciales luxembourgeoises propriétaires d'immeubles en France », *Rev. fisc. europ.*, 2000, n° 124, p. 5-7.
- « Les dispositions de l'article 238 A du CGI : les paiements à des personnes domiciliées à l'étranger et soumises à un régime fiscal privilégié », *Rev. fisc. europ.*, 2000, n° 2, p. 29-38.
- « Participations dans les entités financières étrangères soumises à un régime fiscal privilégié », *Rev. fisc. europ.*, 2000, n° 1, p. 47-56.
- « Les transferts indirects de bénéfices à l'étranger : l'article 57 du CGI », *Rev. fisc. europ.*, 2000, n° 1, p. 31-46.

CAHIER (P.), « Changement et continuité du droit international. Cours général de droit international public », *RCDAI*, 1985, t. 195, p. 9-374.

CARRILLO-SALCEDO (J.-A.), « Droit international et souveraineté des Etats. Cours général de droit international public », *RCDAI*, 1996, t. 257, p. 39-221.

CASTRO (H.), « Les intérêts des entreprises françaises dans la perspective de la régulation de la concurrence fiscale déloyale », *Revue Internationale de Droit Économique*, 01/10/1999, n° 3, p. 321-326.

CHABANNE (J.-Y.), « L'occulte et le droit fiscal », *Les Petites Affiches*, n° 213, 26/10/1999, p. 6-13.

CHAHID-NOURAI (N.), COUTURIER (P.),

- « Article 209 B du CGI et conventions fiscales. Commentaire de l'arrêt d'Assemblée du 28 juin 2002 », *FR*, 2002, n° 34, p. 25-27.
- « L'article 209 B du CGI est-il soluble dans le droit fiscal international », *Dr. fisc.*, 2001, n° 8, p. 333-336.

CHAPPERT (A.), « La notion de personnalité morale en droit fiscal », *Deffrénois*, 2000, art. 37248.

CHAULIN (V.), « Retour sur la transparence fiscale des sociétés de personnes françaises », *Dr. fisc.*, 4/2004, p.192-199

CHEVALIER (J.-P.),

- « Confidentialité et droit fiscal », *Revue internationale de droit comparé*, 1998, n° 2, p. 611-628.
- « L'établissement et la perception des impôts à la charge des non-résidents », rapport pour la France, IFA, *CDFI*, 1985, vol. 70a, p. 397-409.

CHRÉTIEN (M.),

- « 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 », *RCADI*, 1954-II, t. 86, p. 5-115.
- « Existe-t-il un droit international commun ? », *RCADI*, 1953.
- « Le problème du règlement juridictionnel des conflits internationaux d'ordre fiscal », *JDI*, 1951, p. 30 et s., p. 508 et s.

CLAUDE (J.), « Le renforcement du contrôle fiscal américain à l'encontre des sociétés US, filiales de groupes étrangers. Section 6038 A de l'internal revenue code », *RDAI*, 1992, n° 4, p. 401418.

COIN (R.),

- « Territorialité de l'impôt sur les sociétés : abandon d'un principe ? », *Les Petites Affiches*, 1993, n° 66, p. 11-15.
- « Vers une lutte contre le « planning » fiscal dommageable ? », *Dr. Fiscal*, n° 25, 20 Juin 2013, Com. 333.
- « Introduction aux situations triangulaires : du bilatéralisme à l'harmonisation fiscale... », *Dr. Fiscal*, n° 24, 13 Juin 2013, Com. 323.
- « La responsabilité sociale des entreprises : un nouvel enjeu fiscal », *Dr. Fiscal*, n° 6, 9 Février 2012, Com. 131.
- « Le rescrit fiscal », *Cahiers de droit de l'entreprise* n° 6, Novembre 2010, entretien 6.
- « Les 15 ans du Code de conduite dans le domaine de la fiscalité des entreprises : état des lieux et perspectives », *Dr. fiscal* n° 25, 20 Juin 2013, Com. 329.

COURTIAL (J.), « Aides à caractère financier consenties par une société mère à sa filiale. Concl. sur CÉ, 9^e et 8^e sous-sect., 22 mars 1999, req. n° 163 282, SA Alphamed », *BDCF*, 1999, n° 5, p. 9-11.

COURTOIS (P.), « Bénéfice mondial – bénéfice consolidé », *JCP (C.I.)*, 1970, p. 633 et s.

COURTOIS (P.), TIRARD (J.-M.), « La non-reconnaissance des personnes juridiques en matière fiscale », Rapport pour la France, IFA, *CDFI*, 1989, vol. 74a, p. 269-284.

COUSSOT (C.), « Le recouvrement à l'étranger en application des conventions bilatérales d'assistance au recouvrement », *Rev. Trésor*, 2001, n° 2, p. 89-91.

COZIAN (M.),

- « Sous-capitalisation et fiscalité », *RJ com.*, 2001, n° 10, p. 244-253.
- « Optimisation fiscale et choix de la bonne clause contractuelle », *La Semaine Juridique entreprise et affaires*, n° 1, janvier 2001, p. 24

DAVID (C.), « Comparaison entre le code de conduite communautaire et la recommandation de l'OCDE sur la concurrence fiscale déloyale », *Revue internationale de droit économique*, 01/10/1999, n° 3, p. 309-320.

D'AVINO (C. R.), « La résidence fiscale des sociétés », Rapport pour les États-Unis, IFA, *CDFI*, 1987, vol. 72a, p. 299-312.

DEBAT (O.) :

- « Conventions fiscales internationales et structures exonérées : privilégier la logique des régimes d'exonération », *Revue de Droit bancaire et financier*, n° 1, Janvier 2016.

- « Une bonne résolution : concilier optimisation fiscale et sécurité juridique », *La revue fiscale du patrimoine*, n° 1, Janvier 2016.
- « Une réflexion globale sur la « compliance fiscale » - . - Une nécessité pour les sociétés et groupes de sociétés, *Actes Pratiques et Ingénierie Sociétaire*, n° 137, Septembre 2014, dossier 10.
- « Réflexion sur les mutations de la fiscalité internationale. Quelle fiscalité applicable aux sociétés multinationales pour demain ? ». *Revue de Droit bancaire et financier*, n° 5, Septembre 2013, alerte 20.
- « Éthique, conformité, compliance, à la croisée du droit et de la gouvernance d'entreprise », *Actes Pratiques et Ingénierie Sociétaire* n° 137, Septembre 2014, dossier 7

DEBAT (O.), LIEB (J.P.)

- « Le projet BEPS : une refondation de l'ordre fiscal international (1^{ère} partie) », *Feuille Rapide* 4/16, 21 Janvier 2016, Éditions Lefebvre, p.6.
- « Le projet BEPS : une refondation de l'ordre fiscal inerrantional (2^{ème} partie) », *Feuille Rapide* 6/16, 21 Janvier 2016, Éditions Lefebvre, p.11.

DELATTRE (O.), « Aspect internationaux de la sous-capitalisation », Rapport pour la France, *CDFI*, vol. 81b, 1996, p. 419-440.

DELAUNAY (B) :

- « Où commence l'optimisation fiscale internationale ? Fraude, évasion fiscale et tax planning », *Dr. Fiscal*, n° 39, 26 Septembre 2013, 437.
- « L'inapplicabilité de la clause balai des conventions fiscales internationales aux revenus tirés des droits détenus dans les sociétés de personnes », *Dr. Fiscal*, n° 40, 1er Octobre 2009, comm. 491.

DELIGNIÈRES (B.),

- « Impôt sur les sociétés. Territorialité. Détermination des bénéficiaires taxables en France. Règles générales », *J.-Cl. (Droit international)*, Fasc. 305-30, mai 1998 (avec une mise à jour en mai 1999), 11 p.
- « Impôt sur les sociétés. Détermination des bénéficiaires taxables en France. Incitations aux implantations à l'étranger », *J.-Cl. (Droit international)*, Fasc. 305-35, mai 1998, 6 p.
- « Impôt sur les sociétés. Détermination des bénéficiaires taxables en France. Prévention de l'évasion fiscale. Travaux de l'OCDE sur les prix de transfert.

Transferts indirects de bénéfiques aux entreprises dépendantes (CGI, art. 57) », *J.-Cl. (Droit international)*, Fasc. 305-40, nov. 1998, 21 p.

- « Impôt sur les sociétés. Détermination des bénéfiques taxables en France. Prévention de l'évasion fiscale. Versements au profit de personnes dans des pays à fiscalité privilégiée (CGI, art. 238 A) », *J.-Cl. (Droit international)*, Fasc. 305-50, nov. 1998, 11 p.
- « Impôt sur les sociétés. Transferts d'actifs hors de France », *J.-Cl. (Droit international)*, Fasc. 305-60, mai 1998, 6 p.
- « Impôt sur les sociétés. Distributions à l'étranger de sociétés françaises et distributions de sociétés étrangères exerçant une activité en France », *J.-Cl. (Droit international)*, Fasc. 305-75, nov. 1998 (avec une mise à jour au 1^{er} juillet 2000), 7 p.

DEROUIN (P.),

- « Transparence fiscale des sociétés de personnes et conventions fiscales internationales. Note sous CÉ, 13 oct. 1999, rec. n° 191 191, SA Diebold Courtagage », *Bull. Joly*, 2000, n° 1, p. 64-65.
- « La transparence fiscale des sociétés de personnes ou faut-il dissuader les étrangers à participer à des sociétés de personnes françaises ? », *Dr. fisc.*, 2012, n° 4, Com. 48.
- « Différence de traitement fiscal résultant des conventions de double imposition entre Etats membres de l'Union européenne-Clause de la nation la plus favorisée (NPF) ou chalandage fiscal (Treaty Shopping) », *Dr. Fisc.*, n°30, juillet 2005, p 29.
- « Combinaison des conventions internationales – De l'indemnistaion des emprunts russes aux situations fiscales triangulaires ou multipolaires », *Dr. Fisc.*, n°30, juillet 2005, p 29.
- « Transparence ou résidence fiscale des sociétés de personnes françaises ? L'associé non-résident d'une société de personnes française exerçant son activité en France est imposable à raison de sa quote part de résultats sociaux sans qu'y fasse obstacle les clauses d'une convention fiscale modèle OCDE », *Dr. Fisc.*, n°36, 8 septembre 2011, Com. 496.

DESMORIEUX (E.), « La France pourrait devenir le pays privilégié pour l'implantation des centrales de trésorerie des groupes de sociétés », *Les Petites Affiches*, 1^{er} févr. 1999.

DIBOUT (P.),

- « Un hybride atypique : la filiale française d'Établissement stable de sa société mère étrangère (deuxième partie) », *Dr Fisc.*, 2004 n°48, p. 16-17.
- « Un hybride atypique : la filiale française d'Établissement stable de sa société mère étrangère (première partie) », *Dr Fisc.*, 2004, n° 47, p. 1663 et s.
- « L'article 209 B et les conventions fiscales internationales. Note sous CAA, Plén., 30 janv. 2001, n° 96-1408, SA Schneider », *Dr. fisc.*, 2001, n° 10, comm. 207.
- « La fiscalité à l'épreuve de la liberté de circulation des capitaux (A propos de l'arrêt CJCE, 6 juin 2000, aff. C-35/98, Verkooijen) », *Dr. fisc.*, 2000, n° 42, p. 1365-1372.
- « Liberté d'établissement, conventions fiscales et entreprises multinationales », *Dr. fisc.*, 2000, n° 11, p. 474-482.
- « Territorialité de l'impôt, répression de l'évasion fiscale et liberté d'établissement dans la CE. A propos de l'arrêt "IC" (CJCE, 16 juill. 1998, aff. C-264/96) », *Dr. fisc.*, 1998, n° 48, p. 1475-1483.
- « La compatibilité de l'article 209 B du CGI avec les conventions fiscales internationales en question, Réflexions à propos d'une contrariété de jurisprudence », *Dr. fisc.*, 1997, n° 18, p. 600-660.
- « L'extension des prérogatives de l'administration fiscale dans le contrôle des opérations internationales. (L. 12.avr.1996 portant DDOEF, art 39 et 40) », *Dr. fisc.*, 1996, n° 18-19, p. 651-658.
- « Rupture d'égalité ou rétroactivité de la loi fiscale. L'article 209 B réformé de CGI entre Charybde et Scylla », *Dr. fisc.*, 1994, n° 11, p. 473-482.
- « La directive communautaire du 23 juillet 1990 relative au régime fiscal commun applicable aux sociétés mères et filiales d'Etats membres différentes », *Dr. fisc.*, 1991, n°11, p. 477-482.
- « L'article 209 B du CGI est-il compatible avec les conventions fiscales internationales et le droit communautaire », *Dr. fisc.*, 1990, n° 43, p. 1485-1491.
- « La relativité du territoire fiscal de la France », *Dr. fisc.*, 1985, n° 17-18, p. 628-635.
- « Conventions relatives aux doubles impositions. Impôts visés », *J.-Cl. (Droit international)*, Fasc. 353-D, mai 1986 (mis à jour au 1^{er} juill. 2000), 20 p.
- « Conventions. Impôts sur les revenus. Bénéfices industriels et commerciaux », *J.-Cl. (Droit international)*, Fasc. 354-B, mai 1986 (mis à jour au 1^{er} janv. 2000), 23 p.

- « Conventions. Assistance fiscale internationale », », *J.-Cl. (Droit international)*, Fasc. 358, mai 1984 (mis à jour en nov. 1994), 22 p.
- « Répression des abus de droit en matière fiscale et principe de fraude à la loi A propos de l'Arrêt du Conseil D'Etat du 27 septembre 2006 société Janfin », *La Semaine Juridique entreprise et affaires*, 2006, n° 50, n°2820.
- « La portée fiscale des libertés fondamentales de circulation (personnes, services, capitaux) », *La Gazette du Palais*, 18 décembre 2003, n°352, p.18
- « Bénéficiaire Effectif : l'approche française », *Fiscalité et entreprise : politiques et pratiques. Mélanges en l'honneur de Jean-Pierre Le Gall*, Dalloz, 2007, p. 49-59.

DJUVARA (M.), « Le fondement de l'ordre juridique positif en droit international », *RCADI*, 1938, t. 64, p. 479-625.

DOUVIER (P.-J.),

- « Résidence de l'entreprise : établissement stable et la résidence des sociétés dans l'Union européenne », *Les Petites Affiches*, 15 mai 2002, n° 97, p. 30-33.
- « Limites à l'usage des régimes à fiscalité privilégiée par les entreprises multinationales », Rapport pour la France, IFA, *CDFI*, 2001, vol. 86b, p. 495-517.
- « Une nouvelle bataille économique : les prix de transfert (les principes directeurs de juillet 1995) », *BF Lefebvre*, 12/1995, p. 666 et s.
- « La globalisation des économies : politique des prix de transfert et problème de l'établissement stable », *DPCI*, n° 2, 1994, p. 346-370.
- « L'internationalisation des affaires et la répartition de l'assiette imposable : la notion d'établissement stable », *BF Lefebvre*, 12/1993, p. 745-758.
- « Imposition à la source dans les relations transfrontalières : notion de bénéficiaire effectif et de résident », *BF Lefebvre*, 8-9/92, p. 529 et s.
- « L'article 209 B du CGI et ses limites d'application », *BF Lefebvre*, 10/91, p. 622-628.

DOUVIER (P.-J.), AGULHON (V.), « Réflexions sur l'intégration fiscale et les sociétés étrangères », *DPCI*, 1996, n° 1, p. 141-150.

DOUVIER (P.-J.), SCHAFFNER (J.), « Siège de direction effective des personnes morales soumises à l'Impôt sur les sociétés (IS) au regard du droit fiscal international », *DPCI*, 1993, n° 3, p. 506-516.

DUSSER (B.), « Exonération de retenue à la source sur dividendes de source française et remboursement de l'avoir fiscal : Conformité de l'article 119 ter 2 du CGI à la directive "mère-filiale" ? », *Bulletin européen et international*, 1^{er} juillet 2000, n° 4, p. 2-5.

- EINAUDI, « Coopération internationale en matière fiscale », *RCADI*, 1928, t. 25, p. 1-123.
- ELLIS (M. J.), « Les agréments préalables », Rapport général, IFA, *CDFI*, 1999, vol. 84b, p. 53-90.
- D'ESTOILE CAMPI (C.), ROSNET (A.), « Directive mère-fille : interdiction des mesures d'effet équivalent à une retenue à la source, la CJCE persiste et signe », *Dr. fisc.*, 2002, n° 9, p. 393-404.
- FAVERIE (T. E. DE LA), VIGNAUD (F.), « Changement de nationalité d'une société de droit étranger en société de droit français : aspects pratiques d'une réalisation concrète », *Les Petites Affiches*, 13 mai 2009, n°95, p. 4.
- FEYDEAU (H. DE), « Obstacles fiscaux aux mouvements de capitaux entre une société-mère et ses filiales étrangères », rapport pour la France, IFA, *CDFI*, 1984, vol. 69a, p. 339-356.
- FONTANEAU (P.), « Les conséquences des déficits subis dans un pays pour une entreprise ou des entreprises associées ayant des activités internationales sur l'imposition des bénéficiaires dans d'autres pays », rapport pour la France, IFA, *CDFI*, 1979, vol. 64b, p. 275-289.
- FOUCAULT (J.-P.),
- « Conventions. Définitions générales. Définitions du domicile ou de la résidence », *J.-Cl. (Droit international)*, Fasc. 353 A et B, nov. 1993 (mis à jour 1^{er} juill. 2000), 19 p.
 - « Conventions. Définition de l'établissement stable », *J.-Cl. (Droit international)*, Fasc. 353-C, nov. 1993 (mis à jour 1^{er} janv. 2000), 20 p.
- FOUQUET (O.),
- « Sociétés étrangères transparentes et droit fiscal français », *Revue administrative*, 1^{er} mai 2000, n° 315, p. 264-265.
 - « Fraude à la loi et abus de droit », *Dr.fisc.*, n° 47 novembre 2006, n° 65
 - « Un contrat de *treaty shopping* qualifié de fraude à la convention fiscal franco-britannique », *Dr.fisc.*, n° 4, 25 janvier 2007, com. 87
- FOUQUET (O.), VULPILLIERES (de J. F.), GIVRE (de. Y.), LIEB (J. P.), CHARPENTIER (C.), GOUTHIERE (B.), « Débat autour de l'abus de droit », *Dr.fisc.*, n° 47, 22 novembre 2007, n° 979.
- GANGEMI (B.), « L'échange d'informations dans le cadre de l'assistance administrative internationale », rapport général, IFA, *CDFI*, 1990, vol. 75b, p. 57-98.
- GASTAUD (J.-P.), « Le pouvoir des Etats et la concurrence fiscale déloyale », *Revue internationale de droit économique*, 01/10/1999, n° 3, p. 341-349.

GELIN (S.), LÉBOULANGER (A.), « Établissement stable et prix de transfert : deux faces d'un même miroir ? », *Bulletin Fiscal*, 10/2004, p. 8.

GELIN (S.), GUTMANN (D.), « Notion d'Établissement stable », *Feuille rapide* 18/2010, p. 5-8.

GERBINO (E.), « Sous-capitalisation, dissimulation de capital et recherche de l'intérêt général : nationalisation ou internationalisation ? », *Bull. Joly*, 2001, n° 12, p. 1191-1236.

GEST (G.),

- « La fiscalité internationale des sociétés de personnes françaises. Entre personnalité morale et transparence », *RFC*, sept. 1995, n° 270, p. 52-59.
- « Les associés non-résidents des sociétés de personnes françaises peuvent-ils se prévaloir des conventions fiscales internationales ? », *RFC*, juillet-août 1993, p. 68 à 70.
- « Le nouveau crédit d'impôt étranger: une réforme en trompe-l'œil ? », *RFC*, juin 1993, n° 246, p. 52-58.
- « L'affaire des crédits d'impôt brésiliens, ou les limites de l'interprétation littérale des conventions », *Dr.fisc.*, n°50, 14 décembre 2006, com. 69.

GEST (G.) *et alii*, « Les sanctions fiscales », *RF*, fin. publ. 1999, n° 65, p. 1-133.

GIBERT (B.), « L'avenir du réseau conventionnel dans l'Union européenne », *Les Petites Affiches*, 15 mai 2002, n° 97, p. 10-16.

GINTER (E.), « Statut fiscal d'un établissement stable de société étrangère », *Bulletin Joly Sociétés*, 1^{er} décembre 2002, p. 1285

GOGUEL (F.), « Assistance fiscale internationale et droits de la défense », *JCP éd. E.*, 1993, I, n° 228.

GOLDSMITH (J.-C.), « Évasion fiscale / fraude fiscale », Rapport pour la France, IFA, *CDFI*, 1983, vol. 68b, p. 373-400.

GOULARD (G.),

- « Territorialité de l'impôt sur les sociétés et plateau continental. Concl. sur CÉ, 9^e et 8^e sous-sect., 16 déc. 1998, rec. n° 156 535, SA Services Pétroliers Schlumberger », *Dr. fisc.*, 1999, n° 24, comm. 484 ; *BDCF*, 1999, n° 2, p. 11-13.
- « Déductibilité des avantages financiers consentis à des filiales étrangères », *RJF*, 1994, n°4, p. 207 et s.
- « L'abus de droit a la lumière du droit communautaire – A propos de l'arrêt CE. 18 mai 2005 SA Sagal », *Dr. fisc.*, novembre 2005, n° 44, com. 39

GOUTHIERE (B.),

- « Les agréments préalables », Rapport pour la France, IFA, *CDFI*, 1999, vol. 84b, p. 357-379.
- « L'imposition des associés non-résidents des sociétés de personnes », *BF Lefebvre*, 8-9/97
- « Fiscalité internationale : Les solutions proposées par le nouveau Modèle OCDE », *BF Lefebvre*, 2/93,
- *Étude 21 les intérêts-Les impôts dans les affaires internationales*, 6^e édition, p. 631-658
- « Fiscalité internationale des sociétés de personnes : où en est-on ? », *BF Lefebvre*, 7/03
- « Trois questions relatives au principe de non-discrimination », *BF Lefebvre*, 6/93

GRACIA (J.C.), « Loi nationale non applicable : absence d'analyse d'office par le juge de la situation du contribuable au regard d'une convention fiscale », *Dr.fisc.*, n° 43, 25 octobre 2007, n° 937.

GUILLAUME (M.), « Fiscalité et compétitivité internationale des entreprises », *Revue d'économie politique*, 1968, p. 265 et s.

GUTMANN (D.),

- « L'article 209 B du CGI : le début ou la fin ? Note nous CAA Paris, SA Schneider, n° 96-1408, 30 janvier 2002, *Droit 21*, 5 mars 2001.
- « Optimisation fiscale et choix de la bonne clause contractuelle », *La Semaine Juridique entreprise et affaires*, n° 1, janvier 2001, p. 24
- « L'impact des conventions fiscales conclues avec les pays tiers à l'UE sur les conventions fiscales conclues avec les Etats Membres – Quelques réflexions sur l'enjeu de l'Arrêt D », *Bulletin Fiscal*, 4/2006, p. 5.
- « La filiale commissionnaire un établissement stable? », *Écrits de fiscalité des entreprises : Étude à la mémoire du Professeur Maurice Cozian*, Litec, 2009, p. 536-552

HAMONIC-GAUX (A.-G.),

- « Les avantages des sociétés de personnes en droit fiscal international », *Les Nouvelles fiscales*, n° 849, 01/06/2001, p. 22-25.
- « L'incompatibilité de l'article 209 B du CGI avec la convention fiscale franco-suisse (Note sous TA Strasbourg ; 12 déc. 1996, n° 91-58, Strafor facom) », *Dr. fisc.*, 1997, n° 7, comm. 168.

