

Plateforme de collaboration fiscale

PROJET SOUMIS À COMMENTAIRES :
**L'imposition des transferts indirects opérés à
l'étranger – une boîte à outils**

Période de retour d'informations
1er août au 20 Octobre 2017

Fonds monétaire international (FMI)
Organisation de coopération et de développement économiques (OCDE)
Organisation des Nations Unies (ONU)
Groupe de la Banque mondiale (GBM)

Ce projet pour commentaires a été préparé dans le cadre de la Plateforme de collaboration fiscale sous la responsabilité des Secrétariats et des services des quatre organisations. Il continue à faire l'objet de débats et de révisions par les partenaires de la Plateforme, et ne représente pas nécessairement les points de vue définitifs des Secrétariats et services concernés. Tous ont jugé utile, notamment au titre de ce processus de commentaires et de révisions, de le diffuser plus largement afin de bénéficier de contributions et de conseils supplémentaires. Ni ce projet, ni le rapport final ne doivent être considérés comme les opinions officiellement entérinées de ces organisations ou de leurs pays membres.

Table des matières

RÉSUMÉ ANALYTIQUE	5
ACRONYMES	7
GLOSSAIRE	8
INTRODUCTION	10
ANALYSE DES TRANSFERTS INDIRECTS OPÉRÉS À L'ÉTRANGER	12
Conséquences sur les recettes fiscales	16
TROIS EXEMPLES ILLUSTRATIFS	27
CONVENTIONS FISCALES ET TRANSFERTS INDIRECTS OPÉRÉS À L'ÉTRANGER	31
Les TIE dans les modèles de convention fiscale	31
L'article 13.4 en pratique	38
Les TIE et la convention multilatérale	40
DÉFIS ET OPTIONS D'APPLICATION	43
Aperçu des principes de conception et de rédaction juridiques: deux modèles	43
Modèle 1: Imposition de l'entité résidente locale détenant l'actif dans le cadre d'un modèle de cession présumée	46
Modèle 2: imposition du cédant non résident	50
Définition des biens « immobiliers »	59
CONCLUSIONS	62
APPENDICE. CONSULTATIONS	65
APPENDIX B. EXEMPLES DE PRATIQUES NATIONALES	66
Imposition aux États-Unis des cessions de biens immobiliers détenus par des investisseurs étrangers aux États-Unis	66
Pérou	69
Chine	70
APPENDICE C. L'ARTICLE 13.4 DANS LA PRATIQUE — UNE ANALYSE EMPIRIQUE	72
BIBLIOGRAPHIE	
BIBLIOGRAPHIE	76
ENCADRÉS	
1. Inde – l'exemple de <i>Vodafone</i>	27
2. Pérou – l'acquisition de <i>Petrotech</i>	28
3. Ouganda -- l'affaire Zain	28

4: Changement de contrôle _____	46
5: Règle relative à la source _____	51
6: Règle relative aux actifs imposables -- imposition intégrale et au prorata _____	52
7: Règle d'application/de recouvrement – retenue à la source _____	56
8: Règle d'application/de recouvrement -- notification et imposition par un mandataire d'intérêts ne concernant pas des investissements passifs _____	57
9: Définition minimale des « biens immobiliers » _____	59
10: Définition élargie des « biens immobiliers » _____	60

GRAPHIQUES

1: Exemple stylisé d'une structure de TIE _____	13
2: L'article 13.4 dans les CDI _____	39
3: Proportion de CDI incluant l'article 13 _____	40

TABLEAU

1. Attribution entre pays du droit d'imposition relatif aux transferts d'actifs dans le cadre des modèles de convention fiscale	31
---	----

TABLEAUX DES APPENDICES

C1 Statistiques descriptives _____	733
C2: Probabilité d'inclusion de l'Article 13.4 dans une CDI, résultats des estimations _____	744

RÉSUMÉ ANALYTIQUE

Le traitement fiscal des « transferts indirects opérés à l'étranger » (TIE) – c'est-à-dire la vente d'une entité détenant un actif situé dans un pays par un résident d'un autre pays – est devenu un problème significatif dans de nombreux pays en développement. Il a été reconnu comme un motif de préoccupation dans les travaux d'assistance technique du FMI et les études de l'OCDE; il n'a pas été couvert par le projet G20-OCDE sur l'érosion de la base d'imposition et le transfert de bénéficiaires. En relation avec les industries extractives, les TIE font aussi l'objet de travaux à l'ONU.

Il est nécessaire d'uniformiser davantage le mode d'imposition des TIE. Les réponses unilatérales des pays sont très différentes, à la fois sur le point de savoir quels actifs sont visés et quant à l'approche juridique retenue. Une plus grande cohérence pourrait contribuer à sécuriser les recettes publiques et à donner plus de certitude fiscale.

Sur le principe, le rapport trouve, pour une grande catégorie d'actifs, des arguments solides en faveur d'une imposition de ces transferts par le pays dans lequel l'actif est situé. Cette catégorie va au-delà d'un concept étroit de biens immobiliers pour englober les actifs qui génèrent *des rentes spécifiques à un emplacement* – c'est-à-dire des rendements dépassant le minimum exigé par les investisseurs et n'étant pas disponibles dans d'autres juridictions. Cela pourrait, par exemple, inclure les licences de télécommunications et d'autres droits octroyés par l'État. Il n'est pas aisé de retranscrire ce concept en droit positif, mais le rapport donne des exemples de rédaction d'une définition suffisamment large des actifs immobiliers.

Les dispositions des modèles de convention fiscale de l'OCDE et de l'ONU laissent penser qu'il est largement accepté que l'imposition des plus-values tirées de TIE d'actifs « immobiliers » devrait bénéficier au pays où ils se trouvent. Toutefois, on ne trouve l'article 13(4), que dans 35 % environ des conventions de double imposition (CDI) et plutôt moins souvent quand l'une des parties est un pays à faible revenu bien doté en ressources naturelles. À ce jour, la Convention multilatérale a eu une incidence positive sur ce pourcentage en faisant augmenter le nombre de conventions fiscales qui comprennent effectivement l'article 13(4) du Modèle de convention fiscale de l'OCDE. On s'attend à une incidence accrue à l'avenir, car de nouvelles parties pourraient signer le MC et amender leurs conventions fiscales pour y insérer la nouvelle formulation de l'article 13(4).

Toutefois, quelles que soient les conventions applicables, ce droit d'imposition ne peut s'exercer sans une définition appropriée en droit interne des actifs imposables et sans une base légale interne permettant de faire valoir ce droit.

Le rapport expose deux méthodes principales pour effectuer l'imposition d'un TIE dans le pays où l'actif est situé — les dispositions en la matière nécessitant une rédaction minutieuse. Il décrit ces deux méthodes et propose pour elles un échantillon de rédactions

juridiques simplifiées à insérer dans la législation interne du pays où l'actif est situé. L'une d'elles considère un TIE comme une cession présumée de l'actif sous-jacent. L'autre part du principe que le transfert est effectué par le vendeur effectif, à l'étranger, mais que la plus-value tirée de ce transfert parvient de sources situées dans le pays où l'actif est situé, ce qui permet à celui-ci de l'imposer. En raison de la simplicité relative de l'administration ainsi que de la logique et de la simplicité de l'ajustement de la base imposable qu'il entraîne, le rapport préfère la méthode de la cession présumée.

ACRONYMES

BEPS	Érosion de la base imposable et transfert des bénéfices
IPV	Impôt sur les plus-values
CDI	Convention de double imposition
DWG	Groupe de travail du G20 pour le développement
GAAR	Règle générale de lutte contre l'évasion fiscale/anti-abus
FMI	Fonds monétaire international
MCF	Modèle de convention fiscale
LOB	Limitation des avantages
RSE	Rentes spécifiques à un emplacement
LCM	Convention multilatérale pour la mise en œuvre des mesures relatives aux conventions fiscales pour prévenir BEPS (instrument multilatéral)
OCDE	Organisation de coopération et de développement économiques
TIE	Transfert indirect opéré à l'étranger
ES	Établissement stable
SAAR	Règle spécifique de lutte contre l'évasion fiscale/anti-abus
ONU	Organisation des Nations Unies
GBM	Groupe de la Banque mondiale

GLOSSAIRE

Actif: chose ayant une valeur financière.

Contrat de commissionnaire. Accord qui permet à une personne de vendre des produits dans un pays donné en son nom propre, mais pour le compte d'une entreprise étrangère qui est propriétaire des produits.

Transfert direct. Cession, totale ou partielle, d'intérêts directs dans un actif.

Intérêt direct. Propriété d'un actif quelconque dans lequel aucune entité n'intervient entre le propriétaire et l'actif.

Entité. Une organisation ou un arrangement comme une entreprise, une société, une société de personnes, une masse successorale ou une fiducie.

Actifs immobiliers. Voir les développements dans le texte.

Intérêt indirect. Propriété d'un actif dans lequel au moins une entité intervient dans la chaîne de contrôle entre l'actif et le propriétaire en question.

Transfert indirect. Cession, totale ou partielle, d'un intérêt indirect dans un actif.

Bien incorporel. Dans ce rapport, on définit ce terme comme un bien non physique, par exemple un actif financier, tel qu'une action, une propriété intellectuelle ou le goodwill d'une entreprise.

Intérêt. Propriété effective, totale ou partielle, d'un actif.

Clause de « limitation des avantages ». Disposition d'une convention fiscale qui a pour but de réserver les avantages de cette convention aux véritables résidents de l'État contractant.

Rentes spécifiques à un emplacement. Rendement économique dépassant le niveau « normal » exigé par un investisseur – « rente » -- qui est uniquement lié à un lieu spécifique et peut donc être imposé sans avoir, en théorie, une incidence quelconque sur l'importance ou l'emplacement de l'activité ou de l'actif sous-jacent.

Modèle de convention fiscale. Modèle qui peut être utilisé comme la base d'une véritable *convention fiscale* négociée entre deux pays. Il existe deux grands modèles de conventions fiscales: l'un établi par l'ONU, l'autre par l'OCDE. Ils sont largement similaires, mais différent sur quelques points significatifs.

Convention multilatérale pour la mise en œuvre des mesures relatives aux conventions fiscales pour prévenir BEPS (instrument multilatéral). Instrument conçu dans le cadre de l'action 15 du projet G20-OCDE sur l'érosion de la base imposable et le transfert des bénéficiaires, afin de faciliter et de coordonner les modifications des dispositions des conventions.

Transfert indirect opéré à l'étranger. Transfert indirect dans lequel le cédant de l'intérêt indirect réside dans un pays différent de celui dans lequel l'actif en question est situé.

Transfert indirect opéré dans le pays. Tout transfert indirect autre que ceux effectués à l'étranger.

Établissement stable. Concept utilisé pour déterminer quand une entité a suffisamment de liens avec un pays pour que celui-ci puisse imposer les bénéfices nets de cette entité imputables à cet établissement stable dans ce pays.

Critère des objets principaux. Règle selon laquelle si l'un des objectifs principaux d'un dispositif est de bénéficier d'avantages résultant d'une convention fiscale, ils ne seraient pas accordés à moins qu'ils soient conformes à l'objet et à la finalité des dispositions de la convention fiscale concernée.

Pays de résidence. Pays dans lequel la personne ou l'entité qui génère un revenu est résidente fiscale.

Opération circulaire. Décrit une chaîne d'opérations dont le commencement et la fin se situent dans le même pays (et qui sont normalement liées au même contribuable), mais avec des opérations intermédiaires qui s'effectuent au moyen d'autres entités situées à l'extérieur du pays.

Pays « source ». Pays dans lequel le revenu ou la plus-value est censé(e) être généré(e). On l'appelle parfois dans ce rapport le pays de localisation.

Base imposable. Valeur initiale d'un actif calculée à des fins fiscales. La base imposable est généralement le prix d'achat initial (majoré des dépenses directes liées à l'achat) dont on soustrait (pour les actifs d'entreprise) toute déduction au titre de l'amortissement fiscal.

Traité fiscal. Aussi connu sous le nom de convention ou d'accord fiscal. Un traité fiscal, qui est en général conclu entre deux pays ou plus, stipule quel pays a le droit d'imposer le revenu d'une entité ou d'une personne physique opérant dans plus d'un pays, de façon à ce que ce revenu ne soit pas soumis à l'impôt dans les deux pays ou, si c'est le cas, à ce qu'un allègement soit accordé afin d'éliminer, dans la mesure du possible, la double imposition.

Transfert d'un intérêt. Modification de la propriété, totale ou partielle, d'un actif intervenant entre des parties indépendantes ou liées.

Cédant: personne ou entité transférant un intérêt détenu dans un actif.

Retenue à la source. Dans ce rapport, il s'agit d'un impôt prélevé par un pays « source », à un taux forfaitaire, sur le montant brut de dividendes, de participations, royalties et autres paiements effectués par des résidents à des non-résidents.

INTRODUCTION

Ce rapport et la panoplie d'outils présentent une analyse ainsi que des options et des recommandations concernant le traitement fiscal des *transferts indirects opérés à l'étranger*¹ (TIE). Il résulte de préoccupations à propos de la possibilité qu'en cédant des participations indirectement (c'est-à-dire en vendant des entités qui détiennent des actifs dont la valeur a augmenté, plutôt que les actifs eux-mêmes), des investisseurs puissent échapper à l'imposition des plus-values dans le pays où se trouvent ces actifs sous-jacents. En recherchant les réponses appropriées à ce problème, la panoplie d'outils traite plusieurs questions: (i) Ces transferts devraient-ils être imposables dans le pays où l'actif sous-jacent est situé, (ii) À quelle catégorie d'actifs l'imposition des transferts indirects devrait-elle s'appliquer?(iii) L'imposition de ces transferts devrait-elle être effectuée par le pays où les actifs sont situés seulement en tant qu'instrument en dernier ressort de la lutte contre l'évasion fiscale ou devrait-elle constituer un aspect fondamental de la structure fiscale de ce pays? et (iv) Comment peut-on concevoir et effectuer au mieux cette imposition d'un point de vue pratique et juridique?

Le rapport et la boîte à outils constituent une réponse à une demande du Groupe de travail du G20 pour le développement (DWG) au Fonds monétaire international (FMI), à l'Organisation de coopération et de développement économiques (OCDE), au Groupe de la Banque mondiale (GBM) et à l'Organisation des Nations Unies (ONU) – d'établir ensemble une « boîte à outils » destinée aux pays en développement qui permettrait d'apporter des réponses appropriées aux problèmes fiscaux internationaux dans le cadre du projet G20/OCDE sur l'Érosion de la base imposable et le transfert des bénéficiaires (BEPS) ainsi qu'à d'autres questions d'un intérêt particulier pour les pays en développement que le projet ne traite pas. Bien que, comme on le verra, les pays de résidence puissent aussi être touchés par l'évasion au moyen des TIE, le problème touche davantage les pays « sources ». Le traitement fiscal des TIE – non couvert par le projet BEPS – est en effet considéré par les pays en développement comme particulièrement significatif pour nombre d'entre eux, notamment dans les industries extractives, mais aussi plus largement. Le FMI (voir FMI 2014, qui cite plusieurs cas révélés par les travaux d'assistance technique de cette organisation), l'OCDE (voir OCDE 2014a et 2014b, qui recensent les problèmes fiscaux internationaux hautement prioritaires dans les pays à faible revenu) et l'ONU ont également souligné la portée du sujet.² Même s'il était apparu parfois au premier plan dans le passé, ce problème est devenu bien plus important ces dernières années.

Ces questions sont techniquement très complexes, tant sur le plan économique que juridique. Pour les traiter, la boîte à outils se réfère aux études existantes,³ au travail d'assistance

¹Les termes figurant en italique la première fois, autres que les noms de sociétés, sont expliqués dans le glossaire.

²Les problèmes d'imposition des plus-values dans le cadre des conventions ont également été cités comme un motif de préoccupation par les répondants à un questionnaire de l'ONU sur les priorités de BEPS pour les pays en développement (Peters, 2015).

³Notamment Burns, LeLeuch et Sunley (2016), Cui (2015) ainsi que Krever (2010).

technique du FMI dans les pays en développement et à une série de consultations avec les autorités de multiples États (qui seront énumérées dans l'annexe 1 de la version finale de la boîte à outils). Elle n'offre pas une méthode unique, définitive et convenant à toutes les situations. L'objectif est plutôt de trouver des solutions pratiques en tenant particulièrement compte des conditions propres aux pays en développement. Toutefois, le rapport formule quelques recommandations provisoires.

Ce projet de rapport est structuré comme suit. La section suivante est une introduction aux TIE; on y trouve un exemple stylisé illustrant les principales préoccupations et questions suscitées par leur traitement fiscal ainsi qu'une analyse des considérations économiques qui guident les réponses sur la question du lieu d'imposition des transferts. La section III décrit certains cas récents qui justifient ces préoccupations, notamment en raison de la diversité actuelle des règles nationales unilatérales. La section IV porte sur le traitement de ce problème au moyen de deux principaux modèles de convention fiscale — celles de l'ONU et de l'OCDE — et évoque les possibilités importantes offertes par le MC de l'OCDE. La section V décrit ensuite en détail les problèmes de mise en œuvre posés par les différentes approches de l'imposition des transferts indirects. La dernière section conclut et résume les recommandations. Les annexes apportent des informations techniques supplémentaires; elles donnent des précisions sur l'analyse empirique et les expériences des pays sélectionnés.

