

3.4

Le sous-établissement stable : réalité ou fiction ?



Raphaël COIN,
Ancien directeur fiscal
de General Electric en France

En fiscalité internationale, de nombreux concepts restent à découvrir, même s'ils sont souvent utilisés par les groupes multinationaux avant que la doctrine ne s'intéresse formellement à leur traitement fiscal. Pour les plus « ésotériques », la doctrine s'attache parfois à éviter de les évoquer jusqu'au moment où, rattrapée par la pratique, elle est forcée de proposer des réponses aux nombreuses questions. Le concept de sous-établissement stable, fondé avant tout sur une approche opérationnelle de l'activité transfrontalière,

fait partie de cette catégorie. Issu d'une pratique établie de groupes souhaitant développer une activité à partir d'un établissement stable existant et non directement du siège d'une société, force est de constater qu'il n'est pas maîtrisé (V. § 2). La non-résidence du sous-établissement stable fait peser un risque réel de double imposition (V. § 11). Si ce risque est avéré, les règles d'élimination de la double imposition ne permettent pas de régler les difficultés de manière certaine (V. § 23).

Introduction

1. En 2013, nous avons analysé la difficulté d'établir une nomenclature des situations triangulaires en fiscalité internationale¹, soulignant que celle-ci était parcellaire et restait à écrire. Nous avons ensuite tenté, dans le cadre d'une thèse², d'en délimiter plus précisément les contours, en distinguant les situations triangulaires primaires, identifiées par l'OCDE dans ses travaux, et les situations moins connues que nous avons appelées « situations triangulaires dérivées ».

Dans le cadre de ces travaux, nous avons été surpris de constater que certaines notions étaient quasi-ignorées de la doctrine, comme par exemple la notion de sous-établissement stable. Depuis, nous avons trouvé une trace de cette notion dans les conclusions prononcées par Madame Bokdam-Tognetti dans l'affaire *Mécatronics* jugée par le Conseil d'État³ :

« La notion d'établissement stable d'un établissement stable, ou de sous-établissement stable, est peu élaborée et rarement évoquée en doctrine. Ce vide s'explique sans doute par le fait qu'un sous-établissement stable n'est jamais [...] qu'un établissement stable de la société, personne morale unique et dont la résidence est inchangée. Il n'y a dès lors guère de difficulté de principe [...] à ignorer l'établissement stable "intermédiaire" qui a été, le cas échéant, à l'origine de la création de la nouvelle succursale [...] ».

Sans contredire frontalement cette affirmation, il nous semble que le fondement opérationnel de la notion interdit d'écarter la difficulté d'un simple revers de la main. Sans même entrer dans des considérations de prix de transfert et de rattachement des profits qui, à l'évidence, vont différencier l'établissement stable secondaire du siège, d'un nouvel établissement stable ou de l'extension d'un établissement existant, il nous semble que la notion mérite notre attention.

La nature des situations analysées ci-après est différente de celle d'une situation triangulaire classique. Il s'agit de situations où une entreprise dispose de plusieurs établissements stables⁴, dans différents États. Le risque de double

1 R. Coin, Introduction aux situations triangulaires : du bilatéralisme à l'harmonisation fiscale : Dr. fisc. 2013, n° 24.

2 R. Coin, Les situations triangulaires internationales en présence d'un établissement stable : thèse, 15 sept. 2016, ss dir. J.-P. Le Gall.

3 CE. 20 sept 2017, Sté Mécatronics : Dr. fisc. 2017, n° 50, comm 584, concl. E. Bokdam-Tognetti.

4 Appelés « *Sub-permanent establishment* » par la doctrine anglo-saxonne et dont on ne retrouve en pratique pas trace dans les travaux issus de la doctrine française.

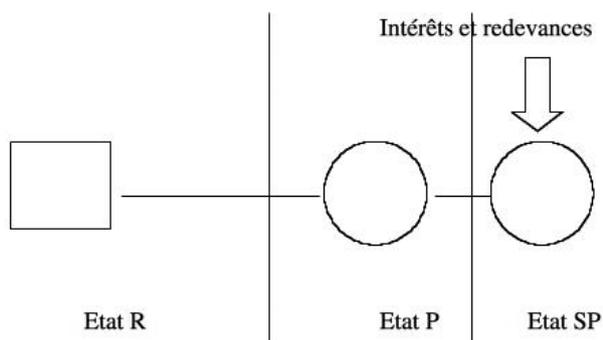
imposition devient alors évident si certains États continuent d'imposer la « fiction fiscale » (imposition dans les États de localisation des établissements et élimination dans les États du siège) alors que d'autres se limitent à la « réalité juridique » (imposition dans l'État du siège), sans permettre d'éviter les doubles impositions. Ce risque est avéré si l'État de localisation de l'établissement et celui de localisation du sous-établissement ne limitent pas entre eux le droit d'imposer les mêmes profits. Cette situation est novatrice, d'une part parce que le concept de sous-établissement stable n'est pas maîtrisé (I), mais aussi, d'autre part, parce que le régime d'imposition applicable dans l'État de localisation des établissements nécessite une analyse constructive (II). Il faut aussi admettre que les règles d'élimination de la double imposition ne permettent pas de régler les difficultés de manière certaine (III). Bien sûr, ce risque n'existe pas si l'établissement est lui-même traité comme un résident, mais cette qualification est loin d'être acceptée actuellement, ce que nous déplorons⁵.

I. Les situations visées

A. La notion de sous-établissement stable

1° Une notion exclusivement doctrinale

2. Conceptuellement, le sous-établissement est l'établissement stable d'un établissement stable, situé dans un État tiers. Cette situation, par construction au moins trilatérale, peut être décrite de la manière suivante :



Le cas étudié est la situation dans laquelle une société résidente d'un État R ayant établi un établissement stable dans un État P, utilise les moyens matériels et humains de cet établissement pour étendre son activité dans un autre État SP, sous la forme d'un établissement stable. La **situation n'est pas théorique** : elle se rencontre en pratique lorsqu'un groupe décide peu à peu d'étendre son activité dans des États voisins, sans au préalable décider d'ouvrir des filiales et en

mutualisant les moyens régionaux disponibles. C'est aussi le cas des sociétés qui peuvent disposer de chantiers connexes dans plusieurs États ou qui exercent une activité en bordure de frontière, nécessitant l'ouverture d'un établissement de chaque côté de cette frontière.

3. Le lecteur averti constatera immédiatement qu'il est **nécessaire de se demander si le concept existe en droit interne**, afin de déterminer si l'on se trouve sur un terrain réservé aux conventions fiscales, ou s'il existe un conflit potentiel entre droit interne et droit conventionnel⁶. Il existe, en effet, une discussion sur l'existence même du concept qui n'est pas reconnu formellement par la totalité de la doctrine.

Le premier travail doctrinal sur ce sujet est une publication collective de 2004, sous la direction de l'Université de Vienne⁷. Cette étude se présente sous forme d'un questionnaire relatif à un cas pratique, mettant en jeu une combinaison de sociétés de personnes et leurs établissements stables localisés dans un État tiers. Les travaux sont, en réalité, limités et non dirigés directement sur le sujet des situations triangulaires, mais plutôt sur l'imposition des sociétés de personnes. L'étude n'est pas applicable aux États qui considèrent les sociétés de personnes comme des sujets fiscaux. Lorsqu'un pays reconnaît la transparence totale, alors le concept se croise avec celui d'établissement, qui devient la cause du droit d'imposer, l'entité juridique n'existant pas fiscalement.

Rien d'étonnant à ce qu'une théorie plus globale soit elle-même issue de la même université, la même année, suivie par une étude plus récente de l'université de Leiden dont certains enseignants sont communs aux deux centres⁸. Ces travaux plus récents ne sont cependant pas rédigés sous l'angle principal de l'analyse des situations triangulaires et ne discutent pratiquement pas du concept de sous-établissement stable lui-même, faisant partie d'une mouvance qui semble prendre comme postulat son existence, sans la démontrer de manière indiscutable. On est ici plus en présence d'un postulat, que d'une revue d'identification même du concept.

La première question est donc celle de l'existence même du concept.

4. **À première vue, plusieurs arguments peuvent amener à estimer que le concept n'existe pas et serait même une hérésie ou une erreur.** Le premier est qu'il n'existe pas de définition objective, formelle, de la notion, les écrits se limitant à la conclusion.