HELMAN (I.), MICHAUD (P.), « L'échange d'informations dans le cadre de l'assistance administrative internationale », rapport pour la France, IFA, *CDFI*, 1990, vol. 75b, p. 339-355.

HERVOUET (C.), « Quelle définition du siège de direction effective d'une société au sens des conventions bilatérales ? Conclusion sous CAA Nantes 11 juin 2008 Sa Holding Ana Holding », *BDCF*, December 2007, n° 144, p. 13-20.

HOVASSE (H.), « Apport cession d'un fonds de commerce analyse en un abus de droit », *La Semaine Juridique entreprise et affaires*, 2007, n° 22 du 31 mai 2007, n° 1698.

JACQUOT (N.), « La réaction des Etats face à l'optimisation fiscale », *Les Petites Affiches*, 15 mai 2002, n° 97, p. 20-23.

JAZANI (M.), « Lutte contre l'évasion fiscale internationale. Le nouvel article 123 bis du CGI est-il compatible avec le droit communautaire ? », *BF Lefebvre*, 1999, n° 8-9, p. 511-518.

JAZOTTES (G.),

- « Le transfert de siège : statu quo ou revirement ? », *Bulletin Joly Sociétés*, 1^{er} octobre 2008, n° 10, p. 828.
- « Commentaire de l'arrêt Cartezio », *RTD com*, 2009, p. 227.

JUCH (D.), « Les mesures unilatérales d'éviter la double imposition », Rapport général, IFA, *CDFI*, 1981, vol. 66b., p. 47-80.

KERGOS (Y. DE), « Problèmes pratiques d'application des conventions de double imposition », Rapport pour la France, IFA, *CDFI*, 1998, vol. 83b, p. 349-371.

KIMMERLIN (D.), « Notion d'établissement stable. Concl. sur CAA Paris, 2^e ch. B, 10 nov. 1998, req. n°95-1188, Sté France Touristik Service », *Dr. fisc.*, 1999, n° 25, comm. 503.

KOPELMANAS (L.), « L'application du droit national aux sociétés multinationales », *RCADI*, 1976, t. 150, p. 295-336.

KRUGER (H.),

- « Fiscalité de l'épargne et principe communautaire de libre circulation des capitaux ; la législation devra évoluer », *Les Petites Affiches*, 19/02/01, n° 35, p. 6-18.
- « L'application du dispositif "anti sous-capitalisation" de l'article 212 du CGI aux filiales françaises de sociétés étrangères : une position contestable », *Dr. fisc.*, 1999, n° 44, p. 1353-1359.

LACHAIZE (H.), « La notion d'établissement stable à l'épreuve des nouvelles technologies », *Nouvelles fiscales*, 2000, n° 837, p. 22-25.

LAMBERT (T.),

- « Marché intérieur et évasion fiscale », *Les Petites Affiches*, 15 mai 2002, n° 97, p. 34-40.
- « Un aspect méconnu du contrôle fiscal : l'assistance fiscale internationale », *BF Lefebvre*, 4/00, étude, p. 215-220.

LAMULLE (T.),

- « Les rapports entre l'article 57 du CGI, l'acte anormal de gestion et l'article 9 de la convention Modèle OCDE », *Dr. fisc.*, 1994, n° 40, comm. 1703.
- « L'imposition en France (IS et IFA) de sociétés étrangères membres d'une société en participation française », *Dr. fisc.*, 1991, n° 31, comm. 1588.
- « La primauté des conventions fiscales internationales sur les lois internes postérieures (CGI, art. 990 D) », *Dr. fisc.*, 1991, n° 15, comm. 806.
- « La notion d'avantage anormal en matière de prêts et avances sans intérêts entre société mère et filiale (CGI, art. 57) », *Dr. fisc.* 1989, n° 19, comm. 945.
- « La notion d'avantage anormal en matière de prestations de services entre société mère et société filiale (CGI, art. 57) », *Dr. fisc.*, 1989, n° 7, comm. 241.
- « La remontée des pertes et charges d'une succursale étrangère dans les résultats d'une entreprise », *Dr. fisc.*, 1988, n° 42, comm. 1920.

LAULE (G.), « Les conséquences des déficits subis dans un pays pour une entreprise ou des entreprises associées ayant des activités internationales sur l'imposition des bénéficiaires dans d'autres pays », Rapport général, IFA, *CDFI*, 1979, vol. 64b, p. 43-70.

LAYER (F.), « La jurisprudence de la CJCE en matière de non-discrimination et les règles de fiscalité directe », *Les Petites Affiches*, 2001, n° 238, p. 12-23.

LEBRAS (W.), « Le transfert de siège social des sociétés étrangères en France », *Bulletin des sociétés*, 1983, p. 795-804.

LE GALL (J.-P.),

- « Du bon ou du mauvais usage des quelques concepts juridiques par la fiscalité française », *JCP éd N.*, 2001, n° 30, p. 1278.
- « Fiscalité internationale des sociétés de personnes. L'arrêt Diebold : un incident ou un cataclysme ? », *Dr. fisc.*, 2000, n° 15, p. 621-627.
- « Internet : cyber-fiscalité ou cyber-paradis fiscal », *JCP éd. E.*, 1998, p. 164-169; *RDAI*, 1998, n° 3, p. 357-371.
- « Régime fiscal international des sociétés de personnes en matière d'impôt sur le revenu », Rapport général, IFA, *CDFI*, 1995, vol. 80a, p. 595-654.

- « Les instruments hybrides en droit fiscal », *La Gaz. Pal.*, 1991, 30 et 31 oct. 1991, p. 10-11.
- « Essai sur le traitement fiscal des sociétés de personnes dans l'ordre international », *RDAI*, 1988, n° 2, p. 213 et s.
- « Le traitement de l'interposition de personnes en fiscalité internationale : les articles 155 A et 990 D du CGI », *JCP éd. E*, 1987, n° 14922, p. 229-242.
- « L'article 155 A du Code Général des Impôts », *RDAI*, 1986, n° 5, p. 495-505.

LEGENDRE (X.), MADEC (G.), « Comment l'administration lutte contre l'évasion fiscale internationale là où il n'y en a pas, quelques réflexions sur l'application ou la non-application de l'article 209-B ; Article 20 I de la Loi de finances rectificative pour 1990 ; Article 107 de la Loi de finances pour 1993 ; Instruction 4H-9-92 du 6 mars 1992 », *Les Petites Affiches*, 05/01/2000, n° 3, p. 4-7.

LEGENTIL (P.), « Projet Beps : faire échec aux stratégies de contournement de la qualification d'établissement stable ». *Feuillet Rapide 27/2016*, Edition Lefebvre

LEGER (P.), GINTER (E.), COMOLET-TIRMAN (C.), VALLEE (L.), AUJEAN (M), Libertés communautaires et abus de droit», *Dr. fisc.*, 22 novembre 2007, n° 47, com. 978.

LEHÉRISSSEL (H.), « Forme et substance en droit fiscal », Rapport pour la France, IFA, *CDFI*, 2002, vol. 87a, p. 263-286.

LEHR (E.),

- « Des bases légitimes des impôts en droit international », *RDILC*, Brussels, 2^e série, t. V, 1903, p. 547 et s.
- « Des doubles impositions en droit international, de leur cause et de leurs remèdes », *JDIP*, Paris, 1901, t. 28, p. 722 et s.

LE MENTEC (F.), « Abus de convention fiscale et fraude à la loi à propos de l'arrêt du conseil d'Etat du 29 décembre 2006, Bank of Scotland », *La Semaine Juridique entreprise et affaires*, 22 mars 2007, n° 12 com. 1399.

L'ESTOILE-CAMPI DE (A.), SAIAC (J), « Les limited partnerships : pour la fin de l'exception française », *Bulletin Fiscal*, 2/05.

LIEBERT-CHAMPAGNE (M.), « Subventions entre entreprises et acte anormal de gestion », *RJF*, 1986, n° 12, p. 635 et s.

LIENARD (A.-R.), « Résistances à l'impôt et coopération internationale », *RF fin. publ.*, 1984, n° 5, p. 113 et s.

LONG (J.-M.), « France : avantages liés à l'exportation ; de la prospection à l'implantation à l'étranger », *Cahiers juridiques et fiscaux de l'exportation*, 1994, n° 3, p. 481-529.

LUBY (M.), « Libre établissement des sociétés et fiscalité directe : un bilan contrasté », *Europe*, 2002, n° 1, p. 5-9.

LUDWIG (R.), « L'assistance internationale au recouvrement de l'impôt », *Revue du Trésor*, 1975, n° 10, p. 5 et s., n° 11, p. 15 et s. et n° 12, p. 19 et s.

MALHERBE (J.), « Conventions bilatérales et droit européen », *RTD européen* 1995 p 245

MARTIN (P.), « Notion de pays à fiscalité privilégiée et ses conséquences », *Fiscalité internationale, t. II*, Éd. de fiscalité et de gestion, 1989, p. 13-46.

MARTIN (P.), DIBOUT (P.), GAUTHIER (J.-L.), « La frontière entre abus de droit et optimisation s'est-elle déplacée ? », *Dr. fisc.*, 22 novembre 2007, n° 977.

MARTINEZ (J.-C.), « Théorie générale des conventions fiscales », *J.-Cl. (Droit international)*, Fasc. 350, nov. 1984 (mis à jour en novembre 1994), 28 p.

MAUBLANC (J.-P.),

- « Une société étrangère qui se borne à mettre un immeuble à la disposition gratuite d'un associé est-elle passible de l'impôt sur les sociétés ? Note sous TA Nice, 5 avr. 2001, n° 97-1014, Société De Bacquer Immobilier », *Les Petites Affiches*, 2002, n° 35, p. 15-19.
- « « Fiscalité directe des sociétés. Extension du droit communautaire au droit conventionnel et aux situations internes », *Revue du Marché Commun et de l'Union européenne*, mars 2000, n° 436, p. 173-178.

MEIER (E.), BOUTEMY (B.), « Conventions fiscales au sein de l'Union européenne ou l'histoire d'une passation de pouvoir ? », *Bulletin Fiscal*, 1/2005, p.1-10.

MEIER (E.), PERROT (T.), « Les aides d'Etats comme instruments de lutte contre la concurrence fiscale dommageable : la pierre philosophale », *Dr. fisc.*, 2002, n° 3, p. 136-149.

MEIER (E.), TORLET (R.), « Requalification d'un contrat constitutif d'une fraude à la convention fiscale franco-britannique », *JCP éd E*, n° 18 2007. com. 1590.

MENJUCQ (M.),

- « Liberté d'établissement et fraude en droit communautaire », *D.*, 1999, jur., p. 550 et s.
- « Transfert international de siège social : état du droit positif », *JCP éd. E*, 1999, n° 41, p. 1617-1619
- « La circulation internationale des sociétés », *Les Petites Affiches*, 4 mai 2001, n° 89, p. 33.

MELOT (N.), LE MENTEC (F.), « Les conflits d'attribution des revenus à une personne », *Dr. fisc.*, 6/2008, p.38-47.

MELOT (N.), BUCHET (M.), « Abus de droit : les arrêts Bank of Scotland et Abbey National Treasury services à la lumière des écrits de Patrick Dibout », *Dr. fisc.*, n° 24, 13 juin 2013, Com. 328., p.38-47.

MICHEL (J.),

- « Les conventions fiscales franco-américaines », *JDI*, 1950, p. 422 et s., et 1951, p. 66 et s.
- « Les conventions fiscales conclues depuis 1939 par la France », *CDFI*, 1946, vol. 3, p. 22-41.

MIGNON (E.), « Fiscalité internationale des sociétés de personnes : la transparence n'est pas le vide », *RJF*, 12/99, p. 931-937.

MILHAC (E.), THILL (J.-S.), « Les sociétés de personnes dans le cadre franco-américain. L'exception française », *BF Lefebvre*, 7/99, n° 7, p. 415-421.

MOLINIER (J.), « Les conventions fiscales internationales et le droit communautaire », *RF fin. publ.*, 1994, n° 48, p. 233-241.

MONTAGNIER (G.), « Le contentieux du recouvrement en France des impôts étrangers », *Dr. Prat. Com. Int.*, 185/2, p. 331 et s.

MORTELECQ (D.), « Les dispositions de l'article 209 B du CGI sont-elles contraires aux stipulations de la convention franco-suisse ? Concl. sur CAA Paris, Plén. 30 janv. 2001, n° 96-1408, SA Schneider », *BDCF*, 4/01, n° 52, p. 23-27 ; *Dr. fisc.*, 2001, n° 10, comm. 207.

MOUTHON (E.), « Transparence fiscale et cession de participations ; approche comparative en droit fiscal français et américain », *DPCI*, 1996, n° 1, p. 81-102.

NIBOYET (J.-P.), « Les doubles impositions du point de vue juridique », *RCADI*, 1930, t. 31, p. 5-105.

NOUEL (C.),

- « Toutes les distributions de dividendes ouvrent-elles droit à l'avoir fiscal ? Commentaire de l'instruction du 14 décembre 2001 », *Bull. Joly*, 2002, n° 2, p. 299-303.
- « Avantage anormal et retenue à la source, note sous CÉ, 13 oct. 1999, rec. n° 190 083, SA Banque française de l'Orient », *Bull. Joly*, 2000, n° 1, p. 52-54.

ORSINI (G.), « La coopération des administrations fiscales », *Les Petites Affiches*, 15 mai 2002, n° 97, p. 50-53.

PANDO (I.), « Convention fiscale : le Conseil d'Etat écarte l'application de la clause balai aux revenus issus de sociétés de personnes », *Les Petites Affiches*, 2 novembre 2009, n° 218, p. 3.

PARLEANI (G.), « L'arrêt Cartesio ou l'ingénieuse incitation à la migration intra-communautaire des sociétés », *Revue des sociétés*, 2009, p. 147.

PENNERA (C.), « Les sociétés relais et l'évasion fiscale internationale », *JCP (C.I.)*, 1974, p. 141 et s.

PEREIRA DE REZENDE (C.), « La non-reconnaissance des personnes juridiques en matière fiscale », Rapport général, IFA, *CDFI*, 1989, vol. 74a, p. 41-66.

PHILLIMORE, « Droits et devoirs fondamentaux des Etats », *RCADI*, 1927, t. 1, p. 29-71.

PIERRE (J.-L.),

- « Le recouvrement des créances fiscales étrangères en France et de créances fiscales françaises à l'étranger », *Procédures*, 2000, n° 6, chron. 7, p. 3-7.
- « Contrôle fiscal et redressement, transactions internationales entre entreprises apparentées », *Procédures*, 2000, n° 2, p. 21.
- « Droit de visite et de saisie de l'administration fiscale », *Procédures*, 1999, n° 7, p. 17-18.
- « Transactions internationales entre entreprises apparentées », *Procédures*, 1999, n° 2, p. 25-16.
- « Qualification d'établissement stable pour une société française commissionnaire d'une société étrangère », *Semaine juridique*, 6/2007, com. 125.

PILTZ (D. J.), « Aspect internationaux de la sous-capitalisation », Rapport général, IFA, *CDFI*, 1996, vol. 81b, p. 83-140.

PLAGNET (B.),

- « Les relations fiscales entre sociétés sœurs ; l'intérêt du groupe existe-t-il en droit fiscal ? », *ANSA*, janv.-févr. 1997, n° 2876.
- « Abus des traités », *J.-Cl. (Droit international)*, Fasc. 350-A, mai 1987 (mis à jour en novembre 1990), 8 p.
- « Procédure amiable », *J.-Cl. (Droit international)*, Fasc. 350-B, mai 1987 (mis à jour au 1^{er} janv. 2000), 8 p.
- « Procédés techniques de suppression des doubles impositions », *J.-Cl. (Droit international)*, Fasc. 352, févr. 1982 (mis à jour au 1^{er} juill. 2000), 8 p.
- « Conventions. Impôt sur les revenus. Revenus de capitaux mobiliers. Intérêts », *J.-Cl. (Droit international)*, Fasc. 354-F, mai 1988 (mis à jour au 1^{er} juill. 2000), 16 p.

- « Conventions. Impôt sur les revenus. Revenus de capitaux mobiliers. Dividendes », *J.-Cl. (Droit international)*, Fasc. 354-G, mai 1988 (mis à jour au 1^{er} juill. 2000), 16 p.
- « Conventions. Impôt sur les revenus. Revenus de capitaux mobiliers. Dividendes. Retenue à la source », *J.-Cl. (Droit international)*, Fasc. 354-G bis, nov. 1991 (mis à jour au 1^{er} janv. 2000), 8 p.
- « Conventions. Impôt sur les revenus. Revenus de droits sociaux dans les sociétés de personnes », *J.-Cl. (Droit international)*, Fasc. 354-H, févr. 1982 (mis à jour au 1^{er} juill. 2000), 5 p.
- « Conventions. Clauses de non-discrimination », *J.-Cl. (Droit international)*, Fasc. 359-2 bis, nov. 1984 (mis à jour au 1^{er} juill. 2000), 8 p.

POLITIS (N.-S.), « Le problème des limitations de la souveraineté et la théorie de l'abus des droits dans les rapports internationaux. », *RCADI*, 1925, t. 6, p. 1-121.

RAAD (K. VAN), « Reconnaissance de la personnalité fiscale des entreprises étrangères », *Rapport général*, IFA, *CDFI*, 1988, vol. 73a, p. 67-112.

RAINGEARD (E.),

- « Les décisions individuelles à la lumière des aides d'État : coup de projecteur sur un risque méconnu », *Dr. Fiscal*, n° 27, 2 Juillet 2015, Com. 452.
- « Vers une lutte contre le « planning » fiscal dommageable ? », *Dr. fiscal* n° 25, 20 Juin 2013, Com. 333.
- « L'échange des rescrits et des accords préalables en matière de prix de transfert : bientôt une réalité dans l'UE ? », *Dr. fiscal* n° 22, 28 Mai 2015, Com. 326.
- « Allocution d'ouverture », *Dr. Fiscal* n° 25, 20 Juin 2013, Com. 330.
- « Droit de l'Union européenne et sécurité fiscale : garant ou « trouble-fête » ? » *Dr. Fiscal*, n° 18-19, 2 Mai 2013, Com. 272.
- « Vers une lutte contre le « planning » fiscal dommageable ? », *Dr. Fiscal*, n° 25, 20 Juin 2013, Com. 333.

REEB-BLANHUET (S.), « Distribution de dividendes : incidence de la fraude dans la définition du bénéficiaire effectif. Note sous la décision Bank of Scotland », *Bulletin Joly sociétés*, 1^{er} mai 2007, n° 5, p. 592.

RIVIER (J.-M.), « La résidence fiscale des sociétés », *Rapport général*, IFA, *CDFI*, 1987, vol. 72a, p. 15-46.

- ROUMELIAN (O), « Quand Tahiti n'est pas le paradis... fiscal (à propos de l'arrêt du Conseil d'Etat des 5 février 2001 et 30 décembre 2002) », *Les Petites Affiches*, 25 juin 2003, n° 126, p. 9.
- RUIZ FABRI (H.), « Le règlement des différends au sein de l'O.M.C. : naissance d'une juridiction, consolidation d'un droit », in *Souveraineté et marchés internationaux à la fin du 20^e siècle, Mélanges en l'honneur de PH. KAHN*, Université de Bourgogne, 2000, v. 20, Litec, p. 303-334.
- SALOME (H.), DANON (R.), « La non-discrimination d'établissements stables de sociétés étrangères dans les relations triangulaires. Analyse de l'arrêt Saint-Gobain et de la clause de non-discrimination des CDI suisses », Sonderdruck aus dem *Archiv für Schweizerisches Abgaberecht*, n° 8, February 2002, p. 461-487.
- SALVIOLI (G.), « La règle de droit international », *RCADI*, 1948, t. 73, p. 373-403.
- SELIGMAN (E. R. A.), « La double imposition et la coopération fiscale internationale », *RCADI*, 1927, t. 20, p. 459-603.
- SERANDOUR (Y.), « L'abus de droit selon la CJCE – à propos de l'arrêt Halifax (CJCE, 21 février 2006 aff. C-255/02) », *Dr. fisc.*, avril 2006, n° 16, com. 16.
- SERLOOTEN (P.), « Brèves réflexions sur l'utilité actuelle du régime de transparence fiscale des sociétés de personnes », *JCP éd. E*, 1999, n° 38, p. 1477-1479.
- STERN (B.), « Quelques observations sur les règles internationales relatives à l'application extraterritoriale du droit », *Annuaire français de droit international*, 1986, p. 7 et s.
- STRISOWER (L.), « L'extraterritorialité et ses principales applications », *RCADI*, 1923, t. 1, p. 229-287.
- SYLVESTRE (S.), « Transparence des sociétés de personnes et conventions fiscales internationales », note sous l'arrêt CE 8^e et 9^e ss-section réunies, 13 octobre 1999, n° 191191 Diebold courtage, *Bulletin Joly sociétés*, 1^{er} Janvier 2000, p. 54.
- TIMBART (A.), « Les mesures unilatérales d'éviter la double imposition », Rapport pour la France, IFA, *CDFI*, 1981, vol. 66b., p. 339-355.
- TIRARD (J.-M.), « La répression de l'évasion fiscale internationale », *RF compt.*, 2002, n° 342, p. 9 et s.
- TIXIER (G.), « L'évolution de la jurisprudence au regard de l'article 238 A du CGI », *Dr. fisc.*, 1994, n° 12, p. 529 et s.
- TIXIER (G.), HAMONIC-GAUX (A.-G.),
- « Convention fiscale et droit communautaire : la CJCE confirme la portée du principe du libre établissement », *D.*, 2000, jur., p. 457 et s.

- « L'article 57 du code général des impôts et la prise en charge par une société française des dépenses engagées dans l'intérêt exclusif d'une société mère étrangère », *D.*, 1999, jur., p. 64 et s.
- « La portée du principe de libre établissement. Note sous CJCE, 21 sept. 1999, aff. C-307/97, Cie de Saint-Gobain », *D.*, 2000, jur., p. 457-465.
- « Portée du droit de communication de l'Administration fiscale et compatibilité des arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme et des arrêts du Conseil d'Etat », *D.*, 1998, jur., p. 159 et s.
- « Le traitement fiscal des associés non-résidents d'une société de personnes », *D.*, 1997, jur., p. 490 et s.

TONNEL (M.), « L'off-shore », *RF fin. publ.*, 2000, n° 72, p. 95-121.

TOURNIÉ (G.), « Impôt sur le revenu. Prévention de l'évasion fiscale internationale. Participations dans des entités étrangères soumises à un régime fiscal privilégié (CGI, art. 123 bis), *J.-Cl. (Droit international)*, Fasc. 304-55, 1^{er} juillet 2000, 16 p.

TOUSSAINT (P.), BOURTOURAUULT (P.-Y.), « Régime fiscal international des sociétés de personnes en matière d'impôt sur le revenu », Rapport pour la France, IFA, *CDFI*, 1995, vol. 80a, p. 207-227.

TRAVERS (M.), « La nationalité des sociétés commerciales », *RCADI*, 1930, t. 33, p. 1-111.

TRIEPEL (H.), « Les rapports entre le droit interne et le droit international », *RCADI*, 1927, t. 1, p. 77-121.

TORRIONE (H.), « Application des conventions fiscales aux sociétés de personnes. Une approche systémique », *Droit fiscal international Suisse, Melange Walter Ryser*, 2005, p. 228-264.

