

02.4

De nouveaux principes de répartition de la compétence fiscale dans l'Union européenne ?

PRÉSIDENTE :



Daniel GUTMANN,

Professeur à l'École de droit de la Sorbonne (Université Paris I Panthéon-), Avocat associé, CMS Francis Lefebvre Avocats, Co-directeur scientifique de la revue Fiscalité Internationale

INTERVENANTS :



Joachim ENGLISCH,

Titulaire d'une chaire de droit constitutionnel et de droit fiscal à l'Université de Münster (Allemagne), Directeur de l'Institut de droit fiscal, Professeur invité à Sciences Po Paris



Wim ROELS*,

Conseiller juridique au Service juridique de la Commission européenne, Maître de conférences à l'Université libre de Bruxelles



Caroline SILBERZTEIN,

Avocate associée, Baker & McKenzie A.A.R.P.I.

Introduction

1. **Daniel GUTMANN** - La structuration et l'ordre des trois tables rondes de ce colloque ont un sens profond, puisque nous avons commencé par décrire en quoi la jurisprudence de la Cour de justice pouvait avoir un impact sur la répartition des compétences fiscales et sur la souveraineté fiscale des États membres. Nous avons ensuite continué avec l'harmonisation « voulue », librement entreprise par les États membres de l'Union européenne, ce qui nous a conduit à aborder un certain nombre de sujets d'actualité assez brûlants, et dans la discussion qui s'est engagée à la fin de la deuxième table ronde, nous avons vu poindre une certaine angoisse de l'avenir.

* La présente contribution reflète les opinions personnelles de l'Auteur et n'engage en rien l'institution au sein de laquelle il travaille.

En fait, tout ce colloque converge vers cette troisième table ronde, car nous sommes confrontés aujourd'hui à un renouvellement profond des questions qui se posent aux législateurs européens comme aux législateurs nationaux. Jusqu'à présent, nous connaissions l'impôt sur le revenu, l'impôt sur les sociétés et la TVA et nous savions qu'il y avait des modes d'harmonisation plus ou moins avancés en fonction de ces différents impôts, mais nous ne nous étions jamais trouvés à l'aube de ce qui promet d'être une véritable révolution juridique. Révolution juridique qui pourrait conduire à marginaliser complètement l'impôt sur les sociétés, à repenser complètement les objectifs de l'harmonisation européenne. Révolution juridique qui pourrait faire de la taxation du chiffre d'affaires la seule véritable recette durable dans un univers où les politiques fiscales des États s'opposent de plus en plus.

Nous voyons déjà poindre un certain nombre de manifestations techniques de cette révolution. Le projet de directive

sur l'assiette commune de l'impôt sur les sociétés (ACIS), ce sont 72 articles, au lieu de 11 dans la première directive ATAD. Si l'on y ajoute ceux de la directive potentielle sur la base commune consolidée (ACCIS), un véritable corpus normatif se dessine devant nous. D'un point de vue technique, c'est peut-être une révolution de l'IS qui se prépare et qui sera relayée, voire même impulsée, par les institutions de l'Union européenne. De la même façon, le principe de territorialité de l'impôt sur les sociétés tel que nous le connaissons a largement vécu. Nous sommes encore dans la période de bouillonnement, c'est-à-dire qu'il y a des discussions à l'OCDE, et en fonction du poids politique de celui qui avance une idée, la solution pourrait plutôt pencher d'un côté de la balance que d'un autre. Mais quoi qu'il arrive, il est bien certain que les critères de territorialité de l'impôt sur les sociétés vont être profondément renouvelés, et qu'il faudra en tirer les conséquences dans l'espace de l'Union européenne. Quel type de conséquences en tirera-t-on et sur la base de quels critères adopterons-nous dans l'Union européenne une approche spécifique ou au contraire une approche banalisée des nouveaux critères dégagés au niveau de l'OCDE ?

L'avenir sera peut-être, au-delà de l'impôt sur les sociétés, au-delà de l'impôt sur le revenu, l'imposition du chiffre d'affaires généralisée. Nul ne le sait à l'instant où nous parlons. Mais il est certain que l'on ne peut pas ne pas se poser ces questions. Notre table ronde a donc pour objet de faire de la prospective pure, de sortir totalement du droit positif. Nous sommes un panel de rêveur. Nous allons procéder par degré de spéculativité croissante. Wim Roels commencera par ce que l'Union européenne a déjà mis sur la table, à savoir des propositions de directives en matière de fiscalité. Ensuite, nous allons nous intéresser à ce petit monde un peu particulier que constitue le couple franco-allemand dans un monde multilatéral. Joachim Englisch nous exposera le modèle proposé par ces deux partenaires. Enfin, Caroline Silberstein exposera ses réflexions sur le lieu de création de la valeur, et plus particulièrement sur l'idée en vogue selon laquelle la valeur procède du marché et que donc, dans l'allocation des pouvoirs d'imposer, le marché devrait constituer le facteur (ou un des facteurs) de rattachement de l'obligation fiscale.

