

Fiscalité internationale : vers un nouveau droit d'imposition au profit des juridictions de marché



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



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

Le Cadre inclusif sur le BEPS a publié le 31 mai 2019 son « Programme de travail pour développer une solution de consensus répondant aux défis fiscaux soulevés par la numérisation de l'économie ». Cette feuille de route a été approuvée par les ministres des finances du G20 les 8 et 9 juin 2019.

Malgré son titre, ce document contient des propositions qui dépassent largement le cadre du secteur numérique et visent à modifier en profondeur les règles de la fiscalité internationale. Le Cadre inclusif confirme la volonté d'allouer « plus de bénéfices » aux juridictions de marché (V. § 3), en créant de nouveaux droits d'imposer à leur profit et en proposant une révision des règles relatives à la répartition des bénéfices et au lien / rattachement des profits (nexus) (V. § 11).

Introduction

1. Le 31 mai 2019, le Cadre inclusif de l'OCDE et du G20 sur le BEPS (ci-après le Cadre inclusif) a publié son « Programme de travail pour développer une solution de consensus répondant aux défis fiscaux soulevés par la numérisation de l'économie ». Ce document, adopté par les 129 membres du Cadre inclusif, a été approuvé par les ministres des finances du G20 les 8 et 9 juin 2019¹. Il s'inscrit dans la continuité des travaux menés par l'OCDE sur le numérique depuis le lancement du Projet BEPS en 2013 (Action 1) et, plus récemment, de la publication le 13 février 2019 d'un document soumis à consultation publique les 13 et 14 mars 2019, que nous avons

commenté dans les présentes colonnes². **Malgré son titre, les propositions contenues dans ce document ne se limitent pas au secteur du numérique.**

Ce programme de travail (ou feuille de route) reprend les deux piliers présentés dans le document de consultation publique de février : propositions de modification des règles relatives à la répartition des bénéfices et au lien / rattachement des profits (nexus) (premier pilier), et renforcement des mesures de lutte contre l'érosion de la base d'imposition (second pilier).

Dans le cadre du second pilier, la feuille de route reprend et approfondit les propositions de mise en œuvre d'une règle d'inclusion des bénéfices faiblement taxés des filiales ou succursales (règle de type « CFC » ou article 209 B du CGI) et d'imposition complémentaire des paiements ayant pour effet d'éroder la base d'imposition lorsque ces paiements sont peu taxés entre les mains du bénéficiaire (non-déductibilité ou application d'une retenue à la source, et limitation des bénéfices des conventions fiscales).

1 Communiqué des ministres des finances et des gouverneurs des banques centrales, 8 et 9 juin 2019 : « We reaffirm the importance of the worldwide implementation of the G20/OECD Base Erosion and Profit Shifting (BEPS) package and enhanced tax certainty. We welcome the recent progress on addressing the tax challenges arising from digitalization and endorse the ambitious work program that consists of a two pillar approach, developed by the Inclusive Framework on BEPS. We will redouble our efforts for a consensus-based solution with a final report by 2020. ».

2 C. Silberztein et M. Brauge, Vers un nouvel équilibre fiscal international ? : FI 2-2019, n° 1.1.

S'agissant du premier pilier, le programme de travail présente des évolutions significatives par rapport au document de février 2019. Plus fouillé, il identifie nombre de questions techniques qui devront être analysées et débattues afin d'élaborer la solution de consensus recherchée.

Pour rappel, les propositions du premier pilier du document de consultation publique de février 2019 reposaient sur trois approches, qui différaient en ce qui concerne les justifications de politique fiscale avancées en leur faveur ainsi que le champ des entreprises potentiellement concernées :

> la 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 ;

> la présence économique significative : proposition de reconnaissance d'une présence imposable dans une juridiction dès lors que l'on pourrait 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. Étaient donc ici visées toutes les entreprises ayant recours au numérique, y compris les entreprises de secteurs de l'économie traditionnelle ;

> les biens incorporels de commercialisation : proposition de modification des règles relatives à la répartition des bénéfices et au lien visant à attribuer des bénéfices supplémentaires aux juridictions de marché. Cette approche vise tous les secteurs de l'économie, indépendamment de leur dimension numérique.