TUROT (J.),

- « L'article 209 B est-il soluble dans le droit communautaire ? À propos de l'arrêt CJCE 16 juillet 1998, Imperial Chemical Industries (ICI) », *RJF*, 12/98, p. 940 et s.
- « Du rifici dans la jurisprudence sur les abandons de créances », *RJF*, 1/1992, p. 3 et s.
- « Retenue à la source sur les distributions effectuées par des sociétés françaises à des non-résidents », *RJF*, 3/1992, p. 186-192.
- « Le juge fiscal et les clauses de non-discrimination », *RJF*, 6/1990, p. 391-396.
- « Avantages consentis entre sociétés d'un groupe multinational », *RJF*, 5/1989, p. 263-271.

UCKMAR (V.), « Évasion fiscale / fraude fiscale », Rapport général, IFA, *CDFI*, 1983, vol. 68b, p. 55-98.

VERWILGHEN (M.), « Conflits de nationalités. Plurinationalité et apatridie », *RCADI*, 1999, t. 277, p. 9-484.

VOGEL (K.), « Obstacles fiscaux aux mouvements de capitaux entre une société-mère et ses filiales étrangères », Rapport général, IFA, *CDFI*, 1984, vol. 69a, p. 55-96.

VOGEL (K.), PROKISCH (R.), « Interprétation des conventions de double imposition », Rapport général, IFA, *CDFI*, 1993, vol. 78a., p. 87-122.

WAAL (A. DE),

- « Filialisation de succursale française par une société européenne : la loi de finances pour 2000 légalise une doctrine administrative contestable », *Semaine Juridique Éd. E*, n° 12, mars 2000, p. 502.
- « Traitement fiscal français des associés d'une "S-corporation" américaine possédant des immeubles situés en France », *Dr. fisc.*, 2001, n° 27, p. 1038-1041.
- « La situation fiscale d'une société française percevant des dividendes d'un limited liability company (LLC) américain », *Dr. fisc.*, 1999, n° 45, p. 1391-1396.
- « Premiers commentaires administratifs sur le traitement des sociétés de personnes dans la convention franco-américaine », *RDAI*, 1999, n° 6, p. 724-732.
- « La portée des articles 155 et 209 à la lumière de la jurisprudence française », *RDAI*, 1999, n° 2, p. 242-251.
- « L'imposition des sociétés françaises membres de limited partnerships anglo-saxons », *RDAI*, 1998, n° 4/5, p. 561-581.
- « De l'inégalité de traitement entre succursales et filiales », *RDAI*, 1997, n° 5, p. 631-652.
- « Le régime fiscal des aides consenties par une société française à sa filiale ou succursale étrangère », *RDAI.*, 1997, n° 4, p. 524-534.
- « Les non-résidents et le principe de non-discrimination », *RDAI*, 1997, n° 3, p. 391-411.
- « Droit fiscal international français : développements récents », *RDAI*, 1997, n° 1, p. 125-136.
- « Réflexions sur la théorie des abandons de créances », *Dr. fisc.*, 1996, n° 43, p. 1320 et s.
- « Le statut fiscal des associés non-résidents d'une société de personnes française et l'arrêt Comtoфина », *RDAI.*, 1996, n° 3, p. 407-416.

- « Situation fiscale d'une société française percevant des dividendes d'une limited liability LLC américaine », *RDAI.*, 1995, n° 7, p. 874-886.
- « Transparence, translucidité, théorie de la dette de l'impôt. Les différents visages de la société de personnes et leurs conséquences dans l'ordre fiscal international », *Dr. fisc.*, 1994, n° 45-46, p. 1624-1629.
- « Les conflits de qualifications et leur résolution en droit international français », *RDAI.*, 1994, n° 7, p. 889 et s.
- « La question de l'incompatibilité des articles 155 A et 209 B avec les conventions fiscales internationales », *RDAI.*, 1994, n° 5, p. 653-68.
- « De quelques décisions récentes éclairant le statut des sociétés de personnes dans l'ordre fiscal international », *RDAI.*, 1994, n° 3, p. 376-393.
- « L'article 209 B du CGI : mythe ou réalité ? », *Dr. fisc.*, 1991, n° 30, p. 1149 et s.

WARD (D.), « Accès aux bénéficiaires découlant des conventions fiscales », *Rapport de recherche. Groupe consultatif sur le régime canadien de fiscalité internationale*, septembre 2008, 51 pages

WILLIAMS (D. W.), « Problèmes pratiques d'application des conventions de double imposition », Rapport général, IFA, *CDFI*, 1998, vol. 83b, p. 59-104.

ZELLER (E.), « Qu'en est-il du principe de subsidiarité et du principe de non-aggravation en droit fiscal international français ? », *RDAI*, 2002, n° 1, p. 115-124.

ZICARDI (P.), « Les caractères de l'ordre juridique international », *RCADI*, 1958, III, p. 395 et s.

B/ DE LANGUE ANGLAISE

AARNIO (K.), « Treatment of permanent establishments and subsidiaries under EC law : toward a uniform concept of secondary establishment in European tax law? », *EC Tax Review*, 2006/1, p. 18-26.

ABRUTYN (M.), BISCHER (J.), « Transfer pricing in the absence of comparable market prices », Rapport pour les États-Unis, IFA, *CDFI*, 1992, vol. 77a., p. 657-684.

ADDA (M.), « Can a permanent establishment be a "legitimate heir" in a domestic tax consolidated regime », *European Taxation*, IBFD, December 2001, p. 238-244.

AIGNER (D.), AIGNER (M.), « Taxation of gains from alienation of a partnerships interest under the OECD model », IBFD, *Bulletin*, December 2001, p. 608-613.

AKEHURST (M.), « Jurisdiction in International Law », *BYIL*, 1972-3, p. 145-257.

ALMENDRAL (V.), « Tax avoidance and the European Court of Justice: what is at stake for European general anti-avoidance? », *Intertax*, December 2005, p. 562-583.

ALBRECHT,

- « The enforcement of taxation under International Law », *BYIL*, 1953, vol. 30.
- « The taxation of aliens under International Law », *BYIL*, 1952, vol. 29.

ANDERS (D.), « The limitation on benefit clause of the U.S.-German Tax Treaty and its compatibility with European Union Law », *Northwestern Journal of International Law and Business*, autumn 1997, vol. 18, n° 1, p. 165-216.

AMBROSI (M.), « Relevant Aspects of triangular situations: an additional perspective », *LLM Report*, Leiden University, August 1993.

AMICO (J.), « Tax treaty project raises treaty shopping question », *European Taxation*, IBFD, July 1989, p. 225-228.

ANDREONI (W.), « Cross border tax issues of pensions », *Intertax*, 2006, n° 5, p.245-254.

ANDRESEN (U.), « Commissionnaire agency permanent establishment structures », *International Transfer Pricing Journal*, IBFD, September/October 2010, p. 365-368.

ANDERSON (S.), « CFC rules and double tax treaties; the OECD and UN Model Conventions », *Jonkoping International Business School*, August 2006, 32 p.

ANDRUS (J. L.), TERR (L. B.), « International mutual assistance through exchange of information », Rapport pour les États-Unis, IFA, *CDFI*, 1990, vol. 75b, p. 311-325.

ANON, « International enforcement of tax claims », *Columbia Law Review*, 1950, vol. 50, p. 490 et s.

ARAMAYO (V.), « A common GAAR to protect the harmonized corporate tax base: more chaos in the labyrinth », *2016-25 EC Tax Review*, Issue 1, p. 4-17.

ARAMINI (F.),

- « Thin capitalization: issues of compatibility with EC law and the OECD Model Treaty », *European Taxation*, IBFD, 004, May/June, p. 127-132.
- « Triangular cases under OECD Model Convention and the European Court of Justice case law », *LLM report* (undated)

ARGINELLI (P.), « The discriminatory taxation of permanent establishments by the host state in the European Union: a too much separate entity approach », *Intertax*, 2007, n° 2, p. 82-116.

ARNOLD (J.),

- « Tax treaties and tax avoidance: the 2003 revisions to the commentary to the OECD Model », *Tax Treaty Monitor*, IBFD, June 2004, p. 244-260.

- « The interpretation of tax treaties myth and reality », *Tax Treaty Monitor*, IBFD, January 2010, p. 2-15.
- « Tax treaty news », *Tax Treaty Monitor*, IBFD, June 2010, p. 306-309.
- « An introduction to the 2010 update of the OECD tax treaty model convention », *Tax Treaty Monitor*, IBFD, January 2011, p. 3-4.
- « Tax treaty case law news », *Tax Treaty Monitor*, IBFD, July 2013, p. 344-347.
- « Tax treaty news », *Tax Treaty Monitor*, IBFD, March 2010, p. 134-137.
- « Tax treaty news », *Tax Treaty Monitor*, IBFD, June 2010, p. 306-308.
- « Tax treaty cas law news », *Tax Treaty Monitor*, IBFD, April/May 2012, p. 252-255.

ARNOLD (J.), SASSEVILLE (J.),

- « Summary of the proceedings of an invitational seminar of tax treaties in the 21st Century », *Tax Treaty Monitor*, IBFD, June 2002, p. 233-245.
- « Summary of the proceedings of an invitational seminar on the taxation of business profits under tax treaties », *Tax Treaty Monitor*, IBFD, May 2003, p. 187-207.
- « Source Rules for Taxing Business Profits under Tax Treaties », in: Brian J. Arnold, Jacques Sasseville and Eric M. Zolt, *The Taxation of Business Profits under Tax Treaties*, Toronto, Canadian Tax Foundation, 2003, p. 109-131.

ARRUDA MADEIRA (E.), « Exploring the boundaries of the application of article 10(5) of the OECD Model », *Intertax*, 2007 n° 8/9, p. 473-479.

ARRUDA MADEIRA (E.), CASSIANO NEVES (T.), « Extraterritorial taxation and the application of article 10(5) of the OECD Model », Final paper for international tax center of Leiden, *LLM program*, August 2006.

ASATSUMA (A.), « Supreme Court judgment: anti-tax haven legislation (CFC) does not infringe Singapor/Japan tax treaty », *Tax Treaty Monitor*, IBFD, October 2010, n°7, p. 517-525.

ATTARD (E.), BARANGER (S.), CARRAMASHI (B.), EGLI (K.), FERNANDES (J. A.), Triangular cases and double tax relief: a decision of the Netherlands Supreme court », IBFD p. 248-267.

AULT (H. J.),

- « The importance of international cooperation in forging tax policy », *Brooklyn Journal of International Law*, 2001, v. 26, n° 4, p. 1693-1697.

- « Corporate integration, tax treaties and the division of the international tax base: principle and practices. », *Tax Law Review*, Spring 1992, vol. 47, p. 565-608.

AULT (H. J.), SASSEVILLE (J.), « Taxation and non-discrimination a reconsideration », *World tax journal*, IBFD, June 2010, p. 101-125.

AURELIO (M.), « An Analysis of the 2005 amendments of the Merger Directive », *Intertax*, 2006, n°7, p. 333-352.

AUWARTER (E.), « Compelled waiver of bank secrecy in the Cayman Islands: solution to international tax evasion or threat to sovereignty of nations? », *Fordham International Law Journal*, 1986, vol. 9, p. 680 et s.

AVI-YONAH (R. S.),

- « Tax, trade, and harmful tax competition: Reflections on the FSC controversy », *TNI*, 18 December 2000, p. 2841-2845.

AVI-YONAH (R. S.), PANAYI (C. H.), « Rethinking treaty shopping lessons from the European Union », *Paper submitted to the University of Michigan law School*, January 2010, 30 p.

BAKKER (A.), HOEY SMITH (Van A.) « Recent developments regarding allocation of profit to permanent establishments of banks », *International Transfer Pricing Journal*, IBFD, vol. 11, janvier/février 2004, p. 20-25.

BAKER (P.), COLLIER (R.), « 2008 OECD Model: changes of the commentary on article 7 and the attribution of profits to permanent establishments », IBFD, *Treaty monitor*, May/June 2009, p. 199-203.

BAKER (P.),

- « The transnational enforcement of tax liability », *BTR*, 1993, p. 1.
- « The application of the convention to partnerships, trusts and other non-corporate entities », *GITC Review*, vol. II, n° 1, November 2002.
- « Beneficial ownership after Indofood », *GITC Review*, February 2007 p. 15-28.
- « Improper use of tax treaties, tax avoidance and tax evasion », *Papers on selected topics in administration of tax treaties*, UN May 2013, p. 17.

BALL (G. T.), BEATTY (G. W.), BODNER (P. M.), « Unilateral measures to prevent double taxation », Rapport pour les États-Unis, IFA, *CDFI*, 1981, vol. 66b, p. 301-323.

BAMMENS (N.), « The Interaction between the Interpretation of Article 24 OECD MC and the Non-discrimination Standard Developed by the CJEU », 2013-22 *EC Tax Review*, Issue 4, p. 172–186

- BANFI (L.), BRAMBILLA (A.), « The deductibility of costs arising from transactions with resident of tax haven », *European Taxation*, IBFD, February/March 2011, p.67-73.
- BARCH (S.E.), SPENGLER (C.), « Hybrid mismatch arrangements: OECD recommendations and German practice », *Bulletin*, IBFD, 1991, October 2013, p. 520-528.
- BARENFIELD (J.), « Taxation of cross border partnerships », IBFD, *Bulletin*, January 2005.
- BARENGER (S.), « New guidelines on the recognition of transparency principles for foreign partnerships », *European Taxation*, IBFD, August/September 2007, p. 420-423.
- BARRET (E.), «The changes introduced by the 2014 update to the OECD Model tax convention », *Bulletin*, IBFD, October 2014, p. 529-535.
- BATES (J.), BERMAN (D.), GANI (R.), GUTMANN (D.), IMAMURA (T.), KLUGMAN (G.), RUST (A.), « Limitation on Benefits articles in income tax treaties: the current state of play », *Intertax*, 2016, Volume 41, issue 6/7, p. 395-408.
- BEALE (J.), « The Jurisdiction of a Sovereign State », *Harv. Law. Rev.*, Jan. 1923, vol. 36, n° 3, p. 241-262.
- BEAMS (M. K.), « Obtaining relief through competent authority procedures and treaty exchange of tax information. The U.S. approach. », IBFD, *Bulletin*, March 1992, p. 119-122.
- BECKER (H.), THOMMES (O.), « Treaty shopping and EC law - critical notes to Article 28 of the New German - U.S. Double Taxation Convention », *European Taxation*, 1991, vol. 31, n° 6, p. 173-176.
- BESKER (H.), « Treaty shopping/treaty override », *European Taxation*, IBFD, December 1988, p. 383-385.
- BEHRNDT (M. A. G.), « Passive income (dividend, interests or royalties received by a permanent establishment from third state », in *Triangular cases*, Linkern.
- BEITH (R. M.), « Exchange of tax information and international tax aspects », IBFD, *Bulletin*, 1992, vol. 46, n° 12, p. 598-601.
- BELL (S.), « Updated proposal for a council directive on the taxation of savings income », *BTR*, 2002.
- BELLINGWOUT (J. W.), « Blueprint for a new common corporate tax base », IBFD, *European Taxation*, January 2015, p. 3-11.
- BENECKE (A.), SCHNITGER (A) « Final amendments to the merger Directive: avoidance of economic double taxation and application to hybrid entities, two conflicting goals », *Intertax*, 2005, p. 170-178.

BENNETT (M. C.), ANDERSEN (R. E.), « Practical issues in the application of double tax conventions », Rapport pour les États-Unis , IFA, *CDFI*, 1998, vol. 83b, p. 729-743.

BERMAN (D. M.), « US tax treaties, the new model », *International Tax Review*, 1998, n° 7, p. 19-24.

BERNSTEIN (J.),

- « Beneficial ownership an international perspective », *TNI*, 26 March 2007, p. 1211-1216
- « GAAR in treaty shopping: an international perspective », *TNI*, vol. 37, 2005, n°12, p. 1107-1110.
- « Company's beneficial use of treaty tax provisions was not abusive Canadian Court of appeal says », *TNI*, 16 July 2007.
- « Canadian GAAR and treaty shopping: a taxpayer victory », *TNI*, 9 March 2007.
- « Problems for Canadians using LLCs », *TNI*, 11 October 2010, p. 117-118.
- «Treaty related pressures facing holding companies », *TNI*, 3 January 2011, p. 43-45.

BERSTEIN (J.), SUMMERHILL (L.),

- « News analysis: Canadian courts respects Dutch holding company », *TNI*, 9 March 2009
- « Company's beneficial use of treaty provisions was not abusive, Canadian court of Appeal says », *TNI*, 16 July 2007.
- « Canada takes aim at concept of beneficial ownership », *TNI*, 30 august 2006, p. 737-740.

BERMAN (D. M.), LEIMONE (M. A.), « Current issues in United States and OECD Model tax treaties », *Tax Management International Journal*, 1998, vol. 27, n° 4, p. 163-173.

BERMAN (D. M.), HYNES (J. L.), « Limitation on benefits clauses in U.S. income tax treaties », *Tax Management International Journal*, 2000, v. 29, p. 611-628.

BETTEN (R.),

- « Denial of certificate of residence to Dual resident company », *European Taxation*, November 1989, p. 370-372.
- « Dual resident companies and the Netherlands dividend tax », *European Taxation*, June 1990, p. 165-167.
- « Dual resident companies and the Netherlands dividend tax again », *European Taxation*, August/September 1990, p. 257-259.

- « Swedish silent partner of Dutch limited partnership subject to income tax », *European Taxation*, September 1993, p. 312-314.
- BIRD (R. M.), « Shaping a new international tax order », IBFD, *Bulletin*, 1988, vol. 42, n° 7, p. 292-299.
- BISCHEL (J. E.), GANN (P. B.), KLEIN (S. F.), « Tax Avoidance/ Tax Evasion », Rapport pour les États-Unis, IFA, *CDFI*, 1983, vol. 68b, p. 333-352.
- BIZIOLI (G.), « The evolution of the concept of the place of management in Italian case law and legislation: interaction with tax treaties and EC law », *European Taxation*, IBFD, October 2008, p. 527-533.
- BLANCHARD (K.), « Hybrid benefits denied », *International Tax Review*, sept. 2000, p. 47-49.
- BLUM (D.), « Permanent establishments and Action 1 on the digital economy of the OECD base erosion and profit shifting initiative – the Nexus criterion redefined ? », *Bulletin*, IBFD, June/July 2015, p. 314-325.
- BOEKHORST (P.),
- « The abuse of tax treaties. Decision of the federal court (bundesgericht) of 10 July 1987 », *European Taxation*, IBFD, October 1989, p. 339-341.
 - « Application of Fraus conventionis denied under Netherlands-US tax treaty. Decision of the Netherlands Supreme Court of 15 December 1993 », *European Taxation*, IBFD, June 1994, p. 185-187.
- BOER DEN (S.), « Freedom of Establishment versus Free Movement of Capital: Ongoing Confusion at the ECJ and in the National Courts? », *European Taxation*, IBFD, June 2010, p. 250-258
- BOIDMAN (N.), KANDEV M.),
- « New analysis: Canadian taxpayer wins prevost appeal », *TNI*, 9 March 2009, p. 862-865.
 - « The Canadian decision in RCI trust and treaty residence », *TNI*, 27 July 2009, p. 299-303.
- BOLDERMAN (S.), « Tour d’horizon of the term “Beneficial ownership” », *TNI*, June 8, 2009, p. 881-888.
- BORN (H.), « Beneficial ownership. Decision of the Netherlands Supreme court of 6 April 1994 », *European Taxation*, IBFD, December 1994, p. 469-472.

BOULOGNE (GF.), « Group Taxation within the European Union: Did Papillon and Art. 24(5) of the OECD Model Tax Convention Create a Butterfly Effect? », *European Taxation*, IBFD, May 2011.

BOURTOURAUULT (P.-Y.), LESCOT (M.), « French government announces its position on Internet taxation », *TNI*, 1^{er} déc. 1997, n° 22, p. 1749-1750.

BOOIJ (A.), « The meaning of notification clauses in tax treaties », *Intertax*, December 2005, p.584-594.

BOYNES DE (N.), HOWARD (A.), « Treatment of partnerships in the 2008 France-Royaume-Uni tax treaty », *TNI*, 4 May 2009, p.401-409.

BRAUNER (Y.), « BEPS an interim evaluation », *World Tax Journal*, IBFD, February 2014, p. 11-39.

BRAVENEC (L. L.), « Corporate income tax coordination in the 21st century », *European Taxation*, October 2000, p. 450-463.

BRIAN (J.), ARNOLD (J.), « The interpretation of tax treaties: myth and reality », *Bulletin*, IBFD, January 2010, p. 2-19.

BROKELIND (C.), « Royalty payments: unresolved issues in the Interest and Royalties Directive », *European Taxation*, IBFD, May 2004, p. 252-258.

BROOD (EA.), « Dual resident companies », *Intertax*, 1990, n° 1, p. 22-31

BRUGEN (E. VAN DER),

- « Critical comments on the OECD's proposed article for assistance in the collection of taxes », *TNI*, 28 janvier 2002, p. 363-371.
- « The power of persuasion: notes on the sources of international law and the OECD commentary », *Intertax*, August/September 2003, p. 259-270.
- « Unless the Vienna convention otherwise requires: note on the relationship between 3(2) of the OECD Model tax convention and the article 31 and 32 of the Vienna convention on the laws of treaties », *European Taxation*, IBFD, May 2003, p. 142-156

BUNDGAARD (J.),

- « Classification and treatment of hybrid financial instruments and income derived therefrom under EU corporate tax directive. Part 1 », *European Taxation*, IBFD, October 2010, p. 442-456.
- « Classification and treatment of hybrid financial instruments and income derived therefrom under EU corporate tax directive. Part 2 », *European Taxation*, IBFD, November 2010, p. 490-500.

- BUNDGAARD (J.), WINTER-SORENSEN (N.), « Beneficial ownership in international financing structures », *TNI*, 19 May 2008, n° 7, p. 587-611.
- BÜNNING (M.), « Germany: use of partnerships and other hybrid instruments in cross order transactions », *Intertax*, 2003, n° 11, p. 401-409.
- BURGERS (IJJ.), « Some thoughts on further refinement of the concept of place of effective management for tax treaty purposes », *Intertax*, 2007, n° 6/7, p. 378-385.
- BURGIO (M.), « The abuse of law in the framework of the European tax law », *Intertax*, 1991, n° 2, p. 82-88.
- BURGSTALLER (E.), HASLINGER (K.), « Place of effective management as a tie Breaker rule – Concept, Developments and prospects », *Intertax*, 2004, n° 8/9, p. 376-387.
- BURGSTALLER (E.), SCHLICHER (M.), « Subject to tax clauses in tax treaties », *European Taxation*, IBFD, June 2004, p. 266-276.
- BURGSTALLER (E.), SCHMIDT (M.), « Tax treaties and tax avoidance: application of anti-avoidance provisions », *Copenhagen research group, discussion paper*, n°1-2009.
- BUZANICH (H.), « A comparisons between the US and OECD approaches to Hybrid entities », *TNI*, 2004, October, p. 71.
- CAFRITZ (E.), TENE (O.), « Dual consolidated losses in French US transactions », *TNI*, 2002, March 25, p. 1361.
- CALDERON (J.), « Spain anti-abuse approach and ECJ Jurisprudence », *TNI*, 12 September 2005, p. 1031.
- CALDERON (J.), DIAZ MORO (M.), « Spanish courts adopt more balanced interpretation of law on outbound intragroup dividends », *TNI*, 9 May 2011, p. 501-503.
- CALDERON (J.), QUINTAS SEARA (A.), « The Concept of ‘Aggressive Tax Planning’ Launched by the OECD and the EU Commission in the BEPS Era: Redefining the Border between Legitimate and Illegitimate Tax Planning », 2016-44, *Intertax*, Issue 3, p. 206–226.
- CAMPOLO (G.),
- « Deemed Italian tax residence for foreign holding companies », *European Taxation*, IBFD, January 2007, p. 54-57.
 - « New Regulation provides clarification regarding the tightened CFC and anti-tax haven rules », *European Taxation*, IBFD, January 2011, p. 42-48.
- CANNON (P.), « IFA: more questions than answers », *ITR*, November 1998, p. 30-32.
- CARSTEN (T E), DAIBER (C) « Dual resident companies under German law », *European Taxation*, IBFD, July 1990, p. 175-178.