I. L'approche de la Commission européenne quant à la répartition des compétences fiscales entre États membres

2. Wim ROELS – La Commission européenne propose de nouvelles règles de répartition entre États membres au niveau fiscal, au travers de trois propositions de directives : la proposition AC(CI)S, la proposition sur la présence numérique significative (mesure de fiscalité directe sur la base de l'article 115 du traité) et la proposition qui est liée avec la précédente, la taxe sur les services numériques (mesure de fiscalité indirecte sur la base de l'article 113 du traité).

3. Commençons par l'**AC(CI)S**, qui comprend deux propositions : ACIS avec un « C », c'est l'assiette commune de l'impôt sur les sociétés, et ACCIS avec deux « C » car on ajoute la consolidation. L'objectif est très clair : c'est une harmonisation complète de la législation fiscale, sauf tout de même en ce qui concerne les taux, pour toute une catégorie d'entreprises, à savoir les multinationales répondant à certains critères prévus dans la proposition de directive. Pour ces entreprises-là, on ne regarderait plus quel État membre est compétent pour imposer telle transaction ou tel bénéficiaire. Les règles de répartition des compétences prévues par les conventions bilatérales ne s'appliqueraient plus, tout comme les règles nationales de calcul de l'assiette imposable. Le point fort de cette proposition est de supprimer largement les possibilités d'évasion fiscale, d'abus, d'optimisation fiscale.

La répartition entre États membres de la base taxable, c'est le point le plus important à mon avis, se fait selon une formule mathématique.

On pourrait en conclure qu'il s'agit de la proposition la plus ambitieuse au niveau de la répartition de la compétence fiscale, mais je n'en suis pas si sûr. Le côté révolutionnaire ne concerne pas la base taxable, qui reste définie selon des critères proches de ceux des différents droits nationaux. Ce qui est vraiment différent, c'est la répartition du produit de la base taxable entre États membres, et pas la base taxable en soi.

4. La proposition de la **présence numérique significative** (on parle parfois d'établissement stable numérique) va de pair avec la proposition sur la taxe sur les services numériques. La première a vocation à solutionner le problème de l'économie du numérique à long terme, l'autre représente la solution à court terme et intermédiaire.

Cette proposition a pour but d'élargir la notion d'établissement stable telle qu'on la connaît actuellement pour y inclure une présence numérique significative. En d'autres termes, une présence sans présence physique. Le deuxième objectif, parce qu'il faut quand même imposer, est d'établir certains critères d'attribution de bénéfice à cette présence numérique significative. La proposition prévoit des définitions de ce que sont l'établissement stable numérique, les services numériques, les produits et les bénéfices attribuables et la notion d'entreprise distincte et indépendante.

D'une manière générale, cette proposition reste très clairement dans le cadre bien connu des principes de la fiscalité internationale, notamment les conventions fiscales. C'est une adaptation des principes existants à la nouvelle réalité du commerce international, qui ne requiert plus une présence physique.

5. La proposition sur la **taxe sur les services numériques** a vu le jour suite à une déclaration politique de la France, de l'Allemagne, de l'Italie, et de l'Espagne (les « 4 grands »), qui ont demandé à la Commission une proposition sur une taxe sur le chiffre d'affaires généré dans l'Union par les entreprises du numérique. Sont visés trois types de services numériques : la publicité placée sur les sites web, les plateformes qui permettent à leurs utilisateurs de se trouver et la vente des données générées par les internautes. Voici trois exemples pour

bien comprendre ce qui serait taxable et ce qui ne le serait pas :

- publicité sur le web : une personne consulte le site web d'un journal et trouve des bandes de publicités de chaque côté de l'écran ; ce sont évidemment des publicités payantes et donc il y a un produit de cette activité ;

- plateformes : prenons l'exemple d'Amazon, qui a deux activités différentes. Lorsqu'une personne achète un livre sur Amazon et qu'Amazon lui vend directement, la transaction n'est pas imposable parce qu'elle est déjà soumise à la TVA. En revanche, si le livre est acheté à un libraire qui a son magasin sur Amazon, Amazon n'intervient qu'en tant que prestataire de services qui met en relation le vendeur et l'acheteur : la vente entre le libraire et l'internaute est soumise à la TVA et Amazon, qui perçoit une commission versée par le vendeur, serait soumis à la taxe sur les services numériques au titre de cette commission ;

- vente des données générées par les internautes : c'est le modèle Google qui est ici visé, avec, de manière très schématique, la commercialisation des résultats des moteurs de recherche.

Quel est l'avenir politique de cette initiative ?

Le dernier texte publié, résultat de certaines discussions au Conseil, est une note de la Présidence très récente et qui n'évoque plus une taxe sur les services numériques mais seulement une taxe sur la publicité numérique. Nous sommes donc assez éloignés de la grande taxe sur l'économie numérique annoncée. Ce champ rétréci ouvre d'ailleurs des possibilités d'évasion car il serait relativement aisé de requalifier un contrat de publicité comme une vente de données, qui n'est plus un service imposable. Au niveau politique, pour simplifier, il y aurait trois catégories d'États membres : les « 4 grands », qui ont demandé cette initiative et se sont mis d'accord sur ce champ d'application réduit ; les petits États membres qui, voyant cette réduction du champ d'application, se demandent si la taxe en vaut toujours la peine au regard des recettes attendues compte tenu de ce champ restreint ; finalement, quelques États membres restent opposés au principe même de cette taxe.