Le second argument est que l'établissement stable n'ayant pas de personnalité juridique, il ne peut pas engendrer de sous-établissement, « disposer » ou « posséder » un bien dans un autre État. À la différence de la situation bilatérale, dans laquelle le siège est le siège d'une personne morale et

6 En droit interne français la question est ignorée.

7 M. Lang, H. Loukota, R. Waldburger, M. Waters, U. Wolff, Triangular situation: partnerships with sub-permanent establishment in third country : Steuer und Wirtschaft international 2004, p. 14-16.

8 F.P. Sutter, A. Stieglitz, The sub-permanent establishment in a third state : Triangular cases, Linde Verlag 2004. - L. Marques dos Santos, The sub-permanent establishment ("Sub Pe") and the OECD Model convention : Paper presented for the LLM, Leiden, 2009.

5 R. Coin, Un établissement stable peut-il être un résident au sens des conventions fiscales ? : Dr. fisc. 2018, n° 14, comm. 247.

peut donc posséder des actifs ou exercer une activité hors de son État de localisation, l'établissement, qui n'est qu'une émanation de ce siège, ne peut lui-même disposer d'actifs et exercer une activité, par hypothèse, exercée ou possédés par le siège lui-même.

Dès lors, une définition du sous-établissement, fondée sur la définition de l'établissement stable, pour conclure que ce dernier possède lui-même un établissement, ne serait pas possible en raison de l'inapplicabilité des concepts à la situation et de la non-comparabilité de l'activité menée à l'étranger par un siège d'une entité juridique, avec celle menée à l'étranger par un établissement sans personnalité morale.

Cette analyse pourrait être dérivée d'une lecture détaillée du Modèle de convention fiscale. En particulier, la question de l'applicabilité de l'article 5(1) du Modèle de convention fiscale se pose. Celui-ci indique, en effet, les conditions pour l'existence d'un établissement stable en précisant que : « [...] l'expression "établissement stable" désigne une installation fixe d'affaires par l'intermédiaire de laquelle une entreprise exerce tout ou partie de son activité ».

La question de la mise en évidence d'une installation au travers de laquelle est exercée une activité est donc essentielle. Est aussi primordial, le fait que cette installation soit utilisée par une « entreprise » pour exercer son activité. La définition de « l'entreprise de l'autre État » est donnée par l'article 3(1) c et d qui indique :

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

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

La combinaison des dispositifs mentionnés ci-dessus laisserait donc penser que l'article 5 ne peut être analysé qu'au regard de l'article 3(1), qui requiert l'exercice d'une activité par un résident, condition impossible pour une émanation d'un établissement sans personnalité fiscale qui « n'exerce » pas une activité dans un autre État, l'activité étant exercée par le siège situé dans un État tiers qui n'est pas résident de l'autre État contractant, en tout état de cause.

Plus difficile encore serait de remplir la condition posée par l'article 1^{er} du Modèle de convention, c'est-à-dire la présence d'un « résident » dans la relation, alors que la doctrine dominante considère que l'établissement n'est pas un résident au sens du traité. Pour les détracteurs du concept même, rien ne permettrait sa reconnaissance dans le traité.

La difficulté serait donc que la fiction fiscale de l'établissement stable ne supporte pas la sous-fiction que serait le sous-établissement stable.

Ces arguments ont été aussi relayés dans de rares cas par des administrations fiscales, comme au Danemark où il a été confirmé, en 2008, par les autorités en charge de délivrer des *rulings*, que seules les personnes morales peuvent disposer d'un établissement stable⁹.

9 S. Rasmussen, Permanent Establishments: The Current State of Play : Bulletin IBFD, Nov. 2011, p. 350-355. - DK AC 19 august 2008 SKM2008.713.SR

2° Une évolution logique de la personnalisation de l'établissement stable

5. Il nous semble que **certain arguments permettent de remettre en cause les certitudes précédentes.**

> Tout d'abord, l'argumentaire fondé sur la rédaction du Modèle de convention, certes formellement admissible, n'est pas totalement convaincant. En effet, si l'on accepte que l'établissement est une fiction fiscale pour caractériser un seuil déclenchant une présence taxable, l'existence d'un sous-établissement stable pourrait être le prolongement ou la réplique de cette fiction fiscale, et non uniquement une impossibilité juridique, liée à l'absence de personnalité morale. En outre, l'exercice d'une activité en soi n'est pas problématique et le critère peut être rempli par un sous-établissement stable : c'est la question de l'exercice de l'activité « *par une entreprise résidente de l'autre État* » qui crée la difficulté. On notera, incidemment, que notre volonté de concéder une personnalité fiscale complète à l'établissement stable permettrait de régler la question sans ambiguïté.

> **Nier l'existence du concept serait refuser d'admettre les spécificités opérationnelles liées aux développements des activités des groupes.** *A minima*, fiscalement, la problématique est une question d'allocation des charges et de revenus à un établissement ou au siège, tous deux dans un État tiers ; question divergente de celle de l'allocation des revenus et des charges entre un siège et son établissement stable, visée à l'article 7 du Modèle de convention fiscale.

Opérationnellement, on peut concevoir une différence entre le cas où une société développe son activité dans deux États, sous la forme d'établissements stables par extension directe des activités de son siège¹⁰, et le cas où une société procède d'abord à la création d'un établissement stable pour une responsabilité régionale avant de développer, au sein de cet établissement, de nouvelles activités pour une sous-zone. Dans ce second cas, le sous-établissement n'est pas un démembrement du siège, mais un démembrement de l'établissement stable d'origine. La notion d'établissement secondaire existe en droit commercial français, alors pourquoi la nier dans le domaine fiscal international, pour des entreprises pour lesquelles le territoire européen est aussi harmonisé et unitaire que l'État français pour des entreprises plus petites ?

> Enfin, les **évolutions récentes vers une personnalisation fiscale accrue de l'établissement stable**, nous laissent penser que, d'un point de vue conceptuel, imaginer une extension de l'activité d'un établissement localisé dans un État au travers d'un nouvel établissement localisé dans un État tiers n'est pas irréaliste.

Pour toutes ces raisons, il nous semble que la notion doit être considérée avec intérêt et ne peut, en aucune manière,

10 Situation d'établissements « *sœur* » ou « *Dual PE* » ou « établissements multiples ».

être récusée par principe. Enfin, nous serions particulièrement mal placé pour refuser l'existence même de la notion, en tant que défenseur de la reconnaissance de la résidence de l'établissement stable au sens des traités, celle-ci aboutissant logiquement à la reconnaissance de la personnalité fiscale du sous-établissement.

6. Il faut avouer que les droits internes des États, y compris le droit français, ne se sont pas attachés à clarifier la situation.

Conceptuellement, le droit interne ne s'intéresse qu'à la substance de l'activité exercée sur le territoire, et l'on pourrait donc penser qu'il est indifférent selon que cette activité est exercée depuis un établissement étranger ou un siège étranger. En réalité, cette indifférence pourrait tout aussi bien révéler une indifférence totale liée au régime territorial, selon que l'on est en présence de sous-établissement ou de multi-établissements stables.

En pratique, cette situation a été discutée lors du 50^e anniversaire du Modèle OCDE, mais elle s'est limitée à une question de prix de transfert¹¹. La question principale était de déterminer si, en cas de remise en cause des prix de transfert entre établissements stables, une solution pouvait être trouvée. On comprend que cette discussion est justifiée par une question opérationnelle de partage des profits.

Au contraire, la situation de « dual PE » (établissements stables multiples) n'est pas, à notre avis, une situation triangulaire mais une combinaison de situations bilatérales juxtaposées.

Du point de vue de l'État du sous-établissement stable, celui-ci n'étant pas résident au sens du traité P/SP, il ne peut éventuellement bénéficier que du traité SP/R qui définit, au sein de son article 5, la notion d'établissement stable applicable. Cette réponse ne permet pas de gérer les relations SP/P, mais uniquement R/SP. Seul le concept de sous-établissement stable crée la relation S/SP.

B. Les causes opérationnelles d'existence du concept

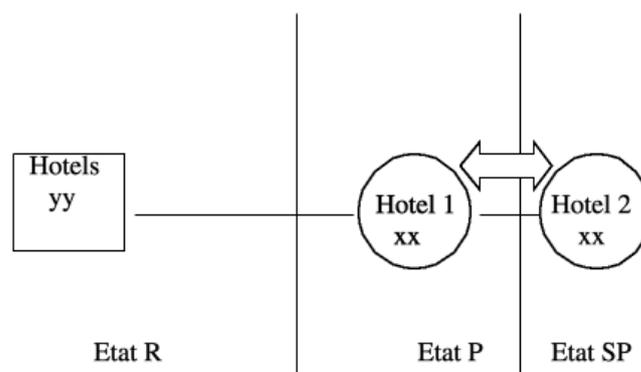
7. Le fondement même du concept est issu de la volonté de classer des situations initiées par les contraintes opérationnelles spécifiques rencontrées par les groupes. Si nous analysons cette question au travers de l'article 5(1) du Modèle de convention fiscale, il nous semble possible de rencontrer des sous-établissements, soit en cas d'existence d'une sous-installation fixe d'affaires (1°), soit en présence d'un sous-agent (2°).