CARIDI (A.),

- « Proposed changes to the OECD commentary on article 5: part 1 the physical PE notion », IBFD, *European Taxation*, January 2003, p. 8-19.
- « Proposed changes to the OECD commentary on article 5: part 2 the construction PE notion, the negative list and the agency PE notion », IBFD, *European Taxation*, February 2003, p. 38-46.

CARRAMASCHI (B. M.), « Exit taxes and the OECD model convention: compatibility and double taxation issues », *TNI*, 21 January 2008, p. 283-293.

CARRENO (F.), « Commissionnaire agency permanent establishment structure », *International Transfer Pricing Journal*, IBFD, September/October 2010, p. 373-376.

CELEBI (H.), « The CCCTB as a Proposed Solution to the Corporate Income Taxation Dilemma within the EU », 2013-22, *EC Tax Review*, Issue 6, p. 289–298.

CERIANA (E.), FERROL (M.), « Italy clarifies concept of beneficial ownership, US intermediary not beneficial owner of royalties, Italian tax authorities rule », *TNI*, vol. 43, 2006, n° 5, p. 378-380.

CERIONI (L.),

- « Intra-EC interest and Royalty tax treatment », *European Taxation*, IBFD, January 2004, p. 47-53.
- « Cross-Border Mobility of Companies in the European Union: Tax Competition and Increased Scope for the CCCTB following Cartesio », *Bulletin*, IBFD, December 2010, p. 636-648.
- « The new Google tax: the beginning of the end for tax residence as a connecting factor for tax jurisdiction? », *European Taxation*, IBFD, May 2015, p. 185-195.

CERVANTES (M.), « Interpreting the concept of “beneficial ownership” », *Paper submitted for the degree of master in law*, University of Toronto, 2009, 56 p.

CHATURVEDI (A.), « Permanent establishments and force of attraction: some implications of TD securities in General and from an Indian perspective », IBFD, *Bulletin*, February 2011, p. 75-79.

CLARK (B.), « The limitation of benefits clause under an open sky », *European Taxation*, IBFD, January 2003, p. 22-26.

CLAYSON (M.), « OECD partnership report: reshaping treaty interpretation? », *BTR*, 2000, n°2, p. 71-83.

CLEMENS (M.), « New developments in German partnership planning », *TNI*, 17 May 2010, p. 555-561.

- COMELLO (W.A.), « Place of residence. Swiss company with principal shareholder in the Netherlands Decision of the Dutch Supreme court of 1 July 1987 », *European Taxation*, IBFD, March 1988, p. 93-95.
- COOPER (G.), « IFA panel discusses effects of General anti avoidance rules on international transactions », *TNI*, 10 September 2003.
- CORDWENER (O.), KOFLER (J.), SCHINDLER (C.F.), « Free movement of capital third country relationship and national tax law: an emerging issue before the ECJ », *European Taxation*, IBFD, March 2007, p. 107-119.
- CORMAC SHARKEY (N.), « China's Tax Treaties and Beneficial Ownership: Innovative Control of Treaty Shopping or Inferior Law Making Damaging to International Law? », *Bulletin*, IBFD, December 2012, p. 487-495.
- COUSTEL (AS.), COUDIN (P.), « The status of foreign partners of a French partnership, decisions of the supreme administrative court of 4 April 1997 », *European Taxation*, IBFD, December 1997, p. 463-465.
- COUZIN (R.), « Relief of double taxation », *Tax Treaty Monitor*, IBFD, June 2002, p. 266-268.
- CUADROS (G.), « Toll and contract manufacturing structures. Strategies and challenges for cross border outsourcing activities », IBFD, *Bulletin*, October 2014, p. 499-512.
- CUNNINGHAM (W.), « The concept of corporate residence in tax law and in practice », *European Taxation*, IBFD, March 1995, p. 85-89.
- CUSSONS (P.), D'HONT (P.),
- « Impact on the new UK/France treaty part 1 », *Tax Planning International Review*, October 15, 2003.
 - « Impact on the new UK/France treaty part 2 », *Tax Planning International Review*, January 3, 2004.
 - « Impact on the new UK/France treaty part 3 », *Tax Planning International Review*, January 4, 2004.
- CRAIG (A.), « Open your eyes: what the "Open skies" case could mean for The US tax treaties with the EU Member states », *Bulletin*, IBFD, February 2003, p. 63-74.
- DAIBERL (C.), OFFERMANN (R.), « German exit tax provisions substantial shareholdings and incompatibility with EC law », *European Taxation*, IBFD, December 2005, p. 579-581.
- DAELE Van (J.), « Tax Residence and the Mobility of Companies: Borderline Cases under Private International Law and Tax Law », *European Taxation*, IBFD, May 2011.

DAHLBERG (M.), « Sweden's CFC legislation and the 1965 Sweden-Switzerland treaty », *TNI*, July 14, 2008, p. 179-180.

DAILEY (R.), « The concept of the source of income », *Tax Law Review*, 1960, n° 15, p. 415 et s.

DAMEN (S.), « Netherlands Supreme Court rules on the residence of dual resident companies under tax treaties with third countries », *Bulletin*, IBFD, July 2001, p. 290-292.

DANON (R.),

- « Conflict of attribution of income involving trusts under the OECD model convention: the possible impact of The OECD partnership report », *Intertax*, 2004, n° 5, p. 210-222.
- « Qualification of taxable entities and treaty protection », *Bulletin*, IBFD, April/May 2014, p. 192-201.

« Clarification of the meaning of “beneficial ownership” in the OECD Model Tax Convention – Comment on the April 2011 Discussion Draft », *Bulletin*, IBFD, August 2011, p. 192-201.

DEBELVA (F.), SCORNOS (D.), VEN DEN BERGHEN (J.), VAN BRABAND (P.), « LOB Clauses and EU law compatibility: a debate revived by BEPS », *EC Tax Review*, 2015-3. p. 132-147.

DE BROE (L.),

- « Some observations on the 2007 communication from the Commission: the application of anti-abuse measures in the Area of direct taxation within the UE and in relation to third countries », *EC Tax Review*, 2008-3. p. 142-148.
- « The state aid review against aggressive tax planning: always look a gift horse in the mouth », *EC Tax Review*, 2015-6. p. 290-293.
- « At last, some output on fight against double non-taxation », *EC Tax Review*, 2014-23, Issue 6, p. 290-293.

DE BROE (L.), BAMMENS (N.), « Interpretation of subject to tax clauses in Belgium's tax treaties – critical analysis of the “exemption vault impôt” doctrine », *Tax Treaty Monitor*, IBFD, February 2009, p. 68-73.

DE BROE (L.), LUTS (J.), « BEPS Action 6: Tax Treaty Abuse », 2015-43, *Intertax*, Issue 2, p. 122-146.

DE GRAAF (A.),

- « Avoidance of international double taxation: community or joint policy? », *EC Tax Review*, 1998, n° 4, p. 258-276.

- « Designing an anti-treaty shopping provision: an alternative approach », *EC Tax Review*, 2008, n° 1, p. 12-23.
- « International Tax Policy Needed to Counterbalance the ‘Excessive’ Behaviour of Multinationals », *EC Tax Review*, 2013-22, Issue 2, p. 106–110

DELATTRE (O.), « France adopts new thin capitalization rules », *JIT*, sept.-oct. 1991, vol. 2, n° 3, p. 171-174.

DELATTRE (O.), MALHERBE (J.), « Compatibility of limitation of benefits provisions with EC law », *European Taxation*, IBFD, 1996 January, p. 12-20.

DETWEILLER (A.), « Article 21 of the OECD Model Convention: past, present, and future », *Intertax*, April 2009, p. 235-249.

DIBOUT (P.), « French CFCs face EU challenges », *International Tax Lawyer*, July/August 1999, p. 45-46.

DIK (B.P.),

- « Dual residence fiscal unity: supreme court allows consolidated return in case of subsidiary with dual residence », *European Taxation*, IBFD, December 1988, p. 400-401.
- « Residence. Departure, continuation, of residence or start of non-residence », *European Taxation*, IBFD, February 1988, p. 47-50.

DIRKIS (M.), « Australia’s residency rules for companies and partnerships », *European Taxation*, IBFD, August/September 2003, p. 405-411.

DISTASO (M.), RUSSO (R.), « The EC Interest and Royalties Directive – A Comment », *European Taxation*, IBFD, April 2004, p. 143-154.

DOENBERG (R.), RAAD VAN (K.), « Electronic commerce changing income tax treaty principles a bit? », *TNI*, 23 November 2000, p. 2417-2430.

DOENBERG (R.), « Hybrid entities and the US model income tax treaty », *Tax Analyst*, 8 September 1999.

DOMMES (S.), HERDIN (J.), « The consequences of the tie breaker rule for dual resident companies », *SWI*, 2004, p. 450-455.

DORFMUELLER (R.), « German waives dual domestic link for EU/EEA incorporated organschaft subsidiaries », *TNI*, 5 April 2011.

DOS SANTOS (A.), « What Is Substantial Economic Activity for Tax Purposes in the Context of the European Union and the OECD Initiatives against Harmful Tax Competition? », 2015-24, *EC Tax Review*, Issue 3, p. 166–175.

DOUMA (S.), NAUMBURG (C.), « Mark & Spencer: are national tax systems éclairé », *European Taxation*, IBFD, September 2006, p. 431-442.

DOURADO (P.),

- « From the Saint-Gobain to the Metallgesellschaft case: scope of non-discrimination of permanent establishments in the EC treaty and the most-favored-nation clause in EC Member states tax treaties », *EC Tax Review*, 2002/3, p. 147-156.

- « Aggressive Tax Planning in EU Law and in the Light of BEPS: The EC Recommendation on Aggressive Tax Planning and BEPS Actions 2 and 6 », 2015-43 *Intertax*, Issue 1, p. 42–57

DOURADO (P.), PISTONE (P.), « Looking beyond Cartesio: reconciliatory interpretation as a tool to remove tax obstacles on the exercise of the primary right of establishment by companies and other legal entities », *Intertax*, 6/7 2009, p. 342-345.

DOUVIER (P.-J.), BOUZORAA (D.),

- « Court of Appeals confirms incompatibility of CFC rules with tax treaty », *European Taxation*, May 2001, p. 184-186.

- « Compatibility of CFC rules with tax treaty: lower courts reach conflicting conclusions », *European Taxation*, March 1997, p. 103 .

DOUVIER (P.-J.), LORDKIPANIDZE (X.), « Zimmer case: the issue of the deemed existence of a permanent establishment based on status as a commissionaire », *European Taxation*, July/August 2010, p. 266-269.

DUNBAR(D.), « Taxation of inward investment – treaty shopping, taxation of capital gains and dividends: innovative solutions to an old problem », *Asia Pacific Tax Bulletin*, IBFD, December 2010, p. 447-464.

DU TOIT (C.), « The evolution of the term “beneficial ownership” in relation to international taxation over the past 45 years », *Tax Treaty Monitor Bulletin*, IBFD, October 2010, p. 500-509.

DZIURDZ (K.), « Attribution of function and profits to a dependant agent PE: different arm’s length principles under article 7(2) and 9? », *World tax journal*, IBFD, June 2014, p. 136-167.

ECKE (R.), KESSLER (W.), « German’s anti treaty-shopping rule: two tier holding meets two tier approach », *TPIR*, vol. 34, 2007., n° 5, p. 3-4.

ECKL (P.), « Tightening of the German anti treaty shopping rules », *European Taxation*, IBFD, 2007, March, p. 120-125.

- EICKER (K.), ARAMINI (F.), « Overview of the recent development of the EC Directive on withholding taxes on Royalties and interest Payments », *EC Tax Review*, 3/2004, p. 134-145.
- ELERMANNR (C.), NAKHAI (K.), « EC law aspect of revised German anti-treaty shopping rules part 1 », *Transfer pricing international journal*, IBFD, January 2007, p. 10-13.
- ELLIFFE (C.), « The interpretation and meaning of beneficial owner in new Zealand », *BTR*, 2009, n° 3, p. 276-305.
- ENGELEN (F.), PÖTGENS (F.), « Report on the application of the OECD model tax convention to partnerships and the interpretation of tax treaties », *European Taxation*, IBFD, July 2000, p. 250-269.
- ENGLISH (J.), SCHUTZE (A.), « The implementation of the EC parent subsidiary directive in Germany – Recent developments and unresolved issue », *European Taxation*, IBFD, November 2005, p. 488-499.
- ENGLE (H. S.), RAINERI (W. T.), « International aspects of thin capitalization », Rapport pour les États-Unis, IFA, *CDFI*, 1996, vol. 81b, p. 773-797.
- ERASMUS II (D.), « A summary of how partnerships are taxed in terms of international law and convention: an entity or transparent for tax purposes? », Thomas Jefferson School of law, San Diego. *TJSL research paper n° 1485907*, October 2009, p. 6.
- ESCOBAR(L.), « Venezuelan court denies refund of branch profits under treaty with Spain », *TNI*, 14 December 2010.
- ESSER (P.), « International tax justice between Machiavelli and Habermas », *Tax Treaty Monitor*, IBFD, February 2014, p. 55-66.
- ESPADAFOR (W.), « Deduction for dividends for non-residents with a permanent establishment in Spain », *Intertax*, 2000, n° 1, p. 25-30.
- EVERS (M.), DE GRAAF (A.), « Limiting benefit shopping: use and abuse of EC law », *EC Tax Review*, 2009-6, p. 279-298.
- EYNATTEN (W.), DE HAEN (K.), HOSTYN (N.), « The concept of beneficial owner under Belgium law: legal interpretation is maintained », *Intertax*, 2003, n° 12, p. 523-546.
- FARMER (P.), « EC law and national rules on direct taxation: a phoney war », *EC Tax Review*, 1998-1, p. 13-28.
- FEKAR (P.), « Czech Supreme Administrative Court on Beneficial Ownership », *European Taxation*, IBFD, September/October, p. 488-499.
- FERROL (M.), CERIANA (E.), « TUS intermediary no beneficial owner of royalties, Italian tax authorities rule », *TNI*, 24 July 2006.

FERROL (M.), QUEIROL (G.), « Migration of a foreign company to Italy », *TNI*, 24-30 October 2006.

FIBBE (G. K.),

- « The (in)compatibility of the German LLC decree on the classification of foreign entities with the German Domestic legal framework and EC law », *European Taxation*, IBFD, October 2006, p. 487-495.
- « Changes in the OECD commentary on collective investment vehicles proposed by the OECD committee of fiscal affair », *Tax Treaty Monitor*, IBFD, March 2010, p. 138-151.

FIBBE (G.), ISENBAERT (M.), « The new partnership approach in the 2003 Belgium-Netherlands tax treaty », *Intertax*, 2004, n° 3, p. 151-160.

FINLEY (R.), « European Commission State Aid 'Mess' No Closer to Resolution », *TNI*, 10 June 2016.

FINNERTY (C.), LAI (B.), « Structures lacking of substance and business purpose come under further challenge », *Asia Pacific Tax Bulletin*, IBFD, November/December 2009, p. 394-398.

FONTANA (R.),

- « Conference report: the EU and third country direct taxation, 13-14 October 2006 Vienna », *Intertax*, October, 2007, p. 589-597.
- « The uncertain future of CFC regime in the Member States of the European Union Part 1 », *European Taxation*, IBFD, June 2006, p. 259-267.
- « The uncertain future of CFC regime in the Member States of the European Union Part 2 », *European Taxation*, IBFD, July 2006, p. 317-334.

FORST (D.), « The US international tax treatment of partnerships: a Policy-based approach », *Berkley Journal of International Law*, vol. 14, issue 2 article 1.

FRANZ (T.), « The General Anti-Abuse Rule Proposed by the European Commission », 2015-43, *Intertax*, Issue 11, p. 660–672.

FRASER (R.), OLIVER (D.),

- « Case comment. Treaty shopping and beneficial ownership: Indofood international Finance ltd v JP Morgan Chase Bank NA London branch », *BTR*, 2006.
- « Beneficial ownership: HMRC's draft guidance on interpretation of the Indofood decision », *BTR*, 2007.

- FREITAS DE MORAES E CASTRO (L.), « Brazil anti treaty shopping measures: current and future developments regarding beneficial ownership and limitation of benefit clause in tax treaties », *Bulletin*, IBFD, December 2012, p. 487-495.
- FRIEDLANDER (L.), WILKIE (S.), « Policy forum: the history of tax treaty provisions and why it is important to know about it », *Canadian Tax Journal*, 2006, vol. 54, n° 4, p. 907-921.
- FROMMEL (S.N.), « The Real seat Doctrine and Dual resident companies under German law: another view », *European Taxation*, IBFD, October, 1990, p. 267-274.
- FUHRICH (G.), « Exit taxation and ECJ case law », *European Taxation*, IBFD, January 2008, p. 10-19.
- GALLI (C.), « Anti avoidance provisions, fictitious interposition and conduit companies », *European Taxation*, IBFD, June 1994, p. 175-178.
- GAHLEITNER (G.), RATZINGER (S.), « International group taxation: an overview of Austria's new tax incentive », *European Taxation*, IBFD, November 2005, p. 509-514.
- GAMMIE (M.), « Non-discrimination on taxation of cross border dividends », *World Tax Journal*, IBFD, June 2010, p. 162-174.
- GARFUNKEL (N.), « Are all CFC regime the same? The impact of the income attribution method », *TNI*, 5 July 2010, p. 53-74.
- GAZZO (M.), « Permanent establishment through related corporations: new case law in Italy and its impact on multinational flows », *Bulletin*, IBFD, June 2003, p. 257-264.
- GELIN (S.), SOREL (D.), « French commissionaire a pe for its foreign principal? », *TNI*, 9 August 2007, p. 581.
- GENNEP (C. VAN) « Dual resident companies: the second sentence of article 4(1) of the OECD Model convention of 1977 », *European Taxation*, IBFD, May, 1991, p.141-146.
- GENZ (P. J.), « Planning for inbound foreign investment under the final branch tax regulations », *TMIJ*, 1993, vol. 22, n° 4, p. 118-144, et n° 4, p. 176-194.
- GIBERT (B.), OUAMRANE (Y.), « Beneficial ownership a French perspective », *European Taxation*, IBFD, January 2008, p. 2-9.
- GOLDBERG (S. H.), LANGER (M. L.), « Recognition of foreign enterprises as taxable entities », Rapport pour les États-Unis, IFA, *CDFI*, 1988, vol. 73a, p. 387-398.
- GIFFORD (W.), « Permanent establishment and the non-discrimination clause », *Income Tax Treaties*, Law institute New York, 1978, p. 419-443.
- GOLDBERG (H), J. VANN (R.), DE BROE (L.), A. WARD DAVIES, WARD, LEGALL (J.P), FONTANEAU (P.M.), STROBL (J.), KILLIUS (J.), MAISTO (G), GIULIANI (F.), MIYATAKE (T.),

HENDERSON (A.), VAN RAAD (K.), WIMAN (B.), TORRIONE (H.), JOHN F. AVERY JONES, I. ROBERTS (S),

- « Taxation Caused by or After a Change in Residence (Part I) », *TNI*, August 7, 2000.
- « Taxation Caused by or After a Change in Residence (Part II) », *TNI*, August 14, 2000.

GOUTHIÈRE (B.),

- « What's going on in – thin capitalization rules and the non-discrimination principle », *European Taxation*, IBFD, 2002, vol. 42, n° 4, p. 159-163.
- « Advance pricing agreements introduced », *European Taxation*, mars 2000, p. 118-122.
- « Removal of discrimination- a Never Ending Story », *European Taxation*, IBFD, September 1994, p.296-302.
- « Eligibility of foreign partnerships for treaty benefits decisions of the Supreme administrative court of 13 October 1999 », *European Taxation*, IBFD, May 2000, p. 195-198.
- « The new France-UK treaty of 19 June », *European Taxation*, IBFD, April 2009, p. 171-178.
- « Zimmer “commissionaire” agent is not a permanent establishment », *European Taxation*, IBFD, August 2010, p. 350-358.
- « French anti-abuse international tax legislation: recent developments », *European Taxation*, IBFD, November 2006, p. 514-524.
- « Beneficial Ownership and Tax Treaties: A French View », *European Taxation*, IBFD, Bulletin, February, 2011.

GRAAF DE (A.),

- « Designing an anti-treaty shopping provision: an alternative approach », *EC Tax Review*, vol. 17, 2008, n° 1, p. 12-23.
- « Avoidance of international double taxation: community or joint policy? », *EC Tax Review*, 1998, n° 4, p. 258-276.

GRAVEL (J.), « Tax Havens: International Tax Avoidance and Evasion », *Congressional Research Service*, 9 June 2009, p. 1-40.

GRECO (L.), D'AVOSSA (M.), « The formal Italian agency PE: new case law », *TPIR*, May 2010, p. 24-26.

GREEN (R. A.),

- « Antilegalistic approaches to resolving disputes between governments: a comparison of the international tax trade and trade regimes », *Yale Journal of International Law*, Winter 1998, vol. 23, p. 79-139.
- « The troubled rule of nondiscrimination in taxing foreign direct investment », *Law and Policy in International Business*, Autumn 1994, vol. 26, p. 113-64.

GRUNDY (M.), THOMAS (M.), « The limited partnership a UK vehicle for nonresidents with non UK income », origin unknown, November 2002, p.67-71.

GIULIANI (F.), « Article 10(3) of the OECD Model and borderline cases of corporate distributions », *Tax Treaty Monitor*, IBFD, January 2002, p. 11-14.

GROB (M.), GERRITS (P.), JARRETT (S.), MICHAELS (M. J.), MARCOVICI (P.),

- « The EU saving directive and its impact on the banking industry part 1 », *TPIR*, 2003, n° 7, p. 3-7.
- « The EU saving directive and its impact on the banking industry part 2 », *TPIR*, 2003, n° 8, p. 3-6.

GUERRA (J. C.), « Limitation on benefits clauses and EU law », *European Taxation*, IBFD, February/March 2011, p. 85-96.

GUNST DE (E.), LINDE VAN DER (A.), « Dutch Supreme court holds Dutch-Netherlands Antilles dual resident companies subject to capital tax », *TNI*, July 24, 2001.

GUNDISH (S.), « Solving conflicts of qualification by analogous application of tax treaties », *Tax Treaty Monitor*, IBFD, October 2005, p. 424-431.