Une dernière réflexion sur ce point : cette expérience montre que les États membres sont encore très mal à l'aise avec cette nouvelle approche de la fiscalité.

6. En conclusion, y a-t-il une réelle perspective de nouveaux principes de répartition de la compétence fiscale dans l'Union européenne ? Oui, mais dans une moindre mesure que ce que l'on pourrait imaginer.

Les propositions relatives à l'économie du numérique ne sont pas radicalement nouvelles, dans le sens où il s'agit d'une adaptation des règles et des principes existants à de nouveaux modèles économiques et commerciaux. En ce sens, on peut soutenir que la taxe sur la publicité numérique consiste en une simple adaptation du principe de la taxation dans le pays de la destination, qui est un principe bien connu par les praticiens de la TVA. Nous sommes donc encore loin d'une révolution.

Ce qui est vraiment nouveau, à mon avis, c'est la proposition AC(C)IS avec une nouvelle répartition de l'assiette selon une formule mathématique et non plus selon les transactions ou les bénéficiaires rattachés à un État membre. Si cette proposition

ne connaissait pas un sort favorable dans un temps rapproché, et si la Commission souhaitait maintenir cette ligne législative, il sera probablement nécessaire de l'adapter afin de tenir compte du dernier état des réflexions sur le nouveau contexte du commerce international.

II. L'idée d'une imposition minimale des entreprises

7. Joachim ENGLISCH – Nous allons discuter de la proposition franco-allemande visant à introduire une imposition minimale internationale effective au niveau mondial, ou du moins en Europe. Les deux pays ont introduit cette proposition dans les discussions actuelles de l'OCDE sur l'imposition de l'économie numérique. Elle est connue sous le nom de « *Global Anti-Base Erosion Proposal* », ou GLOBE.

8. Quels sont les éléments centraux de la proposition d'impôt minimum ? Tout d'abord, il est important qu'il ne s'agisse pas de prescrire un certain taux d'imposition minimum à tous les États. Chaque État devrait rester libre de déterminer son niveau d'imposition en fonction de ses propres idées en matière de politique fiscale. Toutefois, si le niveau d'imposition des revenus est effectivement inférieur à un taux d'imposition minimum déterminé, d'autres États seraient autorisés à prélever des impôts supplémentaires, même s'ils n'ont pas de compétence fiscale en vertu de critères conventionnels classiques de la répartition de compétence.

En particulier, d'une part, l'État dans lequel une société ou un groupe de sociétés a son siège **appliquera un supplément d'imposition** si les bénéfices des filiales ou établissements stables étrangers sont imposés trop faiblement. L'imposition des bénéfices des filiales étrangères serait conceptuellement une forme d'imposition généralisée des CFC qui ne se limite pas aux revenus passifs. Dans le cas d'établissements stables étrangers, il s'agirait d'un *switch-over*. En outre, l'État dans lequel est établi le débiteur dans une transaction entre sociétés affiliées pourra refuser de déduire les dépenses correspondantes si le revenu du bénéficiaire est insuffisamment taxé. Une autre option consisterait à refuser au **bénéficiaire des paiements** les avantages d'une convention, c'est-à-dire que des retenues à la source seraient prélevées sur les paiements.

9. Pourquoi cette proposition vient-elle du cœur même de l'Europe, quelles sont ses intentions stratégiques ? Comme partout ailleurs, il y a des pressions politiques considérables en Allemagne et en France pour agir contre la planification fiscale agressive des multinationales. En particulier, les citoyens s'attendent à ce que les grandes sociétés numériques contribuent de façon équitable aux charges publiques. Mais l'Allemagne, en particulier, ne souhaite pas une solution consistant à étendre les droits d'imposition de l'État de marché, c'est-à-dire en transférant la compétence fiscale du lieu d'innovation et de production vers l'État de l'utilisateur ou du consommateur. Compte tenu des excédents permanents à

l'exportation, l'Allemagne est susceptible de voir ses recettes fiscales diminuer considérablement en raison d'une telle évolution. L'idée d'un impôt minimum, en revanche, offre l'intérêt du point de vue allemand de réduire également les possibilités pour les grandes multinationales de profiter des arrangements fiscaux. Dans le même temps, toutefois, l'attribution de la compétence fiscale demeure fondamentalement inchangée ; au mieux, les pays à fiscalité élevée comme l'Allemagne auront des droits fiscaux additionnels.

Dans le cas de la France, la situation est différente en raison de déficits commerciaux persistants. Face à cela, la France pourrait être l'un des gagnants fiscaux d'une extension des droits d'imposition dans les États de marché, au moins à court terme. C'est peut-être l'une des principales raisons pour lesquelles la France, contrairement à l'Allemagne, a toujours insisté fortement pour que la proposition de la Commission européenne sur la fiscalité numérique soit adoptée. Mais aussi d'un point de vue français, un impôt minimum pourrait être une mesure intéressante de caractère au moins complémentaire. C'est pour cela que la France et l'Allemagne ont trouvé un bon accord sur ce compromis.

