

1.1

# Vers un nouvel équilibre fiscal international ?

## À propos de la consultation publique de l'OCDE sur le numérique



**Caroline SILBERZTEIN,**  
Avocate associée,  
Baker & McKenzie A.A.R.P.I.



**Marion BRAUGE,**  
Avocate,  
Baker & McKenzie A.A.R.P.I.

L'OCDE a publié le 13 février 2019 un document de consultation publique intitulé « *Relever les défis fiscaux soulevés par la numérisation de l'économie* » (V. § 4). Les propositions qu'il contient vont toutefois bien au-delà de la numérisation de l'économie et concernent non seulement les entreprises multinationales à forte composante numérique mais aussi les entreprises qui s'appuient sur des modèles d'affaires plus traditionnels. Ce document s'inscrit dans un chantier de grande

ampleur mené par les organisations internationales et dont l'ambition affichée est de modifier en profondeur les règles de la fiscalité internationale. De fait, le résultat de ces travaux pourrait considérablement impacter les équilibres fiscaux actuellement en vigueur entre pays de résidence et pays de source. Une attention plus particulière sera dans cet article portée sur la proposition dite « incorporels de commercialisation » (ou *marketing intangibles*) (V. § 11).

## Introduction

1. Alors que l'encre du Projet BEPS<sup>1</sup> est à peine sèche, les organisations internationales (OCDE, Nations Unies et Union européenne) ainsi que les États, de manière individuelle, semblent rivaliser de créativité pour proposer une nouvelle réforme des règles fiscales internationales. Pour certains, ces nouvelles propositions plus ou moins radicales seraient rendues nécessaires par un constat d'insuffisance de résultats du Projet BEPS mené par l'OCDE et le G20 depuis 2013. Pourtant, nous ne disposons à ce stade que de très peu de recul dans

le cadre de contrôles fiscaux, et d'aucune jurisprudence sous l'égide des nouvelles règles conventionnelles et de prix de transfert publiées par l'OCDE en 2017<sup>2</sup>. Par ailleurs, la pression des opinions publiques et les agendas des institutions internationales ne sont certainement pas étrangers à la surenchère de propositions réformatrices à laquelle on assiste.

2. L'OCDE a publié le 13 février 2019 un important document de consultation publique intitulé « *Relever les défis fiscaux soulevés par la numérisation de l'économie* ». Malgré son titre, les propositions contenues dans ce document vont bien

1 Projet *Base Erosion and Profit Shifting* (Projet sur l'érosion de la base d'imposition et le transfert de bénéfices, en français) mené par l'OCDE et le G20.

2 Modèle de Convention fiscale concernant le revenu et la fortune telle qu'elle se lisait le 21 novembre 2017 ; Principes de l'OCDE applicables en matière de prix de transfert à l'intention des entreprises multinationales et des administrations fiscales, publié en juillet 2017.

au-delà de la numérisation de l'économie et introduisent des approches qui, si elles sont retenues, auront des conséquences non seulement pour les entreprises multinationales à forte composante numérique mais aussi pour les entreprises qui s'appuient sur des modèles d'affaires plus traditionnels.

Ces propositions s'inscrivent plus largement dans une évolution des équilibres historiques entre pays de résidence, exportateurs de capitaux (traditionnellement favorables au modèle de convention fiscale de l'OCDE, et notamment à de faibles taux de retenues à la source sur les versements d'intérêts, redevances et dividendes, ainsi qu'à un seuil relativement élevé de déclenchement des établissements stables) et pays de source (plus favorables au modèle des Nations Unies). Or, ces dernières années, des pays de résidence ont pris des positions en matière de politique fiscale qui s'apparentent à celles de pays de source et qui semblent dictées plus par leurs expériences en matière de contrôles fiscaux de filiales de groupes étrangers que par une stratégie d'accompagnement volontariste de leurs groupes nationaux. Cela a pu donner l'illusion d'un alignement des intérêts entre certains pays de résidence et pays de source / pays émergents.

Les sujets soulevés dans le document de consultation publique de l'OCDE de février 2019 ne sont pas nouveaux : imposition du numérique, biens incorporels de commercialisation, mesures anti-abus. Toutefois, l'approche adoptée par l'OCDE dans ce document reflète un profond changement de paradigme puisque l'OCDE réaffirme, comme elle le fait depuis le début du projet BEPS en 2013, être prête à s'affranchir des règles existantes si celles-ci ne permettent pas d'atteindre le résultat recherché<sup>3</sup>. En d'autres termes, l'OCDE s'éloigne du développement de solutions techniques et d'un consensus politique autour de principes fiscaux internationaux établis depuis des décennies (tels que le principe de pleine concurrence) au profit du développement de nouveaux principes visant à atteindre des objectifs de politique fiscale considérés comme prioritaires.

**3.** Ainsi, nous assistons actuellement à un chantier de grande ampleur dont l'ambition affichée est de modifier en profondeur les règles de fiscalité internationale. Effectivement, le résultat de ces travaux pourrait considérablement impacter la manière dont les entreprises multinationales seront imposées dans les années futures.

Nous présenterons dans un premier temps le document de consultation publique publié par l'OCDE en février (I) puis ferons un point sur la proposition dite « incorporels de commercialisation » (ou marketing intangibles) et les questions qu'elle soulève (II).