1° L'exercice d'une activité permanente

8. Le premier cas est celui dans lequel, pour des opérations de démarrage, l'implantation dans un État tiers est la

conséquence d'un développement dans un premier État sous forme d'établissement, ou lorsque le développement dans un État tiers est indissociable de l'activité établie préalablement dans un premier État. Il nous semble alors possible de caractériser l'existence d'une « sous-installation fixe d'affaires » au sens de l'article 5(1). **Plusieurs exemples permettent d'illustrer ce cas.**

> On peut imaginer la situation d'une société qui exerce, par exemple, une **activité hôtelière** dans un pays et décide d'étendre cette activité dans les pays voisins, au moyen de l'ouverture de nouveaux hôtels exploités par cette même société, sous une marque régionale, peut donner lieu à la mise en évidence d'un sous-établissement stable¹². La marque utilisée pour le développement régional peut avoir été créée et enregistrée par l'établissement stable originel.



> Une autre situation comparable et non similaire est celle d'une société qui exerce son activité au moyen de **machines automatiques**¹³, qui constituent des établissements stables. Ainsi, est susceptible de créer un sous-établissement une société américaine qui s'est implantée en premier lieu en France sous une marque spécifique différente de celle utilisée aux États-Unis, pays d'origine, et étend son activité en Belgique, depuis la France, sous la même marque au moyen de machines automatiques. Dans cette hypothèse, les machines automatiques belges constitueraient des sous-établissements¹⁴ stables des machines françaises.

> Enfin, pourrait être rencontré le cas d'une société de **vente de cigarettes**¹⁵, qui devrait posséder des plantations de coton pour fabriquer les filtres des cigarettes et disposerait dans un premier État d'une activité manufacturière et de plantations de cotons, alors qu'elle procéderait à l'acquisition

11 50th Anniversary of the OECD Model Tax Convention, OECD Conference / 8-9 Sept. 2008, Room for improvement: double taxation that treaties do not resolve.

12 Exemple librement inspiré de L. Marques Dos Santos, préc., et d'une décision rendue en Allemagne (*Bundesfinanzhof*, 3 févr. 1993, I R 80-81/91).

13 Exemple utilisé par le Modèle de Convention sous l'article 5 Comm. 10 : « Toutefois, un établissement stable pourra exister si l'entreprise qui monte les appareils les exploite aussi et les entretient pour son propre compte. Il en sera de même si les appareils sont exploités et entretenus par un agent dépendant de l'entreprise ».

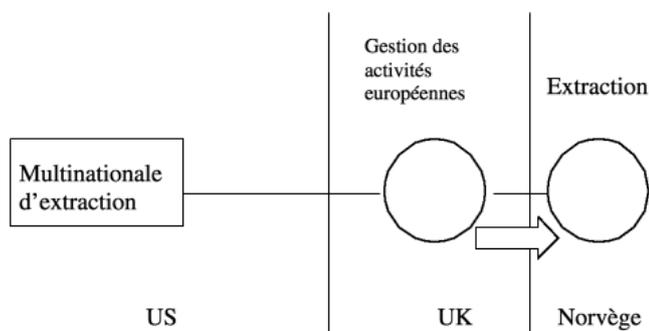
14 Exemple d'un serveur en Suisse (*Bundesfinanzhof*, 5 juin 2002, I R 86/01) publié sur www.ibfd.org.

15 Exemple librement inspiré de L. Marques Dos Santos, préc., utilisé par le Professeur Kees Van Raad dans le cadre de son cours.

d'une autre plantation de coton dans un pays voisin afin d'augmenter la capacité de production de son activité manufacturière, exercée au profit du siège de l'État R. Elle pourrait alors, depuis son siège, développer un premier établissement stable où elle exerce son activité manufacturière et développer cette activité au moyen de la nouvelle plantation, qui constitue elle-même, un sous-établissement stable de l'activité manufacturière.

Le même exemple pourrait être répété pour d'autres **activités industrielles dépendantes de la localisation de matières premières ou de la localisation de marchés** : par exemple, fabricant qui doit adapter sa fabrication aux contraintes d'une zone géographique et souhaite étendre son activité dans cette zone au départ du site de production capable de produire en fonction de contraintes techniques ou réglementaires régionales spécifiques. Les règles de sécurité de certaines zones, comme l'Europe, peuvent aussi rendre nécessaire l'implantation sous forme de sous-établissements.

> Lorsque l'on analyse plus avant l'article 5 du Modèle de convention fiscale, on peut anticiper que la question du sous-établissement se présente dans le cas de **chantiers**. Ainsi, le cas visé par une décision norvégienne¹⁶ en ce qui concerne une société américaine qui effectuait des opérations de forage en Norvège à partir de sa plateforme britannique en charge de l'Europe.

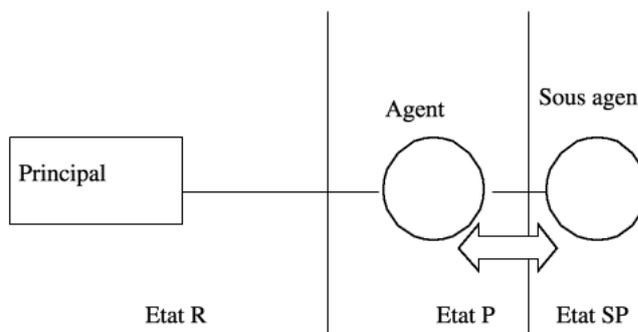


2° La présence d'un agent

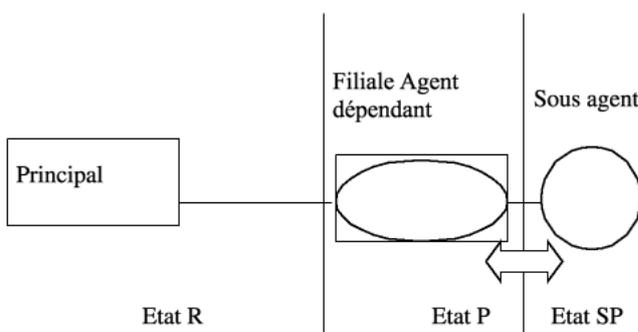
9. Il nous semble aussi possible de rencontrer des sous-établissements en présence d'un agent, ou plus précisément d'un **sous-agent**.

> Le premier exemple est une situation commune dans les groupes, dans laquelle une société, pour créer un **réseau d'agents dans une zone géographique**, débute son activité dans un État avant de s'étendre, depuis cet État, au moyen d'autres agents formés et qui rendent compte dans l'État de localisation de l'établissement stable principal. Cette situation existe également lorsque l'agent principal doit

développer son activité et recrute d'autres agents dépendants qui ont le pouvoir de l'engager. Ces agents peuvent utiliser des technologies communes et donc verser des redevances ou des financements communs, donnant lieu au versement d'intérêts.



> La présence de sociétés différentes ne peut éliminer la possibilité d'être confronté à cette situation. Ainsi, dans le cas d'un **agent dépendant établi sous forme de filiale**, elle-même dépendante, avec le pouvoir d'engager la société de l'État R, on peut imaginer que la société elle-même, établissement stable dans l'État P, puisse disposer d'un autre établissement dans l'État SP. La stricte lecture du Modèle de convention fiscale n'offre alors aucun argument pour refuser la notion, dans la mesure où l'établissement principal est lui-même une entité juridique pouvant exercer une activité au sens de la convention fiscale P/SP¹⁷.



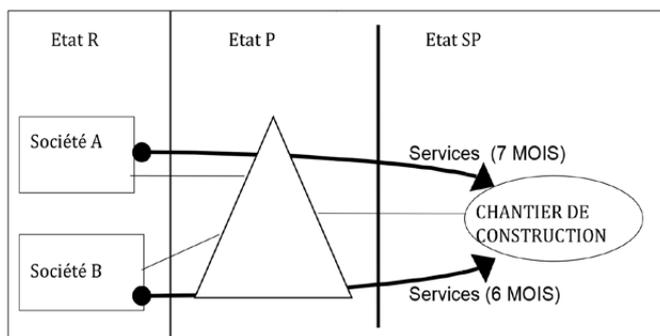
> De même, la doctrine reconnaît l'existence d'un sous-établissement stable dans le cas d'une **société de personnes**, en particulier dans l'État dans lequel la société est reconnue comme transparente¹⁸. C'est un exemple inclus dans le rapport OCDE concernant les sociétés de personnes¹⁹ et qui peut être étendu à une situation triangulaire.