GUSMEROLI (M.),

- « Participation in Foreign transparent entity denied treaty benefits (the good, the bad and the ugly) », *European Taxation*, IBFD, December 2006, p.588-594.
- « Triangular cases and the Interest and Royalties Directive: untying the Gordian knot? – Part 1 », *European Taxation*, IBFD, January 2005, p. 2-13.
- « Triangular cases and the Interest and Royalties Directive: untying the Gordian knot? – Part 2 », *European Taxation*, IBFD, February 2005, p. 39-51.
- « Triangular cases and the interest and Royalties Directive: untying the Gordian knot? – Part 3 », *European Taxation*, IBFD, March 2005, p. 86-96
- « Triangular cases and the Interest and Royalty Directive: untying the Gordian knot? », *LLM Program in International Taxation*, University of Leiden, 2003-2004.
- « The Supreme Court decision in Government Pension Investment Fund Case: a tale of transparency and beneficial ownership (in Plato's cave) », *Tax Treaty Monitor*, IBFD, April 2010, p. 198-210.

GUTMANN (D.),

- « Tax treaty interpretation in France, the relevance of EC law », *EC Tax Review*, 2001/4, p. 201-210.
- « The transfer of the registered office of a European Company. Some tax thoughts from a French perspective », *Intertax*, 2006, n° 5, p. 255-259.

GUTTENTAG (J. H.), « An overview of international tax issues », *University of Miami Law Review*, April 1996, vol. 50, p. 445-54.

HAAS (R.), « The competitive burden: taxation of U.S. multinationals », *Private Investors Abroad*, 1991, p. 1-67.

HABERSHON (K.), MEHTA (N.), « UK tax authorities issues draft guidance in wake of Indofood decision », *TNI*, 8 November 2006.

HACKEMANN (T.), BOUVIER (C.), « Compagnie De Saint-Gobain: a new milestone in EU tax harmonization ? », *TPIR*, 1999, p. 34-36.

HAMAEEKERS (H.),

- « Fiscal sovereignty and tax harmonization in the EC », *European Taxation*, 1993, vol. 33, n° 1, p. 25-27.
- « Corporate tax policy and competence of the European Community: an EC Tax Convention with non-member states? », *European Taxation*, 1990, vol. 30, n° 12, p. 358-361.

HAMBRO (E.), « The relations between international law and conflict law », *RCADI*, 1962, t. 105, p. 1-68.

HANN (P.),

- « New analysis, devising a UK patent box regime », *TNI*, 18 February 2010.
- « The EU EJTPF continues to discuss triangular cases under arbitration convention », *Intertax*, December 2009, p. 694-697.

HARDY (D.), « A company without a country: the dual consolidated loss regime », *TNI*, 9 August 1999, p. 581-600.

HARRIS (L.), « Case note – no treaty shopping in Israel », *Asia-Pacific Bulletin*, IBFD March/April 2009, p. 106-107.

HARVEY (R. B.), BURKE (M. S.), SHAPIRO (S. K.), « Uses of hybrid entities in the international arena », *TNI*, 8 Jan. 1996, vol. 70, n° 2, p. 215-224.

HATTINGH (J.),

- « The Role of Article 1 of the OECD Model », *Bulletin*, IBFD, November 2003, p. 546-553.

- « Article 1 of the OECD model: historical background and the issues surrounding it », IBFD, *Bulletin Tax Treaty Monitor*, May 2003, p. 215-221.

HELLERSTEIN (W.), « Jurisdiction to tax in the digital economy: permanent establishment and others establishment », *Tax Treaty Monitor*, IBFD, June/July 2014, p. 346-351.

HELMINEN (M.),

- « Beneficial ownership of dividends: relevance of the new Netherlands dividend stripping rules in a tax treaty situations », *European Taxation*, IBFD, November 2002, p. 454-460.
- « Dual Residence conflict and the elimination of international double taxation in Finland », IBFD, *European Taxation*, April 2002, p. 159-162.
- « Scope and interpretation of the Nordic multilateral double taxation convention », *Bulletin*, IBFD, January 2007, p. 23-38.
- « Dividends, interest and royalties under the Nordic multilateral double taxation convention », *Bulletin*, IBFD, February 2007, p. 49-64.
- « Non-discrimination and the Nordic multilateral double taxation convention », *Bulletin*, IBFD, February 2007, p. 103-108.
- « Tax treatment of cross border income derived through partnerships – A Finnish perspective », *Stockholm Institute for Scandinavian Law*, p. 129-139 (undated).
- « The Esa case (C-231/05) and the future of group taxation regimes in EU », *Intertax*, 2004, n°12, p. 595-602.

HENCKAERST (J.-M.), « International arbitration and taxation: the EC arbitration convention for transfer pricing disputes », *Journal of International Arbitration*, 1993, vol. 10, n° 3, p. 111-126.

HERKSEN VAN (M.),

- « Limitation on benefits and the competent authorities determination », IBFD, *Bulletin*, l. 50, 1996, n° 1, p. 19-28.
- « How the arbitration convention lost its luster: the threat of triangular cases », *Intertax*, August-September 2008, p. 332-345.

HEY (F.),

- « Germany's new consolidated loss rules target dual resident companies », *TNI*, Mars 8, 2002.
- « Base erosion and profit shifting and interest expenditure », *Bulletin*, IBFD, June/July 2014, p. 332-460.

-

HIDJI PANAYI (C.),

- « Thin capitalization Glo *et al.*- A thinly concealed agenda? », *Intertax*, Volume 35 issue 5, p. 298-309.
- « Limitation on benefits and state aid », *European Taxation*, IBFD, February/March 2004, p. 83-98.
- « Treaty shopping and other tax arbitrage opportunities in the European Union: a reassessment – Part 1 », *European Taxation*, IBFD, March 2006, p. 104-110.
- « Treaty shopping and other tax arbitrage opportunities in the European Union: a reassessment – Part 2 », *European Taxation*, IBFD, April 2006, p. 139-155.

HINNEKENS (L.),

- « The European Tax Arbitration Convention and its legal framework », *BTR*, 1996, p. 132-154.
- « Revised OECD-TAG definition of place of effective management in treaty tie-breaker rule », *Intertax*, 2003, n° 10, p. 314-319.
- « Tax treaty shopping and anti-tax treaty shopping measures », *Skatterrett*, Oslo 1996, n° 2, p. 97-114.

HINNEKENS (P.), « Taxation of partnerships in Belgium: an imbroglio? », *Bulletin*, IBFD, August/September 2008, p. 353-361.

HINTSANEN (L.), PETTERSSON (K.), « Supreme administrative court rules on taxation of dual resident companies. Decision of the Supreme Administrative Court of 17 June 2003 », *European Taxation*, April 2004, p. 192-196.

HINTSANEN (L.), VIITANEN (K.), « Supreme administrative court ruling on the Finland-US tax treaty non-discrimination clause. Decision of the Supreme administrative court of 22 June 2004 », *European Taxation*, October 2004, p. 460-462.

HOGARTH (J.), O'MELVENY (W. M.), « Indonesia reissues new tax regs clarifies beneficial ownership test », *TPIR*, 30 June 2010, 2 p.

HOOZEMANS (M.), « The taxation of income derived by a Netherlands German and US investor through a UK limited liability partnerships », *Bulletin*, IBFD, February 2002, p. 72-84.

HUBNER (G.), « Abuse of double taxation conventions », *European Taxation*, IBFD, July 1988, p. 207-210.

HUGHES (D.),

- « Testing corporate tax residence in the UK High Court », *TNI*, 12 December 2005, p. 967-970.

- « UK corporate residence: a darker shade of gray », *TNI*, 21 March 2005, p. 1053-1056.

HUISKES (T.), « Transfer of place of effective management of a limited liability company. Decision of the Netherlands Supreme court of 27 April 1994 », *European Taxation*, IBFD, February 1995, p. 67-69.

HURK (H. VAN DEN),

- « Did the ECJ's decision in Saint-Gobain change international law? », *IBFD, European Taxation*, April 2001, p. 152-157.
- « The European Court of Justice knows its limits (a discussion inspired by the Gilly and ICI case) », *EC Tax Review*, 1999/4, p.211-223.
- « Dutch exit tax incompatible with freedom of establishment provisions says ECJ », *TNI*, 13 September 2006.

HURK (H. VAN DEN), KORVING (K.), « The ECJ's judgment in the N case against the Netherlands and its consequences for exit taxes in European Union », *Bulletin*, IBFD, April 2007, p. 150-158.

INFANTI (A. C.), « Curtailing tax treaty overrides: an argument », *TNI*, 6 August 2001, p. 747-756.

INNAMORATO (C.),

- « Expeditious amendments to double tax treaties based on the OECD Model », *Intertax*, March 2008, p. 98-122.
- « The concept of the permanent establishment within the group of multinational enterprises », *European Taxation*, IBFD, February 2008, p. 81-84.

JACQUOT (N.), « France considering new partnership rules », *TNI*, May 17, 2010.

JACOB (F.), « Discriminatory tax treatment of German permanent establishments – The rebirth of an old problem », *Tax Management International Journal Washington*, vol. 31, 2002, n° 12, p. 613-617.

JACKSON (R.)

- « UK to close a 2billion in tax loophole », *TNI*, 20 December 2010.
- « McDonald moving European tax residence from UK to Switzerland », *TNI*, 14 July 2009.
- « Catburry chocolates moving to Switzerland for tax purposes », *TNI*, 14 December 2010.
- « UK Government seeks to calm businesses tax fears », *TNI*, 24 February 2010.

JANN (M.), « How does Community law affect benefits available to non-resident tax payers under tax treaties? », *EC Tax Review*, 1996-4, p. 168-171.

JEZZI (P.L.), « The concept of beneficial ownership in the Indofood and prevost case car decisions », *Bulletin*, IBFD, May 2010, p. 253-257.

JIMENEZ (A. M.),

- « The 2003 revision of the OECD commentaries on the improper use of tax treaties: a case for the declining effect of the OECD commentaries », *Treaty Monitor*, IBFD, January 2004, p.17-30.
- « Tax planning opportunities under Spain's new PE regime », *TNI*, 6 July 2001, 17 p.
- « Defining the objective scope of income tax treaties: the impact of other treaties and EC law on the concept of tax in the OECD Model », *Bulletin*, IBFD, October 2005, p.432-444.
- « Beneficial ownership: current trends », *World Tax Journal*, IBFD, February 2010, p.35-63.
- « Loophole in the EU savings tax directive », *Bulletin*, IBFD, December 2006, p.480-494.
- « Domestic anti-abuse rules and double taxation treaties - a Spanish perspective part 1 », *Bulletin*, IBFD, November 2002, p.542-553.

JIMENEZ (A. M.), PRATS (A.G.), CALDERON (J.C.), « Triangular cases and EC law: the Saint-Gobain Decision of the ECJ », *Bulletin*, IBFD, June 2001, p.241-253.

JOHNSON (E.), «The taxation of partnerships Canada », *Bulletin*, IBFD, August/September 2009, p. 381-394.

JONES (J. A.),

- « Carry on discriminating », *European Taxation*, IBFD, February 1996, p. 46-49.
- « The one true meaning of a tax treaty », *Tax Treaty Monitor*, IBFD, June 2001, p. 220-224.
- « Article 3(2) of the OECD Model convention and the commentary to it: treaty interpretation », *European Taxation*, IBFD, August 1993, p. 252-257.
- « 2008 OECD model: place of effective management – What one can learn from history », *Tax Treaty Monitor*, IBFD, May/June 2009, p.183-186.
- « Place of effective management as a residence tie breaker », *Bulletin*, IBFD, January 2005, p. 20-24.

- « Flows of capital between EU and third countries and the consequences of disharmony in European international tax law », *EC Tax Review*, 1998-2, p. 95-106.

JONES (J. A.), BOBBETT (C.),

- « Triangular treaty problems: a summary of the discussion in seminar E at the IFA congress in London », IBFD, *Bulletin*, Jan. 1999, p. 16-20.
- « Interpretation of the non-discrimination article of the OECD model », *Tax Treaty Monitor*, IBFD, February 2008, p.50-55.
- « The effect of changes in the OECD commentaries after a tax treaty is concluded », *Tax Treaty Monitor*, IBFD, March 2002, p.102-109.

JONES (J. A.), BAKER (P.), « The multiple amendments of bilateral double taxation conventions », *Tax Treaty Monitor*, IBFD, January 2006, p. 19-22.

JONES (J. A.) *and alii*,

- « Tax treaty problems relating to source », *European Taxation*, mars 1998, p. 78-93.
- « Flows of capital between the EU and third countries and the consequences of disharmony of European tax law », *EC Tax Review*, 1998/2, p. 95-106.
- « Triangular treaty problems; a summary of the discussion of the seminar E at the IFA congress in London », IBFD, *Bulletin*, January 1999, p.16-20.
- « Carry on discriminating », *European Taxation*, IBFD, February 1996, p.46-49.
- « The origins of concepts and expression used in the OECD Model and their adoption by states », *Bulletin*, IBFD, June 2006, p. 220-254.
- « Treaty conflicts in categorizing income as business profits caused by differences in approach between common law and civil law », *Tax Treaty Monitor*, IBFD, June 2003, p. 237-248.
- « Whether the definition of dividend limited to the dividend article applies to the double taxation relief article granting underlying tax credit », *Tax Treaty Monitor*, IBFD, March 1999, p. 103-108.

JONES (J. A.), DE BROE (L.), ELLIS (M.), VAN RAAD (K.), LE GALL (J. P.), TORIONE (H.), MIATAKE (T.), GOLBERG (R.), GOLBERG (S.), KILLIUS (J.), MAISTO (G.), GIULIANI (RF.), VANN (R.), WARD (D.), WIMAN (B.), « Characterization of other states' partnerships for income tax », IBFD, *Bulletin Tax Treaty Monitor*, July 2002, p. 268-374.

JUNK (M.), « Art 15 of the Switzerland-EC savings tax agreement: measures equivalent to those in the EC Parent Subsidiary and the interest and Royalties Directives – A Swiss perspective », *European Taxation*, IBFD, March 2006, p. 112-126.

KAMATH (S.),

- « No withholding due on payments to non-residents without Indian PE, Mumbai tax tribunal says », *TNI*, 20 November 2010.
- « UK company reported income correctly Dheki tax tribunal concludes », *TNI*, 4 November 2010.
- « Belgium Company Can Deduct Indian PE's Interest Payments to Shareholders, Mumbai Tribunal Rules », *TNI*, 22 November 2010.
- « German Partnership Eligible for Lower Treaty Tax Rate, Mumbai Tribunal Rules », *TNI*, 3 November 2010.
- « Dutch company was subject to beneficial owner tax rate on royalty, Mumbai Tribunal says », *TNI*, 7 March 2011.

KANDEV (M.),

- « Tax treaty interpretation: determining domestic meaning under article 3 (2) of the OECD Model », *Canadian Tax Journal*, vol. 5, 2007, n° 1, p.31-71.
- « Treaty shopping in Canada: the door is (still) open », *Tax Treaty Monitor*, IBFD, October 2008, p. 463-470.
- « News analysis: prevost car: Canada's first word on beneficial ownership », *TNI*, 20 May 2008.
- « Treaty shopping after the Prevost car: what does the future hold? », Internal memorandum.

KANDEV (M.), WIENER (B.), « Some thoughts on the use of later OECD commentaries after prevost case », *TNI*, 25 May 2009, p. 667-672.

KANE (M), « The Role of CFC legislation in the OECD Base Erosion and profit shifting project », *Bulletin*, IBFD, June/July 2014, p. 321-325.

KARYADI (F.),

- « Case note – treaty shopping structure held to be an evasion of tax », *Asie-Pacific Bulletin*, IBFD, November/December 2007, p. 443-444.
- « Indonesian tax court denies application of zero rate provided by the Netherlands treaty », *TNI*, 30 September 2010.

- « Tax court ruling on beneficial ownership on bonds issued by Dutch special purpose vehicle », *Derivative and Financial Instruments*, IBFD, November/December 2010, p.184-186.

KAYE (T.),

- « Show me the money: congressional limitations on state tax sovereignty », *Harvard Journal on Legislation*, Summer 1998, vol. 35, p. 149-188.
- « European tax harmonization and the implications for U.S. tax policy », *Boston College International and Comparative Law Review*, 1996, vol. 19, p. 109-172.

KEMMEREN (C. C. M.), « Source of income in globalizing economies: overview of the issues and a plea for an origin based approach », *Bulletin*, IBFD, November 2006, p. 430-452.

KEMMEREN (C. C. M.), PEETERS (H. P.) « Avoidance of double taxation and its interaction with European triangular arrangements », *EC Tax Review*, January 2010, p. 4-18.

KERAMEUS (K. D.), « Enforcement in the international context », *RCADI*, 1997, t. 264, p. 179-410.

KERFS (P.), « Withholding tax credit and permanent establishment », *European Taxation*, IBFD, August 1995, p. 255-256.

KILLIUS (J. K.), « The concept of beneficial ownership of items of income under German tax treaties », *Intertax*, 1989, n° 8-9, p.340-344.

KLEFFENS (E. N. VAN), « Sovereignty in international law », *RCADI*, 1953, t. 82, p. 5-131.

KLEINBARD (E.),

- « The Lessons of Stateless Income », 65, *Tax Law Review*, 99, 2011.
- « Stateless Income's Challenge to Tax Policy », *USC Legal Studies Research Paper*, n° 11-13, 25 June 2011.
- « Herman Cain's 9-9-9 Tax Plan », *Tax Notes*, October 24, 2011, p. 469.
- « Stateless Income's Challenge to Tax Policy, Part 2 », *Tax Notes*, September 17, 2012, p. 1431-1448.
- « Through a Latte, Darkly: Starbucks's Stateless Income Planning », *Tax Notes*, June 24, 2013, p. 1515-1535.
- « Competitiveness Has Nothing to Do With It », 144, *Tax Notes*, 1055, September 1, 2014.
- « Stateless Income », *Florida Tax Review*, vol. 11, 2011, Number 9.

KOBETSKY (M.),

- « Article 7 of the OECD Model: defining the personality of permanent establishments », *Bulletin*, IBFD, October 2006, p. 411-425.
- « Intra Bank loans: determining a branch's business profits under the article 7 of the OECD Model », *Tax Treaty Monitor*, IBFD, February 2005, p. 48-62.

KOFLER (G.), KEPLER (J.), « European taxation under an Open Sky: LOB clauses in tax treaties between the US and EU member States », *TNI*, 2004 July 5, p. 45.

KOFLER (G.), VAN THIEL (S), « The “Authorized OECD Approach” and EU Tax Law », *European Taxation*, IBFD, August 2011, p. 327-333.

KOK (R.),

- « Exit Taxes for Companies in the European Union after National Grid Indus », 2012-21, *EC Tax Review*, Issue 4, p. 200–206.
- « The principal purpose test in tax treaties under BEPS 6 », 2016-44, *Intertax*, Issue 5, p. 406–412.

KOLLRUSS (HE.),

- « The Saint-Gobain case and the application of tax treaties evolution or revolution », *EC Tax Review*, 2000/4, p. 220-232.
- « German CFC legislation 2011: new anti-avoidance provisions and tax planning opportunities », *European Taxation*, IBFD, January 2011, p. 12-18.
- « Must a dual resident subsidiary be included in a fiscal unity on the basis of primary EU law? The example of Germany and comparative analysis of the EU and EEA Member states », *Bulletin*, IBFD, April/May 2014, p. 250-268.

KONSTENSE (T), « German CFC legislation 2011: new anti-avoidance provisions and tax planning opportunities », *European Taxation*, IBFD, January 2011, p. 12-18.

KOROWICS (M. S.), « Some present aspects of sovereignty in international law », *RCADI*, 1961, t. 102, p. 1-120.

KOSTERS (B.),

- « Partnerships taxation and tax treaty application », *European Taxation*, IBFD, 2005.
- « Partnerships taxation and double agreement application », *Asia/Pacific Tax Bulletin*, IBFD, January/February, 2006, p.19-23.
- « Triangular cases in tax treaties », *Asia/Pacific Tax Bulletin*, IBFD, November/December 2009, p. 372-377.

KRAMER (J.-D.),

- « Tax treatment of permanent establishments: the new German administrative principles », *TNI*, 24 April 2000, p. 1897-1902.
- « Losses from foreign permanent establishment under Germany tax treaties », *TNI*, 15 November 2010, p. 512-514.

KUZNIAKY (B.), « The Need to Avoid Double Economic Taxation Triggered by CFC Rules under Tax Treaties, and the Way to Achieve It », 2015-43, *Intertax*, Issue 12, p. 758-772.

KWATRA (K. G.), « Arbitration in international tax disputes; a new approach », *Journal of International Arbitration*, déc. 1988, vol. 5, p. 151-164.

LAMERS (A.), STEVENS (T.), « Classification of foreign entities and classification conflicts: Netherlands developments », *Intertax*, 2005, n° 5, p. 240-248.

LAMPE(M.), « General subject to tax clause in recent tax treaties », *European Taxation*, IBFD, April/May 1999, p. 183-189.

LANG (M.), « BEPS Action 6: Introducing an Anti-abuse Rule in Tax Treaties », *TNI*, May 19, 2014.

LANGBEIN (V.), « Double taxation agreements: caught in the conflict between national law and international law », *Intertax*, 1985, n° 6-7, p. 145-157.

LANGER (M. J.), « Harmful tax competition: who are the real tax havens? », *TNI*, 18 déc. 2000, p. 2831-2839.

LARKING (B.), « The importance of being permanent », IBFD, *Bulletin*, June 1989, p. 226-273.

LAROMA (P.), « The concept of beneficial ownership in the Indofood and prevost car decisions », *Tax Treaty Monitor*, IBFD, May 2010, p. 253-257.

LAWLESS (D.), MURRAY (S.), « Taxation of collective investment funds and availability to treaty benefits », *European Taxation*, IBFD, February/March 2011, p. 51-57.

LECLERCQ (L.), « Interacting principles: the French abuse of law concept and the EU notion of abusive practices », *Bulletin*, IBFD, June 2007, p. 235-244.

LECLERCQ (L.), TREDANIEL (P.), « Impact of the ECJ's judgment in Lidl Belgium on the deduction of foreign branch losses in France », *Bulletin*, IBFD, May/Juin 2009, p. 236-244.

LEDERMAN (A.S.), « Indofood for thought : UK court disapproves treaty shopping trip », *Tax Management International Journal*, vol. 35, 2006, n° 7, p. 331-343.

LE GALL (J.-P.),

- « Is France preparing to abandon its principle of territoriality », *GRAF-IFA Congress*, Paris, 1980.
- « Treaty shopping the French policy », *Intertax*, 1989, n° 8-9, p. 364-369.