3 Document de consultation publique, Relever les défis fiscaux soulevés par la numérisation de l'économie (2019), § 44 : « Cette approche part du principe que, dans de nombreux cas, les groupes d'entreprises multinationales visés par cette règle de répartition spéciale possèdent déjà une présence imposable dans la juridiction du marché, mais reconnaît que dans certaines circonstances, un droit d'imposition serait attribué à la juridiction du marché lorsque les règles fiscales internationales en vigueur ne prévoient pas un tel droit, en tenant compte des coûts administratifs et de mise en conformité. »

## I. « Relever les défis fiscaux soulevés par la numérisation de l'économie »

**4.** Dès la fin des années 1990, l'OCDE s'est penchée sur l'avènement du secteur numérique et ses conséquences en matière de fiscalité et a adopté en 1998 les « Conditions cadres pour l'imposition du commerce numérique » ou « Conditions cadres d'Ottawa ». Dans ce rapport, l'OCDE estimait que les principes fiscaux existants devraient permettre d'imposer cette nouvelle forme de commerce, sans toutefois exclure la mise en œuvre de nouvelles mesures relatives au commerce électronique à condition notamment que ces mesures « ne visent pas à imposer un traitement fiscal discriminatoire des transactions commerciales électroniques ». L'OCDE a par la suite mis en place différents groupes techniques consultatifs, dont le Groupe technique sur le suivi de l'application des normes existantes des conventions pour l'imposition des bénéfices des entreprises, institué en 1999. De nombreux rapports ont été publiés sur la fiscalité du numérique entre 2001 et 2005<sup>4</sup>. Les travaux suivaient à cette époque une approche transactionnelle en ce qu'ils visaient à comprendre les nouveaux modèles d'affaires et à vérifier la possibilité d'appliquer les règles fiscales existantes à certains types de transactions en lien avec ces nouvelles activités, comme par exemple l'utilisation de serveurs par une filiale pour effectuer des ventes en ligne, les enchères en ligne, les accords d'hébergement sur Internet ou encore les systèmes de réservations en ligne<sup>5</sup>.

**5.** Depuis, l'industrie du numérique s'est considérablement développée et certaines entreprises du numérique ont acquis une puissance financière et une couverture commerciale sans précédent. Au-delà des *pure players*, c'est l'économie toute entière qui s'est numérisée.

L'OCDE a intensifié ses travaux sur l'économie numérique et la numérisation de l'économie à compter de 2013 avec le lancement du Projet BEPS dont la première des quinze actions identifiées par ce projet est de « Relever les défis fiscaux soulevés par la numérisation de l'économie ». Dans le Rapport final sur l'Action 1, publié en octobre 2015, les principaux défis issus de la numérisation de l'économie ont été identifiés et des pistes de réflexion proposées, comme l'introduction d'une nouvelle règle de lien (ou « nexus ») sous la forme d'une présence économique significative, la mise en place d'une retenue à la source sur certaines transactions numériques ou d'un prélèvement d'égalisation, sans toutefois de recommandation ferme sur la ou les mesure(s) à privilégier. Ce faisant, l'OCDE ne s'est plus contentée d'une approche transactionnelle mais a développé

4 OCDE (2001), Mise en œuvre des conditions cadres d'Ottawa sur la fiscalité, (2001) L'imputation d'un bénéfice à un établissement stable se livrant à des transactions qui relèvent du commerce électronique ; (2003a), Guidelines on the Definition of Place of Consumption ; (2003b) Commentary on Place of Consumption for Business to Business Supplies (Business Presence) ; (2005) Les règles d'imposition des bénéfices des entreprises qui sont prévues par les conventions fiscales actuelles conviennent-elles au commerce électronique ?

5 V. not. OCDE (2005), E-commerce : transfer pricing and business profits taxation.

une approche holistique, cherchant à appréhender la structure fiscale globale des entreprises du numérique et leur taux effectif d'imposition, et non plus simplement les modalités d'imposition de telle ou telle transaction séparément.

Le G20 a confié au Cadre inclusif sur le BEPS<sup>6</sup> la mission de produire un rapport intérimaire et un rapport final sur les défis fiscaux soulevés par la numérisation de l'économie. Le rapport intérimaire, publié en mars 2018, n'apporte pas non plus de conclusion définitive sur la création de valeur dans l'économie numérique ni de solution concrète pour maîtriser les défis identifiés. Même si ce rapport intérimaire n'est pas un document de consensus, les membres du Cadre inclusif se sont accordés pour revoir les règles relatives à la répartition des bénéfices et au lien (nexus) et se sont engagés à soumettre en 2019 un rapport d'étape au G20 et à produire en 2020 un rapport final, élaborant une solution de consensus concrète.

**6.** Certains pays, estimant que les mesures préconisées par les Actions 2 à 15 du Projet BEPS (par ex. lutte contre les dispositifs hybrides, lutte contre les pratiques fiscales dommageables, transparence et échange d'information) ne suffisent pas à endiguer l'érosion des bases imposables, ont adopté des mesures unilatérales. C'est le cas notamment du Royaume Uni et de l'Australie (régimes de *Diverted Profit Tax* introduits respectivement en 2015 et 2017), et plus récemment des États-Unis avec l'introduction, fin 2017, de la *Base Erosion and Anti Abuse Tax* (BEAT) et des mécanismes de *Global intangible low tax income* (GILTI) et *Foreign derived intangible income* (FDII). Cette tendance à l'adoption de mesures unilatérales s'est fortement amplifiée fin 2018<sup>7</sup>.