16 Stavanger County court, 18 Sept. 1980, 00-260 A, Gutler, Herbert & Co Inc. (the taxpayer)/Municipality of Stavanger (the tax authorities). Même si en l'espèce la Cour décide qu'aucun établissement stable n'existe.

17 Cas réel de la société Rolls-Royce en Inde pour des moteurs d'avions. Cette situation est développée dans la partie 2 de notre thèse, consacrée aux filiales qualifiées d'établissements stables.

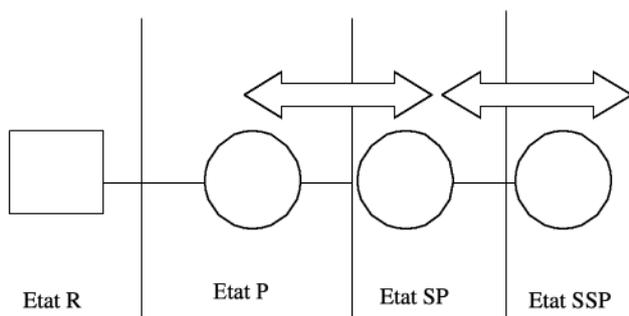
18 Lang and al., Triangular situations: partnerships with sub permanent establishment in third country, préc.

19 L'application du Modèle de convention fiscale de l'OCDE aux sociétés de personnes, Ed. OCDE, adopté par le comité des affaires fiscales de l'OCDE en janvier 1999.



Le rapport de l'OCDE relatif aux sociétés de personnes a conclu que les périodes passées sur le site par les deux associés doivent être agrégées au niveau de la société de personnes, ce qui conduit à un dépassement de la limite de 12 mois, fixée au § 3 de l'article 5. L'entreprise mise en place par la société de personnes sera donc reconnue comme ayant un établissement stable dans l'État S, dans un sous-établissement de la société de personnes, celle-ci étant considérée comme un établissement stable de ses membres. L'existence de l'établissement stable est prise en compte pour déterminer le régime fiscal dans l'État de l'activité.

> Enfin, il est possible d'envisager des **structures similaires comprenant de nombreux niveaux de sous-établissements** en fonction des nécessités opérationnelles :



10. La problématique est alors une combinaison de questions liées à l'existence du concept et de limitation du droit d'imposer de chaque État mais aussi de déterminer si cette vision opérationnelle influence la répartition des profits au sein de la structure.

II. Le partage d'imposition entre l'État de l'établissement et l'État du sous-établissement

A. L'absence de limites à l'imposition des profits

11. La principale difficulté résultant de la non-résidence du sous-établissement stable est liée à l'absence de règles de source applicables à la situation au sein du Modèle de convention fiscale (**1°**). Cette carence fait peser un risque réel de double imposition (**2°**).

1° L'absence de règles de source

12. Le Modèle de convention fiscale est imprécis quant au montant du profit de source étrangère réalisé par un sous-établissement qui pourrait être attribué à un autre établissement du siège commun. Cette situation est liée aux **incertitudes d'interprétation de l'article 7 du Modèle de convention fiscale**.

L'article 7 du Modèle de convention fiscale précise :

« 1. Les bénéfices d'une entreprise d'un État contractant ne sont imposables que dans cet État, à moins que l'entreprise n'exerce son activité dans l'autre État contractant par l'intermédiaire d'un établissement stable qui y est situé. Si l'entreprise exerce son activité d'une telle façon, les bénéfices qui sont attribuables à l'établissement stable conformément aux dispositions du paragraphe 2 sont imposables dans l'autre État.

2. Aux fins de cet article et de l'article [23A] [23B], les bénéfices qui sont attribuables dans chaque État contractant à l'établissement stable mentionné au paragraphe 1 sont ceux qu'il aurait pu réaliser, en particulier dans ses opérations internes avec d'autres parties de l'entreprise, s'il avait constitué une entreprise distincte et indépendante exerçant des activités identiques ou analogues dans des conditions identiques ou analogues, compte tenu des fonctions exercées, des actifs utilisés et des risques assumés par l'entreprise par l'intermédiaire de l'établissement stable et des autres parties de l'entreprise. »

Le système mis en place par l'article 7 est celui selon lequel le droit d'imposer est attribué à l'État dans lequel se situe l'établissement ou, en l'absence d'établissement, à celui du siège. Le texte prévoit l'imposition des profits attribués à l'établissement stable de la même manière qu'une entreprise indépendante en répartissant les profits à partager avec d'autres établissements de la même entité juridique, y compris, à notre avis, avec un sous-établissement qui constitue « une autre partie de l'entreprise »²⁰. Il ne propose pas directement des règles similaires à celles prévues pour les revenus passifs, qui prévoient la source de revenus et n'imposent pas les revenus de source étrangère²¹. Pour l'établissement, la source desdits revenus n'est pas clairement visée par ce dispositif, celui-ci se limitant à la notion d'attribution.

²⁰ La question du partage avec le siège lui-même en qualité d'établissement est moins certaine (cf. partie 2 de notre thèse).

²¹ Art. 10, 11, 12 du Modèle de convention fiscale.

2° Les risques avérés de double imposition

13. En présence d'un établissement et d'un sous-établissement, **deux interprétations existent quant à la méthode pour déterminer le profit attribuable à l'établissement.**

> Selon la **première interprétation, tous les profits, quelle qu'en soit la source, doivent être imposés au niveau de l'établissement.** Cette interprétation permettrait de considérer que l'article 7 ne limite pas le droit d'imposer de l'État de localisation de l'établissement ou du sous-établissement aux profits de source de cet État. Elle permettrait, *a contrario*, l'imposition des profits de source étrangère, aboutissant ainsi à une double imposition dans les États des établissements des revenus de source d'un autre État. L'article 7 n'interdit pas l'imposition des revenus de source étrangère, il semble seulement imposer de prendre en compte les opérations avec les autres établissements du même siège.

> La **seconde interprétation est de considérer que l'État d'implantation de l'établissement stable dispose de la liberté d'appliquer ses propres règles d'imposition relatives à la source, dans la mesure où la convention fiscale R/P ne limite pas cette possibilité et que la convention P/SP n'est pas applicable**²².

14. Cette **seconde interprétation pose des difficultés pratiques importantes**, notamment lorsque la définition de la notion d'établissement diffère dans le droit interne des États ou dans les conventions fiscales. Dans ce cas, en effet, il existe un risque de double imposition renforcé entre l'État de situation du sous-établissement et celui de l'établissement, le premier considérant que les profits sont attribués à l'établissement localisé dans cet État, le second considérant que tout le profit lui revient en l'absence même d'un tel établissement au sens de son droit interne.

Par exemple, lorsque la définition de la durée pour un chantier représentatif d'une présence taxable varie entre le droit interne et les conventions en vigueur, on pourrait se trouver face à une multi-imposition, conséquence d'une double attribution d'un même profit dans l'État S et l'État SP, ceux-ci n'étant pas couverts par une convention pour régler le conflit éventuel. En outre, il nous semble que les conventions fiscales entre l'État du siège et les États P et SP n'ont pas de raison de régler ce conflit, puisqu'elles ne permettent que de répartir le droit d'imposer entre l'État P et l'État R, d'une part, et entre l'État R et l'État SP d'autre part.

B. L'imposition des profits étrangers de l'établissement stable

15. Comme indiqué ci-dessus, il existe un risque de double imposition, lié à l'absence de limitation formelle conventionnelle du droit d'imposer de l'État P, vis-à-vis de l'État SP et

réciproquement. Les solutions proposées par le Modèle de convention fiscale ne permettent pas de régler clairement la difficulté (1°). Pour améliorer la situation, il serait nécessaire, selon nous, de considérer que le principe de source est en réalité représenté par celui de rattachement de revenus issus de l'article 7 du Modèle de convention fiscale (2°).

1° L'inadéquation des solutions proposées

16. La première solution serait de prendre en compte l'effet d'un **principe de non-aggravation** voulant que la convention fiscale ne peut augmenter l'imposition qui serait due en l'absence de convention. À supposer celui-ci accepté dans l'État P, le droit interne de l'État P pourrait constituer une première limite à l'imposition dans cet État des profits réalisés dans l'État SP. En application de ce principe, les profits non imposés dans l'État P, en application de son droit interne ne devraient pas pouvoir y être imposés en application d'une convention fiscale. Une telle hypothèse ne constitue cependant pas le centre de notre étude, car elle dépend exclusivement des principes du droit interne de l'État P.