- « Taxation cause by or after a change of residence », *TNI*, 2000/8, p. 643 et s.
- LEGENDRE (X.), KABBAJ (H.), « Substance over form in France and the Bank of Scotland decision », *TNI*, 12 April 2007, p. 171-174.
- LEHERISSEL (H.), « The tax residence of companies », *European Taxation*, IBFD, April/May 1999, p. 157-160.
- (M.), « Limitation of the national power of taxation by the fundamental freedoms and non-discrimination clauses of the EC treaty », *EC Tax Review*, 2000/1, p. 5-15.
- LI (J.), « “Beneficial ownership” in tax treaties: judicial interpretation and the case for clarity », *Conference in honor of J. Avery Jones*, 22 April 2010.
- LIEBMAN (H.), HEYVAERT (W.), OYEN (V.), « Countering harmful tax practices: BEPS action 5 and EU initiatives – Past progress, current status and prospects », *European Taxation*, IBFD, February/Marc 2016, p. 102-105.
- LEVEY (M.), GERDES (I), MANSFIELD (A.), « The key BEPS items causing discussion in the United States », 2016-44, *Intertax*, Issue 5, p. 399-405.
- LIU (y.), « How to define corporate resident in China: a comparative study », *TNI*, 12 February 2007, p. 605-617.
- LODIN (S.-O.), « The competitiveness of EU tax systems », *European Taxation*, May 2001, p. 166-171.
- LOMBARDI (M.), « Triangular situations: a case of double source taxation of interest and royalties », *Bulletin*, IBFD, April 1997, p. 177-182.
- LOOMER (G.), « Tax treaty abuse: is Canada responding effectively? », *Paper submitted to the Oxford university center for business taxation*, March 2009, 40 p.
- LORENCE (R. D.), « Corporate tax shelters: stalking-horse for reintroduction of the dreaded “burp” tax? », *JIT*, Nov. 1999, vol. 10, p. 30 et s.
- LOUW (M. A.), « Tax treatment of dual resident company in a Netherlands fiscal unity », *European Taxation*, Volume 36, 1996, n° 12, p. 409-415.
- LOWELL (C. H.),
 - « OECD APA guidelines: seal of approval for alternative dispute mechanisms », *JIT*, may 2000, vol. 11, p. 26 et s.
 - LOWELL (C. H.), LEVEY (M. M.), « Critical APA issues explained and updated in Rev. proc. 96-53 », *JIT*, févr. 1997, vol. 8, n° 2, p. 74-80.
 - LOWELL (C. H.), GOVERNALE (J. P.), « Choosing a dispute resolution method: is an APA always the best alternative? », *JIT*, mars 1998, vol. 9, n° 3, p. 33-42.

LÜDICKE (J), ALTORFER (J), BLANLUET (G), HOHENWARTER-MAYR (D), INOUE (K), SUAREZ (S), LANGE-HÜCKSTÄDT (C) AL, « Cross border loss utilization », IBFD, *Bulletin*, June/July 2014, p. 376-383.

LUTHRA (T.), NAKHAI (K.), « Seats theory applies for Swiss companies German court says », *TNI*, December 1, 2008, p. 575-577.

LYONS (J. T.), « The struggle against international fiscal fraud: tax avoidance and tax evasion », IBFD, *Bulletin*, 1996, vol. 50, n° 3, p. 100-104.

LYTHKEN (P. E.), BJORNHOLM N.), « Withholding tax campaign in Denmark exposes PE deals », *TNI*, 15 March 2010, p.977-978.

MADERA, ARRUDA, NEVES, CASSIANO (E.), « Exploring the boundaries of the application of article 10(5) of the OECD Model », *Intertax*, 2007, n° 8-9, p. 473-483.

MADERA (E.S.A.), « Extraterritorial taxation and the application of article 10(5) of the OECD Model », *Paper submitted to the University of Leiden*, August 2006.

MADISTE (E.), « Bilateralism of tax treaties versus triangular cases: is there a conflict? », *Paper submitted to Lund University*, May 2012.

MAGENTA (M.), VALENTE (P.), « Analysis of certain anti-abuse clauses in the tax treaties concluded by Italy », IBFD, *European Taxation*, Vol. 54, 2000, n° 1, p. 41-4

MAISTO (G.),

- « Shaping EU company tax policy: amending the tax directives », *European Taxation*, IBFD, August 2002, p. 287-302.
- « The observation on the OECD commentaries in the interpretation of tax treaties », *European Taxation*, IBFD, January 2005, p. 14-19.
- « Controlled foreign company legislation, corporate residence and anti-hybrid arrangements rules » *Bulletin*, IBFD, June/July 2014, p. 327-331.

MAISTO (G.), PISTONE (P.)

- « A European Model for Member states' legislation on the taxation of Controlled foreign subsidiaries (CFCs) – Part 1 », *European Taxation*, IBFD, October 2008, p. 503-513.
- « A European Model for Member states' legislation on the taxation of Controlled foreign subsidiaries (CFCs) – Part 2 », *European Taxation*, IBFD, November 2008, p. 554-570.

MALHERBE (J.), DELATTRE (O.), « Compatibility of limitation of benefits provisions with EC law », *European Taxation*, IBFD, 1996 January, p. 12-20.

- MALHERBE (J.), DAENEN (O.), « Permanent establishment claim their share of profits does the taxman agree? », *Tax Treaty Monitor*, IBFD, July 2010, p. 359-366.
- MARCHGRABER (C.), « Conflicts of Qualification and Interpretation: How Should Developing Countries React? », 2016-44 *Intertax*, Issue 4, p. 307–315.
- MARTIN (P.), « Interaction between tax treaties and domestic law », *Bulletin*, IBFD, April/May 2011, p. 196-210.
- MARTIN JIMÉNEZ (A. J.), GARCIA PRATS (F.), CALDERON CARRERO (J. M.), « Triangular Cases, tax treaty and EC law: the Saint-Gobain decision of the ECJ », *European Taxation*, IBFD, June 2001, p. 241-253.
- MARTINHO FERNANDES (S.), BERNALES (R.), GOEYDENIZ (S.), BOB MICHEL (R.), POPA (O.), EMANUELA SANTORO (E.) :
- « A Comprehensive Analysis of Proposals To Amend the Interest and Royalties Directive – Part 1 », *European Taxation*, IBFD, September/October 2011, p. 396-414.
 - « A Comprehensive Analysis of Proposals To Amend the Interest and Royalties Directive – Part 2 », *European Taxation*, IBFD, November 2011, p. 414.
- MASUI (Y.), « Imposing domestic tax rules on permanent establishments of foreign taxpayers », *Asia-Pacific Tax Bulletin*, IBFD, January/February 2007, p. 3-10.
- MASTELONNE (P.), TZUBERY (Y.), « The EU common consolidated corporate tax base: CCCTB and third countries », *TNI*, 9 April 2012, p. 151-167.
- MATTEOTTI (R.), « Interpretation of tax treaties and domestic general anti avoidance rules – a skeptical look at the 2003 update to OECD commentary », *Intertax*, 2005, n° 8-9, p. 336-350.
- MATTSON (N.), « Multilateral tax treaties – A model for the future? », *Intertax*, vol. 2000, n° 8-9, p. 301-308.
- MCGOVAN (M.), « UK Courts expands international interpretation of beneficial ownership », *TNI*, 19 June 2006.
- MCKEE (M.), « The concept of beneficial ownership in china's treaties », *TNI*, 4 January 2010, p. 59-61.
- MCKINNON (J.), « The international fiscal association 49th congress met September 17 through 22 in Cannes France where delegates adopted resolutions on international tax problems of partnerships and tax aspects of derivative instruments », *Tax Analyst*, October 16, 1995.

MEHTA (N.), HABERSHON (K.), « UK tax authorities issue draft guidance in wake of Indofood decision », *TNI*, 8 November 2006, 5 p.

MENSON (D. M.), MCKENNA (M. M.), « Deductibility of interest and the financing charges in computing income », Rapport pour les États-Unis , IFA, *CDFI*, 1994, vol. 79a, p. 465-486.

MILET OSLER (M.), « Tax court of Canada rules US LLC is treaty resident », *Tax Planning International Review*, 17 May 2010.

MITRA (R. K.),

- « Beneficial ownership: UK court of appeal in the case of Indofood International Finance », *Tax Planning International Review*, vol. 33, 2006, n° 6, p. 28-30.
- « OECD: a critical analysis of the discussion draft on non-discrimination », *Tax Planning International Review*, 8 January 2007

MOLENAARS (M.), BONGERS (E.), « Netherlands explains tax policy on dual resident companies », *TNI*, April 16, 2001.

MOORE (R.), « Dual resident companies the last remaining benefit? », *European Taxation*, IBFD, March 2011, p. 94-96.

MORRISON (P. D.), « Treasury's new model convention tries to clarify a definition problem », *TMIJ*, vol. 36, 2007, n° 2, p. 95-97.

MÖSSNER (J. M.),

- « Klaus Vogel Lecture 2009 - Comments », *Tax Treaty Monitor*, IBFD, January 2010, p. 16-19.
- « Source versus residence an EU perspective », *Bulletin*, IBFD, December 2006, p. 501-506.

MUKADI NGOY (J.), « The paradox of tax havens: consequences of the subjective approach », *JIT*, Jan. 2001, vol. 12, p. 34 et s.

MUNIZ (N.), « Emerging international consensus on treaty benefit for flow through entities », *Tax Analysts*, 23 September 2003, p. 1056-1090.

NAYAK (R.), RAO (S.), « Stopping treaty shopping change », *International Tax Review*, may 2008, p. 53-55.

NIEMINEN (M.),

- « Abolition of double taxation in the treaty of Lisbon », *Bulletin*, IBFD, June 2010, p. 330-335.
- « Transfer of assets regime applicable to US company's PE under tax treaty non-discrimination rules », *European Taxation*, IBFD, July 2014, p. 325-329.

- « Dual Role of the OECD Commentaries – Part 1 », 2015-43 *Intertax*, Issue 11, p. 636–659. « Dual Role of the OECD Commentaries – Part 2 », 2015-43, *Intertax*, Issue 12, p. 773–795.

NOT (N.), « French Supreme Court disagrees with tax authorities concerning foreign partnerships », *TNI*, 24 April 2000, p. 1817-1820.

NOUEL (J.), « The new article 7 of the OECD Model convention: the end of the road? », *Bulletin*, IBFD, 2011 January, p. 5-12.

OFFERMANN (R.), ROMANO (C.), « Treaty benefit for permanent establishments: the Saint-Gobain Case », *European Taxation*, IBFD, May 2000, p.180-189.

OK (M. S.), « New anti-treaty shopping measures », *Asia-Pacific Tax Bulletin*, May 2006, p. 404-407.

OLIVER (D.) LIBIN (J.), WEEGHEL (S), DUTOIT (C.), « Beneficial ownership », *Bulletin*, IBFD, July 2000, p. 310-325.

OLIVER (D.),

- « The proposed EU interest and royalties Directive », *Intertax*, 1999, n° 6/7, p. 204-206.
- « Entitlement of a permanent establishment to third state treaty benefit », *BTR*, 2000, 3, p. 174-181.
- « Beneficial ownership and the OECD model », *BTR*, 2001, p. 27.

ORTEGA (A.), « Taxation of non-resident shareholders of transparent companies », *European Taxation*, IBFD, August/September 1990, p.259-261.

OESTERHELT (S.), WINZAP (M.), « Swiss Supreme Court decision on treaty abuse », *European Taxation*, IBFD, September 2006, p.461-463.

OESTERWEIL (E.), « Are Lob provisions in double tax conventions contrary to EC treaty freedom? », *EC Tax Review*, 2009-5, p. 236-248.

O'SHEA (T.),

- « The ECJ, the D case, double tax conventions and the most favored nations: comparability and reciprocity », *EC Tax Review*, 2005-4, p. 190-201.
- « Freedom of establishment tax jurisprudence: avoir fiscal re-visited », *EC Tax Review*, 2008-6, p. 259-275.
- « Double tax conventions and the European Union », *EC tax journal*, Mars 2010, p. 71-80.

OUDEMANS (C.), « Supreme Court rules on Dutch exit taxes », *Tax Planning International Review*, June 2009, p. 15-16.

OWENS (J.),

- « Taxation within a context of economic globalization », *Tax Treaty Monitor*, IBFD, July 1998, p. 290-296.
- « Abusive tax shelters: weapons of tax destruction », *TNI*, 5 December 2005, p. 873-876.

PALACIOS (J.), « Recent developments in the use of Swiss Finance branch », *European Taxation*, IBFD, February 2006, p.84-85.

PALLESINI (N.), « Application of tax treaties to investment funds », *Paper submitted for LLM University of California Berkeley*, 2007, 46 p.

PANAYI (C. H.),

- « Recent developments regarding the OECD Model Convention and EC law », *European Taxation*, IBFD, October 2007, p. 452-465.
- « Treaty shopping and other tax arbitrage opportunities in the European Union: a reassessment Part 1 », *European Taxation*, IBFD, March 2106, p. 104-110.
- « Treaty shopping and other tax arbitrage opportunities in the European Union: a reassessment Part 2 », *European Taxation*, IBFD, April 2006, p. 139-155.
- « Limitation on benefits and state aid », *European Taxation*, IBFD, February/March 2004, p. 83-98.
- « Thin capitalization Glo *et al.* A thinly concealed Agenda? », *Intertax*, May 2005, p. 298-309.
- « Is Aggressive Tax Planning Socially Irresponsible? », 2015-43 *Intertax*, Issue 10, p. 544-558.

PARRILLO (K.), « UK Chemical Giant Pondering move to Switzerland », *TNI*, 8 March 2010.

PEDERSON (B. M.), « Triangular cases: article 15 of the OECD Model income of employment and the definition of terms », *European Taxation*, IBFD, February 2007, p. 90-92.

PERDELWITZ (A), « Recent developments on the deductibility of foreign permanent establishment losses in Germany », *European Taxation*, IBFD, January 2011, p.31-33.

PERKINS (M.), « OECD revises commentary on e-business and permanent establishments », *JIT*, April 2001, vol. 12, p. 50 et s.

PERSICO (G.), « Agency permanent establishment under article 5 of the OECD model convention », *Intertax*, 2000, n° 2, p. 66-82.

PETROSOVITCH (K.), « Abuse under the merger directive », *European Taxation*, IBFD 2010, n° 12, p. 558-567.

PICHARD, (S.), « Abuse of law and cross border transactions in France », *TNI*, 22 December 2004.

PICQ (E.),

- « “Abuse” of EU holding companies: fundamental freedoms, EC parent subsidiary Directive and the French constitution. Part 1 », *European Taxation*, IBFD, October 2009, p.471-478.
- - « “Abuse” of EU holding companies: fundamental freedoms, EC parent subsidiary Directive and the French constitution. Part 2 », *European Taxation*, IBFD, November 2009, p.534-541.

PIJL (H.),

- « Beneficial ownership and second tier beneficial owners in tax treaties of the Netherlands », *Intertax*, October 2003, p.353-361.
- « The relationship between article 5, paragraph 1 and 3 and the OECD Model convention », *Intertax*, 2005, n° 4, p. 189-193.
- « The OECD commentary as a source of international law and the role of the judiciary », IBFD, *European Taxation*, May 2006, p.216-224.
- « The fictitious permanent establishment offshore in Dutch domestic and treaty law », IBFD, *Treaty Monitor*, May 2003, p.208-214.
- « Draft revisions to OECD Model treaty includes unexpected technical changes », *TNI*, 28 April 2008, 4 p.
- « Interpretation of article 7 of the OECD Model, permanent establishment financing and other dealings », IBFD, *Bulletin*, June 2011, p.294-306.

-

PILTZ (D.),

- « Taxation of Spanish partnerships », *European Taxation*, IBFD, October 1998, p. 328-330.
- « When is there an agency permanent establishment? », *Bulletin*, IBFD, May 2004, p. 196-201.

PINK (G.), « UK finance act 1988 corporate residence and migration », *European Taxation*, IBFD, December 1988, p. 407-409.

PINTO (C.), « The OECD 2001 progress report on harmful tax competition », *European Taxation*, IBFD, janvier 2002, p. 41-45.

PINTO (D.),

- « A new three-Tier proposal for determining corporate residence based principally on individual residence », *Asia Pacific Tax Bulletin*, IBFD, janvier 2005, p. 14-22.
- « Exclusive source or residence based taxation – Is a new and simpler world tax order possible? », *Bulletin*, IBFD, July 2007, p. 277-291.

PISTONE (P.),

- « Tax treaties and the internal market in the new European scenario », *Intertax*, 2007, n° 2, p.75-81.
- « The impact of European law on the relations with third countries in the field of Direct Taxation », *Intertax*, 2006, n° 5, p. 234-244.
- « Short reports on the proceedings of the 54th IFA Congress Munich 2000 », *Bulletin*, IBFD, January 2001, p. 35-42.

PLEIJSIER (A.), « The agency permanent establishment, practical application part 2 », *Intertax*, June/July 2001, p. 218-232.

POST (D.R.), STALS (KPE.), « The Tax Treatment of Corporate Losses: A Comparative Study », 2012-40, *Intertax*, Issue 4, p. 232–244.

PÔTGENS, (F. P. G.), « The Netherlands Supreme Court again excludes credit of withholding tax in a triangular case », *European Taxation*, April 2008, p.210-215.

PRATS (G.),

- « Triangular cases and residence as a basis for alleviating international double taxation. Rethinking the subjective scope of double taxation », *Intertax*, 1994, n° 11, p. 473-484.
- « Application of Parent-Subsidiary regime to Permanent Establishments? », *European Taxation*, IBFD, June 2005, p. 179-187.

PREBBLE (Z.), PREBBLE (J.), « Comparing the general anti avoidance rule of income tax law with the civil law doctrine of abuse of law », *Bulletin*, IBFD, April 1998, p. 151-170.

PRINCEN (S.), GERARD (M.), « International tax consolidation in the European Union: evidence of heterogeneity », *European Taxation*, IBFD, April 2008, p. 174-185.

PUGH (R. C.), « Role of tax treaties in characterizing business organizations as partnerships or corporations », *Réflexions offertes à Paul Sibille*, Brussels, 1981, p. 757 et s.

RAAD (K. VAN),

- « Deemed expenses of a permanent establishment under article 7 of the OECD model », *Intertax*, 2000, n° 4, p. 162-67.

- « Recognition of foreign enterprises as taxable entities », Rapport général, IFA, *CFDI*, 1988, vol. 73a, 1988, p. 69-112.
 - « Option for greater international coordination and cooperation in the tax treaty area », *Bulletin*, IBFD, June 2002, p. 248-249.
 - « Dual residence and 1977 OECD model treaty article 4(1) second sentence », *European Taxation*, IBFD, June 1990, p. 27-29.
 - « The 1992 OECD Model treaty: Triangular cases », *European Taxation*, IBFD, September 1993, p. 298-301.
 - « Options for greater International coordination and cooperation in the tax treaty area », *Bulletin*, IBFD, June 2002, p. 248-249.
 - « 1992 addition to Article 3 (2) (interpretation) and 24 (non-discrimination) of the 1992 OECD model and commentary », *Intertax*, 1992, n° 12, p. 671-676.
 - « Dual residence and 1977 OECD Model treaty Article 4 (1) second sentence », *European Taxation*, IBFD, January 1990, p. 27-29.
 - « Non-discrimination », *BTR*, 1981/1, p. 43-48.
 - « Dual Resident companies under tax treaties », *Seminar Loyens Loeff*, march 2010.
 - « 2008 OECD MODEL: Operation and effect of article 4 (1) in Dual residence issues under the up dated commentary », *Treaty Monitor*, IBFD, May/June 2009, p. 187-190.
- RASMUSSEN (S.), « Permanent Establishments: The Current State of Play », *Bulletin*, IBFD, November 2011, p. 350-355.
- RAVENTOS (S.), « On the interest and Royalties directive, or how an espresso measure become a decaf one », *European Taxation*, IBFD, July 2000, p. 286-287.
- REEB-BLANHUET (S.), « French Supreme court releases opinions on use of foreign tax credits », *TNI*, 27 September 2010.
- REINHOLD (R. L.), « What is tax treaty abuse (is treaty shopping an outdated concept?) », *Tax Lawyer*, Spring 2000, vol. 53, p. 603-702.
- REINOUD (H.), « The tax and legal impact of transferring a company to or out of Luxembourg », *TNI*, 14 March 2005, p. 999-1005.
- RIDDER DE (P.), « Income tax reform to control abusive structures », *Asia Pacific Tax Bulletin*, IBFD, September/October 2009, p. 335-337.
- RIGBY (M.), « The protocol to the Australia United States tax treaty. Part 2 », *Australian Tax Review*, 2003, n° 32, p. 206-235.

- RIIS (A), BJORNHOLN N), « First Danish ruling on beneficial ownership », *European Taxation*, July 2010, p.324-328.
- RIIS (A), « Danish tax authorities prevail in recent beneficial ownership decision », *European Taxation*, April 2011.
- RING (D. M.), « Prospects for a multilateral tax treaty », *Brooklyn Journal of International Law*, 2001, v. 26, n° 4, p. 1699-1709.
- RIVOLTA (A.),
- « Transfer of Residence within European Union: the treatment of pre existing losses. Part 1 », *European Taxation*, IBFD, January 2010, p. 26-36.
 - « Transfer of Residence within European Union: the treatment of pre existing losses. Part 2 », *European Taxation*, IBFD, February/March 2010, p. 66-78.
- ROGERS (J. E.), LEMANOWICS (E. P.), « Limits on the use of low-tax regimes by multinational businesses: current measures and emerging trends », Rapport pour les États-Unis , IFA, *CDFI*, 2001, vol. 86b, p. 903-926.
- ROBERT (E.), TOFF D.), « Tax treaty implications of non-recourse sales of Credit », *European Taxation*, IBFD, November 2011, p. 436-444.
- ROMANO (C.), RUSSO (R.), « Italian tax consequences of permanent establishments », IBFD, *Bulletin*, August/September 2010, p. 456-462.
- RONFELD (T.), « Anti abuse clause or harmonisation », *Intertax*, Vol. 39, 2011, p. 12-18.
- RONTONDARO (C.), « The Substance Requirement and the Future of Domestic Anti-Abuse Rules within the Internal Market », *European Taxation*, IBFD, April/Mai 1999, p. 161-165.
- ROSALEM (F. B.), « The agent permanent establishment reconsidered: application of the arts 5, 7 and 9 of the OECD Model convention », *International Transfer Pricing*, IBFD, January 2010, p. 12-33.
- ROSENBLOOM (D. H.),
- « International tax arbitrage and the international tax system », *Tax Law Review*, Winter 2000, v. 53, n° 2, p. 137-166.
 - « OECD report “double taxation conventions and the use of conduit companies », *Intertax*, 1988, n° 6-7, p. 179-182.
- ROSSI (M. Q.),
- « An Italian perspective on the beneficial ownership concept », *TNI*, 19 March 2007, p. 1117-1134.

- « Using Dual Resident companies under Italian's tax consolidation rules », *TNI*, October 16, 2006, p. 205-209.
- « Italian subsidiary deemed to be a permanent establishment, tax deductions denied », *TNI*, October 13, 2006.
- « Italy introduces corporate tax residency, anti-inversion rules », *TNI*, 21 August, 2006.

ROSSI-MACCANICO (P.), « Fiscal tax aids, tax base and profit shifting », *EC Tax Review*, 2015-24, Issue 2, p. 63–77.

ROUELLE (O.), LIEBMAN (H.), « The doctrine of abuse of community law: the sword of Damocles Hanging over the head of EC corporate tax law? », *European Taxation*, IBFD, 2006 December, p. 559-564.

ROWLAND (A.), « Beneficial ownership in a corporate context: what is it, when is it lost, where does it go? », *BTR*, 1997, n° 3, p. 178-187.

RUST (A.), « The new approach to qualification conflicts has its limits », *Tax Treaty Monitor*, IBFD, February 2003, p. 45-50.

RUST (R.), « Situs Principle V. Permanent Establishment principle in International tax law », *Bulletin*, IBFD, January 2002, p. 15-18.

RUSSO (A.), OFFERMAN (R.), « The 2005 amendments to the EC Merger Directive », *European Taxation*, IBFD, June 2006, p. 250-257.

RUSSO (A.),

- « Partnerships and other hybrid entities and the EC corporate direct tax Directives », *European Taxation*, IBFD, October 2006, p. 478-486.
- « The OECD approach to partnerships – some critical remarks », *European Taxation*, IBFD, April 2003, p. 123-128.
- « The 2005 OECD Model convention and commentary: an overview », *European Taxation*, IBFD, November 2005, p. 560-565.