**7.** L'Union européenne travaille également, depuis plusieurs années, sur l'évolution de la fiscalité pour tenir compte de la numérisation de l'économie. Au-delà de la Direction générale de la fiscalité et des douanes de la Commission européenne, on note que les enquêtes sur les présomptions d'aides d'État réalisées par la Direction générale de la concurrence de la Commission européenne ont ces dernières années visé les accords fiscaux entre certaines des grandes entreprises du numérique (par ex. Apple, Amazon, Facebook) et les États membres. Dans le cadre de ces enquêtes, la Direction générale de la concurrence de la Commission européenne indique souhaiter appliquer son propre principe de pleine concurrence, possiblement distinct de celui qui prévaut en matière de prix de transfert et est énoncé dans les Principes OCDE.

**8.** C'est donc dans un contexte très agité qu'est intervenue la publication du document de l'OCDE de février 2019 et la consultation publique de mars 2019. Le Cadre inclusif sur le Projet BEPS s'est engagé à procéder à un examen détaillé des propositions décrites, afin d'élaborer une solution de

consensus qui sera présentée au G20 en 2020. À ce stade, il n'y a en effet pas consensus au sein du Cadre inclusif. Trois groupes de pays sont identifiés dans le Rapport intérimaire de 2018 : un premier groupe estime que les problèmes soulevés sont propres aux entreprises du secteur numérique et privilégie des solutions ciblées vers ce secteur, un deuxième groupe estime que ces problèmes ne sont pas confinés aux seules entreprises du secteur numérique et est en faveur d'une revue globale des règles fiscales internationales, le troisième groupe est quant à lui satisfait du système fiscal international actuel et ne voit pas la nécessité d'engager une réforme radicale des règles (notamment si tôt après la publication des rapports BEPS). Par ailleurs, certains pays sont en faveur d'un renforcement des mesures de lutte contre l'érosion de la base d'imposition qui selon eux subsiste toujours après le Projet BEPS.

**9.** Les propositions présentées dans le document de février sont de deux ordres : propositions de modification des règles relatives à la répartition des bénéfices et au lien (nexus) (premier pilier) et propositions de renforcement des mesures de lutte contre l'érosion de la base d'imposition (second pilier). Le second pilier concerne deux ensembles de règles interdépendantes visant à apporter aux juridictions une solution dans les cas où les bénéfices d'une entreprise sont assujettis à une imposition effective très faible, voire nulle. Cette approche, principalement soutenue par la France et l'Allemagne, s'appliquerait à tous les secteurs d'activité et n'a donc pas de spécificité numérique.

Dans le cadre du premier pilier, les propositions de modification des règles relatives à la répartition des bénéfices et au lien s'articulent autour des trois approches suivantes :

> participation de l'utilisateur : approche visant spécifiquement les entreprises du numérique, selon laquelle certaines entreprises seraient tenues d'attribuer une partie de leurs bénéfices aux juridictions dans lesquelles sont situées leurs bases d'utilisateurs actifs, indépendamment du fait que ces entreprises y disposent ou non d'une présence physique. Cette approche est proposée par le Royaume-Uni ;

> présence économique significative : proposition de reconnaissance d'une présence imposable dans une juridiction dès lors que l'on peut établir qu'une entreprise non résidente y a une présence économique significative, au regard de facteurs mettant en évidence une interaction voulue, inscrite dans la durée, avec cette juridiction par le biais de technologies numériques et d'autres outils automatisés. Seraient donc visées toutes les entreprises ayant recours au numérique, y compris les entreprises de secteurs de l'économie traditionnelle ;

> biens incorporels de commercialisation : proposition de modification des règles relatives à la répartition des bénéfices et au lien visant à attribuer des profits supplémentaires aux juridictions de marché. Cette approche, principalement soutenue par les États-Unis, s'appliquerait à tous les secteurs de l'économie, indépendamment de leur dimension numérique.

**10.** Bien qu'il faille se garder de présumer de l'issue des débats à venir, dans un contexte politique extrêmement actif et fluctuant, la plupart des commentateurs s'accordent

<sup>6</sup> Le Cadre inclusif sur le Projet BEPS mené par l'OCDE et le G20 rassemble 129 pays et juridictions qui collaborent à la mise en œuvre des mesures issues du Projet BEPS.

<sup>7</sup> V. par ex. les mesures unilatérales proposées ou mises en œuvre en 2018-2019 par l'Allemagne, l'Autriche, la Corée du Sud, la France, l'Inde, l'Italie, la République Tchèque et la Nouvelle-Zélande.

aujourd'hui à considérer que l'approche fondée sur les biens incorporels de commercialisation est celle qui semble avoir le plus de chance d'aboutir, tant pour des raisons techniques que politiques (ce serait notamment la seule approche aujourd'hui soutenue par les États-Unis, opposés à toute proposition visant uniquement les entreprises du numérique). Cette proposition pourrait être enrichie par certains éléments contenus dans les autres propositions et/ou une ou plusieurs mesures anti-abus issues du deuxième pilier.