ANALYSE DES TRANSFERTS INDIRECTS OPÉRÉS À L'ÉTRANGER

Cette section explique ce que l'on entend par « transfert indirect opéré à l'étranger » (TIE) – en utilisant un exemple stylisé qui sera repris tout au long du rapport – évoque les conséquences pour les recettes fiscales et aborde les principales questions conceptuelles concernant l'attribution des droits d'imposition des TIE.

A. Anatomie des transferts indirects opérés à l'étranger

Définitions et structure

Dans le cadre de cette boîte à outils, on entend par *intérêt indirect* un dispositif où au moins une entité intervient entre le propriétaire et l'actif en question. En revanche, aucune entité n'intervient dans le cas d'un *intérêt direct*. Le graphique 1 présente une structure de propriété stylisée à trois niveaux⁴. Dans la terminologie qui vient d'être définie, la société A détient un intérêt « direct » dans l'« actif »; la société B et sa « maison mère », la société P1, détiennent toutes deux des intérêts « indirects » dans l'« actif ». En passant aux niveaux supérieurs, la société B a un intérêt indirect dans le capital de la société A et la société P1 y détient un intérêt indirect.

Un « transfert » est une modification, totale ou partielle, des intérêts détenus dans un actif, entre des parties indépendantes ou liées. Ces transferts peuvent donner lieu à des plus-values imposables (ou à des moins-values), le sujet principal de ce rapport.⁵ Dans cette analyse, les transferts peuvent être directs ou indirects:

- **Un transfert direct** implique la cession⁶, totale ou partielle, d'un intérêt direct dans un actif.

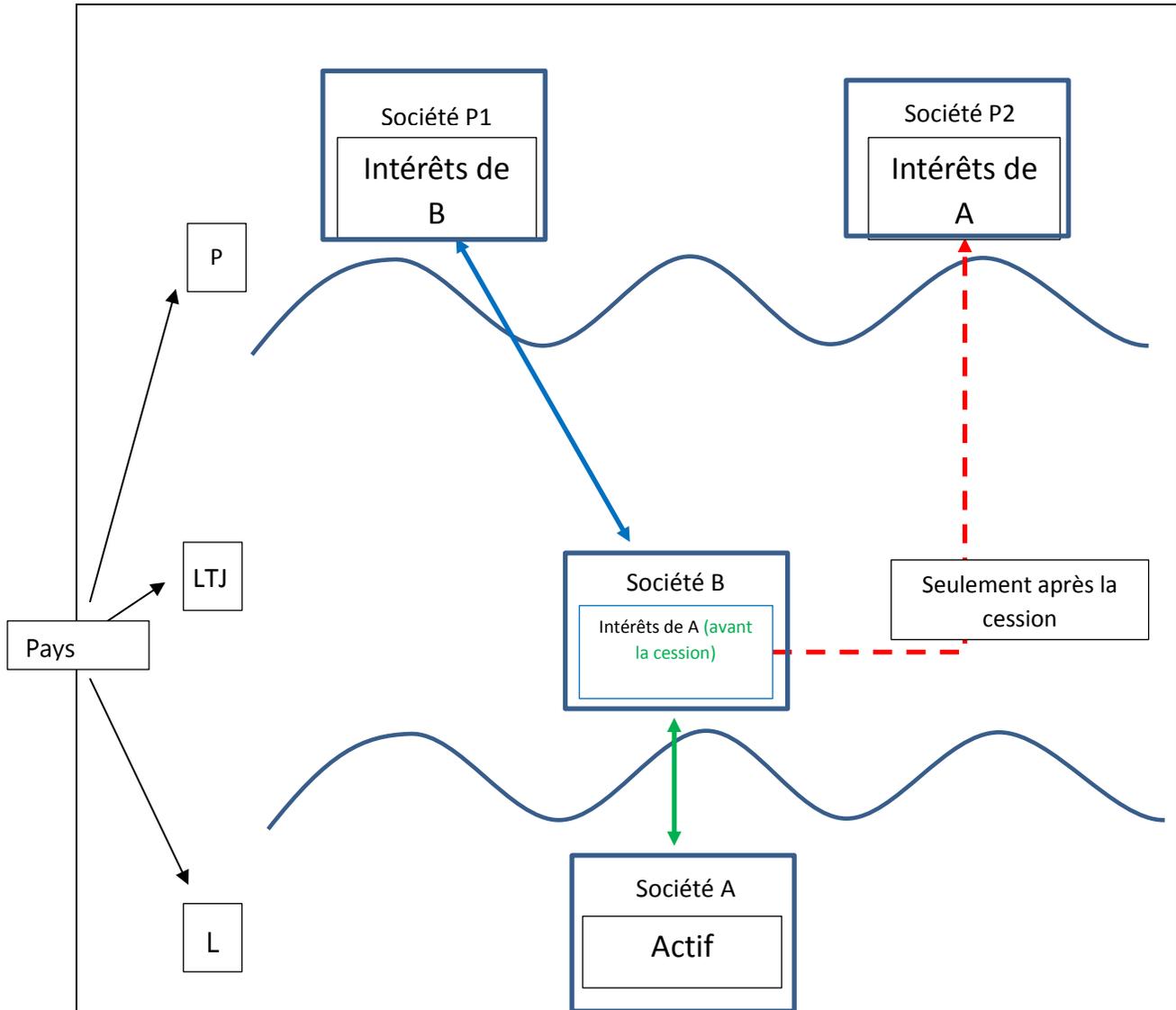
⁴Les structures de contrôle ne sont pas nécessairement aussi simples en réalité que dans ce graphique: à chaque point de la chaîne de contrôle, il peut y avoir de multiples propriétaires et les accords complexes de participations croisées sont courants.

⁵ Tous les transferts d'intérêts n'entraînent pas des plus-values imposables (ou des pertes). Quand un actif est cédé à un prix égal à sa base imposable (habituellement le prix d'achat initial), il n'y a ni gain, ni perte même si l'opération est imposable. Les transferts au moyen de fusions ou d'acquisitions ne sont pas forcément des opérations imposables, même si l'actif s'est apprécié (ou déprécié) si l'opération est conforme aux règles fiscales nationales relatives à la restructuration ou la réorganisation. Généralement, les règles d'exonération d'une réorganisation exigent une grande continuité de la structure de propriété finale pour pouvoir bénéficier du report de la réalisation des plus-values au moment de l'opération. De plus, les réorganisations transfrontalières, autres que celles opérées au sein de l'UE, ne sont généralement pas exonérées d'impôts. Étant donné ces facteurs, les dispositions précitées ne semblent pas offrir une possibilité d'évasion abusive significative de l'imposition des plus-values sur des actifs locaux selon les recommandations dans ce rapport lorsque la propriété bénéficiaire est réellement transférée de façon substantielle.

⁶ Outre les ventes, les autres moyens de céder des actifs sont les dons, les fusions, les acquisitions ou les réorganisations d'entreprises. Les cessions comprennent aussi les ventes avec paiement par tranches et celles

- **Un transfert indirect** implique la cession, totale ou partielle, d'un intérêt indirect dans un actif. C'est l'actif sous-jacent qui est transféré *indirectement*.⁷

Graphique 1: exemple stylisé d'une structure de TIE



Note: dans cette opération, la société B, résidente dans *LTJ*, cède ses parts de la société A à la société P2, résidente dans *P*. Il s'agit d'un transfert direct d'actions de A et d'un transfert indirect de l'actif détenu par la

sujettes à une « redevance dérogatoire »; dans les deux cas, on effectue une série de versements au vendeur (cédant) après le transfert. voir Burns, Le Leuch et Sunley (2016).

⁷ Ainsi, le transfert direct d'actions d'une société détenant certains actifs réels constitue un transfert indirect de cet actif réel.

société A qui est située dans le pays L. Des modèles plus complexes sont évidemment possibles et en fait habituels. Par exemple, la société B pourrait être cédée par une société C (non représentée sur le graphique) interposée entre les sociétés B et P1; il s'agirait d'un transfert indirect à la fois des actions de B et des actifs sous-jacents détenus par A.

Les conventions fiscales font habituellement une distinction entre deux catégories d'actifs qui est essentielle pour ce rapport.

- **Les biens immobiliers:** la définition précise de ce terme relève de la législation nationale, qui peut ou non être modifiée par toute convention fiscale à laquelle le pays est partie. Elle comprend habituellement les terrains, les bâtiments et autres structures ainsi que les droits liés à ces biens (qui peuvent inclure des droits agricoles, forestiers et sur les minerais).⁸ Comme expliqué ci-dessous, la définition des biens immobiliers *peut* également englober les licences pour la fourniture de produits ou de services particuliers (par exemple les télécommunications) dans des lieux géographiques spécifiés, bien que cela ne soit pas habituel.
- **Les biens mobiliers:** tout bien qui n'est pas classé comme immobiliers. Il peut s'agir non seulement d'autres biens physiques, mais aussi de biens incorporels (comme la propriété intellectuelle ou le goodwill) ainsi que d'actifs financiers (par exemple des actions ou des obligations).

Le lieu où se situe l'actif et la résidence de la partie cédante (le « cédant ») jouent un rôle pour déterminer quelle(s) juridiction(s) fiscale(s) peut(vent) revendiquer le droit d'imposer les transferts, en vertu des dispositions (très différentes) des lois fiscales des divers pays. Pour rendre moins complexe la présentation des transferts indirects, nous définissons pour les besoins de cette boîte à outils:⁹

- **Les transferts opérés à l'étranger:** ce sont les transferts dans lesquels le cédant est résident fiscal d'un pays différent de celui dans lequel l'actif en question se trouve et n'a pas d'*établissement stable* dans le pays dans lequel cet actif se situe.
- **Les transferts opérés sur le territoire national:** ce sont tous les autres transferts.

Imaginons au graphique 1 que les propriétaires de P1 veuillent réaliser une plus-value résultant d'une hausse du prix de l'actif sous-jacent et que les propriétaires de P2 souhaitent

⁸ La définition des « biens immobiliers » figure à l'article 6 des modèles de convention.

⁹ Ces termes peuvent avoir dans la législation interne de divers pays des sens différents de ceux utilisés ici.

obtenir le contrôle de cet actif.¹⁰ Les règles fiscales de quatre pays (au moins) entrent en jeu pour déterminer le traitement fiscal de cette opération (ainsi que toutes les conventions applicables): celui dans lequel l'actif sous-jacent est situé (*L*), celui dans lequel le cédant est résident (LTJ), celui dans lequel la maison mère du cédant (*P1*) est résidente (*P*) et celui dans lequel l'acquéreur (*P2*) est résident. Il existe certainement des cas plus complexes,¹¹ mais cet exemple simple appréhende les principaux problèmes.

Un moyen de réaliser la plus-value serait que *P1* organise une vente directe de l'actif par la société A -- mais cette opération sera généralement imposable dans le pays *L*, car il s'agit d'un transfert interne direct.

Pour *P1*, la stratégie fiscale efficace pourrait donc être de faire effectuer la vente indirectement par une entité résidente dans un pays (LTJ) appliquant un faible taux d'imposition des plus-values. On le voit au graphique 1 avec la vente par la société B, résidente du pays LTJ à fiscalité réduite, à la société P2, résidente fiscale du pays *P*, de ses parts dans la société A, société du pays *L* qui détient directement l'actif situé dans *L*. Tout avantage fiscal lié à la suppression de l'impôt qui, sinon, serait dû dans *L* pourrait être compensé plus tard du fait des règles fiscales du pays *P* où se situe la société mère du cédant; toutefois, à moins d'une imposition immédiate dans *P*, il est peu probable que soit neutralisé de manière significative l'avantage fiscal résultant de la cession indirecte de l'actif dans LTJ plutôt que directe dans *L*.

L'opération a également des conséquences pour l'acquéreur, *P2*, car la somme versée pour acheter les parts¹² de la société A devient la *base imposable* par rapport à laquelle toute plus-value (ou moins-value)¹³ sur une future cession de ces parts sera calculée. Si l'on prévoit que la valeur de l'actif sous-jacent diminue -- en raison d'un véritable amortissement économique, peut-être parce que l'actif sous-jacent est un droit expirant à une date précise -- on s'attend à une moins-value; on optimisera fiscalement en localisant la perte dans une entité située dans une juridiction à fiscalité élevée (car elle générera une déduction sans charges compensatoires). Si, en revanche, on

¹⁰Nous supposons, sauf lorsque c'est indiqué, que le cédant et l'acquéreur ne sont pas liés, et nous ne tenons donc pas compte des questions relatives aux prix de transfert et au traitement des réorganisations d'entreprise qui se posent s'ils seraient liés.

¹¹Il peut y avoir de nombreuses autres sociétés interposées le long de la chaîne des entités (peut-être en raison d'une planification fiscale, entre A et B si, comme dans certains cas, le pays *L* impose les plus-values jusqu'au premier niveau de la structure de propriété); et le titre de propriété peut en fait être transféré dans un autre (un cinquième) pays.

¹²L'acquéreur pourrait préférer acheter directement l'actif, car un bien immobilier donne généralement droit à des amortissements fiscaux; dans de nombreux cas, cela permet donc d'obtenir des déductions qui peuvent être imputées sur de futures plus-values.

¹³Il est important de noter que ces moins-values peuvent être imputées sur des plus-values générées par d'autres actifs.

prévoit que la valeur de l'actif sous-jacent augmente, la stratégie de réduction de l'impôt consistera à localiser la société qui achète la société A dans une juridiction à fiscalité réduite.

Cette méthode peut aussi être employée pour des « opérations circulaires » effectuées par les résidents du pays où est situé l'actif sous-jacent. Puisque la même logique s'applique lorsque le pays dans lequel le propriétaire final réside, *P*, est identique à celui où se trouve l'actif, *L*, les impôts sur les plus-values qui seraient payables sur une cession interne dans *L* peuvent — dans les conditions supposées au graphique -- être évités en vendant indirectement à l'étranger.¹⁴Toutefois, tout avantage fiscal résultant de cette opération est annulé si le pays *L* impose ses résidents sur les plus-values réalisées par des entités non résidentes contrôlées -- à moins que la plus-value ne soit dissimulée illégalement à l'administration fiscale de *L*.

Cet exemple est très stylisé : comme on l'expliquera en détail ci-dessous, le traitement fiscal des transferts dépend en pratique du contenu précis de la législation interne des pays concernés et des éventuelles conventions fiscales entre eux (qui peuvent par exemple permettre au pays *L* d'imposer la cession opérée par la société *B*). Toutefois, et ce n'est pas une coïncidence, de nombreux transferts indirects sont structurés de façon à faire jouer précisément les éléments supposés dans l'exemple du graphique 1.

Conséquences sur les recettes fiscales

Il est bon de commencer par indiquer les conséquences mécaniques de l'exemple stylisé du graphique 1 ci-dessus sur les recettes fiscales.

Effets du transfert lui-même sur les recettes fiscales

Les plus-values proviennent en grande partie des variations -- entre l'acquisition initiale et la cession -- des paiements après impôt anticipés au propriétaire de l'actif.¹⁵Ces deux aspects sont importants:

¹⁴Ainsi, cela a suscité des préoccupations dans le cas de la convention entre l'Inde et Maurice, dans le cadre de laquelle les plus-values réalisées à Maurice sur les transferts d'entités indiennes étaient exonérées. On considère souvent que c'est la raison pour laquelle, ces dernières années, à peu près 25 % de l'investissement direct étranger en Inde est passé par Maurice (IMF, CDIS 2010-2015) -- bien qu'il soit difficile d'évaluer la proportion des opérations circulaires. En mai 2016, un protocole amendant le traité a été signé. Le nouvel article 13 permettra l'imposition des plus-values sur la cession d'actions d'une société résidente d'un État contractant dans celui-ci; le taux applicable sera de 10 % à partir de 2019. Les actions acquises avant le 1er avril 2017 continueront d'être exonérées.

¹⁵ Plus précisément, si l'on considère que le prix d'un actif est la valeur actuelle des distributions nettes anticipées au propriétaire, la plus-value sur un actif acquis au moment 0 et cédé au moment T est le montant par lequel la valeur actuelle nette des distributions postérieures à T prévue au moment T dépasse celle prévue au moment 0, cette dernière étant réactualisée au moment 0 moins les distributions nettes qui étaient prévues au moment 0 entre ce moment et le moment T. (Il s'agit bien sûr d'une simplification de problèmes complexes d'évaluation: les

- Même si les plus-values peuvent être complètement anticipées, elles proviennent en général,¹⁶ dans les exemples auxquels ce rapport s'intéresse principalement, de variations inattendues des futures distributions nettes, résultant peut-être de la découverte de ressources naturelles ou d'une hausse des prix des produits de base -- qui, par la suite, modifient souvent les *rentes spécifiques à un emplacement*, concept qui sera expliqué ci-dessous.
- Comme on peut s'attendre à ce que tout détenteur effectif ou potentiel d'un actif tienne compte de tous les futurs impôts sur les bénéfices des sociétés, retenues à la source, etc. -- y compris l'imposition des plus-values résultant d'une cession future -- l'impôt sur les plus-values porte sur des revenus qui ne sont pas imposés par ces autres outils. D'une certaine manière, il s'agit d'une double imposition. Toutefois, d'un point de vue économique, c'est une manière d'appréhender les variations de revenus qui ne seraient autrement pas imposés.

Pour avoir une vision complète des conséquences de l'imposition des plus-values, il faut tenir compte de l'incidence de l'ajustement de la base imposable¹⁷ sur les futures cessions.