Comme indiqué par l'OCDE, chacune de ces approches nécessiterait « une révision fondamentale à la fois des règles relatives à la répartition des bénéfices et au lien et une extension des droits d'imposition des juridictions du marché et de l'utilisateur. »³.

2. Le programme de travail publié le 31 mai prend acte des débats qui ont eu lieu à l'occasion de la consultation publique. Comme on pouvait s'y attendre, **le Cadre inclusif semble avaliser la volonté d'allouer « plus de bénéfices » aux juridictions de marché.** Il reste à s'entendre sur ce qu'est une juridiction de marché et sur les modalités de détermination des bénéfices à allouer et de leur allocation.

Le programme de travail sépare désormais, au sein du premier pilier, des propositions de nouvelles règles d'allocation de bénéfices aux juridictions de marché (I) et des propositions de nouvelles règles de lien permettant aux juridictions de marché d'exercer un droit d'imposer même en l'absence de présence physique locale (II). Le Cadre inclusif prévoit également des travaux sur la mise en œuvre juridique et administrative des nouveaux droits d'imposition (III) et préconise la réalisation d'une étude économique et d'une analyse d'impact de ces éventuelles mesures (IV).

Ces propositions sont résumées ci-après. **Elles visent**

toutes à attribuer un nouveau droit d'imposition supplémentaire aux juridictions de marché. Les propositions de nouvelles règles d'allocation des bénéfices ne se limitent pas aux entreprises du numérique ni même aux entreprises traditionnelles ayant une activité numérique, mais seraient d'application générale à tous les acteurs économiques. La solution de consensus qui sera présentée en 2020 pourrait donc, si elles sont adoptées, constituer un tournant pour le système fiscal international.

I. Nouvelles règles d'allocation de bénéfices aux juridictions de marché

3. Le programme de travail dévoilé par le Cadre inclusif envisage **plusieurs approches pour aboutir au « nouveau droit d'imposition »** qui serait attribué aux juridictions de marché : une méthode modifiée de partage des bénéfices résiduels (A), une méthode dite de répartition fractionnaire (B) et des approches simplifiées basées sur les fonctions de marketing et de distribution et les activités relatives aux utilisateurs (C). Chacune de ces approches implique d'une part la détermination du montant des bénéfices qui seront soumis aux nouvelles règles fiscales, et d'autre part leur allocation entre les juridictions de marché concernées. Pour chacune des propositions qui seront étudiées, le Cadre inclusif promet qu'une **attention particulière sera portée à la coexistence des nouvelles règles envisagées avec les règles de prix de transfert actuelles ainsi qu'à la complexité de mise en œuvre de ces mesures, à l'élaboration de mesures de simplification et à l'évitement des situations de double imposition**⁴.

4. Par ailleurs, **quelle que soit l'approche retenue, le Cadre inclusif se propose d'étudier spécifiquement :**

- l'opportunité et la faisabilité d'une segmentation des profits par division et/ou par zone géographique ;
- l'opportunité et la faisabilité d'exclure certaines activités sur la base de critères de taille (par exemple via un régime d'exonération pour les groupes ou leurs divisions réalisant un chiffre d'affaires inférieur à un certain montant), sectoriels (par exemple pour les ressources naturelles ou les instruments financiers) ou autres ;
- le traitement des situations déficitaires.

A. Méthode modifiée de partage des bénéfices résiduels

5. La méthode modifiée de partage des bénéfices résiduels consisterait à attribuer aux juridictions de marché une partie du bénéfice résiduel d'un groupe multinational, présumée refléter la valeur créée sur les marchés locaux qui, selon

³ OCDE, Relever les défis fiscaux soulevés par la numérisation de l'économie, 13 févr. 2019, § 10.