10. Quels sont les avantages de l'impôt minimum ?

Premièrement, ce genre d'impôt **réduit l'attrait des stratégies BEPS agressives** et, en particulier, le recours aux paradis fiscaux. Comme le Fonds monétaire international l'a déclaré il y a quelques jours, les entreprises disposent toujours d'une marge de manœuvre considérable pour le transfert des bénéfices, même post-BEPS. Et cela resterait une préoccupation même si une partie des droits d'imposition devrait être attribuée à l'État de marché, notamment en ce qui concerne les bénéfices restants encore imposés dans l'État de la source.

En outre et surtout, un impôt minimum fixe également une **limite à la concurrence fiscale internationale** pour les investissements. Les investissements ne pourraient alors plus être attirés par des impôts extrêmement bas au détriment d'États à fiscalité plus élevée. Une course au moins-disant et le transfert progressif de la pression fiscale du facteur capital vers le facteur travail sont ainsi évités. En outre, les avantages concurrentiels des multinationales par rapport aux moyennes et petites entreprises qui ne sont pas en position de pratiquer un dumping fiscal international sont réduits. Tout cela est dans l'intérêt commun de tous les pays à fiscalité élevée, comme l'Allemagne et la France, et contribue à la paix sociale.

Pour ces raisons, l'initiative franco-allemande ne se limite pas aux débats actuels sur les réformes fiscales au sein de l'OCDE. Les deux États visent plutôt que l'impôt minimum fasse aussi partie intégrante de la législation de l'Union européenne sur l'harmonisation de la base imposable (le projet ACIS, avec un « C » pour l'instant). En effet, la concurrence fiscale internationale au sein de l'Europe est déjà la plus intense au monde. Les libertés de circulation au sein du marché intérieur et la suppression des frontières douanières y ont largement contribué. Si l'assiette fiscale était uniformisée, cette concurrence fiscale deviendrait encore plus transparente et s'exercerait encore plus fortement au moyen de taux d'imposition. Il est donc compréhensible de vouloir établir des limites, et de proposer un impôt minimum dans le cadre de cette initiative ACIS.

11. La conception concrète de l'impôt minimum soulève un certain nombre de questions. Nous ne ferons qu'aborder les plus importantes.

Tout d'abord, le taux d'imposition minimum doit être fixé. Compte tenu de la situation actuelle et des réalités politiques, il est probable qu'il se situe dans un tunnel entre 10 % et 15 %.

Conformément à la nature d'un impôt minimum, l'impôt ne devrait être prélevé que comme complément aux impôts prélevés par l'État qui a principalement la compétence fiscale. Dans ce cas, la charge fiscale effective totale devrait donc correspondre au taux d'imposition minimal. Une telle conception comme imposition minimum peut facilement être mise en œuvre dans le cas d'une imposition supplémentaire des revenus dans l'État de la société mère, par une imposition au taux minimum avec un crédit d'impôt pour les impôts étrangers. Il est également possible, cependant, en cas d'un refus d'accorder des avantages conventionnels ou de la déduction des dépenses dans l'État du débiteur, en assurant que les paiements ne sont que partiellement non déductibles ou soumis à une retenue à la source.

Dans le cas d'une imposition supplémentaire dans l'État de la société mère, il faut aussi avant tout réglementer ce qui suit : le niveau minimum de participation (à notre avis, au moins 25%), la prévention de la double imposition dans les structures de participation à plusieurs niveaux, et la structure des crédits d'impôt (globale ou par État ; et aussi un éventuel report des crédits non utilisés sur les exercices futurs).

La réglementation de l'imposition minimum dans l'État du débiteur présente des enjeux plus grands. Tout d'abord, il faut souligner que cette imposition devrait être limitée à certaines catégories de paiements afin d'éviter des charges fiscales excessives, étant donné que l'imposition a lieu sur une base quasi-brute, sans tenir compte des dépenses du bénéficiaire. Il est donc nécessaire de décider de ce que devraient être ces catégories de paiements - les principales sont les redevances, les intérêts et les rémunérations pour les services numériques.

La non-déductibilité des dépenses ne peut s'appliquer qu'aux sociétés affiliées - dans ce cas, la participation minimale doit être déterminée. Le prélèvement de retenues à la source, par ailleurs, peut également être envisagé entre parties non liées. Une telle extension nous semble souhaitable, mais elle nécessite des règles simplifiées pour calculer le montant de **l'imposition effective** du bénéficiaire qui provoque l'imposition minimum. Toutefois, pour des raisons administratives, il est également recommandé de ne pas calculer précisément la charge fiscale effective du bénéficiaire final pour activer la non-déductibilité des dépenses. Au lieu de cela, il convient de se mettre d'accord sur certaines catégories d'allègements fiscaux qui doivent être prises en compte dans le calcul de la charge fiscale effective. Il serait également important d'établir des listes blanches de pays ayant des niveaux d'imposition suffisants.

D'ailleurs, un seuil « *de minimis* » élevé est requis pour des raisons d'administrabilité et de proportionnalité.