Le prix payé pour un actif vendu aujourd'hui (dont la hausse augmente l'impôt dû sur la plus-value) crée une base du même montant, qui devient une déduction égale lors du calcul de la plus-value sur la future cession (dont la hausse réduit l'impôt dû à l'avenir). Ainsi, si une cession future¹⁸ est imposable dans la même juridiction que celle effectuée aujourd'hui et au même taux, le produit nominal total (non actualisé) de l'imposition des plus-values au fil du temps sera nul, c'est-à-dire le même que s'il n'y avait eu ni cession, ni imposition de plus-value. Toutefois, il est important de noter que, si les recettes cumulées générées sont nulles en termes nominaux, la valeur actualisée de ce flux de recettes est positive (car la future réduction de recettes a une valeur actuelle inférieure à leur hausse au moment présent).¹⁹ Cet effet temporel a une certaine importance pour les gouvernements des pays à faible revenu qui ont des capacités d'emprunt limitées.

La non-imposition des TIE constitue donc un renoncement à un gain temporel résultant de la taxation de revenus qui ne le seraient pas autrement -- et cela peut entraîner une perte substantielle. Le problème des recettes fiscales est « seulement » d'ordre temporel en ce sens que, tant qu'il y a un ajustement de la base imposable pour toute future cession d'un même actif, le prix d'achat actuel crée une future déduction de montant égal. Mais cet effet temporel peut être

éventuels investisseurs peuvent, par exemple, avoir des attentes différentes et/ou peuvent faire l'objet de traitements fiscaux différents sur les distributions.)

¹⁶ Par exemple, la valeur d'un actif calculée à partir d'un certain paiement intervenant à une date fixée dans le futur va, de ce fait, augmenter au fur et à mesure que cette date approche.

¹⁷ Nous n'abordons pas dans ce rapport l'intégralité des questions que l'ajustement de la base en vertu de l'imposition des plus-values pose en général, mais traitons certains aspects en comparant les différentes méthodes d'imposition des TIE à la section VI.

¹⁸ Pour simplifier, nous supposons que l'actif a été acquis à un prix nul.

¹⁹ En réalité, le contribuable bénéficie du revenu qui serait gagné sur le montant de l'impôt différé.

très important. Ainsi, avec un taux d'intérêt de 6 %, la valeur actuelle nette de l'obtention de recettes fiscales de 1 milliard de dollars aujourd'hui conjuguée à une perte de 1 milliard dans dix ans est de près de 450 millions de dollars.

Effets sur les autres paiements d'impôts

La société A restant résidente du pays L, le transfert n'a pas d'incidence directe sur les recettes fiscales futures de ce pays générées par l'impôt sur les sociétés (ou, dans le cas des industries extractives, par l'imposition éventuelle des royalties ou des rentes) payé par A. (Il pourrait y avoir des conséquences indirectes liées à l'évaluation des opérations commerciales et financières de A découlant de changements dans sa structure de propriété finale, mais nous n'en tenons pas compte dans cette analyse.)

En pratique, il en va sans doute de même pour les recettes de L au titre de toutes les retenues à la source sur les paiements de dividendes, d'intérêts ou autres versements de la société A à son nouveau propriétaire direct après la cession. Au graphique 1, *P2*, le nouveau propriétaire direct de A est résident d'un pays différent de celui du propriétaire direct initial *B*. Dans ce cas, des taux différents de retenue à la source s'appliquent peut-être, ce qui a des effets significatifs sur les recettes fiscales du pays L. En pratique, il est plus fréquent que le transfert prenne la forme d'une cession de *B* par une société interposée entre *B* et la maison mère initiale *P1*. La société *B* reste donc la propriétaire directe de A et il n'y a alors aucune modification des retenues à la source dues.²⁰

²⁰Il semblerait que la réalisation d'une plus-value peu imposée soit un moyen d'éviter la retenue à la source sur les distributions de bénéfices mis antérieurement en réserve (lesquels, n'ayant pas été distribués, n'ont pas fait l'objet d'une retenue à la source). Mais ils n'ont vraisemblablement une valeur pour l'acquéreur que s'ils peuvent, à un certain moment, être versés comme dividendes: à ce moment, la retenue à la source aura lieu. Les capitaux placés dans la société A sont d'une certaine manière « piégés », car les futurs dividendes qui leur donneront au final une valeur -- même s'ils proviennent de bénéfices non distribués antérieurement -- seront soumis à une retenue à la source lors de leur versement. Sur cette notion de « capitaux piégés », voir par exemple Auerbach (2002).

B. Comment allouer les droits d'imposition des TIE?

Les principales questions de principe sont les suivantes: le pays dans lequel se situe l'actif devrait-il ou non disposer du droit primaire d'imposer son transfert indirect à l'étranger? — et, si oui, à quels actifs précis ce droit devrait-il s'appliquer? Plusieurs principes économiques (liés entre eux) s'appliquent pour traiter ces questions — sans que l'on tienne compte, pour le moment, des pratiques en vigueur et des concepts juridiques évoqués ci-après. Il s'agit de l'**équité entre les nations**, en assurant une répartition des recettes fiscales respectant un certain principe d'équité entre les pays; de l'**efficacité**, en veillant à ce que les actifs soient utilisés de la manière la plus productive possible; et, considération non la moindre, de l'**économie politique** -- qui, étant donné la résonance importante de nombreux cas de TIE, a guidé de nombreuses évolutions récentes en ce domaine. Au-delà de certaines pratiques de base, les questions d'administration -- s'assurer que l'impôt soit recouvré à un coût raisonnable pour l'administration fiscale et les contribuables eux-mêmes -- seront abordées à la section 5 ci-après.

L'équité entre les nations

Les avis divergent sur la signification de l'« équité » en matière d'attribution de droits d'imposition entre les pays, mais trois normes actuelles indiquent une certaine possibilité de dégager un consensus à propos des TIE:

- Les plus-values sur les transferts directs d'actifs opérés dans le pays sont imposables par le pays où se situent les actifs (même si le cédant -- et probablement aussi l'acquéreur -- peuvent être des non-résidents);
- Les dividendes perçus par une maison mère à l'étranger peuvent être assujettis à l'impôt au moyen de retenues à la source par le pays dans lequel la société qui les verse est résidente;²¹
- Il est largement accepté -- comme en témoignent les modèles de convention évoqués plus loin -- que le pays dans lequel se trouve l'actif « immobilier » est en droit d'imposer les plus-values générées par la hausse de sa valeur.

La première norme repose sur l'idée que le pays dans lequel un actif est situé devrait pouvoir imposer les gains qui en résultent -- à moins, peut-être, qu'une proportion substantielle de ces gains soit attribuable à une augmentation de valeur d'origine étrangère (ainsi un gisement de ressources naturelles ne vaut pas grand-chose jusqu'à ce qu'il soit « découvert »). Toutefois, l'évaluation de ce type de contribution pourrait bien sûr s'avérer problématique; ce point est traité plus loin.

²¹Sauf, par exemple, dans le cadre de la directive mères-filiales de l'Union européenne (nous n'abordons pas dans ce rapport les questions spécifiquement intra-UE), de la législation interne ou des dispositions de conventions fiscales dans d'autres pays.

Il ressort de la deuxième norme que, puisque le droit d'imposer les rendements bénéficiant aux investisseurs étrangers sous la forme de dividendes émanant d'une source interne est accepté, il devrait aussi exister un droit d'imposer ces investisseurs sur les rendements sous forme de plus-values liées à une source interne. Il est possible d'opposer à cela que le prix de l'actif, et donc la plus-value, représentent les bénéfices après impôts cumulés, non distribués et futurs que le pays « source » aurait pu imposer dans le passé et pourrait aussi taxer dans le futur au moyen de l'impôt sur les sociétés et d'autres prélèvements (par exemple l'imposition de la rente dans les industries extractives). La plus-value résulte donc de bénéfices que le pays « source » a, d'une certaine manière, simplement choisi de ne pas imposer. Toutefois, l'argument n'est pas totalement convaincant. Les taux d'imposition des dividendes peuvent être limités par des conventions fiscales -- bien que cela puisse être interprété comme simplement une autre façon pour le pays L de ne pas imposer les bénéfices futurs. De manière peut-être plus convaincante -- et ce point sera traité plus tard -- l'exploitation des possibilités d'évasion fiscale pourrait affaiblir le pouvoir effectif du pays dans lequel se situent les actifs sous-jacents d'imposer les futurs bénéfices. À la limite, pour un pays qui ne peut imposer effectivement les bénéfices de l'entité acquise ou les dividendes versés à une maison mère étrangère, l'imposition de la plus-value sur les transferts d'actifs, directs ou indirects, pourrait être la seule possibilité de lever des recettes sur les gains associés à cette entité.

La troisième norme souligne l'importance du concept d'immobilité et pourquoi le fait que l'actif soit mobilier ou non devrait avoir un intérêt sur le plan fiscal. Les économistes ne font pas naturellement cette distinction; ils considèrent simplement les actifs comme ayant une valeur parce qu'ils peuvent générer un revenu -- d'où la mise sur le même plan des actifs incorporels comme les brevets ou les marques que, par exemple, les ressources naturelles. On peut donner trois raisons possibles -- liées mais distinctes -- d'accorder de l'importance à cette distinction:

- ***D'un point de vue pragmatique, le caractère immobilier d'un actif facilite le recouvrement de l'impôt*** puisqu'il peut être saisi en cas de non-paiement, sans risque de fuite à l'étranger.
- ***Le caractère immobilier d'un actif implique que sa valeur reflète, dans une certaine mesure, le lieu où il se situe.*** Plus précisément, cette valeur représente les *rentes spécifiques à un emplacement* (RSE), c'est-à-dire des revenus qui dépassent le rendement « normal » minimum qu'exige l'investisseur, ces « rentes » étant uniquement associées à un lieu particulier. Les RSE constituent en principe un objet idéal d'imposition puisqu'elles peuvent être taxées (en principe jusqu'à 100 %) sans entraîner de délocalisation, de cessation de l'activité ou d'autres distorsions -- elles constituent donc une base imposable complètement efficace (dominée seulement, sur le plan de l'efficacité, par les impôts qui servent à corriger une externalité). Bien qu'il s'agisse d'un argument d'efficacité (qui ne répond pas directement à la question de savoir quel État devrait recevoir la recette), en pratique on reconnaît aussi largement, bien qu'en général implicitement, qu'il convient que le produit de l'imposition de ce qui constitue manifestement des RSE revienne à l'État où se trouve ce lieu. On pense souvent que les exemples les plus évidents

de ces actifs sont détenus collectivement par la nation -- et c'est le cas en général des ressources naturelles.

Le meilleur moyen d'imposer ces rentes est un impôt explicitement conçu à cette fin; dans les faits, on a une grande expérience de divers « impôts sur la rente », notamment, mais pas seulement dans les industries extractives.²² Toutefois, ils ne sont pas invulnérables à différents types de transferts de bénéfiques, en particulier dans les pays à bas revenu.²³

La possibilité d'imposer les plus-values résultant de la hausse de valeur de ces rentes peut donc constituer un palliatif utile quand l'application de ces impôts n'est pas parfaite -- bien que nettement inférieure à celle de les imposer au fur et à mesure qu'elles se constituent.

- ***La troisième justification du droit d'imposer les plus-values sur les actifs immobiliers locaux repose sur la théorie des avantages de la fiscalité***-- selon laquelle les impôts permettent de financer les services publics fournis par l'État, ce qui contribue à maintenir la valeur des facteurs économiques locaux, dont les biens immobiliers.

Du point de vue économique, la meilleure définition du concept de « biens immobiliers » pourrait être considérée comme la représentation d'une possibilité de rentes spécifiques à un emplacement -- ce qui a des conséquences sur la façon dont on doit définir ce terme. Dans cette optique, la définition de biens immobiliers serait large et permettrait d'appréhender au moins les sources les plus probables de RSE significatives. Toutefois, c'est plus facile à dire qu'à faire: le concept de RSE n'a pas été suffisamment développé pour être aisément intégré dans la législation fiscale. Mais, bien que les RSE puissent être en général difficiles à distinguer, elles sont assez évidentes dans certains cas. Elles sont souvent liées à des droits créés par l'État -- notamment dans les industries extractives et les télécommunications. De nombreux cas qui suscitent des préoccupations à propos de transferts indirects concernent des droits explicitement liés à des lieux spécifiques -- dont la valeur est rendue visible par le transfert lui-même.²⁴ Il arrive par exemple que les RSE résultent d'un accès aux marchés nationaux, mais cela peut être difficile à calculer et à distinguer des rentes liées à des marques ou à la propriété intellectuelle. En outre, il est évident que le fait qu'une société soit résidente fiscale d'un certain pays n'implique pas que sa valeur dépende des RSE qui apparaissent dans ce pays.

²² Voir, par exemple, plusieurs des contributions de Daniel et autres (2010).

²³ Voir, par exemple, Beer et Loeprick (2015) qui trouvent des preuves d'importants transferts de bénéfiques dans le secteur, les pays en développement étant particulièrement vulnérables.

²⁴ C'est évident, dans une certaine mesure, pour les réactions nationales à des cas de transferts indirects, qui n'ont pas porté sur la réduction de l'imposition interne des transferts directs -- comme on pourrait s'y attendre si l'actif sous-jacent n'avait pas de valeur propre à un lieu -- mais sur l'extension des droits d'imposition. En l'absence de RSE, on pourrait s'attendre à ce qu'une faible imposition des transferts indirects accentue la concurrence fiscale en matière de traitement des plus-values sur les transferts plutôt que le contraire, comme cela semble être le cas.

Ces considérations laissent penser que toute définition des biens immobiliers par énumération devrait anticiper, autant que possible, les sources probables de RSE significatives -- et, il y a des signes que, même si ces termes ne sont pas employés, c'est de plus en plus le cas. Les définitions incluent souvent, non seulement le droit d'extraire des ressources naturelles, mais aussi l'ensemble des licences qui peuvent servir à leur découverte et leur développement.

Deux arguments s'opposent à l'imposition dans le pays source:

- ***Toute plus-value est le reflet d'un revenu sous-jacent que le pays source a choisi de ne pas imposer.*** Toutefois, il est possible que l'imposition des plus-values soit la méthode qu'il préfère pour imposer ce revenu. Faute de quoi, ce revenu futur risque de ne pas être imposé, que ce soit (comme on l'a expliqué ci-dessus) pour des raisons d'ordre temporel ou à cause d'imperfections des autres instruments fiscaux, en particulier dans les pays en développement. Cela fait de l'imposition des plus-values un instrument utile, bien que très imparfait.
- ***La hausse de la valeur de l'entité cédée peut résulter en partie de l'expertise en matière de gestion et d'autres savoir-faire apportés par le cédant, au-delà de ce qui a été rémunéré sous forme de commissions pour la gestion, de royalties et d'autres paiements.*** Cela laisse penser que la plus-value pourrait donc être imposée à juste titre dans le pays où réside le cédant (on s'assurerait ainsi que le choix par le cédant du pays où il va entreprendre ces activités créatrices de valeur ne soit pas influencé par le système fiscal de ce pays). Il peut en effet y avoir des rentes liées à la société aussi bien qu'à l'emplacement; on pourrait donc soutenir qu'il est naturel de les imposer là où la société est résidente.²⁵ Toutefois, les nombreux pays ayant des dispositifs d'exonération de dividendes ont choisi de ne pas le faire. De manière plus générale, le caractère convaincant de cet argument peut dépendre des circonstances et il est moins plausible lorsque l'entité vendeuse exerce peu de fonctions substantielles. En outre, du fait de la possibilité de structurer les transferts indirects, on ne peut présumer que la juridiction dans laquelle la plus-value est réalisée est celle où l'expertise ou le financement ont été en définitive apportés. On pourrait donc réfléchir à des tests de substance, bien qu'il risque de créer ses propres distorsions, les ressources étant simplement allouées de façon à satisfaire aux obligations du test et non pour des raisons de productivité.

Aucun de ces arguments contraires ne semble l'emporter sur celui de l'équité justifiant la primauté des droits d'imposition du pays « source » des plus-values sur les biens immobiliers définis au sens large.

²⁵ Nous n'aborderons pas ici les questions liées à la pertinence de la résidence des sociétés en tant que base de l'imposition, étant donné la déconnexion croissante entre elle et la résidence des actionnaires ultimes.

Efficacité

Selon un principe général de bonne conception fiscale, le système fiscal doit, autant que possible, éviter de fausser les décisions des investisseurs: à moins qu'il y ait une bonne raison de le faire, la fiscalité ne devrait pas amener les entrepreneurs à changer leurs décisions commerciales.²⁶ La raison est que, du fait de ces changements, les ressources sont employées de manière socialement efficace, mais ne sont rentables pour le secteur privé qu'en raison de la fiscalité.²⁷

Bien que les considérations d'efficacité aillent clairement dans le sens de l'imposition des rentes de toute nature, les études sur des critères d'efficience spécifiques servant à guider les dispositifs fiscaux internationaux offrent peu de pistes concrètes. L'idée que les rentes constituent un objet d'imposition efficace est très partagée. Comme pour les autres modes d'imposition (c'est-à-dire ceux susceptibles de fausser les décisions), les nombreuses études sur l'efficacité de leur conception au niveau international — centrées sur les intérêts collectifs plutôt que nationaux -- ont abouti à peu de prescriptions généralement agréées (voire à aucune). Ainsi, l'argument précité sur les contributions productives des pays de résidence va dans le sens d'une imposition dans ces pays si l'objectif est de ne pas fausser le choix des entreprises en ce qui concerne la répartition de ces contributions à travers différents pays; mais cet argument justifie une imposition dans le pays source si l'objectif est d'assurer l'égalité de traitement des contributeurs potentiels de tous les pays.²⁸ La théorie économique n'indique pas laquelle de ces deux possibilités est la plus appropriée d'un point de vue collectif.²⁹ Toutefois, deux éléments mettent bien en évidence les considérations d'efficacité significatives dans ce contexte.³⁰

²⁶ En laissant de côté les questions transfrontalières, plusieurs non-neutralités caractérisent plus généralement la fiscalité des plus-values (par exemple liées aux distorsions créées par leur imposition lors de leur réalisation plutôt que pendant leur constitution). On ne les traite pas ici.