⁴ OCDE, Programme de travail afin de développer une solution de consensus répondant aux défis fiscaux soulevés par la numérisation de l'économie, § 27, traduction libre.

l'OCDE, ne serait à l'heure actuelle pas prise en compte en application des règles existantes. Cette **méthode comporterait quatre étapes** :

- (i) la détermination du bénéfice total à répartir ;
- (ii) la déduction de rémunérations dites « de routine »⁵, permettant de déterminer le bénéfice résiduel ;
- (iii) la détermination de la part de ce bénéfice résiduel qui entre dans le champ du nouveau droit d'imposition ; en effet, seul le bénéfice résiduel afférent aux incorporels commerciaux devrait en principe faire l'objet de cette répartition, et
- (iv) l'attribution de cette part de bénéfice résiduel aux juridictions du marché concernées selon une clé de répartition⁶.

6. Parmi les options et les points techniques à prendre en compte dans le cadre de l'élaboration de cette méthode, le Cadre inclusif identifie notamment les éléments suivants :

- l'élaboration de règles de quantification des bénéfices à répartir : référentiel comptable à retenir, pertinence des indicateurs de bénéfices utilisés et des éventuels ajustements à réaliser, détermination des bénéfices à l'échelle du groupe, d'une division, d'une zone géographique, d'une entité ;
- l'élaboration de règles permettant de distinguer les bénéfices routine et non routine au sein du bénéfice total, sur la base des règles prix de transfert actuelles ou de nouvelles règles simplifiées ;
- l'élaboration de règles visant à quantifier la part du bénéfice résiduel soumise au nouveau droit d'imposition des juridictions de marché, c'est-à-dire a priori la part afférente aux incorporels de commercialisation, sur la base des règles prix de transfert actuelles ou de nouvelles règles simplifiées, tenant compte par exemple des dépenses immobilisées, des projections de chiffre d'affaires, de pourcentages fixes appliqués aux profits qualifiés de non-routine, etc. ;
- l'élaboration de règles d'allocation de la part du bénéfice résiduel identifiée entre les juridictions de marché concernées, avec l'utilisation de clés de répartition (par ex. sur la base du chiffre d'affaires) ;
- la coordination de cette méthode avec les règles existantes en matière de prix de transfert pour éviter les situations de double imposition ou double non-imposition.

⁵ Le terme « routine » n'est pas défini par l'OCDE. D'origine nord-américaine, il est généralement utilisé par les praticiens pour désigner des fonctions, actifs ou risques non uniques, c'est-à-dire pour lesquels des fonctions, actifs ou risques équivalents sont susceptibles de se retrouver chez des comparables indépendants. Par conséquent, des rémunérations dites de routine se comprennent généralement comme des rémunérations pour lesquelles une comparaison (*benchmark*) est possible, ce qui justifie l'application d'une méthode reposant sur les comparables. Le terme routine est également parfois utilisé pour désigner des fonctions, actifs ou risques sans grande valeur ajoutée. Ce concept s'oppose donc à celui d'incorporel « unique et de valeur » qui figure dans les Principes OCDE en matière de prix de transfert. Il n'y a toutefois pas consensus sur sa définition : des fonctions, actifs ou risques pour lesquels des comparables existent impliquent-ils nécessairement une rémunération modeste ? A *contrario*, des fonctions, actifs ou risques « uniques » entraînent-ils nécessairement une valeur ajoutée significative ? Le terme « routine » a été introduit en 2017 au chapitre VI des Principes OCDE sans faire l'objet d'une définition, ce qui peut entraîner de sérieux différends d'interprétation par exemple sur les cas d'application d'une méthode de partage des profits et pourrait poser des difficultés quant à la détermination des nouveaux droits d'imposer au profit des juridictions de marché.

⁶ *Ibidem*, § 28, traduction libre.