Finalement, il est nécessaire de coordonner les règles d'imposition minimum dans le pays de la société mère et le traitement fiscal dans l'État du débiteur, afin d'éviter une double imposition économique minimum. La priorité devrait

être accordée à l'application de l'imposition minimum dans le pays de la société mère. Le refus d'accorder une déduction ou des avantages conventionnels dans l'État du débiteur ne devrait être qu'un filet de sécurité. Pourquoi ? Premièrement, l'imposition minimum dans le pays de la société mère établirait, en général, le niveau minimum d'imposition plus précisément qu'une retenue à la source ou une réintégration des dépenses, parce-que ces dernières mesures s'appliquent aux recettes brutes. Plus important encore, la règle d'inclusion du bénéficiaire étranger entraînerait normalement des coûts de contrôle et d'administration moins élevés, parce-que c'est moins complexe que l'imposition minimum dans l'État du débiteur.

12. Pour les États membres de l'UE, l'imposition minimum pose un défi particulier : la **compatibilité avec le droit de l'Union européenne doit être assurée**.

En ce qui concerne les États non membres de l'Union européenne ou de l'Espace économique européen (EEE), toutes sortes de mesures pourraient en principe être appliquées sans aucune limitation du droit de l'UE. Il suffit pour cela de fixer un seuil de participation suffisamment élevé pour que la liberté d'établissement - qui est limitée au marché intérieur - déroge à la portée globale de la garantie de la libre circulation des capitaux.

En revanche, une analyse différenciée est nécessaire dans les relations entre les États membres de l'UE. Pour commencer, afin d'assurer le respect du droit de l'UE, il est nécessaire de modifier l'imposition supplémentaire dans l'État de la société mère. Ce régime devrait être appliqué sans conditions à toutes les filiales, y compris les filiales nationales. Formellement, les situations internes et transfrontalières ne feraient alors l'objet d'aucune discrimination directe ou indirecte. Toutefois, le montant du crédit d'impôt pour les impôts de la filiale serait différent, de sorte que l'impôt supplémentaire serait *de facto* limité aux filiales étrangères dans les pays à faible imposition. À cet égard, la Cour de justice a indiqué à plusieurs reprises qu'elle n'avait aucune objection à ce que des crédits d'impôt différents soient appliqués en fonction du montant de la charge fiscale effectivement prélevée à l'échelle de la filiale.

En ce qui concerne les établissements stables étrangers, la Cour n'a pas considéré un *switch-over* de la méthode de l'exonération à la méthode du crédit, en fonction d'un faible niveau de taxation étrangère, comme une entrave à la liberté d'établissement. Cela ressort clairement de l'affaire *Columbus Container*.

En revanche, les variantes d'une imposition minimum dans l'État du débiteur sont plus délicates. Un refus de droit à déduction des dépenses ne s'appliquerait qu'à certains paiements transfrontaliers. Il serait donc probablement considéré par la Cour de justice comme une restriction du droit pertinent à la libre circulation. Et il est douteux que la Cour accepte une justification à cet égard. Dans le passé, elle a jugé à plusieurs reprises que « *de tels prélèvements fiscaux compensatoires porteraient atteinte aux fondements mêmes du marché intérieur* ». Cependant, dans l'affaire *NN* sur la double reconnaissance des pertes, la Cour a récemment indiqué que, suite au débat BEPS, elle est prête à reconsidérer ses précédentes décisions.

Et en ce qui concerne l'alternative des retenues à la source, la Cour l'accepte en principe si elle permet une déduction des dépenses correspondantes. Toutefois, dans le cas des paiements d'intérêts et des redevances entre les sociétés associées, la retenue à la source est exclue par la directive intérêts et redevances.

Ce dernier problème pourrait être résolu si les États membres adoptaient une directive européenne mettant en œuvre l'impôt minimum. En plus, l'expérience a montré que la Cour appliquerait alors des exigences moins strictes en ce qui concerne la compatibilité avec les libertés fondamentales. Cependant, en raison de l'exigence de l'unanimité, il est douteux que cette voie puisse être suivie avec succès. Une sortie pourrait éventuellement consister en une coopération renforcée dans « l'Europe à géométrie variable ».

13. La proposition d'un impôt minimum est donc techniquement exigeante et constitue un défi au regard du droit de l'Union européenne. Nous pensons toutefois qu'il vaut la peine que la France et l'Allemagne poursuivent cette initiative. Tant que l'impôt sur les sociétés ne sera pas prélevé de manière générale dans l'État du marché, il s'agit de la mesure la plus complète pour lutter contre une concurrence fiscale excessive.

III. La localisation du marché peut-elle devenir un facteur de rattachement de l'obligation fiscale ?

14. Caroline SILBERZTEIN - Pour faire de la fiscalité fiction, commençons par revenir 25 ans en arrière, nous aurons un peu d'élan pour imaginer la suite.

La question de l'imposition des incorporels marketing trouve ses racines dans le milieu des années 90 avec l'émergence des structures de commissionnaires et de sociétés « principales ». Jusque-là, le monde fiscal était simple, avec une dichotomie entre pays de résidence et pays de source (c'est-à-dire globalement, pays exportateurs de capitaux et pays importateurs de capitaux), et il y avait deux modèles de convention : le modèle OCDE pour les pays les plus riches, le modèle Nations-Unies pour les pays moins riches. Les questions qui se posaient étaient les suivantes : les pays de source peuvent-ils ou doivent-ils appliquer une retenue à la source sur ce qu'on n'appelait pas encore les *base eroding payments*, c'est-à-dire les prestations de services, les redevances, etc. ? Quel est le seuil de déclenchement d'un établissement stable quand une entreprise d'un pays riche a un chantier ou une activité commerciale dans une juridiction locale ?