## II. L'approche fondée sur les incorporels de commercialisation

### A. Présentation de l'approche

11. L'approche fondée sur les incorporels de commercialisation est décrite comme suit par l'OCDE :

« 43. L'approche vise à modifier les règles actuelles relatives à la répartition des bénéfices et au lien pour faire en sorte que le bénéfice résiduel ou non standard d'un groupe d'entreprises multinationales provenant de biens incorporels de commercialisation et les risques afférents soient attribués à la juridiction du marché. La totalité des autres bénéfices, tels que les bénéfices attribuables aux biens incorporels liés à la technologie provenant de travaux de recherche et de développement et les bénéfices attribuables aux fonctions courantes de l'entreprise, y compris les activités courantes de marketing et les fonctions de distribution, seraient toujours répartis selon les principes applicables en matière de répartition des bénéfices. En effet, l'application de ces principes à ces activités est censée continuer de produire des résultats conformes à la règle d'alignement des bénéfices imposables sur la création de valeur.

44. La répartition spéciale de la totalité ou d'une partie des revenus non standards provenant des biens incorporels de commercialisation et l'extension connexe des droits d'imposition de la juridiction du marché s'appliqueraient quelle que soit l'entité du groupe d'entreprises multinationales détenant le droit de propriété légal des biens incorporels de commercialisation, quelles que soient les entités du groupe qui exercent ou contrôlent effectivement des fonctions DEMPE liées à ces biens incorporels (même si, comme indiqué ci-dessus, les fonctions standards se rapportant aux activités de marketing seraient rémunérées par un revenu standard à l'endroit où elles sont exercées), quelle que soit la manière dont les risques liés aux biens incorporels de commercialisation seraient répartis conformément aux règles existantes en matière de prix de transfert, et quelle que soit la répartition habituelle des bénéfices issus des biens incorporels de commercialisation et des risques associés. Cette approche part du principe que, dans de nombreux cas, les groupes d'entreprises multinationales visés par cette règle de répartition spéciale possèdent déjà une présence imposable dans la juridiction du marché, mais reconnaît que dans certaines

circonstances, un droit d'imposition serait attribué à la juridiction du marché lorsque les règles fiscales internationales en vigueur ne prévoient pas un tel droit, en tenant compte des coûts administratifs et de mise en conformité.

45. La répartition des bénéfices résiduels ou non standards entre les biens incorporels de commercialisation et d'autres facteurs générateurs de bénéfices pourrait être déterminée à l'aide de différentes méthodes. Une des approches serait l'application des méthodes transactionnelles de prix de transfert habituelles. D'un point de vue conceptuel, cette approche serait assez simple. Premièrement, il faudrait définir les biens incorporels de commercialisation et déterminer leur contribution aux bénéfices de l'entreprise, en fonction de deux hypothèses : (i) une hypothèse selon laquelle les biens incorporels de commercialisation (et les risques afférents) seraient attribués conformément aux règles en vigueur ; et (ii) une hypothèse selon laquelle les biens incorporels de commercialisation (et les risques afférents) seraient attribués à la juridiction du marché. Ce calcul pourrait donner lieu à un ajustement des biens incorporels de commercialisation correspondant à la différence entre ces deux valeurs.

46. La répartition des bénéfices dépendrait entièrement des circonstances propres à chaque cas et de la contribution économique aux bénéfices fournie par les biens incorporels de commercialisation. Cette approche permettrait de continuer à suivre les règles en vigueur qui requièrent d'identifier les biens incorporels de commercialisation spécifiques et de déterminer leur contribution aux bénéfices.

47. Alternativement, on pourrait procéder à cette répartition selon une analyse révisée du partage du bénéfice résiduel fondée sur des approximations plus mécaniques. Comme pour toute méthode de répartition des bénéfices résiduels, un certain nombre d'étapes serait nécessaire, notamment la détermination des bénéfices à considérer, des fonctions habituelles et de leur rémunération, la déduction du bénéfice ordinaire du bénéfice total et enfin la répartition du bénéfice « résiduel ». À cet égard, il existe différentes façons de déterminer le bénéfice ordinaire aux fins du calcul du montant des bénéfices non standards visés par le partage des bénéfices, allant d'une analyse complète des faits et des circonstances applicables aux prix de transfert, jusqu'à une approche plus systématique (par exemple, marge sur les coûts ou sur les immobilisations corporelles). Puis, une fois que le montant du bénéfice ordinaire a été déterminé et soustrait du bénéfice total, plusieurs méthodes permettent de définir la fraction du bénéfice non standard ou résiduel attribuable aux biens incorporels de commercialisation, comme, par exemple, des méthodes fondées sur les coûts (coûts engagés pour le développement des biens incorporels de commercialisation, par rapport aux coûts engagés pour les activités de R&D et au titre des actifs incorporels de fabrication), ou des approches davantage fondées sur des formules (utilisation de pourcentages de contribution fixes, pouvant varier selon le modèle d'affaires).

48. Dès lors que le montant du bénéfice attribuable aux biens incorporels de commercialisation est déterminé, il est réparti entre chaque juridiction du marché sur la base d'un critère de répartition convenu (le chiffre d'affaires ou les ventes, par exemple). Dans ce contexte, le chiffre d'affaires d'un groupe d'entreprises

multinationales présent dans le secteur de la publicité, comme c'est le cas d'un bon nombre d'entreprises du numérique, serait déterminé non pas par référence à la juridiction de résidence du payeur, mais par rapport aux clients ciblés par les publicités, à savoir dans le cas d'une plateforme virtuelle, les utilisateurs de la plateforme.