²⁷ Il est intéressant de noter que les considérations d'efficacité portent que sur les règles fiscales appliquées et ne disent pas quel pays devrait recevoir les recettes qui y sont associées. Toutefois, on ignore ici le partage des recettes générées par les transferts indirects entre pays concernés car cette possibilité semble très lointaine.

²⁸ Cet argument est semblable à la notion de « neutralité de la propriété des fonds propres » défendue par Desai et Hines (2013).

²⁹ Voir par exemple l'annexe VII de FMI (2014).

³⁰ En principe, Il faudrait aussi tenir compte d'autres aspects de la neutralité. Il s'agit, par exemple, du financement de l'entité exploitant l'actif sous-jacent (la société A dans le graphique 1). Dans la mesure où les dividendes qu'elle verse sont plus lourdement imposés que les plus-values sur sa cession, il y a une motivation fiscale à financer ses opérations par les bénéfices non distribués plutôt qu'en injectant de nouveaux fonds propres -- ce qui peut, par exemple, ralentir la croissance de ses activités (Sinn, 1991). Ce problème peut être atténué en imposant au même taux les dividendes et les plus-values. Cela ne signifie pas nécessairement que les deux catégories de revenus devraient être imposés par le même pays, mais il serait plus naturel que le pays « source » impose les plus-values

Rentes spécifiques à un emplacement

Le principal argument d'efficacité est que c'est un moyen d'imposer les RSE pour que le pays dans lequel les actifs se situent impose à la fois les transferts indirects et directs -- bien que de façon imparfaite. On a souligné ci-dessus le caractère en principe préférable, mais les limitations pratiques, de l'imposition explicite des rentes et il n'est pas nécessaire d'en dire plus sur ce point. Les adjudications sont un autre outil possible pour « extraire » la rente, beaucoup employé par exemple pour attribuer des droits pétroliers; mais elles peuvent se heurter à des problèmes d'asymétrie de l'information et d'étroitesse de marché (elles sont par exemple rarement utilisées dans le cas des minerais « durs »).³¹Pour des raisons d'efficacité ainsi que d'équité entre les nations, l'imposition des plus-values peut être un utile instrument supplémentaire là où les autres modes de taxation des RSE sont imparfaits -- comme dans de nombreux pays en développement.

Neutralité entre les transferts directs et indirects

L'une des conditions naturelles de la neutralité est que les transferts directs et indirects d'actifs aient le même traitement fiscal; c'est-à-dire que le transfert d'un actif ou celui de parts dont la valeur provient de cet actif, dans la mesure où ils représentent le même transfert de propriété, devraient -- toute choses égales par ailleurs -- avoir le même traitement fiscal. Faute de quoi, les entreprises sont incitées à structurer artificiellement les cessions afin d'utiliser la méthode fiscale la plus favorable -- comme on le voit en pratique.

La norme actuelle étant que le pays *L*, dans lequel les actifs immobiliers se situent, a le droit d'imposer les transferts directs, cette neutralité sera plus facilement atteinte en imposant les transferts indirects dans *L*. En principe, cet aspect de la neutralité pourrait être réalisé autrement si le pays « source » renonçait à revendiquer l'imposition des transferts directs et indirects au profit du pays dans lequel le cédant est résident. Toutefois, cela semble improbable - - et pourrait ne pas être souhaitable, s'il s'agit d'une source de recettes pour *L* entraînant moins de distorsions que les autres possibilités envisageables. Le moyen le plus simple d'atteindre la neutralité est donc l'imposition des transferts indirects par le pays où se situe l'actif.

Économie politique

L'expérience, illustrée par les exemples présentés à la section suivante, montre que l'incapacité du pays où se situe l'actif sous-jacent à imposer les transferts indirects peut provoquer un vif mécontentement interne et nuire à l'effort de création d'une culture du

au même taux que les dividendes. Toutefois, il est difficile de dire s'il s'agit d'un problème important -- comparé par exemple à la préférence fiscale souvent très marquée pour le financement par endettement.

³¹ Sur l'imposition de la rente et les adjudications dans les industries extractives, voir Daniel, Keen et McPherson (2010).

paiement de l'impôt dans la population et les entreprises. Ces actifs sont en général très visibles et ont une grande importance pour la population -- peut-être, par exemple, du fait de la découverte très médiatisée de ressources naturelles -- et il s'agit souvent de ressources épuisables propriété de la nation (dans le cas de ressources à extraire) et/ou créées par l'État (sous forme de licences ou d'autres droits). Et, comme on va le voir, les sommes en jeu peuvent être élevées.

Comme le montrent également ces exemples, cette insatisfaction peut entraîner des actions législatives fortes et unilatérales -- qui peuvent être différentes selon les pays (et le sont en fait). Les réactions nationales n'étant pas basées sur un ensemble de principes communs, elles risquent de susciter leurs propres distorsions et d'avoir des répercussions sur d'autres pays, aggravant ainsi l'incertitude à laquelle font face les contribuables dans la gestion de leurs affaires.

Évaluation

Les arguments ne vont pas tous dans le même sens, mais, au total, donnent la préférence à l'attribution des droits d'imposition des plus-values liées à des transferts de biens immobiliers au pays où se situent ces actifs, que le cédant soit résident de ce pays ou qu'il y ait une présence imposable.³²En termes d'équité, cela découle du droit généralement reconnu à l'égard des transferts directs; du point de vue de l'efficacité, cela ouvre une voie à l'imposition des rentes spécifiques à un emplacement -- très imparfaite, mais éventuellement utile quand les instruments préférés ne sont pas disponibles ou sont déficients -- et favorise la neutralité entre les transferts directs et indirects. Autre avantage important: cela peut être un moyen de prévenir le risque évident de pressions politiques internes entraînant des mesures non coordonnées qui compromettent le fonctionnement fluide et consensuel du système fiscal international et créent une incertitude fiscale.

Du point de vue des principes économiques, la justification de la limitation de ce traitement fiscal aux actifs immobiliers est floue. De nombreuses pratiques actuelles s'en écartent déjà nettement; bien que le droit primaire d'imposition soit fréquemment donné au pays « source » où se situe l'actif immobilier, mais au pays de résidence dans le cas de participations au capital d'autres entreprises, il existe des exceptions notables comme les exemples du Pérou et de l'Inde que l'on évoquera plus tard. Au demeurant, l'article 13(5) du Modèle de convention fiscale de l'ONU, commenté à la section IV ci-dessous, applique un traitement similaire aux plus-values sur les actions de sociétés.³³(Plus précisément, il permet à un État L d'imposer les cessions par des non-résidents d'actions de sociétés résidentes de L). Toutefois, les contribuables pourraient y échapper en interposant une société de portefeuille non résidente dans Y, sous réserve de l'application d'éventuelles dispositions internes de lutte contre l'évasion préservées par une convention. Il semblerait que l'article 13(5) ne soit généralement pas nécessaire tant que la définition des « biens immobiliers » est suffisamment large dans toute convention applicable dans le cadre de l'article 13(4) et en particulier dans la législation interne.

En définitive, il apparaît vraiment important que le pays source définisse les « actifs immobiliers » de façon suffisamment large. Les considérations d'équité entre les nations, d'efficacité et de praticabilité convergent pour inclure tous les actifs pouvant générer des rentes significatives spécifiques à un emplacement et sur lesquels l'État peut exercer un contrôle suffisant pour assurer le recouvrement des recettes.

³²D'autres ont conclu de façon similaire. Ainsi, selon Cui (2015, p.154), « une trop grande part du débat fiscal international a été centré sur le fait de savoir si les non-résidents devraient être imposés sur les plus-values, plutôt que sur la manière de les imposer ».

³³Il n'y a pas de disposition comparable dans le MCF de l'OCDE.

TROIS EXEMPLES ILLUSTRATIFS

Trois TIE très médiatisés sont décrits aux encadrés 1 à 3: l'acquisition par Vodafone d'une participation substantielle dans une société de téléphonie mobile opérant en Inde, la vente indirecte de la compagnie pétrolière péruvienne Petrotech Peruana et la vente indirecte par Zain de divers actifs situés en Afrique, notamment une société de téléphonie mobile opérant en Ouganda. Toutes ces opérations ont (au moins jusqu'à maintenant, des procédures d'appel étant en cours) posé la question de savoir si les groupes multinationaux peuvent en définitive échapper à la fiscalité du pays où se trouvent les actifs sous-jacents et s'assurer que les plus-values soient peu ou pas imposées, en s'arrangeant pour que le transfert soit effectué sous la forme d'une cession par une entité non résidente dans le pays où la filiale qui détient l'actif sous-jacent est située.

Encadré 1. Inde – l'exemple de Vodafone

En 2006, *Vodafone* a acquis pour près de 11 milliards de dollars les parts d'*Hutchison* dans une coentreprise (propriétaire d'une licence d'exploitation) afin de gérer une société de téléphonie mobile en Inde. Ce transfert a été effectué par *Hutchison*, multinationale basée à Hong Kong, qui a cédé une filiale située dans les îles Caïmans, qu'elle possédait en totalité et qui détenait ses participations dans l'entreprise indienne, à une filiale intégralement contrôlée par la société *Vodafone* enregistrée et résidente fiscale aux Pays-Bas. L'opération a donc eu lieu entièrement en dehors du territoire indien, entre deux sociétés non résidentes.³⁴

L'administration fiscale indienne (ITA) a cherché à recouvrer 2,6 milliards de dollars d'impôts sur la plus-value réalisée par *Hutchison* au titre de la vente de la société de portefeuille située dans les îles Caïmans. *Hutchison* ne possédant plus d'actifs en Inde après cette transaction, ITA a tenté d'imposer l'acquéreur, la filiale néerlandaise de *Vodafone*, en soutenant qu'elle avait l'obligation de retenir à la source l'impôt sur le prix payable par le cédant. Cela a entraîné un long contentieux, la Cour suprême indienne se prononçant en 2012 en faveur du contribuable. Elle a rejeté l'interprétation large de la loi faite par ITA pour étendre sa juridiction fiscale et inclure les ventes indirectes opérées à l'étranger, même si elle a considéré que l'opération était en fait une acquisition de droits de propriété situés en Inde.

Par la suite, le gouvernement indien a modifié la loi pour permettre l'imposition des cessions indirectes à l'étranger et essayé d'appliquer la nouvelle disposition rétroactivement dans une seconde tentative pour imposer la filiale néerlandaise de *Vodafone*. La légalité de l'effet rétroactif de la loi a ensuite été soumise à l'arbitrage dans le cadre de la convention bilatérale d'investissement entre l'Inde et les Pays-Bas³⁵. (L'Inde y a mis fin de façon unilatérale en décembre 2016, mais cela n'a pas eu d'incidence sur les litiges en cours). Plusieurs années après leur nomination, les arbitres choisis par les parties ont finalement convenu de choisir un président pour le tribunal.³⁶ La compétence de ce tribunal en matière fiscale fait encore l'objet de contestations.

³⁴Voir Cope et Jain (2014).

³⁵En 2012, le montant de l'impôt faisant l'objet du litige s'élevait à 3,7 milliards de dollars, en ajoutant les charges d'intérêts et les pénalités : *Financial Times*, « Vodafone's India tax battle to resume », 9 mai 2012.

³⁶*The Economic Times*, « Vodafone tax arbitration: Presiding judge to be named shortly », septembre 2016.

Encadré 2. Pérou – l’acquisition de *Petrotech*

En 2009, *Ecopetrol Colombia* et *Korea National Oil Corp* ont acquis une société basée à Houston (*Offshore International Group Inc.*) dont le principal actif était *Petrotech Peruana* (détentrice d'une licence), société enregistrée et résidente au Pérou qui était le troisième plus grand producteur de pétrole de ce pays, pour un montant d'approximativement 900 millions de dollars EU; le vendeur était *Petrotech International*, société enregistrée aux États-Unis dans l'État du Delaware. La loi fiscale péruvienne relative à l'impôt sur les sociétés ne prévoyant pas à l'époque de disposition particulière pour les cessions indirectes opérées à l'étranger, la transaction n'a pas été imposée dans le pays. La perte fiscale potentielle pour le Pérou a été estimée à 482 millions de dollars EU. *Petrotech international*, société résidente aux États-Unis, a été imposée dans ce pays sur la plus-value correspondante.

L'affaire a déclenché une enquête du Congrès péruvien qui a finalement entraîné une modification de la loi.³⁷ Actuellement, toutes les cessions indirectes opérées à l'étranger de sociétés résidentes sont imposées au Pérou, quelle que soit la proportion que les biens immobiliers appartenant à la filiale péruvienne représentent dans la valeur totale de la maison mère (article 10 de la loi péruvienne sur la fiscalité directe; voir encadré A.1, annexe B). Certaines limites sont prévues: pour que l'opération soit imposable au Pérou, il faut que la partie de la maison mère faisant l'objet de la cession tire au moins la moitié de sa valeur d'actifs péruviens et qu'au moins 20 % des actifs péruviens soient transférés.

Encadré 3. Ouganda – l’affaire *Zain*

En 2010, une filiale néerlandaise de la multinationale indienne *Barthi Airtel International BV* a acheté à *Zain International BV*, société néerlandaise, les parts de *Zain Africa BV* (également une société néerlandaise) pour un montant de 10,7 milliards de dollars; *Zain Africa BV* détenait l'opérateur de téléphonie mobile *Celtel Uganda Ltd.* enregistré à Kampala (parmi d'autres investissements en Afrique).³⁸ L'administration fiscale ougandaise (URA) a soutenu que *Zain International BV* était redevable de l'impôt sur la plus-value correspondante, soit 85 millions de dollars. La Cour d'appel ougandaise a estimé – contrairement à la décision de la Cour suprême indienne au sujet de *Vodafone* – qu'URA avait le droit d'imposer le cédant étranger d'une participation indirecte dans des actifs locaux (infirmant un jugement antérieur de la Haute cour de Kampala).³⁹ Toutefois, selon l'interprétation que le contribuable fait de la convention fiscale entre l'Ouganda et les Pays-Bas, celle-ci protège le droit exclusif des Pays-Bas d'imposer

³⁷Point intéressant, la commission enquêtant sur l'affaire a noté que *Petrotech* (à l'origine une compagnie pétrolière publique, privatisée en 1993) pratiquait depuis des années l'érosion de sa base imposable en surpayant les services fournis à des parties liées nationales non redevables des royalties pétrolières.

³⁸ *Zain International BV* appartient au final à *Zain Group*, dont le principal actionnaire est le Fonds d'Investissement du Koweït.

³⁹Voir Hearson (2014) et *The East African* « Court gives URA nod to seek taxes on sale of Zain assets in Uganda », 13 septembre 2014 à l'adresse <http://www.theeastafrican.co.ke/news/URA-taxes-on-sale-of-Zain-assets-in-Uganda/-/2558/2451578/-/item/0/-/6hm2he/-/index.html>

ce type d'opérations. Il s'agit d'un point susceptible de s'avérer important car on pourrait considérer que certaines règles prévues par la législation interne relative à la lutte contre l'évasion ne dérogent pas à la convention, mais la complètent. Cette question n'est pas encore tranchée dans le litige relatif à Zain.

Dans les trois cas, les montants en jeu sont très élevés: pour *Zain*, il s'agit d'environ 5 % des recettes publiques (et de près de 50 % des dépenses publiques de santé) et, pour *Vodafone*, de quelque 2 % des recettes des administrations centrales (et de près de 8 % du produit annuel des impôts directs).⁴⁰

L'autre caractéristique commune est que l'actif indirectement transféré était une entreprise dont la valeur provenait d'une concession accordée par le gouvernement du pays dans lequel l'actif sous-jacent est situé. La valeur est donc manifestement liée à des juridictions particulières et consiste surtout en des rentes spécifiques liées à l'emplacement résultant d'une licence attribuée par l'État.

Dans les trois cas,⁴¹ les pays où se trouvait l'actif sous-jacent ont perdu leurs litiges -- ou leur victoire n'a pas été évidente. Toutefois, les raisons sont différentes: en Inde et au Pérou, la législation fiscale interne ne couvrait pas ce type de transfert, tandis qu'en Ouganda il y avait l'éventualité de déroger à une convention (celle-ci ne contenait pas de dispositions analogues à celles prévues par l'article 13.4, évoquées à la section IV ci-dessous). Dans toutes ces affaires, les gouvernements et de nombreuses organisations de la société civile ont soutenu qu'on avait soustrait à des pays en développement (ou qu'ils s'en étaient privés eux-mêmes par inadvertance) une source fondamentale (et substantielle) de recettes fiscales. Cela a posé un problème politique très délicat, notamment lorsqu'on a pu démontrer que la filiale indirectement cédée n'avait antérieurement payé que peu d'impôts sur ses bénéfices (voire aucun), comme l'a indiqué au Pérou une enquête du Congrès sur *Petrotech*. Plusieurs de ces affaires ont suscité une indignation considérable au sein de la population. Ainsi, au Pérou, on a lié l'opération à des scandales de corruption, ce qui a entraîné la démission du Premier ministre et de son Cabinet.