15. Au milieu des années 90, les modèles de sociétés principales, de commissionnaires, etc. font leur apparition, pour des raisons pas essentiellement fiscales d'ailleurs, plutôt liées à la globalisation, à l'internet, à l'évolution des chaînes de *supply*, etc. Des pays comme la France, donc riches et exportateurs de capitaux, vont être confrontés à la localisation d'entreprises localisées, en ce qui concerne la zone EMEA, le plus souvent

au Luxembourg ou aux Pays-Bas, ou si l'on parle de la région Asie-Pacifique, à Singapour ou à Hong-Kong plutôt qu'au Japon ou en Chine. Les activités de distribution et les activités manufacturières ne se voient plus attribuer que des profits relativement limités, l'essentiel des profits (voire des pertes) étant attribué aux actifs incorporels et risques entrepreneuriaux, qui ne sont plus dans ces pays mais dans les sociétés principales. **Au départ, le problème se cristallise donc sur une question de concurrence fiscale.**

Y a-t-il une concurrence fiscale dommageable quand les politiques fiscales des États incitent les entreprises à installer leurs quartiers généraux et leurs sociétés principales dans certains pays de l'Union européenne plutôt que dans d'autres ? L'OCDE et l'Union européenne ont mené dès la deuxième partie des années 90 des travaux importants en matière de lutte contre les pratiques fiscales dommageables, ce qui a d'ailleurs permis de tester les limites de l'unanimité au sein de l'Union européenne, puisque sur cette question-là, tous les États membres n'avaient évidemment pas les mêmes intérêts, et du consensus international parce que l'Union européenne n'avait pas forcément les mêmes intérêts que d'autres États, tels que les États-Unis.

16. Mais ce qui, à notre avis, constitue un tournant en matière politique fiscale internationale, c'est que l'on a vu poindre un semblant de **convergence d'intérêts entre des pays comme la France, qui voyaient donc une partie de la base fiscale leur échapper au profit des sociétés principales, et les pays émergents.** Dans une structure avec entreprise principale, les deux types de pays disposent de marchés, d'activités manufacturières, mais pas (ou plus) de la propriété des incorporels. D'où l'idée de distendre le lien entre propriété juridique des éléments incorporels, notamment la marque, et attribution du profit. Il y a eu **deux angles d'attaque** :

> l'établissement stable, avec diverses tentatives plus ou moins efficaces d'abaisser le seuil de déclenchement d'un établissement stable agent dépendant : la jurisprudence française s'est révélée plutôt favorable aux contribuables, tandis qu'une révision de l'article 5 dans le cadre de l'Instrument multilatéral a été promue par l'OCDE. L'abaissement du seuil de déclenchement d'un établissement stable illustre bien l'apparente convergence d'intérêts que nous avons mentionnée : c'est une technique initialement plus favorable aux pays émergents ou en développement qu'aux pays exportateurs de capitaux, et pourtant un pays comme la France va, via son administration fiscale, l'utiliser notamment face à des sociétés principales européennes de groupes américains;

> les **prix de transfert** : en 2017, dans les principes de l'OCDE en matière de prix de transfert, émerge la nouvelle notion de fonctions « DEMPE » en relation avec les éléments incorporels (pour *Development, enhancement, maintenance, protection and exploitation* ; en français, création, développement, maintien, exploitation). L'idée est que le propriétaire juridique de l'incorporel ne doit pas forcément se voir allouer l'essentiel des profits de l'incorporel s'il ne réalise pas les fonctions DEMPE ; l'entité qui réalise ces fameuses fonctions DEMPE pouvant, au cas par cas, se voir attribuer une part significative des profits résultant de l'exploitation

de l'incorporel (par exemple de l'incorporel marketing), voire dans certaines situations plus de profits que le propriétaire juridique. Pour l'instant, en France, la jurisprudence n'a pas adopté cette ligne. Une décision *Ebay France* de 2016¹ considère que l'enregistrement administratif du nom de domaine est un actif incorporel de valeur, même si les fonctions et les dépenses y afférentes ont été réalisées à l'étranger.

Mais la volonté est claire de distendre le lien entre rattachement du profit et propriété juridique, au profit de ce que certains appellent la propriété économique. L'OCDE propose ainsi une définition assez large dans les principes en matière de prix de transfert de 2017 : un bien incorporel marketing est un bien lié à des activités de commercialisation qui contribue à l'exploitation commerciale d'un produit ou d'un service et/ou à une valeur promotionnelle importante pour le produit concerné. Ce n'est pas très éclairant.

En général, on oppose les incorporels « marketing » aux incorporels qualifiés par l'OCDE de « manufacturiers ». Les algorithmes des plateformes internet n'étant pas vraiment manufacturiers, on peut aussi opposer, de manière plus large, le marketing à la technologie.