49. Pour répondre aux préoccupations selon lesquelles la mise en œuvre de la proposition donnerait lieu à des polémiques importantes et provoquerait des situations de double imposition pour les entreprises, la proposition devrait offrir aux contribuables la possibilité de bénéficier d'une sécurité fiscale rapide dans le cadre de cette approche et être assortie de mécanismes solides de règlement des différends. »

## B. Incorporels de commercialisation : une notion aux contours incertains

12. L'approche fondée sur les incorporels de commercialisation n'est pas une approche conforme au principe de pleine concurrence puisqu'elle ne s'attache pas à une neutralité entre transactions intragroupe et transactions sur marché libre ; elle ne vise en effet pas à attribuer aux juridictions de marché les profits qui auraient été réalisés dans ces pays si les transactions étaient intervenues entre parties indépendantes, mais bien un « surprofit » lié à l'exploitation dans le marché considéré des incorporels commerciaux du groupe. Elle résonne toutefois avec certains concepts existants en matière de prix de transfert.

13. Il convient de distinguer deux notions :

- les biens incorporels de commercialisation générateurs des profits (et risques) dont une partie feraient l'objet d'une réallocation au marché. L'enjeu sera de définir ces incorporels de commercialisation et de déterminer la quote-part des profits et des risques de l'entreprise qui leur est imputable, puisque les profits et les risques rattachables aux autres incorporels (technologiques notamment) ne sont pas concernés par cette proposition ; et

- le critère de rattachement au marché (chiffre d'affaires par exemple), étant entendu que le marché lui-même n'est pas un incorporel.

14. Les Principes OCDE applicables en matière de prix de transfert, publiés en juillet 2017 (« Principes OCDE »), définissent un incorporel comme « une chose qui n'est pas un actif corporel ni un actif financier, qui peut être possédée ou contrôlée aux fins d'utilisation dans le cadre d'activités commerciales, et dont l'utilisation ou le transfert serait rémunéré s'il avait lieu dans le cadre d'une transaction entre parties indépendantes dans des circonstances comparables »<sup>8</sup>. En apportant cette définition, l'OCDE délimite la notion d'incorporel afin d'en éviter une utilisation trop extensive. L'OCDE exclut notamment de la

définition des incorporels des notions telles que le pouvoir d'achat du consommateur ou le potentiel de croissance du marché. À cet égard, les Principes OCDE précisent qu'« Il est important de distinguer les actifs incorporels des conditions de marché ou de la situation du marché local. Les caractéristiques d'un marché local, telles que le niveau de revenu disponible des ménages sur ce marché ou la taille ou la compétitivité relative de ce marché, ne peuvent être possédées ni contrôlées. »<sup>9</sup>.

15. La définition même des incorporels de commercialisation a évolué au cours des dernières années. Depuis 1995, un incorporel de commercialisation est défini par les Principes OCDE comme un « Bien incorporel lié à des activités de commercialisation, qui contribue à l'exploitation commerciale d'un produit ou d'un service et/ou a une valeur promotionnelle importante pour le produit concerné. ». Les Principes OCDE de 2017 précisent cette définition : « En fonction du contexte, un bien incorporel de commercialisation peut inclure, par exemple, des marques, appellations commerciales, listes de clients, relations avec des clients et données propriétaires sur le marché et sur les clients qui sont utilisées pour la commercialisation et la vente de produits ou de services à des clients ou qui y contribuent. »

Les Principes OCDE traitent déjà depuis 1995 des cas où des activités de commercialisation sont exécutées par des entreprises qui ne sont pas propriétaires des marques ou noms commerciaux<sup>10</sup>. Dans ce cadre, la question de l'existence ou non d'incorporels de commercialisation locaux est directement rattachée à la réalisation de dépenses de marketing ou de publicité, en général par un distributeur local pour son marché. Les Principes OCDE 2017, précisent que<sup>11</sup> :

« Une question importante est de savoir si l'entité chargée de la commercialisation/distribution doit être rémunérée uniquement pour avoir fourni des services de promotion et de distribution, ou si elle doit également être rémunérée pour avoir accru la valeur de la marque de fabrique considérée et d'autres actifs incorporels de commercialisation grâce aux fonctions qu'elle a exercées, aux actifs qu'elle a utilisés et aux risques qu'elle a assumés.

La situation est relativement claire lorsqu'un distributeur intervient uniquement en tant qu'agent, le propriétaire de la marque de fabrique et des autres actifs incorporels de commercialisation considérés lui remboursant ses dépenses promotionnelles tout en dirigeant et contrôlant ses activités. Dans ce cas, le distributeur a généralement droit uniquement à une rémunération correspondant à ses activités d'agent. Il n'assume pas les risques associés à la poursuite de la valorisation de la marque de fabrique et des autres actifs incorporels de commercialisation considérés, et il n'aura donc droit à une fraction des revenus imputables au bien incorporel de commercialisation à aucune rémunération complémentaire à cet égard. »

Cette possibilité de rattachement (en fonction des circonstances de chaque cas d'espèce) d'une quote-part des profits créés par l'exploitation de biens incorporels de commercialisation à l'entité qui encoure des dépenses de marketing ou de

8 Principes de l'OCDE applicables en matière de prix de transfert à l'intention des entreprises multinationales et des administrations fiscales 2017, Chapitre 6, § 6.6.