17. La seconde approche serait de permettre une solution dans les traités qui prévoient une définition de l'établissement stable. Ce serait par exemple le cas si, en application de l'article 7, l'État P a la liberté d'appliquer son droit interne sans limitation. Il y aurait alors prédominance du statut de l'établissement stable principal sur celui de sous-établissement. Il ne semble pas que cette solution soit reconnue par la doctrine²³.

18. Deux **autres solutions incertaines** peuvent être considérées :

> soit l'on considère que l'État P ne peut pas taxer les profits réalisés dans l'État SP, car ceux-ci sont attribués à l'établissement situé dans l'État SP par définition constituant une présence taxable hors de l'État P. Cette analyse est cependant effectuée en application du traité P/R ou R/SP et non en application d'un traité entre les États P et SP. La principale difficulté est que cette conclusion prend en compte la logique des traités sans en appliquer la lettre ;

> soit l'on considère que le traité P/SP n'est pas applicable, car les établissements ne sont pas des résidents au sens de ce texte, aucune restriction n'existe dans l'État P pour imposer les profits réalisés dans l'État SP dans la mesure où aucune règle de source n'est applicable dans l'État P en application du traité P/R si l'on considère que les limitations éventuellement issues de ce traité visent uniquement les profits de l'État P ou de l'État R et non ceux d'un État tiers. Le droit interne de l'État P est alors la seule limite. Le montant des profits imposables dans un État dépend alors des législations

²² Par exemple, la France appliquerait le principe de territorialité au profit d'un établissement localisé en France en ce qui concerne d'éventuels revenus étrangers. On peut penser que ce serait le principe applicable par la France.

²³ Interrogation laissée sans réponse par la doctrine (Source Rules for Taxing Business Profits under Tax Treaties, in J. Brian Arnold, J. Sasseeville, and E. Zolt, The Taxation of Business Profits under Tax Treaties (Toronto: Canadian Tax Foundation, 2003), p. 109-131, ou Summary of the proceedings of an invitational seminar on the taxation of business profits under tax treaties : Tax treaty monitor, IBFD, May 2003, p. 187-207). Position défendue par M. Lang and al., préc.

internes, alors que tous les États ont signé des traités, ce qui peut paraître surprenant. Cette seconde possibilité est majoritairement soutenue par la doctrine, en particulier par Ulrich Wolff²⁴ ou d'autres²⁵ sur le fondement d'arguments²⁶ dont l'application peut être discutée.

La double imposition s'oppose, selon nous, à la logique même des traités, en particulier lorsque tous les États ont signé des conventions fiscales. Les états signent des traités de plus en plus uniformisés depuis l'application de la MLI. La question est de déterminer si ce mouvement d'uniformisation pour les questions visées, renforce a contrario une non harmonisation des concepts lorsque ceux-ci ne sont pas couvertes spécifiquement par les travaux d'harmonisation comme le sous établissement. Cet argument sera utilisé d'autant plus facilement par l'État qui devrait éliminer la double imposition.

2° L'équivalence du principe de source et d'attribution des revenus

19. Une autre approche est possible : celle de considérer que, même si des règles de source strictes, permettant de restreindre le droit d'imposer les profits dans l'État P n'existent pas, l'article 7 permet indirectement d'aboutir à la même conclusion. C'est cette voie qui a notre préférence, car elle permet de concilier le fait que le traité P/SP ne serait pas applicable avec le fait que les trois États en présence acceptent de mettre en œuvre les principes OCDE. Elle est aussi, selon nous, fondée sur une relecture constructive détaillée de l'article 7.

20. Sur le point de savoir si l'État P peut taxer des revenus de source étrangère (ceux réalisés dans l'État SP), et sur le fondement d'une lecture stricte de l'article 7, la doctrine admet cette possibilité en se fondant sur le fait que, tant l'article 7 du Modèle de convention fiscale que les commentaires y afférents, ne restreignent pas le droit de l'État P d'exercer son droit d'imposer²⁷. Cette conclusion serait justifiée par le fait que la rédaction de l'article 7 ne permet pas de déterminer un critère de territorialité fondé sur la source, à l'instar du reste du traité.

Cette doctrine est donc principalement issue de la lecture stricte de l'article 7, de l'absence de limitation explicite contenue dans ce texte et de l'absence d'application des principes issus de l'OCDE, puisque aucun traité n'est applicable entre les États P et SP. Cette doctrine est aussi le prolongement de l'analyse développée pour un établissement unique et de la possibilité d'imposer le revenu de source étrangère au niveau de cet établissement. Elle n'est pas affectée par la présence d'un sous-établissement stable, puisque le traité S/SP n'est pas applicable.

24 M. Lang and al, préc.

25 G. Zhai, *Triangular cases involving income attributable to Pes* » *TNI*, 23 March 2009, p. 1119, généralement reprise par l'université de Leiden, Marques Dos Santos (L), « The sub-permanent establishment (« Sub-PE ») and the OECD Model convention », Leiden university, 15 February 2011.

26 Par exemple, le principe « *Pacta sunt servanda* ».

27 L. Marques Dos Santos, préc.

Cette analyse nous semble cependant présenter certaines faiblesses.

Tout d'abord, la rédaction de l'article 7 n'ignore pas totalement l'existence d'autres parties de l'entreprise en relation avec l'établissement stable. Elle ne prévoit, certes, pas directement une répartition du droit d'imposer entre ces parties de la même entreprise, mais prend en compte, *a minima* au niveau de l'établissement, les relations avec ces autres parties. La relation entre parties différentes d'une même entreprise n'est pas ignorée, sans pour autant permettre d'utiliser directement ce critère pour décider d'une répartition du droit d'imposer.

En réalité, la doctrine précitée ne traite pas exactement de la même situation et ne prend pas en compte le caractère secondaire et subordonné du sous-établissement stable.

Plusieurs éléments du texte laissent penser que le Modèle de convention fiscale n'ignore pas totalement la situation visée ici.

L'article 7 lui-même²⁸ précise :

« 1. Les bénéficiaires d'une entreprise d'un État contractant ne sont imposables que dans cet État, à moins que l'entreprise n'exerce son activité dans l'autre État contractant par l'intermédiaire d'un établissement stable qui y est situé. Si l'entreprise exerce son activité d'une telle façon, les bénéfices de l'entreprise sont imposables dans l'autre État mais uniquement dans la mesure où ils sont imputables à cet établissement stable.

2. Aux fins de cet article et de l'article [23A] [23B], les bénéfices qui sont attribuables dans chaque État contractant à l'établissement stable mentionné au paragraphe 1 sont ceux qu'il aurait pu réaliser, en particulier dans ses opérations internes avec d'autres parties de l'entreprise, s'il avait constitué une entreprise distincte et indépendante exerçant des activités identiques ou analogues dans des conditions identiques ou analogues, compte tenu des fonctions exercées, des actifs utilisés et des risques assumés par l'entreprise par l'intermédiaire de l'établissement stable et des autres parties de l'entreprise [...] ».

21. Notre lecture est un peu divergente de celle de la doctrine précitée²⁹.

Certes, la règle posée par ce dispositif est qu'un État peut imposer sans limitation les profits d'un établissement stable dans la mesure où ceux-ci sont attribuables audit établissement. Cependant, l'article 7 ne précise pas formellement le *quantum* des profits qui peuvent être attribués à cet établissement, en particulier si les profits sont de source étrangère (source dans l'État SP). Il précise uniquement que les transactions avec d'autres parties de l'entreprise sont prises en compte. La difficulté est que, dans la situation qui nous intéresse, le profit du sous-établissement stable qui pourrait être imposé une seconde fois dans l'État de l'établissement stable, n'est pas issu d'une transaction entre deux parties de la même entreprise, mais du partage du droit d'imposer entre les deux États. Ainsi, le profit ne provient pas toujours du fait

28 Dans la version antérieure aux modifications de 2010 du Modèle de convention fiscale.

29 Souvent fondée sur les rédactions du Modèle de convention fiscale antérieures à 2010.

que l'établissement a réalisé des opérations avec le sous-établissement d'un siège commun, hypothèse indirectement visée à l'article 7, mais du fait qu'un profit est attribuable en totalité à l'établissement stable, si la personnalité fiscale du sous-établissement est niée par l'État P, conformément à son droit interne, par exemple.