Les incorporels marketing recouvrent ainsi :

> la **marque**, qui fait l'objet d'une protection juridique et dont le détenteur est identifiable ;

> les **dépenses de marketing et de publicité** ; il y a une tendance jurisprudentielle, initiée il y a une vingtaine d'années dans une affaire DHL jugée aux États-Unis et reprise à leur compte par les pays émergents comme la Chine et l'Inde, consistant à estimer que, même si la marque n'est pas détenue dans un pays de marché, dès lors que des dépenses de marketing et de publicité importantes y sont exposées, elle peuvent constituer un incorporel marketing local, distinct mais complémentaire de la marque ; cette approche est compréhensible en matière d'IS parce que basée sur la réalisation de dépenses, donc d'un investissement capitalistique et de charges a priori déductibles dans le pays de marché ;

> les **fonctions significatives DEMPE** déjà évoquées : il n'est plus question de propriété juridique, ni même d'investissement capitalistique ou de charges déductibles, il s'agit seulement de la réalisation de fonctions significatives. On s'éloigne beaucoup de la détention juridique des marques, mais il y a tout de même un rattachement à une notion connue en matière économique puisqu'il s'agit de fonctions, donc de travail à valeur ajoutée.

17. Depuis 2013, le **tournant du plan BEPS de l'OCDE focalise l'attention sur les GAFAs** et les sociétés du numérique, avec la question de savoir s'il est possible d'exploiter des marchés sans présence physique ou sans présence significative, et en bénéficiant de régimes fiscaux favorables à l'étranger. Nous ne traiterons pas de ce deuxième aspect, qui relève de l'anti-abus ou de la lutte contre les pratiques fiscales dommageables.

La **question de l'absence de présence physique doit être examinée avec précaution**, parce que tous les grands acteurs du numérique ont évidemment des filiales dans leurs

1 CE, 7 déc. 2016, n° 369814, Sté Ebay France.

marchés, y compris en France. Pour attirer plus de profits à ces filiales, l'approche retenue jusqu'à présent est basée sur la notion d'établissement stable ou sur une taxation du numérique spécifique, alors qu'une approche basée sur les prix de transfert aurait tout à fait pu être envisagée.

Il y a évidemment une parenté intellectuelle entre la volonté de taxer le numérique au lieu de consommation, de l'utilisateur, et la taxation générale des incorporels marketing. C'est d'ailleurs ce qui ressort du document de consultation de l'OCDE de février 2019².

Trois catégories de pays peuvent être identifiées :

- certains pays considèrent qu'il n'est pas nécessaire de réformer à nouveau la fiscalité internationale, car nous n'avons pas assez de recul sur le système actuel tel que modifié à la suite du plan BEPS ; de fait, il n'y a pas encore eu de contentieux sur des années où les contribuables et l'administration ont appliqué les principes directeurs en matière de prix de transfert de 2017 ;

- d'autres pays considèrent que la révision des règles de répartition des bénéfices et du lien (nexus) est nécessaire, soit uniquement pour le secteur numérique, soit pour tous les secteurs ayant recours au numérique, soit pour tous les secteurs qu'ils aient recours ou non au numérique ;

- d'autres encore considèrent que la question relève de la lutte contre l'érosion des bases d'imposition et l'anti-abus.

Il faut vraiment distinguer ces différentes questions : la lutte contre les pratiques fiscales dommageables entre États n'a rien à voir avec les incorporels marketing, et la lutte contre les pratiques fiscales agressives de certains groupes relève de l'anti-abus et pas des incorporels marketing. Or, à l'instar de la directive ATAD³, **sous couvert de règles anti-abus, il est en fait procédé à une réallocation des bases fiscales entre les différents pays**⁴.

À cet égard, il est tout de même étrange de considérer que le marché n'est pas imposé. La question de la taxation du marché se pose depuis des décennies, et il était traditionnellement établi une répartition entre impôts directs et impôts indirects : l'impôt sur les sociétés concernait les fonctions, les investissements, le capital ; **l'impôt indirect s'appliquait à la consommation, donc au marché**. Dans cette logique, un pays exportateur, qui a rempli des fonctions nécessaires à l'exportation (production, recherche, marketing, etc.), crée de la valeur et cette valeur est taxée à l'IS. Le pays importateur, dans l'hypothèse théorique d'une absence totale de présence physique de l'entreprise exportatrice sur son territoire, dispose d'un marché, c'est-à-dire des clients. Or, le client ne représente pas une création de valeur, mais une réalisation de valeur,

² Sur ce document, voir notre analyse dans le présent numéro (FI 2-2019, n° XX).

³ Cf. la question soulevée par Gauthier Blanluet lors de la deuxième table ronde (FI 2-2019, n° 02.3, § 26).

⁴ La même problématique se retrouve avec l'instrument multilatéral et l'abaissement du seuil de reconnaissance d'un établissement stable. Les travaux portaient a priori sur l'évitement artificiel de la présence d'un établissement stable, mais les nouvelles définitions d'établissement stable ne comportent aucune notion d'artificialité ou d'abus. Le seuil d'établissement stable a simplement été abaissé dans les conventions concernées, ce qui n'est pas de l'anti-abus mais une réallocation des bases entre États.

traditionnellement taxée par des droits de douane, de la TVA ou des impôts indirects équivalents.

Demain, si l'on considère que le pays du marché a droit à une partie de l'IS, quel sera l'équilibre entre pays exportateurs et pays importateurs ?