Ces affaires montrent que le pays « source » peut réagir à un échec devant les tribunaux en modifiant radicalement la législation. Ainsi, l'Inde ne l'a pas seulement changée pour permettre d'imposer les TIE⁴², mais a également cherché à l'appliquer rétroactivement à partir de 1962 (date de l'entrée en vigueur de loi actuelle sur l'imposition des sociétés). Le Pérou et le Chili ont amendé leurs lois internes afin d'imposer les transferts opérés à l'étranger concernant tous les actifs situés

⁴⁰ On trouvera d'autres exemples à l'annexe VI de FMI (2014).

⁴¹Dans d'autres affaires -- par exemple, *Heritage* en Ouganda et *Las Bambas* au Pérou -- l'impôt a été recouvré par le pays « source ».

⁴²Cité par Cui (2015, p.146), l'amendement stipule que : « toute participation ou tout intérêt dans une société ou une entité enregistrée ou constituée en dehors de l'Inde est considérée comme...située en Inde si la valeur de cette participation ou de cet intérêt provient de façon substantielle, directement ou indirectement, d'actifs se trouvant dans ce pays ».

dans ces pays -- et pas seulement ceux dont la valeur provient de biens immobiliers se trouvant sur le territoire national. Ces réactions unilatérales sont compréhensibles et peuvent refléter la diversité des systèmes juridiques nationaux. Toutefois, c'est notamment en raison de cette diversité que les incohérences et les incertitudes qui existent déjà dans la fiscalité internationale risquent de s'aggraver, sans progrès en contrepartie.

CONVENTIONS FISCALES ET TRANSFERTS INDIRECTS OPÉRÉS À L'ÉTRANGER

Cette section examine le traitement des TIE dans les modèles de convention fiscale, présente une analyse empirique des pratiques actuelles en matière de conventions et décrit la Convention multilatérale pour la mise en œuvre des mesures relatives aux conventions fiscales pour prévenir l'érosion de la base imposable et du transfert des bénéfices.

Les TIE dans les modèles de convention fiscale

Les pratiques des conventions, à la fois pour les biens mobiliers et immobiliers, sont résumées au tableau 1. (les pratiques propres à chaque pays peuvent bien sûr être très différentes)

Tableau 1. Attribution entre pays du droit d'imposition relatif aux transferts d'actifs dans le cadre des modèles de convention fiscale

Catégorie de bien	Catégorie de transfert	
	Direct opéré à l'étranger	Indirect opéré à l'étranger
Biens immobiliers situés dans le pays L	Pays L	Si plus de 50 % de la valeur du transfert provient (directement ou indirectement) de biens immobiliers: pays L ⁴³ Sinon : pays R
Biens mobiliers situés dans le pays L	Le cédant a un ES dans le pays L auquel les actifs sont attribués: pays L	Le cédant a un ES dans le pays L auquel les actifs sont attribués: pays L
	Intérêt « substantiel » ⁴⁴ : MCF de l'ONU: pays L MCF de l'OCDE: pays R	
	Autres cas: pays R ⁴⁵	
Légende: L = pays où se situe l'actif sous-jacent R = pays où réside le cédant		

Lorsque deux pays revendiquent le droit d'imposer la plus-value résultant d'un transfert, ils peuvent établir au moyen d'une convention lequel a la primauté, en prévoyant un mécanisme approprié d'allègement dans l'autre pays afin d'éviter une double imposition. En l'absence de convention, il peut y avoir double imposition, mais on présume que les contribuables évitent alors de structurer leurs opérations d'une telle façon qu'ils évitent ce traitement fiscal. Ces structurations utilisent sans doute les pays qui, tout en ayant le droit d'imposer, accordent une exonération à l'opération en question -- ce qui peut entraîner une absence de d'imposition.

Les deux MCF prévoient que les transferts directs de biens immobiliers puissent être imposés par le pays dans lequel se situent ces biens (Article 13(1); formulation identique).

⁴³ Dans ce cas, l'attribution du droit d'imposition au pays L s'étend aux transferts effectués par toute entité présente dans la chaîne de propriété des actifs dans ce pays, quel que soit le nombre d'entités intervenantes ou le lieu où elles se situent.

⁴⁴ Le MCF de l'ONU définit un intérêt « substantiel » comme un pourcentage du capital de l'entité en question. Il n'existe pas de disposition similaire dans le MCF de l'OCDE. C'est pourquoi, dans ces cas, la convention de l'OCDE donne effectivement au pays R le droit d'imposer, lorsque le propriétaire (le cédant) de l'intérêt est résident.

⁴⁵ Les droits d'imposition relatifs aux navires et aux aéronefs exploités dans le transport international sont attribués au pays dans lequel l'entité qui gère effectivement de ces actifs est résidente, mais la version 2017 du modèle de l'ONU préfère, notamment pour des raisons administratives, un test du pays de résidence de l'entreprise exploitant les navires ou les aéronefs, comme dans le modèle OCDE de 2017.

Les plus-values sur les transferts indirects sont visées par l'article 13(4) de chaque MCF.⁴⁶Dans la version de l'OCDE antérieure à son actualisation en 2017, il est rédigé comme suit:

Les gains qu'un résident d'un État contractant tire de l'aliénation d'actions qui tirent directement ou indirectement plus de 50 pour cent de leur valeur de biens (immobiliers) situés dans l'autre État contractant sont imposables dans cet autre État.

L'actualisation de 2017 de la MCF de l'OCDE inclura la version amendée suivante de l'article 13(4):

Les gains qu'un résident d'un État contractant tire de l'aliénation d'actions ou de droits ou participations similaires, tels que des droits ou participations dans une société de personnes ou une fiducie, sont imposables dans l'autre État contractant si, à tout moment au cours des 365 jours qui précèdent l'aliénation, ces actions, droits ou participations similaires tirent directement ou indirectement plus de 50 pour cent de leur valeur de biens (immobiliers), tels que définis à l'article 6, situés dans cet autre État contractant.

Dans la version de 2011 de la convention fiscale de l'ONU, la principale disposition de l'article 13(4) stipule que:

Les gains issus de l'aliénation d'actions du capital d'une société ou d'un intérêt dans une société de personnes, fiducie ou masse successorale, dont les biens consistent à titre principal, directement ou indirectement, en biens (immobiliers) situés dans un État contractant, peuvent être imposés dans cet État.

Une sous-clause définit à « titre principal » par un test du seuil de 50 % similaire à celui de la version de l'OCDE.⁴⁷

La version 2001 de l'ONU poursuit:

En particulier:

- (a) *Aucune disposition du présent paragraphe ne s'applique à une société, société de personnes, fiducie ou masse successorale autre qu'une société, société de personnes, fiducie ou masse successorale s'occupant de gestion de biens (immobiliers), dont les biens consistent à titre principal, directement ou indirectement, en biens (immobiliers) utilisés par les dites société, société de personnes, fiducie ou masse successorale dans leurs activités industrielles ou commerciales*

⁴⁶Le MCF de l'ONU comprend une disposition sur ce point depuis son introduction en 1980 et celui de l'OCDE depuis 2003.

⁴⁷Le texte de l'ONU reproduit la formulation de la législation interne des États-Unis sur les cessions indirectes de biens immobiliers et les commentaires à propos du MCF de l'OCDE.

(b) *Aux fins du présent paragraphe, le terme « principalement » appliqué à la propriété d'un bien (immobilier) se rapporte à la valeur de ce bien (immobilier) supérieure à 50 % de la valeur globale de tous les actifs que possède la société, la société de personnes, la fiducie ou la masse successorale.*

Toutefois, la formulation de la version 2017 du modèle de l'UN sera la même que celle du modèle OCDE de 2017, du fait d'un rapprochement des dispositions antérieures des deux modèles incluant des adaptations destinées à prévenir les abus.

Dans les deux MCF, la définition des biens immobiliers se trouve initialement à l'article 6:

L'expression « biens immobiliers » a le sens que lui attribue le droit de l'État contractant où les biens considérés sont situés. L'expression comprend en tous cas les accessoires, le cheptel et les équipements utilisés dans les exploitations agricoles et forestières, les droits auxquels s'appliquent les dispositions de la législation concernant la propriété foncière, l'usufruit des biens (immobiliers) et les droits à des paiements variables ou fixes pour l'exploitation, ou la concession de l'exploitation, de gisements minéraux, sources et autres ressources naturelles;...

Cela laisse manifestement une marge importante pour définir plus précisément ce concept dans la législation interne, laquelle est très hétérogène.⁴⁸

⁴⁸Krever (2010) note qu'« en règle générale, les juridictions civiles semblent se satisfaire de la portée limitée de la définition des biens immobiliers qui, dans son sens le plus étroit, ne va guère au-delà des biens fonciers et immobiliers, alors que la législation des pays bien dotés en ressources naturelles donne la définition plus large » (p.223). Comme exemple d'une approche plus extensive, il cite également (p.237) la définition des « biens australiens imposables » qui comprend « tout(e) autorité, licence, permis, droit au bail, qui, en vertu d'une loi australienne, permet d'extraire, d'exploiter ou de prospecter,...un bail sur terrain qui donne le droit au titulaire du bail d'extraire, d'exploiter ou de prospecter,...un intérêt dans un(e) autorité, licence, permis, droit ou bail...et tous droits relatifs aux bâtiments ou autres améliorations...sur le terrain concerné ou qui servent à son exploitation ». Voir également l'encadré 9 ci-dessous.

La règle de base applicable aux transferts indirects de biens immobiliers est donc très similaire dans les deux MCF.⁴⁹ C'est parce que les deux dispositions ont un objectif commun. Toutes deux attribuent le droit d'imposition primaire au pays « source » lorsqu'un transfert par un non résident a lieu dans l'autre État,⁵⁰ mais limitent cette possibilité au cas spécifique où il y a un transfert direct ou indirect d'un « bien immobilier ».⁵¹

La non-imposition des transferts indirects concernant certaines catégories d'entités qui possèdent surtout des biens immobiliers qu'elles utilisent dans leurs activités d'entreprise, prévue par l'article 13(4)(a) du MCF de l'ONU, pourrait avoir un effet limitatif -- mais ne figurera plus dans le modèle d'article 2017 de l'ONU. Le commentaire sur le modèle 2011 de l'ONU n'ayant pas interprété cette exclusion, son champ d'application n'est pas clair. Au pire, exempter dans le pays « source » un transfert indirect de biens immobiliers (conformément à la règle de la valeur supérieure à 50 %) lorsque ce sont des biens principalement utilisés dans le cadre de l'activité d'entreprise de l'entité vendue -- par exemple, un hôtel ou une mine -- comme on peut soutenir que l'article 13(4)(a) du modèle de convention de l'ONU le fait -- pourrait aller trop loin dans la limitation des droits d'imposition, en particulier dans les pays en développement; l'exclusion pourrait en effet s'appliquer à des secteurs où se concentrent des rentes économiques

⁴⁹Jusqu'à une date récente, la version de l'ONU était plus large car elle s'appliquait à des modes de propriété autres que les actions (le texte correspondant, mentionné ci-dessus, a été introduit en 2001). Toutefois, dans le cadre de l'action 6 des travaux de BEPS, il a été convenu d'amender le MCF de l'OCDE pour supprimer cette différence. Néanmoins, certains aspects mériteraient sans doute d'être pris en considération [point développé par Krever (2010)]:

- La limitation aux « actions » risque d'exclure de l'imposition les droits dans les sociétés détenus sous une autre forme, par exemple dette convertible ou options. Les opinions peuvent varier sur le point de savoir si l'on doit traiter ces instruments de la même manière que les actions et la portée du terme « action » peut varier selon les conventions, sachant qu'il peut être défini par référence à des concepts propres à la législation interne.
- Le test de 50 % porte sur la proportion de biens immobiliers dans la valeur totale du titre de propriété vendu et non sur la proportion du gain: les droits d'imposition peuvent donc être attribués à un pays autre que celui dans lequel la majorité du gain est générée. Certains pays considèrent cet aspect « radical » de la règle comme un avantage, car il permet de lutter contre les abus et de réduire le nombre de litiges, éventuellement complexes, relatifs à des questions d'évaluation de biens répartis au niveau mondial. En tout cas, la loi interne peut limiter l'imposition aux bénéfices calculés proportionnellement à la valeur du bien immobilier dans les pays qui imposent et peut donc ne pas chercher à appliquer intégralement les droits d'imposition résultant d'une convention.

⁵⁰ Sachant que les articles ne limitent pas explicitement le pouvoir d'imposition, il faut interpréter ce concept de la manière suivante : le pays peut exercer son droit d'imposition même si la cession indirecte a lieu dans autre État.

⁵¹Le MCF de l'OCDE mentionne d'autres exclusions importantes qui sont davantage liées à la complexité de l'application qu'à des questions conceptuelles. Ainsi, il pourrait exclure du champ d'imposition les cédants dont la participation dans l'entité est inférieure à un certain niveau minimum ou la cession d'actions de sociétés cotées sur un marché boursier officiel ou encore les plus-values tirées de transferts de parts lors de la réorganisation d'une société. Commentaire 28.7 du MCF de l'OCDE; OECD (2010).

importantes.⁵² Selon cette interprétation, une entité qui détient surtout des biens immobiliers consistant en mines et autres installations serait exonérée d'impôt au titre de la disposition sur les transferts indirects, ces actifs étant employés activement dans ses activités d'entreprise. Cela signifierait qu'aucun droit d'imposition ne serait attribué au pays « source » pour le transfert indirect d'un intérêt dans ce bien immobilier. En outre, l'exclusion du champ d'imposition des ressources naturelles et des droits de les exploiter semblerait à première vue contrevenir directement à l'article 6. Selon une autre interprétation souvent avancée, l'exonération des « activités d'entreprise » ne s'applique que lorsque le cédant non résident effectif des parts utilise les biens immobiliers en question dans ses propres activités d'entreprise au lieu qu'elles soient utilisées par l'entité détenant l'actif dont les parts sont transférées. Cette interprétation préserverait davantage l'application élargie de la disposition sur les transferts indirects. En raison de cette incertitude, l'ONU elle-même note qu'«...en pratique, cette disposition ne se trouve pas fréquemment dans les conventions négociées par les pays en développement...car les gains tirés de l'aliénation des droits dans des entités qui possèdent et exploitent des mines, des fermes, des hôtels, des restaurants et ainsi de suite ne sont pas couverts par ce paragraphe ».⁵³

L'article 13(5) du MCF de l'ONU (qui n'a pas d'équivalent dans le MCF de l'OCDE) étend la portée de l'imposition à l'étranger au-delà des biens immobiliers, quelle qu'en soit la définition (comme on l'a noté dans la section II ci-dessus):

« Les gains, autres que ceux visés au paragraphe 4, qu'un résident d'un État contractant tire de l'aliénation d'actions d'une société résidente d'un autre État contractant, sont imposables dans cet autre État si, à un moment quelconque de la période de 12 mois précédant cette aliénation, le cédant détenait directement ou indirectement au moins ___ pourcent (le pourcentage doit être établi par négociation bilatérale) du capital de cette société ».

Cet article attribue au pays *L* le droit d'imposer les gains tirés de la cession par un non résident du pays d'actions d'une société elle-même résidente de ce pays. Toutefois, cette disposition de la convention ne s'applique qu'aux actions des sociétés résidentes dans *L*, c'est-à-dire seulement à une participation étrangère *directe* dans ces sociétés. Comme on l'a noté ci-dessus, cette obligation rend l'article 13(5) assez facile à contourner. Selon le manuel de l'ONU, les pratiques vis-à-vis de cette disposition diffèrent beaucoup. Certains pays excluent explicitement les gains tirés d'actions cotées; beaucoup ne retiennent pas cette disposition car elle est trop difficile à appliquer -- malgré sa portée limitée. Il y a lieu de croire que l'article 13(5) n'est pas nécessaire si la définition des gains couverts par l'article 13(4) est suffisamment large pour englober ceux provenant de rentes spécifiques à un emplacement liées directement à des actifs nationaux -- par exemple les licences de télécommunications -- au même titre que les « biens immobiliers » traditionnels, comme les bâtiments et autres biens fonciers.

⁵² Exclusion évoquée dans le même commentaire 27.8

⁵³ Organisation des Nations Unies (2016).

L'article 13.4 en pratique⁵⁴

À peu près 35 % des conventions de double imposition (CDI) comprennent l'article 13.4, avec une référence explicite aux revenus tirés indirectement de biens immobiliers (graphique 2). Quelque 60 % des CDI contiennent une disposition relative aux plus-values imputables à des biens immobiliers, en comptant aussi celles où ne figure pas le terme « indirectement » (Wijnen and de Goede, 2014).⁵⁵

L'inclusion de l'article 13.4 est un peu moins fréquente (31 % environ) **dans les CDI entre des pays à faible revenu ou à revenu intermédiaire de la tranche inférieure**, (graphique 1). Il s'agit d'une proportion nettement moindre que dans les travaux antérieurs de Hearson (2016); celui-ci constate que, dans un échantillon de 537 CDI entre pays en développement, quelque 51 % contiennent une disposition relative aux plus-values tirées de parts de biens immobiliers. La différence s'explique ici par l'utilisation d'un échantillon plus large (proche de l'univers) et par notre critère de recherche imposé pour « indirectement ».