9 *Ibid.*, § 6.9.

10 Principes OCDE 1995 et 2010, Par. 6.36 et suivants.

11 Principes OCDE 2017, Par. 6.76 et 6.77.

publicité est dans la lignée de jurisprudences américaines<sup>12</sup> et de raisonnements largement repris depuis par les tribunaux indiens<sup>13</sup> et l'administration fiscale chinoise<sup>14</sup>.

**16.** Les Principes OCDE 2017, modifiés à la suite du Rapport final des Actions 8-10 du Projet BEPS, ont par ailleurs introduit une référence aux fonctions de mise au point, amélioration, entretien, protection et exploitation d'actifs incorporels (ou fonctions « DEMPE » en anglais), précisant que le propriétaire d'un incorporel n'a pas vocation à en conserver les profits s'il ne réalise pas ces fonctions significatives. On observe donc que dans le cadre des Principes en matière de prix de transfert, le détenteur de la marque n'a pas nécessairement droit à l'intégralité des bénéfices rattachables à cet incorporel si une autre partie (distributeur affilié par exemple) supporte des dépenses marketing significatives et/ou réalise les fonctions significatives créatrices de valeur. Au-delà de la propriété juridique de la marque, les Principes en matière de prix de transfert comportent donc déjà une élasticité du concept d'incorporel commercial, en lien avec les investissements marketing et les fonctions créatrices de valeur. Ceci semble cohérent avec les théories économiques qui rattachent la création de valeur aux investissements capitalistiques et au travail à valeur ajoutée / capital humain.

**17.** La proposition OCDE de février 2019 sur les incorporels commerciaux diffère toutefois de ces approches puisqu'elle vise à attribuer au pays de marché une quote-part des bénéfices liés à l'exploitation d'incorporels commerciaux qui ne sont pas nécessairement détenus ou financés dans ce marché, pour lesquels il n'y a pas nécessairement de dépenses marketing encourues (et déductibles) par une filiale ou un établissement stable local, et pas nécessairement la réalisation de fonctions marketing locales, et ce « *quelle que soit l'entité du groupe d'entreprises multinationales détenant le droit de propriété légal des biens incorporels de commercialisation, quelles que soient les entités du groupe qui exercent ou contrôlent effectivement des fonctions DEMPE liées à ces biens incorporels (même si, comme indiqué ci-dessus, les fonctions standards se rapportant aux activités de marketing seraient rémunérées par un revenu standard à l'endroit où elles sont exercées), quelle que soit la manière dont les risques liés aux biens incorporels de commercialisation seraient répartis conformément aux règles existantes en matière de prix de transfert, et quelle que soit la répartition habituelle des bénéfices issus des biens incorporels de commercialisation et des risques associés.* ». Ainsi, une quote-part des profits générés par l'incorporel commercial en question serait réputée rattachable au marché du simple

fait de la réalisation d'un chiffre d'affaires (ou autre critère de rattachement à définir), opérant une transition entre le rattachement traditionnel des profits au lieu de création de valeur et un nouveau rattachement de profits au lieu de réalisation de la valeur, c'est-à-dire là où sont réalisées les ventes.

Bien évidemment, à moins d'accepter la double imposition, ceci devrait se faire au détriment des juridictions qui détiennent l'incorporel (marque), supportent les dépenses marketing et/ou réalisent les fonctions significatives.

Par comparaison, la formule d'allocation des bénéfices proposée par la Commission européenne dans le cadre de l'Assiette Commune Consolidée pour l'Impôt des Sociétés (ACCIS) prend bien en compte non seulement le chiffre d'affaires, mais également les actifs (donc les investissements capitalistiques) et les fonctions (masse salariale et effectifs). Il est vrai que la proposition de l'OCDE ne rattacherait qu'une quote-part des profits et risques de l'incorporel au marché, et que par conséquent le reliquat continuerait a priori d'être alloué aux entités qui supportent les investissements et les risques y afférents et réalisent les fonctions créatrices de valeur, aboutissant *in fine* à une allocation sur la base de trois facteurs (fonctions, actifs et marché) dont la pondération reste à déterminer.

## C. Détermination du profit réalloué aux marchés

**18.** Le document de consultation de l'OCDE ne tranche pas la question de la méthode de quantification des profits qui seraient attribués aux pays de marchés. Certains commentateurs préconisent une méthode de partage des profits globaux de l'entreprise, avec de multiples variantes quant à la détermination des profits à partager, de la quote-part de ces profits rattachables aux incorporels de commercialisation (*versus* autres incorporels tels que la technologie), et du critère d'allocation de cette quote-part aux juridictions de marché. D'autres penchent pour une formule simplifiée d'allocation d'un profit, déterminée comme un pourcentage, plus ou moins modeste, du chiffre d'affaires réalisé sur le marché, ce qui pourrait ressembler plus à une méthode transactionnelle de marge nette qu'à une méthode de partage des profits<sup>15</sup>.