B. La méthode de la répartition fractionnaire

7. La méthode dite de répartition fractionnaire des bénéfices (« *fractional apportionment* ») consisterait à déterminer le montant des bénéfices soumis au nouveau droit d'imposition des juridictions de marché, sans distinguer entre bénéfices routine et non routine. Une des approches envisagées consisterait à prendre en compte la profitabilité globale du groupe (ou de la division concernée). Cette **méthode comporterait trois étapes** :

- (i) la détermination du bénéfice d'une ou plusieurs entités non-résidentes dont une quote-part serait allouée à la juridiction de marché,
- (ii) la sélection d'une clé de répartition, et
- (iii) l'application de cette formule pour allouer une fraction du bénéfice aux juridictions de marché.

Diverses possibilités sont envisagées, comme par exemple la réallocation aux juridictions de marché d'une quote-part des bénéfices réalisés par l'entité de distribution (ces bénéfices étant déterminés selon les règles prix de transfert actuelles), ou l'application d'un taux de marge fixe sur le chiffre d'affaires local.

8. Parmi les options et les points techniques à prendre en compte dans le cadre de l'étude de cette méthode, le Cadre inclusif a notamment identifié les éléments suivants :

- la détermination des bénéfices qui serait soumis au mécanisme de répartition fractionnaire (par ex. bénéfices du groupe, d'une division, d'une zone géographique, de l'entité distributrice non-résidente) ;
- le référentiel comptable et la définition des indicateurs financiers appropriés (quelle mesure de profits ?) ;
- les facteurs à prendre en compte dans la formule de répartition, par exemple les effectifs, les actifs, le chiffre d'affaires, les utilisateurs ;
- la coordination de cette méthode avec les règles existantes en matière de prix de transfert en évitant les doubles impositions et doubles non-impositions.

C. Les approches simplifiées basées sur les fonctions de marketing, de distribution et les activités relatives aux utilisateurs

9. Le Cadre inclusif se propose d'étudier également la possibilité de mettre en place des méthodes simplifiées de répartition des bénéfices dont l'objectif serait d'allouer plus de bénéfices aux juridictions de marché tout en limitant les différends et contentieux relatifs à la détermination d'une rémunération appropriée pour les activités de marketing et de distribution. Ces méthodes devraient ainsi prendre en compte à la fois le bénéfice résiduel et le bénéfice routine associés aux activités de marketing et de distribution.

L'une des possibilités envisagées serait de définir un

bénéfice de référence pour les activités de marketing, de distribution et les activités en lien avec les utilisateurs dans la juridiction de marché. Ce bénéfice de référence pourrait éventuellement varier en fonction de la profitabilité globale du groupe multinational, réallouant ainsi une partie des bénéfices résiduels du groupe multinational aux juridictions de marché, et/ou d'autres variables visant à tenir compte, par exemple, des différences de secteur d'activité ou de marché.

Le Cadre inclusif devra déterminer si une telle méthode devrait conduire à attribuer aux juridictions de marché un bénéfice fixe, que ni les contribuables ni les autorités fiscales ne pourraient réévaluer en application des règles de prix de transfert, ou un bénéfice minimum qui pourrait être revu à la hausse en application des principes de prix de transfert. Dans cette deuxième option, une révision à la hausse pourrait être prévue dans le cas par exemple où une société de distribution locale possède des **incorporels de commercialisation** très profitables et contrôle tous les risques y afférents.

Pour les **ventes à distance sans présence physique dans le marché local**, le Cadre inclusif devra déterminer si les profits alloués à la juridiction de marché devraient être les mêmes ou être réduits par rapport à ceux qui seraient imposés dans cette juridiction si l'entreprise exerçait localement des activités de marketing et de distribution.

10. Parmi les options et les points techniques à prendre en compte dans le cadre de l'élaboration de ces méthodes simplifiées, le Cadre inclusif a notamment identifié les éléments suivants :

- l'élaboration de règles visant à déterminer le bénéfice de référence attribuable aux activités de marketing, de distribution et en lien avec les utilisateurs ;
- l'opportunité ou non d'ajuster ce bénéfice de référence en fonction de la rentabilité globale du groupe et/ou d'autres facteurs pertinents ;
- la détermination du bénéfice de référence comme un minimum imposable ou un plafond ;
- la mise en œuvre pratique de cette méthode lorsque le groupe n'a pas de présence taxable établie dans la juridiction du marché ;
- la coordination de cette méthode avec les règles existantes en matière de prix de transfert en évitant les situations de double imposition et double non-imposition.