La probabilité d'inclusion de l'article 13.4 dans une convention⁵⁶ est sensiblement :

- **moins, d'à peu près 6 points de pourcentage, si l'une des parties à cette convention est un pays à faible revenu bien doté en ressources naturelles.** C'est un constat frappant et, au regard des commentaires qui précèdent, déconcertant. Les exemples de CDI auxquelles participent des pays de cette catégorie et qui omettent l'article 13.4 comprennent celles passées entre l'Ouganda et Maurice (conclue en 2003), le Malawi et la Norvège (2009) ainsi qu'entre Trinidad et Tobago et le Brésil (2008).
- **moins d'à peu près 13 points de pourcentage, si l'une des parties à la convention est une juridiction à fiscalité légère.**⁵⁷ Cette constatation est également troublante, car ce sont probablement les cas où la possibilité d'échapper à l'impôt dans le pays « source » au moyen de transferts indirects est la plus tentante.

⁵⁴ On trouvera des précisions sur la base statistique de l'analyse effectuée dans cette section à l'annexe C. Les données commencent en 2015.

⁵⁵Wijnen et de Goede (2014) ont examiné quelque 1 800 CDI, conventions fiscales et protocoles d'amendement conclus de 1997 à 2013.

⁵⁶ Il s'agit bien sûr d'un exercice rétrospectif qui ne donne pas nécessairement d'indication sur le degré de probabilité de son inclusion à l'avenir.

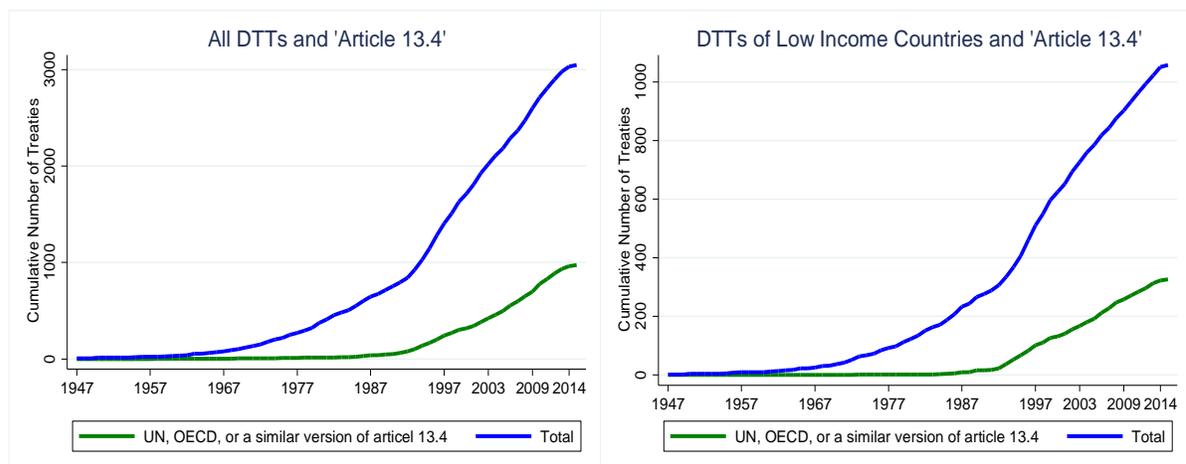
⁵⁷ C'est-à-dire qui figure dans la liste de Hines et Rice (1994).

- **supérieure, plus la différence est grande entre les taux d'imposition des plus-values dans les parties à une convention.**⁵⁸ Cela laisse penser que la partie à fiscalité élevée est consciente des possibilités d'évasion au moyen des TIE. Pourtant, l'effet est très limité: une différence de 10 points de pourcentage entre les taux d'imposition des plus-values n'augmente en moyenne la probabilité d'inclusion de l'article 13(4) que de 4 points de pourcentage.
- **et augmente au fil du temps.**

Pratiquement aucun pays signataire de plusieurs conventions n'a inclus dans chacune d'entre elles l'article 13.4 -- d'où une vulnérabilité à des TIE structurés pour exploiter les dispositions des conventions. Comme on le voit au graphique 3, plusieurs pays n'ont retenu l'article 13.4 dans aucune de leurs conventions (il n'apparaît dans aucune des sept signées par la Gambie) ou dans relativement peu (par exemple, dans moins de 20 % pour le Koweït, le Nigeria et la Papouasie Nouvelle-Guinée).

À peu près 22,5 % des conventions comprennent l'article 13.5 du modèle de l'ONU. Le lien entre l'inclusion des articles 13.4 et 13.5 ne ressort pas clairement: certaines conventions n'en comprennent qu'un, d'autres les deux.

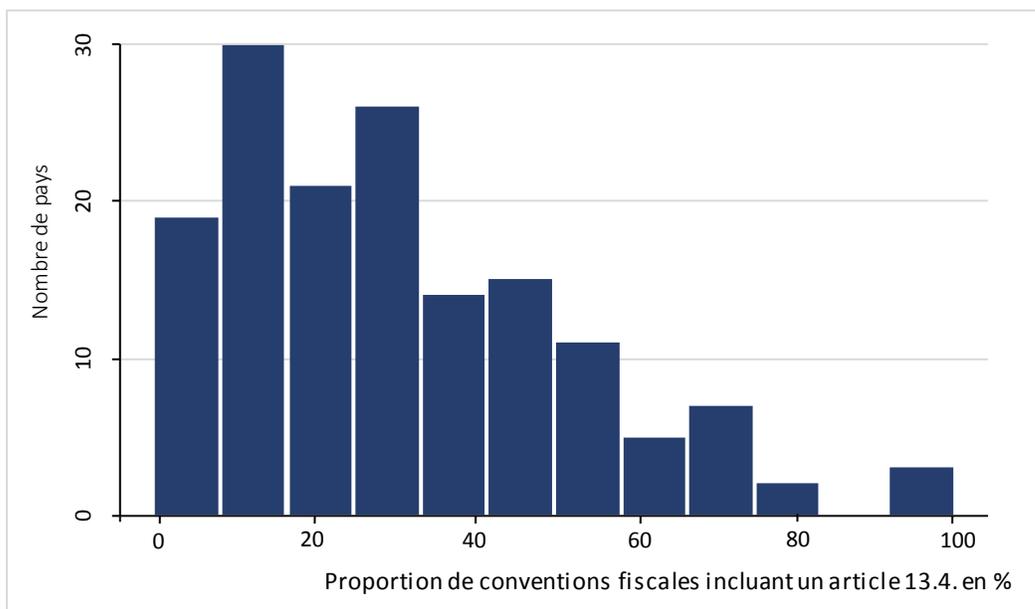
Graphique 2: l'article 13.4 dans les CDI



Note: les pays à faible revenu sont ceux à revenu intermédiaire inférieur bien dotés en ressources naturelles définis selon la classification de la Banque mondiale. L'annexe A décrit les CDI.

⁵⁸ Il y a une grande hétérogénéité des taux d'imposition des plus-values selon les pays. 35 n'imposent pas les plus-values des sociétés (par exemple Hong Kong, la Malaisie, Singapour et certains pays bien dotés en ressources naturelles, comme Bahreïn et les EAU). À l'autre extrémité de la distribution, 10 pays appliquent un taux de 35 % (par exemple l'Argentine et les États-Unis) et c'est au Suriname qu'il est le plus élevé, à 36 %.

Graphique 3: Proportion de CDI incluant l'article 13.4



Les TIE et la convention multilatérale

La Convention multilatérale pour la mise en œuvre des mesures relatives aux conventions fiscales visant à prévenir l'érosion de la base imposable et le transfert des bénéficiaires (également connue sous le nom d'Instrument multilatéral ou « IM ») résulte de l'action 15 du BEPS, qui a appelé à l'élaboration d'un instrument multilatéral en vue d'appliquer efficacement les mesures relatives à la convention fiscale BEPS. La convention multilatérale modifie donc les conventions fiscales bilatérales en vigueur entre les parties à cette convention afin de se conformer aux normes minimums prévues par la convention BEPS, c'est-à-dire la prévention de l'abus des conventions dans le cadre de l'action 6 de BEPS et l'amélioration des mécanismes de résolution des litiges dans le cadre de l'action 14 de BEPS. Parallèlement, le MC facilite l'application des autres mesures relatives aux conventions fiscales conçues par le projet BEPS, par exemple celles destinées à lutter contre l'évasion artificielle du statut d'établissement stable au moyen de *contrats de commissionnaire*.

Pour les pays parties prenantes à la Convention dont les conventions fiscales actuelles ne prévoient pas de disposition équivalente à l'article 13(4) du MCF 2017 de l'OCDE, l'article 9(4) du MC en introduit une dans leurs conventions fiscales qui sont modifiées par le MC conformément au droit international, à moins que le pays renonce à l'article 9(4). Du fait de l'adoption de cette disposition, la juridiction dans laquelle se trouve le bien immobilier est autorisée à imposer les plus-values réalisées par un résident de la juridiction partie à la convention sur la cession d'actions de sociétés qui tirent plus de 50 % de leur valeur de ce bien immobilier.

Pour les pays qui prévoient déjà dans leurs conventions fiscales une disposition relative à l'imposition des plus-values réalisées à partir de la cession d'actions, le MC offre deux possibilités pour l'améliorer. D'abord, son article 9(1) permet aux parties de modifier leurs

conventions fiscales visées en introduisant une période de test dans l'article 13(4). Celui-ci se référerait donc à la période de 365 jours précédant la cession des actions pour déterminer si leur valeur provient principalement d'un bien immobilier. En outre, l'article 9(1) du MC offre aux parties la possibilité d'étendre le champ d'application de l'article 13(4) du MCF de l'OCDE en élargissant la catégorie de droits concernée. Dans ces conditions, les droits comparables à des actions, comme ceux détenus dans une société de personnes ou une fiducie, figureraient aussi dans l'énoncé de l'article 13(4)⁵⁹.

À la différence d'un protocole amendant une convention fiscale unique, le MC modifie tous les accords fiscaux en vigueur recensés par les différents pays parties à des conventions et signataires du MC. En particulier, les dispositions de l'article 9 du MC s'appliquent, lorsque c'est approprié, à la place ou en l'absence des dispositions des conventions fiscales concernées sur les plus-values tirées de la cession d'actions, de droits ou de participations similaires, à moins que le signataire ait décidé de renoncer à l'application de cet article 9.

On notera que la simple signature du MC ne signifie pas que les conventions fiscales auxquelles participe le signataire incluront les dispositions de l'article 9 du MC. Ce dernier permet aux parties signant la convention de se réserver le droit ne pas appliquer les dispositions de l'article 9(1) ou de ne pas reprendre les termes de l'article 9(4)⁶⁰ lorsque leurs conventions fiscales visées comportent déjà une disposition de ce type.⁶¹ En outre, comme on l'a expliqué à la section V de cette boîte à outils, le pays « source » doit inscrire dans sa législation interne des dispositions permettant d'imposer effectivement les plus-values tirées d'un TIE.

Outre les dispositions spécifiques figurant à l'article 9, la partie III du MC introduit des mesures supplémentaires pour empêcher d'abuser des conventions qui peuvent également être pertinentes pour préserver les droits fiscaux du pays « source » en présence de TIE. L'article 7 du MC comporte en particulier les clauses dites du *critère des objets principaux* et de la *Limitation des avantages* (« LOB »). Elles permettent aux parties à une convention fiscale de priver une opération de ses avantages si leur obtention était l'un des principaux objectifs de l'opération en question ou lorsqu'un résident d'un État contractant ne satisfait pas aux conditions fixées par

⁵⁹ Dans la version 2014 du MCF de l'OCDE, la possibilité de couvrir les plus-values tirées de la cession de droits dans d'autres entités, comme des sociétés de personnes ou des fiducies, est prévue au paragraphe 28.5 du commentaire de l'article 13.

⁶⁰ L'article 9(4) énonce qu'« En vertu d'un accord fiscal visé, les gains tirés par un résident d'une juridiction contractante de l'aliénation d'actions, de droits ou de participations similaires, comme des droits dans une société de personnes ou une fiducie, sont imposables dans l'autre juridiction contractante si, à un moment quelconque de la période de 365 jours précédant l'aliénation, la valeur de ces actions, droits ou participations similaires provient à plus de 50 %, directement ou indirectement, d'un bien immobilier situé dans cette autre juridiction contractante ».

⁶¹ En juin 2017, pendant le premier cycle de signatures du MC, la moitié des 69 pays participants ont émis des réserves sur la disposition concernée -- ce qui signifie qu'ils ne l'incluraient pas dans la renégociation de leurs traités.

la LOB. À la section 5(A), cette boîte à outils offre une analyse de l'application des règles générales ou particulières anti-abus par rapport aux TIE.

Enfin, le MC pourrait également être un moyen de faire évoluer la fiscalité des TIE. En effet, sa conception donne aux parties la possibilité d'amender ultérieurement l'instrument au moyen du mécanisme prévu par son article 33. Ce mécanisme permettrait donc d'inclure de nouvelles mesures dans les conventions fiscales, afin de préserver les droits d'imposition du pays « source » par rapport aux TIE. À ce jour, le MC a effectivement amendé un nombre substantiel de conventions fiscales, qui intègrent désormais la nouvelle formulation de l'article 13(4), et on s'attend à ce que ce nombre augmente à l'avenir au fur et à mesure que de nouveaux signataires optent pour les dispositions de l'article 9 du MC.

DÉFIS ET OPTIONS D'APPLICATION

Le principal défi juridique/structurel posé par les TIE est que, contractuellement, l'actif sous-jacent ne change pas de mains; il n'y a donc pas de plus-value directement réalisée sur cet actif dans le pays où il se situe. Ce qui change de mains, ce sont les actions ou les droits similaires dans une entité qui détient l'actif directement ou indirectement, mais ces actions ou ces droits similaires sont -- dans ce cas -- détenus et transférés dans un autre pays, soit dans celui de résidence du cédant, soit dans un pays tiers. Il peut alors y avoir diverses situations.

Cette section présente les options et les défis de mise en œuvre associés à l'imposition des TIE. Elle est centrée sur l'imposition des gains sur des biens immobiliers (dont des droits miniers) situés dans un pays « source » (pays de localisation). Cette section donne également des indications à propos de l'imposition des gains résultant d'une participation substantielle dans une société résidente du pays « source ».

Comme on l'a vu ci-dessus, un droit d'imposition existe dans les deux modèles de convention lorsque plus de 50 % des droits transférés proviennent d'un bien immobilier situé dans le pays « source ». Afin de déterminer si la valeur des droits émane principalement (à plus de 50 %) de ce bien immobilier, il faut normalement comparer la valeur de ce bien (l'actif concerné) à celle de tous les biens détenus par l'entité (ensemble des actifs) sans tenir compte des dettes et des autres engagements.

Même lorsque ce test est concluant, étant donné qu'un TIE a lieu en dehors du pays « source » entre un vendeur non résident et un acquéreur qui peut également être non résident, le pays « source » fait face à des difficultés significatives pour collecter l'impôt. L'objectif de cette partie du rapport est de donner des lignes directrices pour la conception d'éventuels outils juridiques destinés à rendre le gain imposable, ce qui permettra ensuite à l'administration fiscale d'appliquer et de recouvrer l'impôt. Les instruments juridiques présentés dans cette section consistent surtout en un échantillon de dispositions législatives internes. En effet, même si une convention applicable préserve les droits d'imposition du pays « source » conformément au modèle de l'article 13(4), il est primordial que ce pays prévoie des dispositions de ce type dans sa législation interne.

Aperçu des principes conceptuels et de rédaction juridique: deux modèles

Il est important que le cadre législatif national comporte une règle portant sur l'imposition des transferts indirects ainsi que des règles d'application appropriées pour le recouvrement de l'impôt correspondant. Une convention ne peut pas créer ces droits d'imposition où ces mécanismes d'application s'ils n'existent pas dans la législation nationale.

Un certain nombre d'aspects conceptuels clés doivent être pris en considération quand on cherche à imposer un TIE. Chacun d'entre eux pose des problèmes juridiques et des finesses qui

lui sont propres dans le contexte d'un pays « source » ayant un système fiscal conforme aux normes internationales en vigueur en matière de résidence et de source. On peut résumer les principaux aspects de la manière suivante :

1. Conception de la règle désignant l'objet de l'imposition: il existe deux modèles courants:

- (a) **Modèle 1 (imposition d'une vente présumée directe par un résident):** son objectif est d'imposer l'entité locale qui détient directement les actifs en question en considérant qu'elle les cède et les rachète à leur valeur de marché lors d'un changement de contrôle (par exemple du fait d'une cession à l'étranger d'actions ou de droits comparables). Pour des raisons d'application ainsi que de logique et de simplicité de l'ajustement de la base imposable, le rapport privilégie ce modèle.
- (b) **Modèle 2 (imposition du vendeur non résident):** l'objectif de ce modèle est d'imposer le vendeur non résident au titre des actions ou des droits comparables concernés au moyen d'une règle d'assujettissement fiscal des non-résidents.