Sur ce point, il nous semble qu'à la fois le texte du Modèle de convention et les commentaires fournissent des précisions importantes quant au droit d'imposer au niveau de l'établissement P des profits réalisés par le sous-établissement SP et des limitations applicables qui ne seraient pas la conséquence d'une règle de source mais d'une règle d'attribution³⁰. En effet, **comme en matière de revenus passifs, le rattachement ou non à l'établissement ou au sous-établissement constitue, selon nous, la grille de lecture de l'attribution des profits.**

Les revenus attribués à l'établissement sont censés être de source de l'État dans lequel l'établissement est situé. C'est une présomption, mais une présomption simple, qui est combattue par la preuve que ces profits sont attribués à une autre partie de l'entreprise. Le caractère triangulaire de la situation constitue, à notre avis, une telle preuve.

L'analyse développée ci-dessus est confirmée par l'article 21³¹ du Modèle de convention fiscale, qui précise que la règle d'attribution effective prévaut en matière d'établissement stable, alors que la source est applicable aux autres revenus, en particulier, passifs. **Ce principe impose l'imposition exclusive dans l'État de situation de l'établissement stable de revenus qui lui sont effectivement rattachés.** Son application aboutirait à imposer dans l'État P les revenus effectivement rattachés à l'établissement stable et dans l'État SP les revenus effectivement rattachés au sous-établissement, en prenant comme hypothèse que le rattachement ne peut être qu'exclusif.

Selon cette position, l'imposition des revenus de source SP dans l'État P, généralement admise par la doctrine, n'est possible que s'il n'y a pas l'existence d'un autre établissement auquel ces revenus sont rattachés. Dans notre cas, les revenus ne peuvent être rattachés à l'établissement localisé dans l'État P et imposés localement que s'ils sont rattachés de manière exclusive à cet établissement stable principal, sans être rattaché à l'établissement secondaire.

Il nous semble que le Modèle de convention fiscale confirme aussi, indirectement, notre vision en refusant l'application d'un principe de force attractive repris dans les commentaires de l'article 7. Le refus de force attractive est l'acceptation du principe de rattachement effectif. La dernière partie de l'analyse est que, selon nous, le rattachement

effectif ne peut être qu'exclusif. Les revenus sont rattachés à l'établissement stable ou rattachés au sous-établissement.

À notre avis, les commentaires du Modèle confirment aussi l'utilisation, comme indice de lieu d'imposition, du critère d'attribution, réfutant ainsi l'application d'un principe de source³².

Le principe qui est à présent généralement accepté dans les conventions fiscales repose sur l'idée que, pour imposer les bénéfices réalisés par l'entreprise étrangère dans un pays déterminé, les autorités fiscales de ce pays devraient considérer une par une les diverses sources des bénéfices que l'entreprise tire de leur pays, et appliquer à chacune le critère de l'établissement stable, sous réserve de l'application éventuelle des autres articles de la convention. Cette solution permet d'adopter des méthodes d'administration de l'impôt et de discipline fiscale plus simples et plus efficaces et correspondant mieux à la conduite courante des affaires.

22. Il faut admettre que certaines questions ne sont pas résolues.

Tous les États en cause sont considérés, par hypothèse, comme ayant mis en place des traités conformes au Modèle de convention fiscale. Dès lors, il nous semble qu'ils sont contraints de respecter certains principes, en particulier celui, prévu par la convention de Vienne, selon lequel les traités doivent être appliqués de bonne foi. En l'espèce, la bonne foi des États serait de choisir des options cohérentes pour éviter les doubles impositions et appliquer les principes qu'ils ont reconnus. Certains auteurs divergent toutefois sur ce point³³.

Certes, l'article 7 est contenu dans le traité R/P ou R/SP et celui contenu dans le traité S/SP n'est pas applicable, mais la rédaction assez large « en particulier dans les opérations internes avec d'autres parties de l'entreprise » y compris, à notre avis, un autre établissement, laisse penser que ce principe doit être respecté³⁴.

On notera enfin que la méthode proposée par le Modèle de convention de détermination du profit d'un établissement confirme notre interprétation en précisant :

« Pour déterminer si le paragraphe 2 requiert un ajustement, il faudra déterminer les bénéfices qui auraient été réalisés si l'établissement stable avait été une entreprise distincte exerçant des activités identiques ou analogues dans des conditions identiques ou analogues et traitant en toute indépendance avec les autres composantes de l'entreprise. »³⁵

Cette méthode est détaillée dans les commentaires de la manière suivante :

« La première étape de la démarche suppose que l'on isole les activités exercées par l'établissement stable, ce qui doit être fait à l'aide d'une analyse fonctionnelle et factuelle (les directives énoncées dans les Principes applicables en matière de prix de transfert à l'intention des entreprises

30 J. Brian Arnold, J. Sasseville, and E. Zolt, préc.

31 « Les éléments du revenu d'un résident d'un État contractant, d'où qu'ils proviennent, qui ne sont pas traités dans les articles précédents de la présente Convention ne sont imposables que dans cet État. 2. Les dispositions du paragraphe 1 ne s'appliquent pas aux revenus autres que les revenus provenant de biens immobiliers tels qu'ils sont définis au paragraphe 2 de l'article 6, lorsque le bénéficiaire de tels revenus, résident d'un État contractant, exerce dans l'autre État contractant une activité d'entreprise par l'intermédiaire d'un établissement stable qui y est situé et que le droit ou le bien générateur des revenus s'y rattache effectivement. Dans ce cas, les dispositions de l'article 7 sont applicables ».

32 Comm. 10 sous l'article 7 du Modèle de convention fiscale.

33 L. Marques Dos Santos, préc., ou G. Zhai, préc., influencée probablement par la lecture de la convention de Vienne retenue par l'université de Leiden.

34 A. Stieglitz, préc., p. 111.

35 Y compris à notre avis entre établissement stable et sous-établissement stable, qui sont les composantes de l'entreprise.

multinationales et des administrations fiscales¹ seront utiles à cet effet). Dans le cadre de cette première étape, il conviendra de déterminer les activités et responsabilités importantes sur le plan économique exercées et assumées par l'établissement stable. Cette analyse doit dans la mesure pertinente examiner les activités et responsabilités exercées par l'établissement stable dans le contexte des activités et responsabilités exercées et assumées par l'entreprise *dans son ensemble, plus particulièrement par les parties de celle-ci avec lesquelles traite l'établissement stable.*³⁶

Cette analyse est confirmée en pratique dans les commentaires suivants qui font référence aux établissements stables entre eux :

« Une question qui risque de se poser est celle de savoir dans quelle mesure on peut se baser sur les documents comptables lorsqu'ils sont fondés sur des accords entre le siège et ses établissements stables (*ou entre les établissements stables eux-mêmes*). Il est évident que de tels accords internes ne peuvent être considérés comme des contrats juridiquement contraignants. Toutefois, dans la mesure où les comptes du siège et des établissements stables sont établis symétriquement sur la base de ces accords et où ces accords correspondent aux fonctions exercées par les différentes composantes de l'entreprise, ces comptes pourraient être acceptés par les autorités fiscales. »³⁷

Compte tenu de ce qui précède, nous concluons que **les profits de l'établissement stable localisé dans l'État P ne doivent pas prendre en compte ceux réalisés dans l'État SP, qui doivent être attribués au sous-établissement stable localisé dans l'État SP** en application des articles 7 et 21.

III. L'élimination de la double imposition dans l'État de localisation d'un établissement stable

23. À supposer le risque de double imposition analysé ci-dessus avéré, il convient de se demander si un État peut accorder une élimination de cette possible double imposition. Cette élimination pourrait intervenir dans l'État de localisation d'un établissement stable (A) ou dans celui de résidence (B).

A. L'élimination de la double imposition dans l'État de localisation d'un établissement stable

24. La double imposition peut d'abord être éliminée dans l'État de localisation du sous-établissement stable (1°) ou dans celui de localisation de l'établissement stable principal (2°).

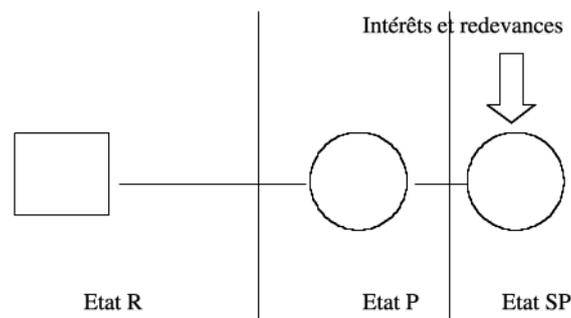
³⁶ Comm. 18 sous l'art. 7 du Modèle de convention fiscale.

³⁷ Comm. 19 sous l'art. 7 du Modèle de convention fiscale.