Si le pays exportateur abandonne une partie de son IS, le pays importateur va-t-il baisser ses droits de douane en contrepartie ? Le pays exportateur va-t-il continuer d'exonérer de TVA et de droits de douane ses exportations ? Il ne faut pas perdre de vue que dès lors que l'on modifie une allocation, il y a des gagnants et des perdants. Comment les perdants vont-ils compenser la base qu'ils acceptent de transférer aux marchés ? Beaucoup de questions sans réponse aujourd'hui.

18. Si l'on rapproche ce contexte global de la **question des compétences fiscales au sein de l'Union européenne**, il faut distinguer quatre types de questions en suspens : politiques, structurelles, juridiques et techniques.

> Au **niveau politique** : un accord au sein de l'Union européenne sur la question des incorporels marketing est-il possible ? Il n'est pas du tout certain que tous les pays au sein de l'Union aient les mêmes intérêts en la matière. Question au moins aussi importante, l'Union européenne peut-elle faire front commun à l'OCDE face à des pays comme la Chine, l'Inde ou les États-Unis, sachant que le marché intérieur n'est pas complètement abouti ?

Il y a également une question plus générale sur l'opportunité de la réforme : pourquoi distingue-t-on les incorporels marketing des incorporels technologiques, qui resteraient assujettis aux anciennes règles de prix de transfert ?⁵ Dans les deux cas il y a création de valeur, et il est difficile de discerner la logique de politique fiscale⁶, et surtout quels seront les impacts sur le respect du principe de neutralité, sur les investissements, l'innovation, les politiques publiques des pays dont les recettes fiscales sont plus liées à l'existence d'un marché que la production de travail qualifié, etc. Beaucoup de questions politiques, donc, très éloignées des problématiques anti-abus ou du seul secteur numérique.

> Sur le plan de la **structure de notre fiscalité**, que va devenir l'impôt sur les sociétés, et plus largement quel sera l'équilibre entre fiscalité directe et indirecte ? N'y aura-t-il pas double emploi entre les propositions de l'Union européenne sur la taxation du numérique et sur l'ACCIS et la réforme des incorporels marketing ? Si les communautés d'utilisateurs sont intégrées à la notion d'incorporels marketing, y aura-t-il double imposition ? Avec l'ACCIS, faudra-t-il gérer deux ou trois systèmes d'allocation des bases ? Au sein de l'Union européenne, les critères de rattachement de la base imposable à l'IS seraient le chiffre d'affaires, les effectifs et la masse salariale,

⁵ L'action 5 sur les régimes fiscaux préférentiels est également plus favorable aux incorporels technologiques, sans que ce parti pris soit clairement justifié.

⁶ Si l'on prend l'exemple des sociétés du numérique ou high tech, on comprend que les profits identifiés comme rattachables à la technologie ne seront pas alloués aux marchés.

et les actifs corporels. En dehors de l'Union européenne, suivant que selon que le pays concerné aura retenu ou non la notion d'actifs marketing, deux règles s'ajouteraient. Tout cela ne va pas dans le sens de la simplicité, surtout si l'on ajoute la question des compensations budgétaires pour les pays perdants, dont la France pourrait faire partie.

> Au plan **juridique**, comment va-t-on résoudre les différends qui ne vont pas manquer de se multiplier ? Comment modifier toutes les conventions fiscales bilatérales pour amender les articles 9 et 7 qui prévoient le principe de pleine concurrence : en ajoutant un nouvel article dans l'Instrument multilatéral ? Dans ce cas, s'agirait-il d'un standard minimum ? Ou les États pourront-ils émettre des réserves différentes, qu'il faudra tracer convention bilatérale par convention bilatérale, au lieu d'avoir finalement un principe de pleine concurrence relativement uniforme ? Comment ceci sera-t-il appliqué en droit interne ? N'y aura-t-il pas des problèmes de non-discrimination, de conflit avec les libertés fondamentales, voire avec la clause de la nation la plus favorisée en cas de distinction dans l'attribution de profits aux incorporels marketing suivant le pays dans lequel on se place ?

> Au plan **technique**, il est nécessaire d'aboutir à une définition très claire des incorporels marketing et de la méthode d'allocation de profits. Certains évoquent un *profit split*, ce qui serait d'une complexité extrême (imaginez un *profit split* avec une cinquantaine de filiales, voire plus, et des dizaines de lignes de produits...). D'autres évoquent une formule simplifiée avec un prorata, mais cela signifierait qu'il n'y aurait pas d'adaptation aux spécificités de chaque entreprise. Si on retient une retenue à la source ou un impôt minimum ou forfaitaire, la question du futur de l'impôt sur les sociétés est à nouveau posée, avec la problématique de prise en compte des situations déficitaires.

19. En conclusion, la proposition incorporels marketing nous semble à ce stade plus politique que technique. Il est possible que, justement pour des raisons politiques, cette proposition soit la plus susceptible d'aboutir. Mais ne nous laissons pas abuser par le voile d'anti-abus ou d'équité fiscale qui est posé sur ces questions, il s'agit en fait d'une problématique très structurelle et engageante pour l'avenir de l'impôt sur les sociétés et pour l'équilibre entre pays exportateurs et pays de marché.