Ce modèle -- même si les pays cherchant à imposer les TIE l'adoptent plus souvent -- peut être plus difficile à appliquer et à concevoir juridiquement que le modèle 1. Il doit s'appuyer directement ou implicitement sur une **règle de source du revenu**. Celle-ci prévoit qu'un revenu a sa source dans un pays lorsque la valeur des droits cédés provient principalement, directement ou indirectement, de biens immobiliers situés dans ce pays. On pourrait aussi envisager une règle de source pour les gains tirés de la cession d'autres actifs, point évoqué ci-dessus à la section II -- notamment les participations substantielles dans des sociétés résidentes. Une règle de source du revenu peut être complétée par une **règle sur les actifs imposables**, qui traiterait les questions comme celles de savoir si l'imposition ne s'applique qu'aux cessions d'intérêts substantiels (par exemple une règle de 10 % de participation), afin d'exclure du champ d'application de l'impôt les modifications de la propriété d'investissements passifs. Cette règle peut aussi prescrire que la totalité des gains soit imposée, lorsque la valeur de l'intérêt indirect ne provient pas entièrement de biens immobiliers locaux, ou que le gain soit imposé au prorata. Chaque possibilité de conception juridique dans le cadre de cette règle est commentée et précisée ci-dessous.

2. Conception des règles d'application/de recouvrement. Il s'agit de règles essentielles, car elles appuient l'application et le recouvrement de l'impôt résultant de transferts indirects. Elles peuvent inclure un ou plusieurs des éléments suivants:

- (a) des mécanismes de notification/de communication et d'échange d'informations (par exemple des obligations de communication d'informations au niveau national complétées, lorsque c'est approprié, par des accords internationaux d'échange d'informations);
- (b) des mécanismes de retenue à la source (par exemple lors du paiement du prix d'achat);

- (c) des mécanismes imposant une obligation fiscale à une entité locale concernée (par exemple en tant que mandataire d'un vendeur non résident); et/ou
- (d) d'autres protections juridiques, comme la limitation de l'enregistrement, du renouvellement ou de la validité des actifs sous-jacents concernés (par exemple des permis d'extraction), à moins d'avoir satisfait aux obligations de notification applicables et/ou jusqu'à ce qu'il soit démontré qu'aucun impôt n'est exigible, que l'impôt concerné a été réglé ou que l'on a trouvé un arrangement satisfaisant pour le paiement de celui-ci.

On pourrait appliquer, en dernier ressort, une règle générale de lutte contre l'évasion fiscale/anti-abus afin d'imposer un gain tiré d'un TIE lorsque c'est approprié. Toutefois, il peut s'avérer difficile de mettre en œuvre ce type de règle dans les pays ayant des capacités administratives réduites. Certains pays ont adopté des mécanismes d'imposition similaires à une règle *spécifique* de lutte contre les abus en ignorant la structure de contrôle à multiple niveaux et en traitant le vendeur final non résident des intérêts comme le vendeur des actifs locaux, qui réalise une plus-value de source locale. La Chine a adopté cette méthode. Le succès de l'application dépend en définitive: (i) de la conception et de la rédaction de la règle spécifique de lutte contre les abus, dont la mise en œuvre se base souvent moins sur des règles que sur l'action discrétionnaire; (ii) de la capacité de l'administration fiscale à l'appliquer de manière équitable et prévisible.⁶² Ce type de règle ne permet d'imposer le gain en question que si l'intention d'évasion fiscale pour l'opération concernée peut être démontrée. Ces règles ne prévoyant donc pas que le gain soit imposable, par principe, sur base d'un droit d'imposition bien établi dans le pays « source », leur portée est beaucoup plus limitée.

L'échantillon de dispositions législatives internes présenté dans cette section est de nature générale et prend la forme de dispositions juridiques simplifiées non-discriminatoires. Il est important de noter qu'elles ne tiennent pas compte des particularités des systèmes fiscaux et n'ont pas été adaptées à toutes les situations concernées (par exemple les réorganisations d'entreprise) et aux concessions qui s'appliquent généralement (par exemple dans le cadre d'un régime d'imposition des plus-values lorsque l'on juge approprié de différer la reconnaissance d'une plus-value imposable). Il est nécessaire que les dispositions finales devant être adoptées dans le pays « source », afin de lui permettre d'imposer les TIE, tiennent compte de la tradition et du système juridiques, de l'organisation politique et administrative ainsi que de la politique budgétaire du pays concerné.

Cet échantillon de dispositions juridiques a été conçu et rédigé pour prévenir la double imposition par le pays « source » -- c'est-à-dire empêcher que le pays « source » n'impose deux fois la plus-value tirée d'un transfert d'actif dans les mains du même contribuable. C'est conforme aux pratiques internationales courantes dans ce contexte. On pourrait également envisager de concevoir et de rédiger des dispositions législatives qui limitent la double imposition économique -- les mêmes gains étant imposés plusieurs fois auprès de *différents* contribuables du fait de la

⁶²Voir Waerzeggers et Hillier (2016).

réalisation de plus-values sur des participations intermédiaires à plusieurs niveaux de propriété indirecte. Pour y parvenir, le coût fiscal des actifs concernés (par exemple chaque participation intermédiaire) doit être relevé à sa valeur de marché chaque fois que la réalisation d'une plus-value imposable intervient; alternativement, la législation peut prévoir la non-reconnaissance d'une plus-value sur chaque actif intermédiaire.⁶³ Des dispositions de cette nature seraient plus exhaustives, mais aussi plus compliquées à appliquer et à gérer; elles ne figurent donc pas dans l'échantillon de dispositions législatives internes présenté dans cette section. Dans cet échantillon, le pays « source » est appelé Pays *L* comme auparavant.

Modèle 1: Imposition de l'entité résidente locale détenant l'actif dans le cadre d'un modèle de cession présumée

L'objectif de ce modèle est d'imposer le propriétaire d'un actif local au motif que cet actif a subi un changement de contrôle du fait de la cession effectuée à l'étranger d'une entité qui détient, directement ou indirectement, le propriétaire de l'actif local. Dans le cadre de ce modèle, l'obligation fiscale au titre du gain réalisé par le vendeur non résident est (unilatéralement) déclenchée à l'égard de l'entité résidente locale détenant l'actif par un ensemble spécifique de dispositions législatives internes, sans que l'on se réfère aux règles internationales sur la source du revenu ou à des règles fiscales internationales plus larges (comme les règles d'attribution des conventions fiscales). Cette méthode a été adoptée par un certain nombre de pays « sources » comme le Népal, le Ghana et la Tanzanie.

L'encadré 4 présente un échantillon de dispositions législatives à l'appui de ce modèle de cession présumée.

Encadré 4 : Changement de contrôle

- (1) La sous-section (3) s'applique lorsque la propriété directe ou indirecte d'une entité mentionnée à la sous-section (2) change de plus de 50 % par rapport à la situation existant sur ce plan à un moment quelconque pendant les trois années précédentes.
- (2) La sous-section (1) s'applique à une entité dont, à un moment quelconque au cours des 365 jours précédant le changement concerné de la propriété sous-jacente, plus de 50 % de la valeur des actions, droits ou participations similaires émis par cette entité proviennent, directement ou indirectement, d'un bien immobilier situé dans le pays *L*.
- (3) Lorsque cette sous-section s'applique, l'entité est considérée comme:
 - (a) ayant réalisé la totalité de son actif et son passif immédiatement avant le changement;

⁶³ Cette méthode d'application est utilisée par la Chine.

(b) ayant cédé la propriété de chaque actif pour un montant égal à la valeur de marché de l'actif au moment de la réalisation;

(c) ayant réacquis l'actif et dépensé pour cette acquisition le montant mentionné au paragraphe (b);

(d) ayant réalisé chaque élément de passif et présumée avoir dépensé le montant égal à la valeur de marché de cet élément de passif au moment de la réalisation;

(e) ayant reconstitué l'élément de passif avec le montant mentionné au paragraphe (d).

On peut résumer comme suit la mise en œuvre de ce modèle:

- Le modèle a pour but d'imposer le gain non réalisé dans les mains de l'entité qui détient l'actif local. Cette entité est en général résidente du pays « source », d'où l'attribution à celui-ci du droit d'imposer à la fois sur la base de la résidence et de la source. Le modèle cherche à imposer la plus-value constituée sur la totalité de l'actif lorsqu'un changement de contrôle a lieu du fait de la cession d'intérêts dont la valeur provient principalement (par exemple à plus de 50 %) de l'actif -- le bien immobilier local.
- L'obligation fiscale est déclenchée par un changement de contrôle résultant d'une cession d'actions, de droits ou de participations similaires, dans le pays ou à l'étranger.
- En outre, l'obligation fiscale est déclenchée quel que soit le montant de l'intérêt cédé pour entraîner le changement de contrôle concerné. Aucun seuil de propriété de l'actif n'est donc fixé -- par exemple en prévoyant que l'obligation fiscale ne soit déclenchée que si le changement de contrôle résulte de la cession d'une participation d'au moins 10 % dans l'actif. Le but est de limiter les possibilités d'évasion fiscale qui pourraient apparaître si un seuil d'intérêt significatif était adopté dans le cadre de ce modèle.
- Le changement de contrôle est déterminé en se référant à la propriété directe ou indirecte, ce qui permet d'en retrouver la trace dans les structures de portefeuille intermédiaires entre l'entité détenant l'actif local et l'émetteur final des actions qui font l'objet de la cession effective.
- Lorsqu'un changement de contrôle a lieu, le modèle considère que l'entité détenant l'actif local cède ses actifs à leur valeur de marché. La valeur des actifs locaux dont on présume qu'ils sont effectivement vendus pourrait être déterminée de manière administrative, au moyen d'hypothèses et d'ajustements basés sur le prix de vente des actions réelles, leur valeur étant censée provenir de celle des actifs locaux. On pourrait adopter et appliquer une règle de répartition, de sorte que le prix acquitté pour les actions (en supposant que la cession de celles-ci ait lieu sans favoritisme) soit réparti de façon appropriée entre les actifs détenus par l'entité locale. En outre, le pays « source » pourrait renforcer sa

législation interne basée sur le modèle 1 en imposant à l'entité résidente une obligation d'information sur le prix des actions.

- Toutefois, sur le plan fiscal, la cession n'est que présumée (et non effective). L'entité détenant l'actif local en reste donc la propriétaire légale après que la cession est censée avoir eu lieu. Afin d'éviter la double imposition, le modèle considère que l'entité détenant l'actif local le réacquiert à sa valeur de marché. Cela signifie que le coût fiscal de l'actif est relevé à la valeur de marché -- ce qui est important pour s'assurer qu'il n'y ait pas double imposition dans le pays « source » si un autre changement de contrôle a lieu.
- Dans le cadre de ce modèle, le passif est également modifié pour faciliter la gestion administrative. Il en résulte que l'ensemble du bilan est recalculé, et pas seulement les avoirs de l'entité détenant l'actif local, faute de quoi le passif serait considéré à sa valeur historique, ce qui compliquerait la mise en œuvre. Dans le cadre du modèle, il n'y aurait normalement ni gain, ni perte au passif, sa valeur de marché étant égale à sa valeur apparente.

Règles d'application/de recouvrement

Dans le cadre de ce modèle, l'entité détenant l'actif local reste soumise aux règles ordinaires d'administration fiscale applicables aux contribuables résidents, sans qu'il faille recourir à des règles spécifiques d'application et de recouvrement -- ou à l'assistance au recouvrement prévue par les conventions -- afin de surmonter les difficultés significatives de collecte de l'impôt éprouvées quand des opérations ont lieu entre deux non-résidents. Selon ce modèle, l'administration fiscale du pays « source » peut utiliser la totalité de ses instruments d'exécution contre l'entité détenant l'actif local (par exemple appliquer une pénalité pour non déclaration et non-paiement de l'impôt au titre du gain présumé et employer les instruments habituels à sa disposition, comme la saisie ou le gel des actifs locaux ainsi que leur vente afin de régler un impôt dû).

Les principaux avantages de ce modèle sont:

- La plus grande capacité à appliquer et à recouvrer l'impôt dû, car on estime que la plus-value imposable a été réalisée par l'entité détenant l'actif local (et non par un non résident). Cela signifie que l'administration fiscale peut utiliser toute la gamme des voies d'exécution contre cette entité.
- Dans le pays « source », il ne devrait pas y avoir de double imposition lors d'un nouveau changement de contrôle, car la base imposable des actifs locaux que l'on estime avoir été cédé est relevée à sa valeur de marché dans les mains de l'entité détenant l'actif local.
- Dans le cadre du modèle de cession présumée, le gain consiste en une plus-value de source locale réalisée par une entité résidente locale. Le droit d'imposition du pays « source » ne devrait donc pas être affecté par une convention fiscale.

Les principaux inconvénients de ce modèle sont:

Selon certains, il pourrait subsister des limites si une convention fiscale était en place, sachant que l'application de l'impôt est en substance une imposition dans le pays « source » déclenchée par une cession d'intérêts opérée à l'étranger (par exemple d'actions). Toutefois, certains estiment que l'on pourrait contrer cet argument en adoptant un article de limitation des avantages (LOB), dans une convention fiscale ou dans une législation interne s'imposant à une convention fiscale, si le cédant non résident est une société située dans un pays signataire de la convention dans le but d'obtenir les avantages liés à celle-ci (en supposant qu'il n'existe dans la législation nationale aucune limitation constitutionnelle à le faire). Une règle LOB peut prendre de nombreuses formes, mais une formulation de plus en plus courante exige qu'au moins 50 % de la propriété du résident de l'autre État contractant soit détenue par une ou plusieurs personnes physiques, elles-mêmes résidentes de cet État contractant, pour pouvoir bénéficier des avantages de la convention fiscale. Toutefois, les pays ont des avis différents sur la possibilité d'administrer effectivement une LOB sur le plan interne.

- Il pourrait y avoir une double imposition si le pays de résidence du cédant étranger des droits transférés imposait les gains réalisés par le cédant sur la vente. Dans ce cas, il n'y aurait pas d'allègement fiscal dans le pays du cédant, car c'est l'entité détenant l'actif local qui serait redevable de l'impôt dans le pays « source » et non le cédant étranger qui, dans ce modèle, n'est pas du tout imposé par le pays « source ».
- Sachant que l'entité détenant directement l'actif ne reçoit pas les fonds générés par le transfert des actions, droits ou participations, il pourrait s'avérer difficile de recouvrer effectivement les impôts si cette entité n'avait pas les liquidités nécessaires pour payer. Toutefois, d'un point de vue pratique, on peut s'attendre à ce que les parties (en particulier l'acquéreur) prennent des mesures pour s'assurer que l'entité détenant l'actif local ait suffisamment de fonds pour s'acquitter de son obligation, afin d'éviter que l'administration fiscale exerce les voies d'exécution contre les actifs détenus localement.
- Cette approche remet en cause la distinction juridique entre l'entité détenant l'actif local et les niveaux concernés de ses entités mères.
- D'un point de vue pratique, elle nécessite que l'entité détenant l'actif local surveille les changements de sa structure de propriété.

Ce rapport privilégie le modèle 1 pour des raisons d'administration ainsi que de logique et de simplicité en matière d'ajustement de la base imposable. Dans le cadre de ce modèle, les règles relatives à la source du pays « source » (pays L) doivent être conçues et rédigées de manière à ce que le TIE qui déclenche un changement de propriété n'ait pas sa source dans le pays L. Si on considérait que la cession effective des droits à l'étranger avait sa source dans le pays L, il en résulterait une double imposition de la même opération au même endroit, du fait à la fois de l'imposition du résident *présumé* être le cédant et de celle du non résident cédant *effectif* dans le pays L. On évoquera ci-dessous dans le cadre du modèle 2, une règle fiscale conçue et rédigée afin d'imposer l'obligation fiscale première au cédant non résident des droits concernés et non au détenteur de l'actif local (selon un modèle d'imposition des non-résidents).

Modèle 2: imposition du cédant non résident

Dans le cadre de ce modèle, le pays L cherche à imposer le cédant non résident au motif que le transfert génère un gain dont la source est dans le pays L. Les pays qui ont décidé d'imposer les TIE ont le plus souvent adopté ce modèle (ou une de ses variations). Avec lui, les règles relatives à la source deviennent essentielles pour déclencher l'obligation fiscale dans le pays « source ». En effet, un non résident n'est normalement⁶⁴ assujéti qu'à l'impôt sur les revenus tirés de sources situées dans un pays « source » donné. Ainsi, on peut utiliser une règle de source similaire à celle

⁶⁴En faisant l'hypothèse que le système fiscal du pays « source » soit basé sur des normes internationales comme celles figurant dans les modèles de convention -- mais incluses dans la législation interne/les règles de source du revenu de ce pays.

présentée à l'encadré 5 ci-après quand on cherche à imposer un non résident sur le gain généré par la cession d'un intérêt indirect dans un bien immobilier situé dans le pays « source » L.