1° La double imposition dans l'État du sous-établissement stable

◆ A) L'IMPOSITION DES PROFITS REÇUS D'ÉTATS TIERS

25. La situation visée est la suivante :



Dans l'État SP, la question est similaire à celle relative aux situations triangulaires primaires. En effet, il s'agit ici d'un établissement stable qui reçoit d'un État tiers des revenus passifs, ayant été possiblement soumis à une retenue dans l'État S.

Comme pour les situations primaires, il est probable que la convention SP/S ne sera pas applicable, l'État S appliquant le traité S/R. Le sous-établissement ne pourra donc pas éliminer la double imposition en application de ce traité. Le risque de double imposition subsiste, en tout état de cause, si la retenue à la source prélevée en application du traité S/R est supérieure à celle prévue par le traité S/SP.

26. À l'instar des solutions en matière de situations triangulaires, il convient de se demander s'il est possible d'obtenir un effet équivalent à celui de la reconnaissance de la résidence de l'établissement stable, en application d'un principe de non-discrimination. À l'évidence, **l'idée d'appliquer une clause de non-discrimination contenue dans un traité applicable semble la plus efficace.** Deux possibilités théoriques, l'article 24(3)³⁸ du traité SP/P ou l'article 24(3) du traité SP/R, l'article 24(3) du traité R/P ne présentant ici aucun intérêt.

Ce dispositif permet, selon nous, à une entreprise d'un État qui dispose d'un établissement stable dans l'autre État de se voir imposer dans ce second État de manière aussi favorable que les résidents de ce dernier. Afin de déterminer le champ d'application de cet article, il convient de définir le terme

³⁸ L'article 24(3) précise : « Les nationaux d'un État contractant ne sont soumis dans l'autre État contractant à aucune imposition ou obligation y relative, qui est autre ou plus lourde que celles auxquelles sont ou pourront être assujettis les nationaux de cet autre État qui se trouvent dans la même situation, notamment au regard de la résidence. La présente disposition s'applique aussi, nonobstant les dispositions de l'article 1, aux personnes qui ne sont pas des résidents d'un État contractant ou des deux États contractants.

2. [...].

3. L'imposition d'un établissement stable qu'une entreprise d'un État contractant a dans l'autre État contractant n'est pas établie dans cet autre État d'une façon moins favorable que l'imposition des entreprises de cet autre État qui exercent la même activité (...). »

« entreprise » au sens du traité. Celui-ci est défini à l'article 3 du Modèle de convention fiscale comme :

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

d) les expressions "entreprise d'un État contractant" et "entreprise de l'autre État contractant" désignent respectivement une entreprise exploitée par un résident d'un État contractant et une entreprise exploitée par un résident de l'autre État contractant [...] »

On peut constater que le siège, ou l'établissement stable principal, constitue une « entreprise » au sens du traité. Ce critère ne permet donc pas en lui-même de déterminer le traité applicable. La seconde partie de la définition nous semble indiquer que l'entreprise doit être celle d'un résident de l'autre État, laissant penser que seul le traité R/SP est applicable si l'on admet que l'établissement stable n'est pas un résident au sens du traité SP/P.

Les commentaires sous l'article 24(3) semblent aussi confirmer cette approche de la manière suivante :

« Ce paragraphe a pour objet de remédier aux discriminations qui ne sont pas à proprement parler fondées sur une notion de nationalité mais sur le lieu même d'établissement d'une entreprise. Il intéresse donc indistinctement, quelle que soit leur nationalité, tous les résidents d'un État contractant qui ont des établissements stables dans l'autre État contractant. »³⁹

Deux interprétations sont possibles. La première, constructive, est de considérer que la référence à la localisation du résident n'est pas importante, seules les opérations au lieu de l'établissement étant à prendre en compte. C'est en substance ce que précise le texte, sans certitude définitive sur ce point.

Une seconde interprétation, plus stricte, impose le cumul de conditions sur l'établissement, à savoir : la résidence du propriétaire de cet établissement (obligation transfrontalière) et aussi la localisation du siège dans l'autre État contractant. Il ne suffit pas, pour le propriétaire de l'entreprise, d'être non-résident, il faut être non-résident dans l'autre État contractant. Il est probable que cette solution serait celle adoptée par les autorités fiscales des États en présence, surtout si l'État en cause applique une approche de « *Dual PE* » (établissement secondaire) plutôt que de « *Sub-PE* » (sous-établissement).

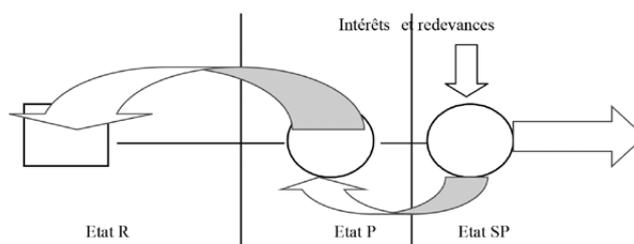
Compte tenu de ce qui précède, le sous-établissement stable serait traité d'une manière similaire à celle des situations triangulaires primaires, permettant d'obtenir un crédit d'impôt total ou partiel dans l'État SP, en application du traité R/SP.

27. Sur la nature de la comparaison à effectuer, l'établissement sera comparé avec des activités similaires à celles effectuées par une société résidente de l'État SP. La question subsiste de savoir si le fait qu'une partie de l'activité soit exercée dans un autre établissement stable peut influencer cette analyse. Il nous semble qu'il doit être répondu par la négative, dans la mesure où les éléments de comparaison font principalement référence à des éléments issus de l'observation de l'activité exercée dans l'État SP.

28. Il convient d'ajouter que la situation peut être plus compliquée. Il existe en effet des situations dans lesquelles on pourrait être confronté à des sous-établissements stables de sous-établissements stables (*sub-sub-PE*), voire des sous-établissements « en couche »^{40,41}.

♦ B) L'IMPOSITION DES VERSEMENTS EFFECTUÉS PAR LE SOUS-ÉTABLISSEMENT STABLE

29. La question se pose de déterminer comment seront imposés les versements effectués par le sous-établissement. Ces versements peuvent prendre les formes suivantes :



Trois sortes de flux peuvent donc exister :

- les flux versés à une autre société du groupe (situation triangulaire inversée) ;
- les flux versés à destination de l'établissement stable ;
- les flux versés à destination du siège.

30. En ce qui concerne le **premier type de flux**, il nous semble que ceux-ci doivent être traités de manière similaire à ceux versés dans le cas de situations triangulaires inversées⁴². Ils devraient donc être couverts par l'article 11(1) et 11(5) du Modèle de convention fiscale.

Du point de vue de l'État SP, seul le dispositif contenu dans le traité SP/R devrait s'appliquer, dans la mesure où celui-ci n'est applicable que pour les versements effectués au profit d'un « résident » de l'État contractant, interdisant ainsi l'application du traité entre SP et P.

Pour ce qui est de la déductibilité de ces intérêts, l'application de l'article de non-discrimination du traité SP/R devrait permettre la déduction des intérêts dans l'État SP de manière identique à celle de sociétés résidentes.

31. Quant au **second type de flux**, ceux-ci seront versés entre deux établissements stables d'un même siège. Le traité SP/P n'a pas vocation à avoir un effet, dès lors que les établissements ne sont pas résidents au sens de ce traité. La situation sera similaire à une situation triangulaire inversée du point de vue de l'État SP, sauf que la retenue à la source éventuellement prélevée sera couverte par l'article 11 du traité SP/R. En réalité, le sous-établissement fait un versement au siège.

⁴⁰ En anglais, « *layer* ».

⁴¹ G. Zhai, préc.

⁴² Cf. R. Coin, Les situations triangulaires internationales en présence d'un établissement stable, préc., Titre I, chapitre I, Section 1-II.

³⁹ Comm. 33 sous l'article 24 du Modèle de convention fiscale.

32. Le **troisième type de versement** sera lui aussi traité comme un versement entre un établissement et son siège, couvert par le même traité. La solution devrait être assurée par l'article 24(3) du traité R/SP qui ne fait pas de différence selon que les flux sont versés à un siège d'un État contractant ou à une société résidente d'un État tiers.

2° La double imposition dans l'État de l'établissement stable

33. Comme en matière de situations triangulaires primaires, le rôle de l'établissement stable, pour ce qui est de l'élimination de la double imposition, est central. Pour résoudre cette difficulté, il est nécessaire d'analyser le lien hiérarchique éventuel entre établissement stable et sous-établissement stable (a) et de tenter d'appréhender l'effet de l'application du principe de non-discrimination (b).