II. De nouvelles règles de lien / rattachement des profits (Nexus)

11. Les nouvelles règles de lien, qui seront à articuler avec les règles de répartition des bénéfices entre les juridictions (nouvelles et existantes), auraient pour vocation de **déterminer un nouveau concept de présence économique taxable en s'affranchissant des critères de présence physique, afin de refléter la transformation de l'économie.** Le Cadre

inclusif reprend et approfondit ici l'approche de la présence économique significative présentée dans le document de consultation publique de février 2019.

Dans ce cadre, le Cadre inclusif examinera l'élaboration d'un concept de *remote taxable presence* (c'est-à-dire une présence taxable à distance, en l'absence de présence physique traditionnelle) en ce compris un nouvel ensemble de règles permettant de déterminer lorsqu'une telle *remote taxable presence* existe. Le programme de travail envisagera également la mise en œuvre d'un nouveau concept de revenu taxable trouvant sa source dans une juridiction (*sourced in a jurisdiction*). Ce droit d'imposer ne serait alors pas limité par des exigences de présence physique.

Contrairement aux propositions de nouvelles règles de répartition des bénéfices examinées en partie I ci-avant (V. § 3), ces nouvelles règles de lien auraient donc principalement des conséquences pour les entreprises du secteur numérique et les entreprises ayant une activité numérique (ventes à distance).

12. Parmi les éléments qui seront pris en compte dans le cadre du développement d'une nouvelle règle de lien, le Cadre inclusif a notamment identifié les points et options suivants :

> l'élaboration d'une nouvelle règle de rattachement qui permettrait aux juridictions de marché d'exercer leurs droits d'imposition sur la portion des bénéfices qui leur sont allouée en application des nouvelles règles, notamment :

- l'amendement des articles 5 (Établissement stable) et 7 (Bénéfices des entreprises) du Modèle de convention OCDE, visant à reconnaître un établissement stable virtuel en cas de présence économique continue et significative dans une juridiction, même sans présence physique locale ; ou

- l'introduction d'une nouvelle stipulation *ad hoc* qui définirait une nouvelle présence taxable non-physique, distincte du concept d'établissement stable de l'article 5, et un nouveau concept de revenu imposable dans la juridiction source, ainsi que leur interaction avec les autres dispositions conventionnelles (non-discrimination notamment) ;

> le développement d'indicateurs permettant de caractériser la présence continue et significative, bien qu'à distance, d'un groupe multinational dans un marché. Ces indicateurs pourraient inclure des indicateurs monétaires (seuil de chiffre d'affaires local) et temporels (indiquant une présence continue), ainsi que d'autres indicateurs démontrant l'existence d'un lien entre ce chiffre d'affaires et la présence du groupe multinational sur un marché ;

> l'évaluation de la nécessité de modifier d'autres dispositions du Modèle de convention OCDE, notamment l'article 9 (Entreprises associées) ;

> des considérations visant à garantir la sécurité fiscale, l'administrabilité de ces mesures, ainsi qu'une prévention et une résolution efficaces des différends.

III. Mise en œuvre et administration des nouveaux droits d'imposer

13. Le Cadre inclusif prévoit également de s'intéresser à la manière dont les pays de source exerceront les droits d'imposition qui leur seraient réalloués, et aux modalités d'élimination des doubles impositions. Le Cadre inclusif reconnaît que **des difficultés peuvent se présenter quant à l'identification de l'entité et donc de la juridiction d'où proviennent les bénéfices réalloués au marché**. Ce pourra en effet être le cas dès que la chaîne d'approvisionnement inclut plus de deux entités - par exemple, un propriétaire de la marque distinct de l'entité de fabrication et un distributeur régional en plus d'entités marketing locales.