**19.** Au-delà de cette question, de nombreux points tout aussi structurants devront être traités par le Cadre inclusif et le Groupe de réflexion sur l'économie numérique pour définir les contours et la faisabilité de mise en œuvre d'une proposition d'allocation de surprofits aux juridictions de marché. Nous en énumérons certains ci-après, cette liste étant loin d'être exhaustive :

> La proposition vise-t-elle la mise en place dans les juridictions de marché d'un impôt forfaitaire (c'est-à-dire quelle que soit la profitabilité réelle des opérations), ou d'un impôt minimum (auquel cas les juridictions de marché pourraient

12 V. not. DHL Corp.& Subs. v. Commissioner, 285 F.3d 1210, 1221-24 (9th Cir. 2002). - GlaxoSmithKline Holdings (Americas) Inc.,& Subs. v. Commissioner, T.C. Dkt. No. 5750-04 and 6959-05 (2006).

13 V. not. HC, 1 July 2010, Maruti Suzuki India Ltd. v. ACIT, W.P.(C) 6876/2008. - Income Tax Appellate Tribunal (ITAT) Special Bench (Delhi), LG Electronic India Pvt. Ltd. v. ACIT, [ITA 5140/Del/2011]. - Manuel pratique des Nations Unies sur les prix de transfert à l'intention des pays en développement, Chapitre D.3 sur la pratique en Inde.

14 V. not. Manuel pratique des Nations Unies sur les prix de transfert à l'intention des pays en développement, Chapitre D.2 sur la pratique en Chine.

15 À ce sujet, voir l'article d'Alberto Pluviano dans le présent numéro (FI 1-2019, n° 4, § XX).

appliquer le principe de pleine concurrence pour augmenter le montant des profits dans les situations qui le permettent) ?

> La proposition vise-t-elle bien une réallocation des bases de l'impôt sur les sociétés, ou bien s'agit-il d'un mécanisme de retenue à la source ou d'impôt à la consommation proche de la TVA ?

> Quelles seront les modalités de déclaration, de collecte et de contrôle de cet impôt, notamment dans le cas où des profits seraient rattachables à une juridiction de marché dans laquelle le contribuable n'a pas de présence taxable (pas de filiale, pas d'établissement stable) ? Comment la juridiction devant octroyer la réfaction de base (par exemple celle de la maison mère ou du propriétaire de la marque) pourrait-elle auditer la bonne détermination de la base imposable ou de l'impôt forfaitaire rattaché au marché ?

> Compte tenu de la complexité attendue, y aurait-il une règle *de minimis* exonérant les petites entreprises ou celles qui réalisent localement un chiffre d'affaires inférieur à un certain seuil ?

Dans l'hypothèse où il s'agirait d'une réallocation des bases soumises à l'impôt sur les sociétés :

> Si les profits alloués au marché en application de la nouvelle règle sont supérieurs aux profits de pleine concurrence, quelle juridiction accordera la réfaction de base correspondante : par exemple, celle de la maison mère du groupe, celle du détenteur de la marque (ou des détenteurs des divers incorporels de commercialisation dont les profits sont réattribués), ou celle de l'entité qui vend les produits dans la juridiction de marché (par exemple une plateforme de distribution régionale) ?

> Comment cette réallocation sera-t-elle qualifiée juridiquement et comptablement : ajustement du prix de vente des produits ou services, redevances, prestation de service notionnelle ? En particulier, quel sera le traitement juridique et comptable dans l'hypothèse où le groupe ne dispose pas d'une filiale ou d'un établissement stable auquel rattacher un flux contractuel et financier dans la juridiction de marché ?

> Quel mécanisme sera mis en place pour éliminer rapidement et efficacement la double imposition ? Les procédures amiables et d'arbitrage actuelles ne sont en effet pas suffisamment rapides et contraignantes pour les États pour faire face à une telle modification des règles d'allocation des profits.

> Comment les situations déficitaires (du groupe, des lignes de produits ou des marchés) seront-elles prises en compte ?

> Les profits (ou pertes) à réallouer seront-ils déterminés au niveau global (indépendamment de la performance du marché local), régional, ou du marché local (ce qui signifierait une absence de profits si le groupe est globalement profitable mais déficitaire dans le marché local) ? Seront-ils déterminés au niveau du groupe (qui peut comprendre de multiples activités aux profils de rentabilité très divers), par *Business Unit*, ou par ligne de produits ?

> La proposition vise-t-elle les ventes de biens uniquement, ou également de services et les licences d'incorporels ?

> La proposition introduirait-elle une différence de traitement entre les groupes qui font appel à un distributeur affilié et ceux qui font appel à un distributeur tiers ?

> La proposition aboutirait-elle à ce que le même niveau

de profit soit imposé dans le marché indépendamment de la présence ou non d'un distributeur ou d'une entité de support commercial ?

> L'augmentation des profits rattachés au marché se traduirait-elle par une baisse des droits de douane (baisse des taux à négocier avec les États concernés en contrepartie de l'allocation d'une quote-part des profits ; et baisse des valeurs en douane par souci de cohérence avec la position préconisée en matière d'impôt sur les sociétés visant à laisser une marge supplémentaire en local, donc un prix moindre à l'importation) ?

> Sera-t-il possible de clarifier que le rattachement de profits supplémentaires aux juridictions de marché ne vaut que pour l'imposition de l'exploitation des incorporels, et ne crée pas un droit pour lesdites juridictions à imposer la cession d'une quote-part « d'incorporel » en cas de cession par le groupe de la marque ou de l'activité ?