RUSSO (R.), « Tax treatment of dealings with different part of the same enterprise under article 7 of the OECD Model: almost a century of uncertainty », *Treaty Monitor*, IBFD, October 2004, p. 472-485.

SACCARDO (N.),

- « Selected Issues on the EU definitions of interest and Royalty », *TNI*, 31 May 2004, p. 969-975.

- « Article 24(3) of the OECD model Convention: the significance of “taxation on a permanent establishment” in cross border reorganizations », *Intertax*, 2003, n° 8/9, p. 271-280.

SALOME (H.), DANON R.), « The OECD partnership report – a Swiss view on conflicts of qualification », *Intertax*, 2003, n° 5, p. 190-196.

SANCHEZ (E. G.), FLUXA (F.) « The transfer of the seats and the freedom of establishment for companies in the European Union: analysis of EC Case law and the regulations on the

SANTIAGO (B.), « Non-discrimination provisions at the intersection of EC and international tax law », *European Taxation*, IBFD, May 2009, p. 249-262.

SANGHAVI (D.), « Tax Treaty Entitlement Issues Concerning Dual Residents », 2014-42 *Intertax*, Issue 10, p. 604–614.

SANTIS DE (D. A.), « A comparative analysis of article 10(5) of the OECD Model as implemented in tax treaties and relevant case law », *Bulletin*, IBFD, April 2013, n° 4/5.

SANTIAGO (B.), FERNANDES (J. A.), « Commissionnaire agency permanent establishments », *International Transfer Pricing Journal*, IBFD, September/October 2010, p. 369-371.

SASSEVILLE (J.), « Improving the flexibility of tax treaties part 1 general issues », *Tax Treaty Monitor*, IBFD, June 2002, p. 271-274.

SAUNDERS (R.), « How much longer will treaty shopping be allowed? », *TPIR*, vol. 22, 1995, n° 1, p. 20-25.

SCAPA (A.), HENIE (L.), « Avoidance of double non taxation under OECD Model tax convention », *Intertax*, June/July 2005, p.266-285.

SCHAFFNER (J.), « The OECD report on the application of tax treaties to partnerships », IBFD, *Bulletin*, May 2000, p. 218-226.

SCHEPPARD (L.), « Pending ECJ Cases Emphasize Free Movement of Capital », *TNI*, November 29, 2010, p. 637-644.

SCHILL (S.), « Multilateralizing investment treaties through most favored nation clauses », September 2009 (origin unknown), p. 496-566.

SCHINABECK (M. J.), « The limitation on benefits article of the U.S.-France tax treaty », *TMIJ*, 1996, vol. 25, n° 1, p. 26-40.

SCHNEEWEISS (H.), « Exit taxation after Cartesio: the European fundamental freedom’s impact on taxing migrating companies », *Intertax*, 2009, n° 6/7, p. 363-374.

SCHOUERI (L. E.), GÜNTHER (O.C.), « The subsidiary as a permanent establishment », *Bulletin*, IBFD, February 2011, p. 69-74.

SCHUCH (J.),

- « Most favored nation clause in tax treaty law », *EC Tax Review*, 1996-4, p. 161-164.
- « EC law requires multilateral tax treaty », *EC Tax Review*, 1998-1, p. 29-36.

SCHWARTZ (J.), « European corporate group and financing: the impact of European Court decisions and European law developments », *Bulletin*, IBFD, November 2003, p. 514-519.

SEDLACZEK (M.), « Capital and Payments: the prohibition of discrimination and restrictions », IBFD, *European Taxation*, January/February 2000, p. 14-31.

SEEMANN (E.), « Exchange of information under international tax conventions », *The International Lawyer*, Spring 1983, vol. 17, p. 333-344.

SEEVERS (M.), « Taxation of partnerships and partners engaged in international transactions: issues in cross border transaction in Germany and the US », *Houston Business and Tax Law Journal*, 2002, p. 143-231.

SEGAT (G.), « The tax implications of Italian Silent partnerships with non-resident partners », IBFD, *European Taxation*, IBFD, November 2000, p. 499-512.

SELF (H.), « The UK's New Diverted Profits Tax: Compliance with EU Law », 201-43 *Intertax*, Issue 4, p. 333-336.

SHALHAV (S.),

- « The evolution of article 4(3) and its impact on the place of effective of effective management tie breaker rule », *Intertax*, 2004, p. 460-476.
- « The revised permanent establishment rules », *Intertax*, 2003, n° 4, p. 131-147.

SHEPPARD (L. A.),

- « Indofood and Bank of Scotland: who is the beneficial owner? », *TNI*, 6 February 2007.
- « Is it possible to abuse a treaty », *TNI*, 10 January 2011, p. 90-96.
- « News analysis: the brave new world of the dependant agent PE », *TNI*, 1st July 2014, p. 1-14.
- « Dressing up the intermediary company », *TNI*, 18 October 2010, p. 142-146.

SIDHU (P. K.), « Is the mutual agreement procedure past its “Best effort date” and does future of tax dispute resolution lie in mediation and arbitration? », IBFD, *Treaty Monitor*, November 2014, p. 590-605.

SILBERZTEIN (C.), « French APAs offer mixed blessing », *International Tax Review*, févr. 2000, p. 36-38.

SKAAR (A. A.),

- « Erosion of the concept of permanent establishment: electronic commerce », *Intertax*, 2000, n° 5, p. 188-194.
- « Subject to what conditions will the provision of service constitute a PE », *TNI*, 22 October 1997.

SMIT (P. M.),

- « Treaty residence of a company in a triangular situation: decision of Supreme Court of February 2001 », *European Taxation*, IBFD, April 2002, p. 301-308.
- « Taxation of dividends distributed by a Dual resident company: decision of the Supreme Court of the 2 September 1992 », *European Taxation*, IBFD, January 1993, p. 36-40.
- « Taxation of losses of a Dual resident company », *European Taxation*, IBFD, September 1993, p. 309-311.
- « Taxation of Belgium resident limited partner in a Netherlands limited partnerships », *European Taxation*, IBFD, July 1994, p. 234-237.
- « Interantional juridical double non taxation and state Aid », 2016-25, *EC Tax Review*, Issue 2, pp. 109–112.
- « A limited partnerships in the United States transparent for Netherlands tax law », *European Taxation*, IBFD, October 1989, p. 337-339.
- « Supreme court “look through” a company established in the Netherlands Antilles (fraus legis) », *European Taxation*, IBFD, July 1990, p. 184-189.

SMITH (R. E.), « The No recognition of foreign tax judgments: international tax evasion », *University of Illinois Law Review*, 1981, p. 241-268.

SNEL (F.), MAS (C. L.), « The classification of partnerships for tax purposes: a comparative analysis », *European Taxation*, IBFD, October 2003, p. 367-377.

SNOWDOWN (C.), « Tax court issues key ruling on beneficial ownership », *International Tax Review*, June 2008, p. 24-25.

SOLER ROCH (M. T.), « Tax residence of the SE », *European Taxation*, IBFD, January 2004, p. 11-15.

SOONG (Woo. M.), « A survey of case law on term “beneficial ownership” in article 10, 11 and 12 of OECD MC », *Paper submitted to the LL.M. Leiden University*, 2007, p.30.

SPECTOR (P. H.), SALOU (S.), « The new U.S.-France income tax treaty: vive la différence ! », *TMIJ*, 1995, vol. 24, n° 2, p. 90-102.

STEFANER (M. C.),

- « Using Dual Resident companies under Austria's group tax regime », *TNI*, 14 August 2006, p. 575-577.

- « Tax planning under Austria Germany tax treaty », *TNI*, 22 December 2003.

STEINDL (M.), STIASTNY (M.), « The impact of the OECD partnership report (1999) on tax avoidance in outbound cases », *Bulletin*, IBFD, February 2014, p. 112-115.

SPENGLER (C.), FUEST (C.), FINKE (K.), HECKMEYER (J.), NUSSER (H.), « Profit shifting and "aggressive" tax planning by multinational firms: issue and options for reform », *World Tax Journal*, IBFD, October 2013, p. 308-323.

STEPHOLT (R.), BASCOPE (H.), HERING (A.), « Group taxation in Spain », *European Taxation*, IBFD, August 2008, p. 403-408.

STEWART (R.), « Abuse and economic substance in a digital BEPS World », *Bulletin*, IBFD, June/July 2015, p. 399-409.

SWITALA (F.), « Holding via a partnership ineligible for exemption under the Ec parent subsidiary Directive », IBFD, *European Taxation*, July 2009, p. 386-388.

SZUDOCZKY (R.),

- « Vienna convention on "the EU and third states: direct taxation" », *European Taxation*, IBFD, February 2007, p. 93-98.

- « How does the European Court of Justice treat precedents in its case law? Cartesio and Damseaux from a different perspective. Part 1 », *Intertax*, 2009, n° 6/7, p. 346-362.

TABOADA (C.P.), « OECD Base Erosion and profit shifting Action 6: the general anti-abuse rule », *Bulletin*, IBFD, October 2015, p. 602-608.

TAKAHASHI (K.), « Partnerships taxation in Japan », *Bulletin*, IBFD, September/October 2007, p. 402-409.

TANDON (C.),

- « Tax officials debate UK court ruling », *TNI*, 22 March 2006.

- « UK anti treaty shopping rules disturbing, treasury official says », *TNI*, 23 March 2006.

TAO (P.), « China restates application of DTA to bank interest », *TNI*, 16 June 2010.

TENORE (M.),

- « Timing issues relating to changes in Treaty residence or source », *Intertax*, 2006, n° 33, p. 132-142.

- « Timing issues relating to changes in Treaty residence or source », *Intertax*, 2006, n° 10, p.475-484.

- « Transfer of assets from a permanent establishment to its general enterprise in the light of European tax law », *Intertax*, 2006, n° 8/9, p. 386-392.
 - « Taxation of dividends a comparison of selected issues under article 10 OECD MC and the Parent Subsidiary Directive », *Intertax*, 2010, n° 4, p. 222-238.
- TERR (L. B.), « Perspective on treaty shopping », *TNI*, vol. 1, 1989, n° 4, p. 379-383.
- THILL (P.-S.), STREIFF (D.), « French see treaty as a dangerous liaison », *ITR*, juil.-août 1993, vol. 4, n° 8, p. 26-28.
- THIEL (S Van.), « The prohibition of income tax discrimination in the EU: what does it mean? », *European Taxation*, IBFD, September 1994, p. 303-310.
- THOMAS (F.), « IFA panel sketches solutions to triangular tax treaty problems », *TNI*, 1998 (undated), 3 p.
- THÖMMES (O.),
- « EC Law aspects of permanent establishment », IBFD, *European Taxation*, 2001, p. 47.
 - « EC tax scene », *Intertax*, 2003, n° 11, p.474-475.
- THORNTON (N.), « Corporate migration from the United Kingdom », *TNI*, 17 June 2008.
- THORPE (K. E.), « International taxation of electronic commerce: is the internet age rendering the concept of permanent establishment obsolete? », *Emory International Law Review*, Autumn 1997, vol. 11, n° 2, p. 633-696.
- THURONYI (V.), « International tax cooperation and a multilateral treaty », *Brooklyn Journal of International Law*, 2001, v. 26, n° 4, p. 1641-1681.
- TIUNOV (O. I.), « The international legal personality of states: problems and solutions », *Saint Louis University Law Journal*, Winter 1993, vol. 37, p. 323-336.
- TOIFL (G.), « Can discrimination in the state of residence be justified by the taxable situation in the State of source », *EC Tax Review*, 1996-4, p. 165-167.
- TOLSRUP (B.), BJORNHOLM (N.), « Beneficial Ownership – Withholding Tax on Dividends and Interest from the Danish Perspective », *Bulletin*, IBFD, September 2011, p. 503-507.
- TROIANO (P.), « The EU interest and Royalty directive: the Italian perspective », *Intertax*, 2004, n° 6/7, p. 325-331.
- VANDERSTOEL (E.), « Dutch Supreme court decides triangular case », *TNI*, 19 March 2002, 7 p.
- VANDERWOLK (J.), « The deferral debate and benefits theory », *TNI*, 27 March 2000, p. 1469-1471.
- VANISTENDAEL (F.),

- « Impact of European tax law on tax treaties with third countries », *EC Tax Review*, 199/3, p. 163-170.
- « The role of the European Court of Justice as the Supreme Judge in tax cases », *EC Tax Review*, 1996/3, p. 114-122.
- « Taxation and non-discrimination a reconsideration of withholding taxes in the OECD », *World Tax Journal*, IBFD, June 2010, p. 175-191.
- «The European interest saving directive – An appraisal and proposals for reform », *Bulletin*, IBFD, April 2009, p. 152-162.

VANN (R.),

- « Liable to tax and company residence under tax treaties », *Sydney Law School, Legal study research paper*, n° 10/131, November 2010.
- « Tax treaties: the secret agent's secret », *Sydney Law School, Legal study research paper*, n° 06/05, August 2006.

VARGAS (C.), « Beneficial ownership lacks proper meaning », *ITR*, vol. 15, 2004, n° 5, p. 18-20.

VEGH (P.G), « The 2003 OECD Model », *European Taxation*, IBFD, July/August 2003, p. 244-249.

VELASCO (S), « Spanish Court of Appeals' interpretation of the Parent subsidiary directive », *TNI*, 7 September 2009, p. 839-840.

VERDONER (L.), OFFERMANN (R.), HUIBREGTSE (S.)

- « A cross country perspective on beneficial ownership. Part 1 », *European Taxation*, IBFD, September 2010, p. 419-429.
- « A cross country perspective on beneficial ownership. Part 2 », *European Taxation*, IBFD, October 2010, p. 465-473.

VERJANS (P.), « Permanent establishment of foreign companies entitled to equal treatment as Belgium companies in the field of tax credit », *European Taxation*, IBFD, March 1988, p. 86-88.

VERLINDEN (I.), VLEM (VAN X.), MARKEY (B.), « Commissionnaire agency permanent establishment structure and the impact of Zimmer case », *International Transfer Pricing Journal*, IBFD, September/October 2010, p. 347-351.

VERMEULEN (EPM.), « Beneficial ownership and control, a comparative study, OECD, Indonesia policy dialogue », *OECD Governance paper*, September 2014, 52 p.

VINTHER (N.), « Tax Motives are Legal Motives – The borderline between the use and abuse of the freedom of establishment with reference to the “Cadbury Schweppes case” », *European Taxation*, IBFD, August 2006, p. 383-386.

VIOLIN (P.), « Brazil’s controlled foreign company regime in question », *Bulletin*, IBFD, February 2012, p. 93-99.

VOGEL (K.),

- « New Europe bids farewell to treaty override », *Tax Treaty Monitor*, IBFD, January 2004, p. 5-14.

- « Treaty news », *Bulletin*, IBFD, June 1998, p. 262-264.

- « The search for Compatible Tax Systems », in « International fiscal wars for the twenty-first century: an assessment of tax-based trade retaliation », *Law and Policy in International Business*, Winter 1996, vol. 27, p. 81 et s.

- « Double tax treaties and their interpretation », *International Tax and Business Lawyer*, 1986, vol. 4, n° 1, p. 4 et s.

- « Worldwide vs Source Taxation of Income – a Review and Re-evaluation of Arguments », Partie I, *Intertax*, 1988, p. 216-229 ; Partie II, *Intertax*, 1988, p. 310-320 and Partie III, *Intertax*, 1988, p. 393-402.

- « State of residence may as well be state of source – there is no contradiction », *Bulletin*, IBFD, October 2005, p. 420-423.

- « Conflict of qualification the discussion is not finished », *Tax Treaty Monitor*, IBFD, February 2003, p. 41-44.

- « The influence of the OECD commentaries on treaty interpretation », *Tax Treaty Monitor*, IBFD, December 2000, p. 612-618.

VOGEL (K.), GUTMANN (D.), DOURADO(P.), « Tax treaties between member states and third states: reciprocity in bilateral tax treaties and non-discrimination in EC law », *EC Tax Review*, 2006-2, p. 83-94.

VOUWENVELDER (M.), « No credit for withholding taxes in Dutch triangular case », *TNI*, 15 June 2007.

WAARDENBURG (D. A. VAN), « France: Permanent establishments of foreign corporations receive better treatment », *European Taxation*, February 1987, p. 43-50.

WARD (D. A.),

- « Abuse of tax treaty », *Essays on International Taxation*, Series on International Taxation, Kluwer Law and Taxation Publishers, 1993, p. 397-409.

- « Abuse of tax treaty », *Intertax*, 1995, n° 4, p. 176-186.

- « The role of the commentaries on the OECD Model in the tax treaty interpretation process », *Tax Treaty Monitor*, IBFD, March 2006, p. 97-104.
- « Attribution of income to permanent establishments », *Canadian Tax Journal*, 2000, n° 3, p. 559-576.

WATTEL (P.), « Corporate tax jurisdiction in the EU with respect to branches and subsidiaries; dislocation distinguished from discrimination and disparity; a plea for territoriality », *EC Tax Review*, 2003/4, p. 194-202.

WATTEL (P.), MARRES (O.)

- « The legal status of the OECD commentary and static Vs ambulatory interpretation of tax treaties », *European Taxation*, IBFD, July/August 2003, p. 222-235.
- « Characterization of fictitious income under OECD patterned tax treaties », *European Taxation*, IBFD, March 2003, p. 66-79.

WATSON (R. P.), « A review of the proposed regulations for Intercompany transfer pricing under section 482 », *Intertax*, 1992, n° 6-7, p. 318-332.

WEBER-FAS (R.), « Corporate residence rules for international tax jurisdiction: a study of American and German law », *Harvard Journal on Legislation*, 1968, vol. 5, p. 175-251.

WEBER (D.),

- « The proposed EC interest and Royalty directive », *EC Tax Review*, 2000/1, p. 15-30.
- « Exit taxes on the transfer of seats and the applicability of the freedom of establishment after Uberseering », *European Taxation*, IBFD, October 2003, p. 350-354.

WEEGHEL VAN (S.), DE BOER (R.), « Anti-abuse measures and the application of tax treaties in the NL », *Bulletin*, IBFD, August/September 2006, p. 358-364.

WEI (J.),

- « China clarifies beneficial owner's status for treaty benefits », *TNI*, 6 November 2009.
- « China denies lower tax rate for dividends alleging treaty shopping », *TNI*, 10 September 2010.

WEINER (J. M.),

- « EU Commission proposes strategy for consolidating corporate tax bases », *TNI*, 29 oct. 2001, p. 423-425.

- « EU Commission study on company taxation and the internal market considers comprehensive company tax reform », *TNI*, 29 oct. 2001, p. 511-518.
- « The European Union and formula apportionment: caveat emptor », *European Taxation*, oct. 2001, p. 380-388.
- « European Parliament Committee holds hearing on EU tax coordination, member state tax reform », *TNI*, 25 sept. 2000, p. 1389-1393.

WEST (P.), « Anti-abuse rules and policy: coherence or tower of Babel », *TNI*, 4 April 2008, p. 1161-1179.

WHEELER (J.), « The attribution of income to a person for tax treaty purposes », *Bulletin*, IBFD, November 2005, p. 477-488.

WIJNEN (W.), GODE DE (J.), « The Un Model in practice 1997-2013 », IBFD, *Tax Treaty Monitor*, March 2014, p. 118-146.

WILKIE (J. S.), « Constructive permanent establishments: Canadian comments on the Zimmer case », *International Transfer Pricing Journal*, IBFD, September/October 2010, p. 352-357.

WITTENDORFF (J.),

- « The object of article 9(1) of the OECD Model convention: commercial and financial relation », *Tax Treaty Monitor*, IBFD, January 2006, p. 19-22.
- « Agency permanent establishment and the Zimmer case », *International Transfer Pricing Journal*, IBFD, September/October 2010, p. 358-64.
- « Taxpayer prevails in second Danish beneficial owner case », *TNI*, 18 November 2010.
- « Danish tax tribunal rules in favor of taxpayer in beneficial ownership case », *TNI*, November 2010.
- « Taxpayer loses in Denmark's third beneficial ownership case », *TNI*, 18 Novembre 2008.

WURZER (P.), « Classifying foreign hybrid entities for Dutch tax purposes », *TNI*, 1 November 2010, p. 369-372.

WUSTENBERGHS (T.), PUNCHER (E.), « Zimmer à la Belge: Could a Commissionaire Arrangement Create an Agency Permanent Establishment in Belgium? », IBFD, *Tax Treaty Monitor*, February 2011.

YONG (S.),

- « Triangular treaty cases: putting permanent establishments in their proper place », IBFD, *Tax Treaty Monitor*, March 2010, p. 152-164.

- « Tax optimization using branches », IBFD, *Bulleting, Tax Treaty Monitor*, August 2012, p. 424-427.

ZAGARIS (B.),

- « Developments in international tax enforcement: a brave new world at the millennium », *TNI*, 20 August 2001, p. 911-997.
- « Trends in international tax enforcement », *TMIJ*, 1995, vol. 24, n° 9, p. 411-424.

ZALASINSKI (A.), « Proportionality of anti-avoidance and anti-abuse measures in the ECJ's direct tax case law », *Intertax*, 2007, n° 5, May, p. 309-321.

ZANOTTI (E.),

- « Taxation of inter company dividends in presence of a PE: impact of the Ec fundamental freedom (Part one) », *European Taxation*, IBFD, November 2004, p. 493-505.
- « Taxation of intercompany dividends in presence of a PE: impact of the Ec fundamental freedom (Part two) », *European Taxation*, IBFD, December 2004, p. 535-546.

ZHAI (G.),

- « Triangular cases involving income attributable to permanent establishment », *TNI*, 23 March 2009, p. 1105-1123.
- « Triangular cases involving income attributable to permanent establishment », *LLM Paper at ITC leaden*, August 2008.

ZESTER (A.), « Can the most favored nation principle influence the use of limitation of benefits clauses in tax treaties? », *Intertax*, 2006, n° 3, p. 143-150.

ZILKE (R.), « Commissionaire structure as an agency permanent establishment (PE): low risk for foreign principals constituting a PE in Norway – Dells Products v. Government of Norway, decisions of the Norwegian Supreme Court of 2 December 2011 », *Intertax*, 2016, Issue 8/9/2012, p. 494-496.

ZIMMER (F.),

- « Form and substance in tax law », Rapport général, IFA, *CFDI*, 2002, vol. 87a, p. 19-67.
- « Domestic anti avoidance rules and tax treaties – comments on Brian Arnold's article », *Tax Treaty Monitor*, IBFD, January 2005, p. 25-26.
- « Norway's rules on exit tax, cross border merge violates EU EEA rights, authority says », *TNI*, 14 March 2011.

- « News Analysis: Norwegian Court Sides With Tax Authorities in Dell Case », *TNI*, 23 March 2011.

ZOBALIA (H.), DEVANI (J.), « Limited liability partnerships – a Gen Next entity », *Asia/Pacific Tax Bulletin*, IBFD, November/December 2009, p. 400-405.

ZUIJDENDORP (B.), « The N case: the European Court of Justice sheds further light on the admissibility of exit taxes but still leaves some questions unanswered », *EC Tax Review*, 2007-1, p. 5-12.

XX « Comments by the institute of taxation on the consultative document of December 1986 », *European Taxation*, IBFD, May 1987, p. 158-161.