Il reconnaît également que ces propositions posent de **nouvelles questions quant à l'efficacité des mécanismes conventionnels et de droit interne d'élimination des doubles impositions**. Le Cadre inclusif se propose donc d'analyser ces questions et d'évaluer l'opportunité d'améliorer les mécanismes existants et/ou de mettre en place de nouvelles dispositions, comme par exemple des mécanismes multilatéraux de prévention et de résolution des différends, le développement des procédures d'arbitrage, et des approches administratives coordonnées d'évaluation des risques.

Enfin, des **travaux seront menés visant à s'assurer que la ou les approche(s) retenue(s) soi(en)t administrable(s)**, notamment en ce qui concerne l'identification du contribuable et de ses obligations fiscales et les mécanismes de collecte de l'impôt.

IV. Réalisation d'une étude économique et d'une analyse d'impact

14. Le Cadre inclusif indique qu'il sera procédé à une analyse d'impact approfondie de chaque proposition et de leurs interactions, en insistant particulièrement sur **l'évaluation de leurs incidences fiscales, économiques et comportementales**, afin de le guider dans son processus décisionnel. Cette évaluation devrait inclure un examen de la façon dont les propositions sont susceptibles d'influer sur les mesures incitatives à destination des contribuables et des gouvernements, leur incidence sur les niveaux et la répartition des recettes fiscales, ainsi que leurs effets économiques généraux, y compris leurs effets sur l'investissement, l'innovation et la croissance. L'analyse d'impact devrait également examiner comment ces effets sont susceptibles de varier en fonction des différents types d'entreprises multinationales, des secteurs d'activités et des économies.

Il s'agit là encore d'un objectif très ambitieux. Le document indique que l'analyse d'impact est en cours de réalisation par le Secrétariat de l'OCDE et que des résultats préliminaires ont été présentés au Cadre inclusif. Bien qu'il soit indiqué que l'analyse utilisera toutes les données disponibles macro (y compris les comptes publics des États et les statistiques d'investissements directs étrangers) et micro (y compris des états financiers d'entreprises), **il n'est pas précisé si les résultats de cette étude d'impact seront présentés globalement ou pays par pays**.

Conclusion et prochaines étapes

15. Bien que la feuille de route ait évolué, le calendrier des travaux reste inchangé, les membres du Cadre inclusif s'étant engagés à **remettre au G20 fin 2020 leur rapport final présentant une solution de consensus et de long terme**. Ce travail sera mené par le *Steering Group* du Cadre inclusif avec les contributions techniques des différents groupes de travail de l'OCDE, notamment le Groupe de travail n° 1 en charge des conventions fiscales, le Groupe de travail n° 6 en charge des prix de transfert en ce qui concerne les propositions du Pilier 1, ainsi que le Forum des administrations fiscales en ce qui concerne les aspects administratifs et le Secrétariat de l'OCDE pour l'étude d'impact.

Le Cadre inclusif reconnaît que **le calendrier est extrêmement ambitieux** au vu de la nécessité de revoir certains aspects fondamentaux du système fiscal international, mais estime qu'il reflète l'impératif politique de tous les membres du Cadre inclusif de trouver une solution rapide à ces enjeux. Les membres du Cadre inclusif estiment par ailleurs qu'en l'absence de solution consensuelle en 2020, les mesures unilatérales et non coordonnées risquent de se multiplier, avec des conséquences négatives pour tous les pays, grands et petits, développés et en développement, ainsi que pour les contribuables.

Au vu de ces déclarations d'intention, **il semble que le train soit déjà parti pour un infléchissement des règles fiscales internationales au bénéfice des juridictions de marché**. Les modalités de cet infléchissement restent toutefois encore à définir. Une telle évolution fera inévitablement des gagnants et des perdants parmi les pays concernés et entraînera des coûts de mise en conformité pour les entreprises et pour les administrations. On peut donc s'attendre à ce que les pays procèdent à leurs propres évaluations en sus de l'étude d'impact qui sera proposée par l'OCDE, et que la bataille pour le consensus soit rude.

C. SILBERZTEIN ET M. BRAUGE ■