◆ A) L'EXISTENCE D'UN LIEN HIÉRARCHIQUE ENTRE ÉTABLISSEMENT STABLE ET SOUS-ÉTABLISSEMENT STABLE

34. La question est de **déterminer le régime d'imposition dans l'État P, en particulier la méthode pour éliminer la double imposition éventuelle.**

La première remarque est d'indiquer que, du point de vue de l'État P, le traité SP/P n'est pas applicable⁴³.

Il convient de déterminer si les deux établissements doivent être traités dans l'État P de manière identique ou en prenant en compte un lien hiérarchique entre eux. Légalement, bien sûr, les deux établissements sont deux établissements de la même entité et ne sont donc pas concernés par cette question. Opérationnellement, cependant, nous avons vu que la motivation pour l'émergence du concept est effectivement une hiérarchie, dans la mesure où l'un est une émanation de l'autre. Il est possible que cet élément puisse avoir une influence sur la détermination du profit allouable à chaque établissement. Par exemple, les fonctions exercées par l'établissement qui n'ont pas été transférées au sous-établissement seront présumées être exercées par l'établissement et non au siège, comme dans une relation bilatérale classique. Il s'agit ici de ce que la doctrine qualifie de « fictivité de l'établissement siège »⁴⁴. Nous souscrivons à cette doctrine dès lors que l'approche est celle de la « personnalisation » de l'établissement stable, même si celle-ci ne dispose pas d'un fondement indiscutable d'un point de vue théorique, cela nous semble être en ligne avec la vision opérationnelle de la question qui prévaut en matière de prix de transfert, en particulier, entre établissements d'une même entité. Elle est aussi la conclusion logique de l'étude du concept, qui veut que le sous-établissement n'existe que parce que l'établissement existe et donc que sa reconnaissance même est subordonnée à l'existence du premier établissement. C'est cette approche opérationnelle qui doit guider l'analyse, y compris fiscale.

35. Comme nous l'avons analysé (V. § 11), une partie de la doctrine considère que l'État P n'a pas de restriction formelle à l'imposition des profits issus du sous-établissement stable. Nous considérons, au contraire, que le critère d'allocation est probablement plus adapté que celui de source et aboutit à une conclusion divergente. Quelle que soit la solution retenue par l'État P, il existe la possibilité que ce dernier tente d'imposer une partie des profits réalisés par le sous-établissement stable. Il convient alors de s'interroger sur la capacité de l'État P à accorder une élimination de cette double imposition. En l'absence de celle-ci, en particulier en raison de la non-application du traité S/SP, il existe un risque de taxer les profits, deux voire trois fois, à savoir dans l'État SP (où l'activité est menée), dans l'État P (où l'établissement, source hiérarchique des profits, est situé), et dans l'État R (en cas de conflit). À supposer que l'État R n'accorde pas d'élimination de la double imposition, l'État P pourrait être amené à autoriser une imputation sur la base de son droit interne.

◆ B) L'APPLICATION DU PRINCIPE DE NON-DISCRIMINATION

36. Si nous appliquons à l'État P les principes développés en matière de situations triangulaires primaires, nous sommes amenés à envisager la possibilité, dans l'État P, de bénéficier d'un principe de non-discrimination contenu dans le traité P/R.

Ce dispositif est issu de l'article 24(3) du Modèle, qui prévoit que l'imposition d'un établissement stable qu'une entreprise d'un État contractant a dans l'autre État contractant, n'est pas établie dans cet autre État d'une façon moins favorable que l'imposition des entreprises de cet autre État qui exercent la même activité.

En l'espèce, ce principe peut être utilisé afin de permettre une élimination de la double imposition des profits déjà taxés dans l'État SP. La discussion est similaire à celle en matière de situations triangulaires primaires, sauf qu'il est nécessaire d'appliquer un dispositif différent de celui en place dans ces situations en matière d'élimination des revenus passifs. Ici, en effet, l'idée est de comparer l'établissement situé dans l'État P à une filiale de cet État qui disposerait dans l'État SP d'un établissement, renvoyant à l'article 7 et 23 du traité (exonération ou crédit d'impôt). Le sous-établissement reprend alors, du point de vue de l'État P puisque cette solution n'a pas d'effet dans l'État SP, son statut d'établissement stable principal soumis hiérarchiquement à la présence taxable dans l'État P. Certes, cette approche est une fiction, mais elle semble en ligne avec l'analyse opérationnelle.

Cette vision ne remet pas en cause le principe de bilatéralité des traités, mais permet de donner un effet complet à la clause de non-discrimination contenue dans le traité R/P dans l'État P qui est l'État dans lequel l'une des parties au traité est localisée⁴⁵. L'effet n'est donc qu'indirect.

43 F.P. Sutter, A. Stieglitz, préc., p. 103.

44 *Contra* F.P. Sutter, A. Stieglitz, préc. p. 103 et p. 103, note 16.

45 Position soutenue par une partie significative de la doctrine, en particulier Z. Gang, *Triangular case involving income attributable to PEs* : TNI, March 23, 2009, p. 118.

B. L'élimination de la double imposition dans l'État de résidence

37. L'État R, comme dans le cas des situations triangulaires primaires, peut en théorie appliquer deux traités, à savoir le traité R/P et le traité R/SP. À la différence de ces situations, il n'accordera pas la protection des deux traités en deux qualités, à savoir État du siège et État du bénéficiaire, mais en qualité unique d'État du siège dans les deux cas. Il devrait, en principe, dans cette hypothèse, être amené à accorder deux éliminations de double imposition. Ces deux éliminations peuvent être prévues, soit en application d'une méthode identique (exemption vs crédit d'impôt), soit en application de deux méthodes divergentes. Ces deux méthodes sont prévues à l'article 23 du Modèle de convention. En comparaison avec les situations primaires, il convient de mentionner qu'en matière d'intérêt et de revenus passifs, la grande majorité des États accordent une élimination des doubles impositions selon une méthode du crédit d'impôt applicable dans ces situations en application de l'article 23 B ou 23 A du traité S/R⁴⁶.

38. La situation est en pratique extrêmement complexe. Ainsi, par exemple, pour l'application de la méthode de crédit d'impôt, de nombreux pays appliquent une limitation pays par pays et revenu par revenu, alors que la méthode d'exemption est en principe neutre sur cette question, puisque les profits étrangers ne sont pas pris en compte dans le calcul de la base imposable dans l'État R. Par définition, les limites en vigueur en matière de crédit d'impôt quant à la base dans laquelle le revenu est inclus n'existent pas.

En cas d'application de la méthode d'exemption, le risque est que l'État R accorde une double élimination pour un profit qui n'est pas imposé deux fois, en fonction de la répartition entre l'État P et l'État SP. En effet, l'État R pourrait être amené à accorder une exonération de profits SP et profits P selon une base purement bilatérale, alors qu'une partie de l'imposition des profits réalisés dans l'État SP pourrait avoir été éliminée dans l'État P.

Corrélativement, et en application du traité R/P, les profits de l'établissement stable P seraient exonérés dans l'État R.

Il ne nous semble pas possible de résoudre de manière certaine les cas dans lesquels l'État R n'appliquerait pas les mêmes méthodes d'élimination de la double imposition selon l'État de localisation de l'établissement stable d'une part, et celui du sous établissement stable d'autre part.

46 Cette règle n'est pas applicable en matière de redevances.

Conclusion

39. Au terme de cette étude, force est de constater que la **clarification uniforme du concept de sous-établissement stable et de son traitement fiscal n'est probablement pas pour demain**. L'évolution incessante et rapide de la fiscalité internationale laisse en outre peu de chance à la mise en place de travaux coordonnés sur ce sujet.

Une approche réaliste, selon nous, est de **l'aborder avec humilité en privilégiant sa composante opérationnelle**. Ainsi, les questions essentielles se limiteraient en premier lieu à prendre en compte la relation entre les deux établissements, principalement pour déterminer la base imposable en faisant jouer au maximum le concept d'« entreprise indépendante ». L'analyse se rapprocherait alors de celle de relations entre filiales.

La première difficulté pour adopter une telle stratégie est liée au fait que les États n'ont pas démontré une volonté de régler les questions liées à la base d'imposition des établissements stables, en particulier en présence de situations triangulaires.

La seconde difficulté, peut-être encore plus incertaine, est que l'évolution proposée de la fiscalité internationale envisage de donner une importance plus grande à la notion de marché pour partager le profit global réalisé par une entreprise. Si cette direction est poursuivie, la répartition contraindra à partager le profit en prenant en compte le fait que nous sommes en présence d'un marché principal et d'un sous marché issu de ce marché principal. L'influence de la composante opérationnelle du concept sera alors essentielle.

R. COIN ■