Table des annexes

Annexe 1 : Lexique des situations triangulaires

- Situation triangulaires passives, subies : situations triangulaires mises en place principalement pour des raisons non-fiscales pour lesquelles la double imposition potentielle est subie par les groupes.
 - Situations triangulaires primaires originales : situations passives qualifiées de classiques par l'OCDE, identifiées par l'Organisation dans ses travaux fondateurs. Un établissement stable d'une société résidente d'un Etat R, situé dans un Etat P, reçoit des revenus passifs d'un Etat tiers S.
 - Situations triangulaires primaires inversées : situations passives identifiées par l'OCDE dans les commentaires du Modèle de convention fiscale.
 - Situations triangulaires dérivées : situations triangulaires issues de la pratique, résultant de la combinaison de situations triangulaires.

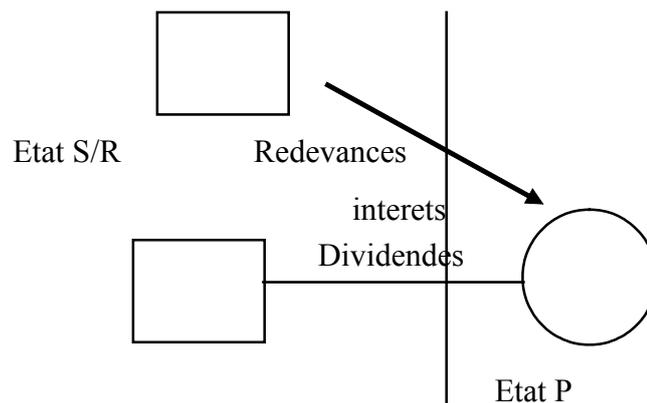
- Situations triangulaires actives, choisies : situations triangulaires pour lesquelles la question fiscale est une motivation importante, justifiant la mise en place de la structure.
 - Situations triangulaires par interposition d'un établissement stable : situations dans lesquelles un groupe interpose un établissement stable soumis à faible imposition localement.
 - Situations triangulaires non déclarées : situations révélées par les autorités. Situations présentées comme bilatérales par les groupes mais qui dissimulent, en réalité, une situation triangulaire qui serait moins

bien traitées que la situation bilatérale déclarée si elle était révélée. Elles se manifestent, en principe, par la non-reconnaissance d'un établissement stable.

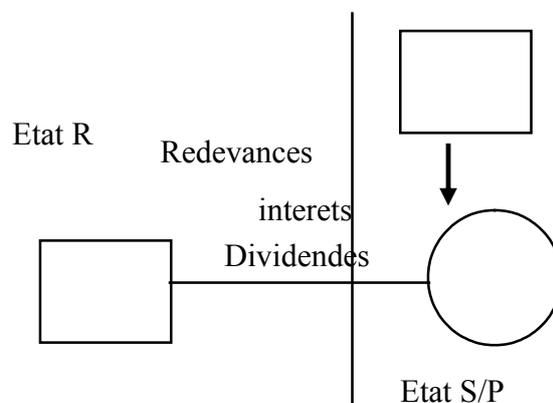
- Situations triangulaires imparfaitement déclarées : la situation triangulaire est, dans ce cas, révélée, mais l'allocation des profits et des actifs au sein de cette situation est motivée par la volonté de profiter d'arbitrages fiscaux dans les Etats en cause.

Annexe 2 : Lexique des situations triangulaires dérivées

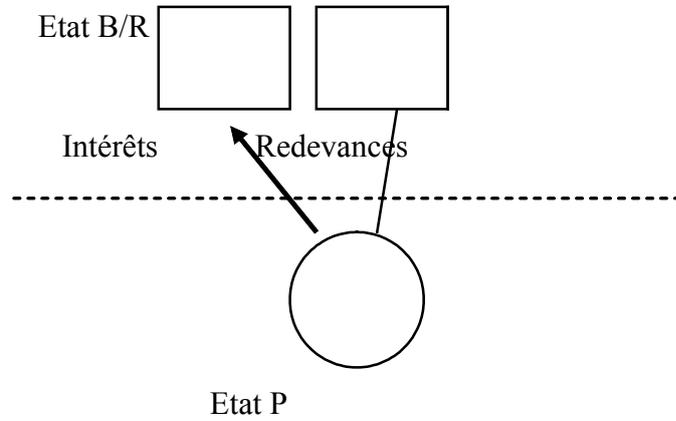
- Lexique des situations Poly-angulaires bilatérales



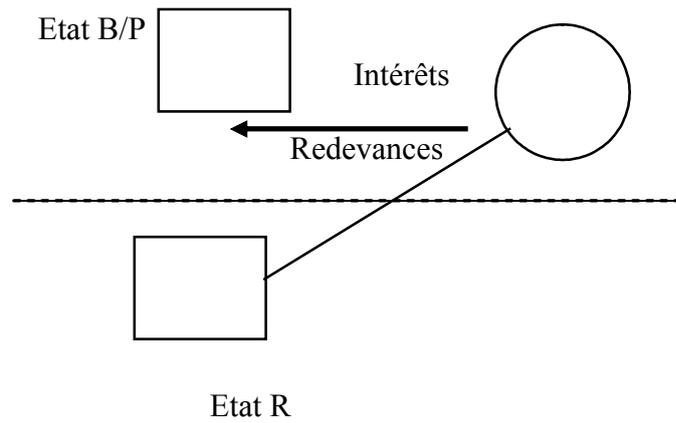
Situation poly-angulaire primaire avec confusion entre l'Etat S et l'Etat R



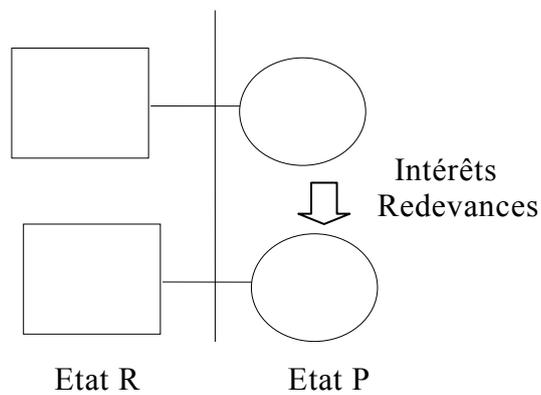
Situation poly-angulaire primaire avec confusion entre l'Etat S et l'Etat P



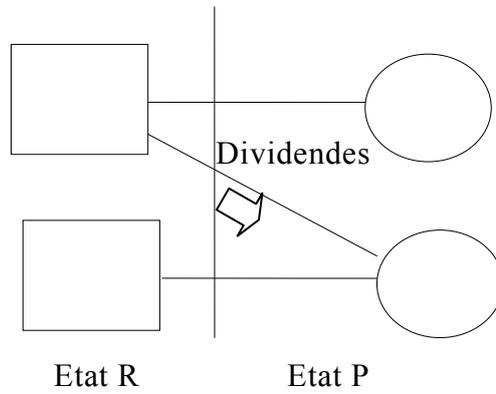
Situation poly-angulaire inversée avec confusion entre l'Etat B et l'Etat R



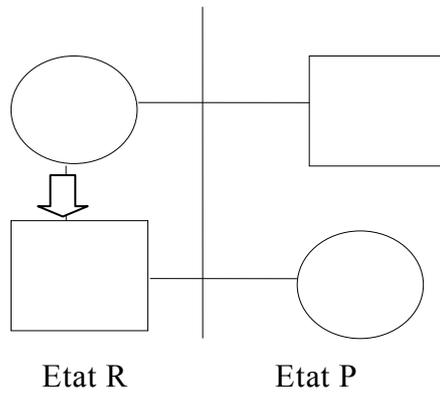
Situation poly-angulaire inversée avec confusion entre l'Etat B et l'Etat P



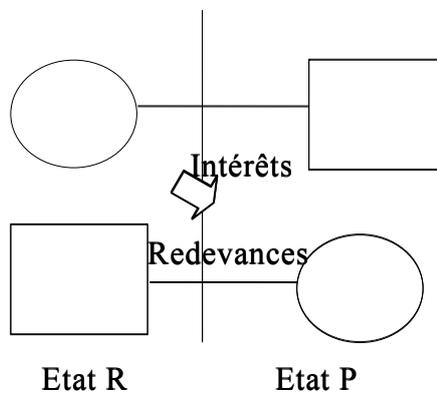
Situation poly-angulaire bilatérale hybride avec confusion des Etats P



Situation poly-angulaire croisées bilatérale hybride avec confusion des Etats P

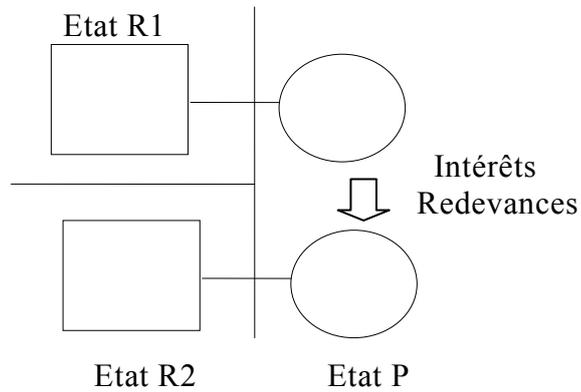


Situation poly-angulaire bilatérale hybride sans confusion des Etats P

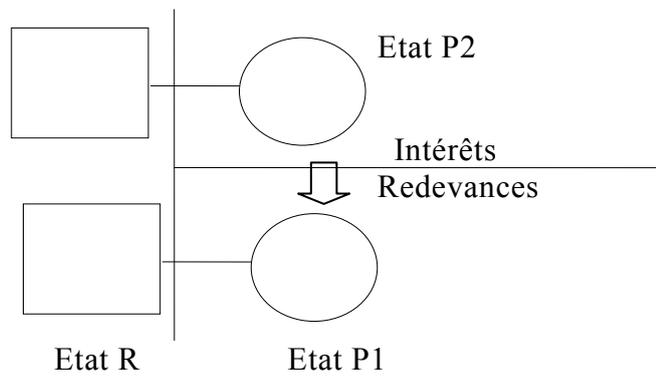


Situation poly-angulaire croisée bilatérale hybride sans confusion des Etats P

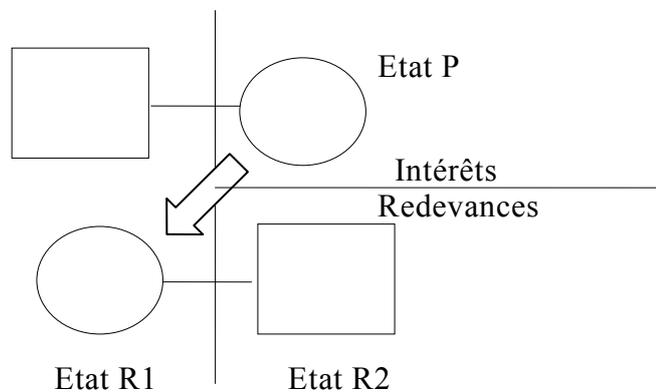
- **Lexique des situations poly-angulaires multilatérales**



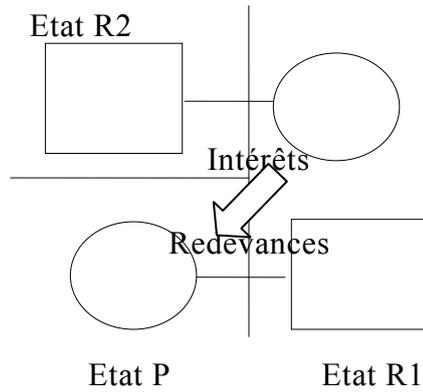
Situation poly-angulaire trilatérale à source unique et résidences multiples



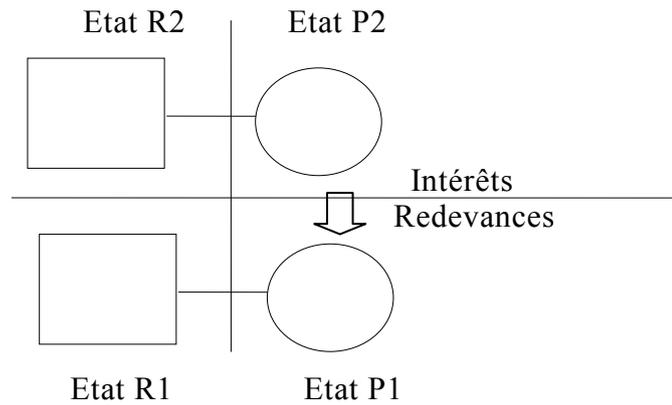
Situation poly-angulaire trilatérale à sources multiples et résidence unique



Situation triangulaire à sources multiples et résidences multiples lorsque l'Etat du débiteur et de l'établissement du bénéficiaire est identique



Situation triangulaire à sources multiples et résidences multiples lorsque l'Etat de l'établissement stable de la source et celui de l'établissement stable du bénéficiaire sont différents



Situation triangulaire poly-angulaire quadrilatéral

Annexe 4 : Résultats des procédures d'élimination de la double imposition

Nombre de nouveaux cas de PA par période¹¹⁴²

<i>Pays OCDE</i>									
		2006	2007	2008	2009	2010	2011	2012	2013
		Nombre de nouveaux cas de PA							
	Allemagne	212	186	177	177	150	306	277	267
	Australie	9	13	8	19	21	10	10	8
	Autriche	29	26	36	30	38	35	61	41
	Belgique	31	30	71	213	120	120	151	124
	Canada	76	70	85	103	101	94	87	127
	Chili	0	0	0	0	0	0	0	0
	Corée	8	9	13	25	13	24	22	23
	Danemark	15	18	21	22	20	24	24	22
	Espagne	18	67	24	24	24	18	36	25
	Estonie	--	--	--	--	--	0	0	0
	États-Unis	240	257	308	326	252	279	236	403
	Finlande	1	11	8	5	11	13	14	56

¹¹⁴² Source OCDE.

	France	104	100	154	169	135	173	181	216
	Grèce	1	2	--	--	--	5	3	3*
	Hongrie	4	3	1	2	1	0	1	2
	Irlande	3	3	2	6	7	6	12	12
	Islande	1	0	0	0	0	1	2	1
	Israël	--	--	--	--	4	9	5	3
	Italie	14	20	14	31	22	41	45	52
	Japon	37	49	40	44	34	22	31	36
	Luxembourg	22	31	31	25	35	75	39	45
	Mexique	14	11	5	10	4	5	17	12
	Norvège	15	21	30	21	16	7	10	26
	Nouvelle-Zélande	4	5	2	6	4	4	3	14
	Pays-Bas	80	57	--	64	51	34	83	75
	Pologne	11	7	19	14	7	9	5	19
	Portugal	10	7	5	14	17	15	17	6
	République slovaque	0	--	1	1	3	4	1	2
	République tchèque	5	10	5	6	8	12	13	7
	Royaume-Uni	--	55	44	56	68	54	69	79
	Slovénie	--	--	3	0	2	2	3	6
	Suède	72	61	104	64	104	111	100	65
	Suisse	--	45	99	119	65	112	120	131
	Turquie	0	2	1	3	4	0	0	2

Nombre de cas de PA non réglés en fin d'année

<i>Pays OCDE</i>									
		2006	2007	2008	2009	2010	2011	2012	2013
		Nombre de cas de PA en fin d'année	Nombre de cas de PA en fin d'année	Nombre de cas de PA en fin d'année	Nombre de cas de PA en fin d'année	Nombre de cas de PA en fin d'année	Nombre de cas de PA en fin d'année	Nombre de cas de PA en fin d'année	Nombre de cas de PA en fin d'année
	Allemagne	476	527	519	543	484	702	787	858
	Australie	16	23	22	23	27	21	21	23
	Autriche	144	152	105	120	106	110	137	156
	Belgique	81	95	152	265	142	241	305	317
	Canada	134	153	186	206	225	225	222	235
	Chili	0	0	0	0	0	0	0	0
	Corée	28	30	30	47	44	59	65	80
	Danemark	82	82	79	86	67	57	55	57
	Espagne	55	109	66	76	84	87	82	79
	Estonie	--	--	--	--	--	0	0	0
	Etats-Unis	430	500	578	724	705	686	573	732
	Finlande	12	22	20	22	32	37	50	103
	France	254	233	328	427	490	539	551	618
	Grèce	4	5	5*	5*	5*	27	30	30*
	Hongrie	12	9	10	7	8	4	2	4

	Irlande	4	6	7	13	16	17	22	26
	Islande	1	1	0	0	0	1	1	0
	Israël	--	--	--	13	13	14	17	18
	Italie	52	63	56	67	80	102	130	174
	Japon	67	85	82	90	75	61	70	65
	Luxembourg	31	34	35	38	59	109	76	72
	Mexique	26	23	14	18	12	11	19	14
	Norvège	25	32	42	51	52	44	36	49
	Nouvelle-Zélande	2	4	1	3	1	1	3	13
	Pays-Bas	120	151	127	118	97	99	140	123
	Pologne	26	25	33	32	26	28	29	44
	Portugal	43	45	47	47	41	42	47	27
	République slovaque	1	4	5	6	7	9	9	15
	République tchèque	13	13	4	8	13	14	16	21
	Royaume-Uni	84	109	126	120	131	133	143	160
	Slovénie	--	--	3	1	2	4	4	10
	Suède	94	100	125	103	134	163	198	183
	Suisse	33	33	88	143	142	187	231	256
	Turquie	2	3	2	4	8	4	2	4

Index

« naming and shaming »	385
L'acceptation par absence de consensus politique à l'origine	109
L'Action 3 de l'initiative BEPS.....	395
L'Action 6 et l'interposition d'un établissement stable faiblement imposé.....	388
L'action de l'OCDE en faveur des Etats de source	425
L'activité digitale	464 474 477
L'adaptation des autres actions de l'initiative BEPS.....	395
L'adaptation des CFC aux situations triangulaires	351
L'aide d'Etat	413
L'application d'un régime anti-abus dans l'Etat S	369
L'application du principe de non-discrimination	203 266 210
L'application effective du principe de rattachement exclusif des revenus	537
L'article 11 du Modèle de convention fiscale	98 116
L'article 21 du Modèle de convention fiscale	335
L'article 23 du Modèle de convention fiscale	235
L'Article 5 du Modèle de convention fiscale.....	449
L'assimilation entre établissements stables et filiales	316 537 540 518
L'économie digitale	463
L'élimination de la double imposition dans l'Etat de l'établissement stable.....	188202 260 265
L'équivalence du principe de source et d'attribution des revenus	178
L'évolution positive issue du droit communautaire.....	217
L'harmonisation fiscale	398-403 406
L'imposition immédiate d'un « transfert » au moment de la réallocation	517
L'initiative BEPS	395 429 455 480 495
L'interdiction de la double déduction des pertes.....	372
L'interposition d'un établissement stable	283 285 308 313
L'interposition d'un siège	298
L'interposition négative	308
L'interposition positive	311
L'interprétation du Modèle de convention « dans le contexte »	446

L'initiative BEPS destinées à lutter contre l'interposition	387
L'optimisation fiscale industrialisée	462
La clause LOB	327
La combinaison de principes territoriaux et mondiaux	300
La combinaison des arbitrages fiscaux	467 517
La convention fiscale France/Brésil	85
La coordination de l'approche politique	380
La Cour de Justice	217 407
La création d'un réseau virtuel de conventions fiscales	295
La décision Saint-Gobain	217
La définition du « résident d'un Etat contractant »	79
La divergence entre l'avantage fiscal combattu et l'avantage fiscal recherché	508 514
La double élimination de l'imposition	234 239
La double imposition interne et transfrontalière	489
La double imposition	95 488 556-557 561
La faillite du système	470
La force attractive partielle	554
La force attractive simple	553
La généralisation d'actions unilatérales : l'exemple de la « diverted tax » britannique	562
La lutte contre l'utilisation multiple des pertes	355
La lutte contre la prolifération des arbitrages fiscaux	432 536
La mise en évidence d'un établissement stable non-déclaré	423
La mise en place de CFC	345 366 374 407
La moralisation de la vie des affaires	559
La non-application du concept de bénéficiaire effectif	322
La non-déclaration d'une présence taxable	424
La non-imposition locale seule préoccupation réelle des Etats	561
la notion d'optimisation fiscale agressive	563
La notion de « personne »	74
La notion de sous-établissement stable	159 166 263 265 436
La prédominance du caractère préparatoire et auxiliaire	455
la présomption d'optimisation	336
La présomption de bonne foi	283 290
La recherche cumulée d'avantages fiscaux	284 300
La reconnaissance de la personnalité fiscale de l'établissement stable	163 523-524 537
La remise en cause de l'allocation du profit au sein d'une situation triangulaire	503
La solution franco-italienne	63
La stratégie américaine ciblée	330
la transparence	380
Le ciblage des situations triangulaires manifestement abusives	564

Le commissionnaire	483
Le principe « d'effet relatif des traités »	204
Le principe de force attractive	550
Le principe de résidence de l'établissement stable	63
Le principe du « rattachement effectif » des revenus passifs	339 543
Le renouveau de la lutte anti évasion	410
Le transfert fictif d'un actif par l'établissement stable	503 512
Le treaty shopping	285
Les « Dual consolidated loss rules »	357
Les doubles intégrations fiscales	305 355 377
Les limitations à la déduction des charges	378
Les règles anti-fragmentation,	458
Les situations à établissements stables multiples	259
Les situations imparfaitement déclarées totalement exonérées	564
Les situations poly-angulaires originelles inversées	134 137 140-157 248-255
Les situations triangulaires actives	278
Les situations triangulaires dérivées	134 248
Les situations triangulaires imparfaitement déclarées	502
Les situations triangulaires inversées	94 234
Les situations triangulaires non-déclarées	423
Les situations triangulaires originelles	144
Les situations triangulaires primaires originelles	56 188
Les situations triangulaires provoquées par les contribuables	282
Les situations triangulaires révélées par les autorités	421432
Les situations trilatérales à source unique ou résidence unique	141 151
Les situations trilatérales à sources multiples et résidences multiples	142 256
Les situations trilatérales à sources ou résidences multiples	254
Les situations trilatérales	151
Les systèmes binaires	550
Les systèmes dérivés	553
Les systèmes purement optionnels	553
Les tentations unilatérales	482
L'Etat R applique un système de crédit d'impôt	200
Modèle de convention américain	331
statut de résident à l'établissement stable	57

Titre et Résumé : Les situations triangulaires internationales en présence d'un établissement stable.

L'objet de cette thèse est de proposer un régime fiscal applicable à l'imposition des revenus passifs dans les situations triangulaires internationales. La première partie est consacrée à analyser la nature objective du risque de double imposition. Ce sont les situations triangulaires « passives » ou « subies ». La seconde partie est consacrée à analyser des situations triangulaires « actives » ou « choisies » qui peuvent être propices à la mise en place de structures fiscalement « avantageuses ». L'étude est complétée par des propositions de modification du Modèle de convention fiscale

Descripteurs :

Situations triangulaires actives, situations triangulaires passives, double imposition, Modèle de convention fiscale, OCDE, BEPS, sous-établissement stable, situations triangulaires CFC, établissement stable.

Title and Abstract: International triangular tax cases involving a permanent establishment

The purpose of this work is to propose a tax treatment applicable to passive income in international triangular tax cases. The first part of the study is dedicated to the analyses of the double tax exposure. These are "passive" triangular cases or "incurred", where potential double tax and uncertainty creates an issue for economic growth. The second part of the study is dealing with "active" triangular situations that may be motivated by the tax benefit resulting from these structures. The conclusion of our study will include proposals to amend the OECD treaty Model.

Keywords :

Active triangular tax cases, passive triangular tax cases, double taxation, Model convention, BEPS, CFC Sub-permanent establishment, permanent establishment.