## D. Mise en œuvre juridique

**20.** L'OCDE s'est engagée auprès du G20 à présenter une solution de consensus en 2020, prévoyant des mécanismes de mise en œuvre de cette solution, notamment dans les conventions fiscales. Le paragraphe 82 du document de consultation publique indique que :

« La mise en œuvre des propositions de répartition des bénéfices nécessiterait la définition de nouveaux critères de lien. La principale tâche consisterait à donner aux juridictions où se situent le marché ou les utilisateurs le droit d'imposer les revenus supplémentaires, même si l'entité qui génère ces revenus n'a pas de présence imposable en application des principes des conventions en vigueur. Cela pourrait être potentiellement réalisé en modifiant ou complétant la définition d'« établissement stable » donnée à l'article 5, *concomitamment avec une modification des règles distributives des articles 7 et 9. Cependant, les dispositions existantes examinent les transactions entre entreprises ou composantes d'une entreprise, tandis que les nouvelles propositions se fondent sur le bénéfice combiné de multiples entités au sein d'un même groupe d'entreprises multinationales. Dès lors, une approche alternative serait d'introduire un nouveau critère du lien par l'intermédiaire d'une règle autonome de répartition des droits d'imposition afférents au revenu additionnel. Dans tous les cas, les propositions reconnaissant le besoin d'établir un nouveau critère du lien, qui sera basé sur un seuil alternatif. Il existe des similitudes entre cette approche et les règles relatives au lien reposant sur un concept de présence économique significative décrites dans la section 2.2.3 qui doivent être analysées plus avant. De toute évidence, les pays pourraient avoir besoin de modifier leur législation interne afin de pouvoir donner effet à tout nouvel article éventuel, et pourraient avoir intérêt à coordonner le développement de leurs règles de droit interne respectives. »*

**21.** Ces modifications pourront ainsi passer par une modification du modèle de convention OCDE et la signature d'un nouvel instrument multilatéral, afin d'appliquer cette approche aux conventions fiscales en vigueur.

22. En France, la mise en œuvre en droit interne de l'approche fondée sur les « biens incorporels de commercialisation » pourrait devoir donner lieu à l'amendement de l'article 57 du Code général des impôts, pour prévoir une dérogation à l'application du principe de pleine concurrence en ce qui concerne les profits attribuables aux biens incorporels de commercialisation.

23. La mise en œuvre juridique de cette approche interroge sur les conséquences pratiques d'une mise en œuvre non uniforme par les États de ce nouveau système. En effet, dans le cas où toutes les juridictions n'adoptent pas cette approche, ou la mettent en œuvre différemment et/ou dans des délais variables d'une juridiction à l'autre, ce qui semble aisément envisageable, les groupes multinationaux, implantés dans un grand nombre de juridictions, seront confrontés à la nécessité de mettre en œuvre des politiques de prix de transfert conformes au principe de pleine concurrence avec certains États, y déroger au cas par cas avec les États ayant adopté l'approche incorporels de commercialisation, et peut-être à terme appliquer une politique différente au sein de l'Union européenne si l'ACCIS est mise en œuvre.

24. Au vu des incertitudes majeures qui entourent cette proposition et de sa très probable complexité, la mise en œuvre de mécanismes fiables et rapides de prévention et de résolution des différends est plus que jamais primordiale et on pourrait attendre par exemple que l'acceptation d'un arbitrage obligatoire soit une condition *sine qua non* requise des États qui voudront bénéficier de cette nouvelle allocation de profits à leurs marchés.

## Conclusion

25. Le document de consultation publique publié par l'OCDE en février 2019 ouvre la voie à une évolution significative des règles d'imposition des entreprises multinationales.

Une réallocation des profits des entreprises entre juridictions de source et juridictions de marché ferait inévitablement des gagnants et des perdants. Elle nécessiterait selon nous une étude d'impact approfondie afin d'évaluer ses conséquences sur différents types de juridictions en fonction de leur profil économique. En l'absence d'une telle étude, on s'attend intuitivement à ce que les pays qui bénéficieraient le plus d'une telle réforme soient les émergents dont les marchés intérieurs sont en forte croissance, notamment la Chine et l'Inde. D'après une étude Brandfinance, 5% de la valeur des 500 marques ayant les plus hautes valorisations étaient d'origine française en 2018. Par comparaison, la France réalise 2% du PIB mondial et ce dernier chiffre ne croît pas sensiblement. Dans le même temps, la croissance du PIB (et donc de la consommation) est très forte en Asie-Pacifique : la part de cette région dans le PIB mondial est passée de 26% en 2010 à 33% en 2017<sup>16</sup>. Certains « petits » pays ayant une main d'œuvre très qualifiée et un marché restreint, notamment au sein de l'Union européenne, seraient probablement perdants. Il serait également important à notre avis d'évaluer l'enjeu pour les pays en développement et les pays les plus pauvres, dont les perspectives de croissance économique reposent souvent sur l'exploitation de ressources naturelles ou sur le développement d'activités de fabrication ou de services à faible valeur ajoutée, alors que leur marché intérieur reste à ce jour peu développé et qui ne seraient donc a priori pas favorisés par une réallocation des bases aux marchés.

Inévitablement se posera la question des mesures de compensation budgétaire à prendre par les juridictions « perdantes » ; cette question semble pour l'instant largement passée sous silence.

**C. SILBERZTEIN ET M. BRAUGE ■**

16 Source : <https://www.indexmundi.com> (PIB PPA).