Encadré 5: règle relative à la source

Les montants suivants sont tirés de sources situées dans le pays L:

- (a) Un gain tiré de la cession:
 - (i) d'un bien immobilier dans le pays L;
 - (ii) d'actions, de droits ou de participations similaires si, à un moment quelconque au cours des 365 jours précédents, plus de 50 % de la valeur des actions, droits ou participations similaires provient, directement ou indirectement, par l'intermédiaire d'une ou de plusieurs entités interposées, d'un bien immobilier situé dans le pays L;

Comme on l'a mentionné ci-dessus, il est possible de conjuguer la règle relative à la source à une règle sur les actifs imposables. La pratique, reprise par l'article 13(4) des modèles de convention fiscale de l'OCDE et de l'ONU, permet l'imposition de la totalité du gain lorsque la valeur de l'intérêt indirect est principalement (par exemple à plus de 50 %) générée par le bien immobilier local. Quand c'est le cas, on peut s'appuyer simplement sur la règle relative à la source (voir ci-dessus). Sinon, une règle sur les actifs imposables pourrait confirmer ce traitement en stipulant que la totalité du gain est imposable lorsque la valeur de l'intérêt indirect provient principalement (par exemple à plus de 50 %) d'un bien immobilier local. Cette règle pourrait aussi être conçue et rédigée de façon à appliquer *une base au pro rata* lorsqu'un certain seuil serait atteint (par exemple 20 % plutôt que 50 % ou plus). Le Kenya, par exemple, a adopté un mécanisme de ce type pour le secteur extractif. Quand on choisit un seuil inférieur, il convient généralement de n'imposer que sur une base proportionnelle. On trouvera à l'encadré 6 ci-dessous un échantillon de dispositions législatives nationales illustrant les deux approches.

Encadré 6: règle relative aux actifs imposables -- imposition intégrale et au prorata

- (1) Le revenu imposable d'une personne physique comprend les plus-values provenant de la cession d'actions, de droits ou de participations similaires, si, à un moment quelconque au cours des 365 jours précédant la réalisation de ces plus-values, plus de 20 % de la valeur de ces actions, droits ou participations provient, directement ou indirectement, par l'intermédiaire d'une ou de plusieurs entités interposées, d'un bien immobilier situé dans le pays L.
- (2) En application de la sous-section (1), le montant de la plus-value à inclure dans le revenu imposable est, -
- (a) si les actions, les droits ou les participations similaires tirent ou ont tiré, à un moment quelconque au cours des 365 jours précédant la réalisation, plus de 50 % de leur valeur, directement ou indirectement, d'un bien immobilier situé dans le pays L, l'intégralité de la plus-value;
- (b) dans n'importe autre cas, le montant est calculé au moyen de la formule suivante:
- $$A \times B/C$$
- où -
- A** est le montant de la plus-value;
- B** est la valeur des actions, des droits ou des participations similaires tirée, directement ou indirectement, d'un bien immobilier situé dans le pays L; et
- C** est la valeur totale de l'intérêt.

Il faudra tenir compte, lors de l'élaboration et de l'application de toutes dispositions législatives internes, des obligations résultant des conventions fiscales existantes. Toutefois, comme on l'a dit plus haut, le droit d'imposer les plus-values réalisées sur des transferts indirects à l'étranger qui proviennent principalement (par exemple à plus de 50 %) de biens immobiliers locaux est généralement préservé dans l'article 13(4) des modèles de convention fiscale de l'OCDE et de l'ONU. Tous deux permettent au pays « source » d'imposer les plus-values tirées de la cession de sociétés de portefeuille interposées à différents niveaux. Il importe que les dispositions législatives internes du pays source soient conçues et rédigées de façon à préserver ce droit d'imposer les intérêts concernés qui tirent plus de 50 % de leur valeur, directement ou indirectement, d'un bien immobilier situé dans le pays « source », comme le permettent les MCF.

Une autre question se pose: la règle relative aux actifs imposables devrait-elle définir -- et éventuellement réduire -- la portée de l'intérêt devant être sujet à l'imposition. Il y a trois autres interrogations à ce propos: (i) l'obligation fiscale devrait-elle découler de la cession de tous

les intérêts (y compris ceux représentant moins qu'une proportion minimum de l'actif), tant que plus de la moitié de la valeur des intérêts cédés provient de cet actif? ou (ii) la règle ne devrait-elle s'appliquer qu'à la cession d'intérêts plus importants (représentant, par exemple, au moins 10 % de l'actif)?; et/ou (iii) un seuil minimum, basé sur la valeur nominale des intérêts devrait-il être mis en place (par exemple en n'appliquant la règle qu'aux intérêts d'une valeur d'au moins 1 million de dollars)?. Si l'on adoptait un seuil calculé en pourcentage des intérêts, on pourrait envisager de le fixer à 10 % car il s'agit de la norme internationale employée pour faire la distinction entre les investissements passifs et les autres investissements. Ces seuils pourraient limiter les coûts de conformité et faciliter la gestion administrative. Toutefois, la règle établissant un seuil d'intérêts devrait être soigneusement rédigée de façon à préserver l'objectif de politique de ce seuil et à lutter contre les possibilités d'évasion fiscale au moyen de ventes échelonnées (c'est-à-dire en cédant plusieurs blocs d'actions, chacun représentant un intérêt inférieur à 10 %).

Enfin, les pays pourraient prévoir, pour divers motifs, des exemptions à l'application de l'article 13(4) des MCF de l'OCDE et de l'ONU à certaines plus-values. Comme l'explique le Commentaire de l'article 13(4) du MCF de l'OCDE, ces exemptions pourraient porter sur les plus-values tirées de la cession: (i) d'actions de sociétés cotées en bourse; (ii) d'actions dans le contexte d'une réorganisation d'entreprise; (iii) d'actions dont la valeur provient de biens immobiliers dans lesquels des activités s'exercent; (iv) d'actions détenues par des fonds de pension; (v) de parts de petits investisseurs dans un fonds de placement immobilier.

Règles d'application/de recouvrement

Dans le cadre de cette méthode, les non-résidents imposables dans le pays L seraient normalement tenus de faire une déclaration dans le pays L où le gain imposable en rapport avec le TIE est réalisé. Toutefois, on peut s'attendre à ce que cette obligation soit peu respectée. Même si l'administration fiscale du pays L dispose de certaines voies d'exécution (comme on l'a indiqué ci-dessus), il peut être difficile de les mettre en œuvre dans le cas de l'obligation fiscale d'un non résident (comparativement à celle d'un résident), notamment lorsque le produit de la vente ne se trouve plus dans le pays, ou n'y a jamais été, et s'il n'y a dans le pays « source » aucun autre actif directement détenu par l'entité étrangère effectuant le transfert pour satisfaire à l'obligation fiscale. Il faut donc concevoir, inscrire dans les textes et appliquer des mécanismes d'exécution et de recouvrement supplémentaires adaptés à ce type de situation.

On peut également prévoir certaines protections juridiques pour appuyer les efforts d'exécution et de recouvrement de l'administration fiscale. Ces mesures pourraient consister à restreindre l'enregistrement, le renouvellement ou la validité des actifs concernés (par exemple les permis d'extraction) par les services administratifs d'enregistrement ou les autres entités chargées de l'enregistrement et de la délivrance de licences/de permis, à moins que les obligations de notification applicables aient été respectées et/ou que des preuves suffisantes aient été fournies pour démontrer soit qu'aucun impôt n'est dû, soit que l'impôt applicable a été payé ou encore que des dispositions satisfaisantes ont été prises pour le règlement de cet impôt.

Retenue à la source

Plusieurs pays recourent à un mécanisme de retenue à la source pour recouvrer l'impôt applicable au gain d'un cédant non résident. On peut concevoir et insérer un régime spécifique d'imposition à la source à appliquer aux paiements d'un cédant non résident. L'impôt retenu à la source peut représenter une partie ou la totalité de l'obligation fiscale (qui pourrait être une estimation) du bénéficiaire du paiement. Il doit être retenu sur le paiement par le payeur et versé à l'administration fiscale du pays « source ».

Un régime de retenue à la source peut être conçu pour appliquer un impôt de nature finale ou non. Une retenue à la source définitive représente l'obligation fiscale finale de la personne recevant le paiement qui fait l'objet d'une retenue. Ce régime fiscal est courant pour les paiements bruts de dividendes, d'intérêts ou de royalties à des non-résidents. En revanche, une retenue à la source non définitive est recouvrée en tant qu'une estimation de l'obligation fiscale finale du bénéficiaire. En général, celui-ci doit néanmoins faire une déclaration et régler le solde après avoir réclamé un crédit d'impôt égal à la retenue à la source (ou bénéficie d'un remboursement si celle-ci dépasse l'impôt dû). Habituellement, un régime de retenue à la source applicable aux TIE n'est pas conçu comme final. Ce système s'applique aux TIE dans de nombreuses juridictions, notamment les États-Unis, l'Inde, la Chine et l'Australie.

On pourrait concevoir un régime de retenue à la source de telle sorte qu'il ne s'applique pas à certaines situations afin de limiter les coûts de conformité. Il pourrait s'agir, par exemple, des opérations inférieures à un seuil minimum prédéterminé, de celles portant sur des titres cotés en bourse, et de celles pour lesquelles l'administration fiscale du pays *L* délivre un certificat confirmant qu'aucune retenue n'est nécessaire dans le cas particulier (par exemple parce que l'actif est cédé à perte, etc.). L'encadré 7 présente un échantillon de régimes de retenue à la source.

L'adoption d'un régime de retenue à la source applicable aux TIE pose plusieurs problèmes. Si, par exemple, l'acquéreur est également un non résident, des risques similaires de non-conformité apparaissent. Comme on l'a dit, la retenue à la source ne peut être recouvrée qu'en tant qu'estimation de l'obligation fiscale finale du vendeur (car il est peu probable que le montant effectif du gain de celui-ci soit connu de l'acquéreur); la retenue à la source accentue donc la contrainte de conformité pesant sur l'acquéreur (qui est assujéti à l'obligation de retenue à la source) et le vendeur (qui doit faire une déclaration et calculer le montant de l'éventuel solde ou remboursement après avoir réclamé un crédit d'impôt au titre de la retenue) — bien qu'elle puisse être gérable. Ainsi, on considère souvent que le risque de non-respect de l'obligation de retenue à la source dans le contexte des TIE (en particulier lorsque l'acquéreur est aussi un non résident) est limité par la probabilité qu'un tiers acquéreur prudent n'approuve pas ou ne facilite pas le non-respect de l'obligation fiscale du cédant (et soit donc plus susceptible de se conformer à son obligation de retenue à la source). En outre, l'absence de retenue à la source exposerait l'acquéreur à des pénalités et à une éventuelle saisie de l'actif local par l'administration fiscale, tout en procurant un gain providentiel au vendeur si l'acquéreur était dans l'incapacité de lui faire payer

le montant de la pénalité. Ainsi, du fait du mécanisme de retenue à la source, l'acheteur a intérêt à ce que le vendeur respecte son obligation fiscale.

Encadré 7: règle d'application/de recouvrement – retenue à la source

- (1) Une personne doit effectuer une retenue à la source au taux prévu lorsque:
 - (a) cette personne règle un montant à une autre personne (le bénéficiaire) au titre de l'acquisition d'actions, de droits ou de participations similaires,
 - (b) et lorsque plus de 50 % de la valeur des actions, droits ou participations similaires mentionnés au paragraphe (a) provient, directement ou indirectement, par l'intermédiaire d'une ou de plusieurs entités interposées, d'un bien immobilier situé dans le pays *L*.
- (2) La personne chargée d'effectuer la retenue à la source doit en verser le montant à l'administration fiscale au plus tard le jour où elle devient propriétaire des actions, droits ou participations similaires, et doit faire une déclaration en bonne et due forme.
- (3) Si la personne chargée d'effectuer la retenue à la source conformément à cette section ne le fait pas, elle doit néanmoins payer l'impôt qui aurait dû être retenu de la même manière et au même moment.
- (4) Si la personne chargée d'effectuer la retenue à la source sur ce paiement, comme l'exige cette section, ne le fait pas-
 - (a) le bénéficiaire et la personne chargée d'effectuer la retenue à la source sont conjointement et solidairement passibles du paiement de l'impôt à l'administration fiscale;
 - (b) le bénéficiaire est redevable de l'impôt dès que la personne chargée d'effectuer la retenue à la source est devenue propriétaire des actions, droits ou participations similaires.
- (5) La personne qui effectue la retenue à la source conformément à cette section et paie l'impôt à l'administration fiscale est considérée comme ayant payé le montant retenu au bénéficiaire en cas de réclamation par celui-ci relative au paiement du montant retenu.
- (6) Si la personne chargée d'effectuer la retenue à la source conformément à cette section ne le fait pas, mais paie l'impôt qui aurait dû être retenu à l'administration fiscale conformément à la sous-section (3), elle est en droit de récupérer un montant égal auprès du bénéficiaire.
- (7) On considère que le bénéficiaire a payé tout impôt -
 - (a) retenu sur le paiement conformément à cette section; ou
 - (b) payé conformément aux sous-sections (3) ou (4).
- (8) Un bénéficiaire est en droit de réclamer un crédit d'impôt de montant égal à l'impôt considéré comme payé conformément à la section (7) pour l'année d'imposition pendant laquelle le paiement a eu lieu.

Notification et imposition par un mandataire

En l'absence d'adoption d'un régime de retenue à la source, on peut envisager deux autres mesures d'exécution et de recouvrement, afin de placer l'administration fiscale dans la meilleure position pour avoir connaissance de la cession et pouvoir ensuite calculer et recouvrer l'impôt. Il faut pour cela concevoir et imposer les deux obligations suivantes:

- (a) une obligation de notification/d'information;
- (b) une obligation de paiement par une entité située dans le pays « source » en tant que mandataire du non résident.

L'obligation de notification/d'information n'est pas seulement importante pour établir l'imposition, mais aussi pour explorer d'autres possibilités de recouvrer tout impôt non réglé au titre du transfert, par exemple au moyen de l'article sur l'assistance en matière de recouvrement de l'impôt des conventions fiscales applicables ou de la Convention multilatérale de l'OCDE sur l'assistance administrative mutuelle en matière fiscale. En outre, l'imposition d'une obligation de paiement à une personne ou à une entité résidente, agissant comme mandataire du non-résident, permet à l'administration fiscale d'utiliser l'ensemble de ses instruments d'exécution contre ce résident. Des mécanismes législatifs de ce type ont été récemment adoptés au Kenya et aux Fidji pour l'industrie extractive. L'encadré 8 présente un échantillon de dispositions législatives. À titre indicatif, elles sont déclenchées par la détention d'intérêts, hors investissements de portefeuille, de 10 % ou plus.

Encadré 8: règle d'application/de recouvrement -- notification et imposition par un mandataire d'intérêts ne concernant pas des investissements de portefeuille

- (1) La sous-section (3) s'applique lorsque le contrôle direct ou indirect d'une entité mentionnée à la sous-section (2) change de 10 % ou plus.
- (2) Une entité à laquelle la sous-section (1) s'applique est une entité pour laquelle, à un moment quelconque au cours des 365 jours précédant le changement concerné du contrôle direct ou indirect, plus de 50 % de la valeur des actions, droits ou participations similaires émanant de cette entité provient, directement ou indirectement, d'un bien immobilier situé dans le pays *L*.
- (3) Quand cette sous-section s'applique, l'entité:
 - (a) doit immédiatement notifier, par écrit, le changement à l'administration fiscale; et
 - (b) est responsable, en tant que mandataire du non résident cédant les intérêts auxquels se rapporte la notification mentionnée au paragraphe (a), du paiement de l'impôt dû par le non résident en vertu de la présente loi.

- | | |
|-----|---|
| (3) | La sous-section (3)(b) ne s'applique pas à la cession d'actions cotées sur un compartiment officiel d'un marché boursier reconnu du pays L.* |
| (4) | L'impôt payé par l'entité agissant pour le compte d'un non résident conformément à la sous-section (3) s'impute en vertu de la présente loi à l'obligation fiscale du non résident. |

*Cette exclusion s'explique par le fait que les parties concernées ne sont probablement pas en mesure de conclure un accord juridique déterminant comment ils régleront au final l'impôt lorsque les actions sont cédées sur un marché boursier.

Avantages et inconvénients du modèle 2

Les principaux avantages du modèle 2:

- Il préserve davantage la distinction juridique entre l'entité détenant l'actif local et l'entité/la société de portefeuille mère.
- Il préserve l'élimination de double imposition dans le pays de résidence du vendeur, car le vendeur est principalement passible du paiement de l'impôt dans le pays « source » au titre de la plus-value réalisée sur la vente.

Les principaux désavantages:

- Une moindre capacité administrative et de recouvrement de l'impôt dû, parce que la plus-value imposable est réalisée par le vendeur non résident (au lieu d'une entité locale dans le cadre du modèle de cession présumée) -- bien que cette capacité puisse être renforcée en recourant à un mécanisme de retenue à la source/de recouvrement par le mandataire.
- La méthode du mandataire suppose que le propriétaire direct situé dans le pays L puisse toujours être informé d'une opération entraînant un changement de 10 % ou plus du contrôle sous-jacent de l'entité.
- Il peut effectivement y avoir double imposition d'une cession postérieure d'intérêts dans les autres entités qui détiennent indirectement les actifs, car les actions, droits ou participations similaires dans ces entités ne sont pas relevés à leur valeur de marché.⁶⁵ Toutefois, il s'agit d'une caractéristique commune à toutes les structures de contrôle à plusieurs niveaux, qu'elles soient nationales ou transfrontalières.
- Dans ce modèle, même avec une législation interne appropriée, le droit d'imposition du pays « source » L pourrait (sauf dérogation à la convention) rester limité par une

⁶⁵ On suppose que les actions effectivement négociées sont imposées à la valeur de marché en vertu de la législation fiscale du pays L, valeur égale au montant payé par l'acheteur. Cela empêche la double imposition si l'acheteur cède ensuite ces actions.

convention fiscale applicable si celle-ci n'incluait pas un article similaire à l'article 13(4) des MCF de l'OCDE et de l'ONU.

Définition des biens « immobiliers »

Dans les deux méthodes précitées, il est essentiel de définir de façon appropriée les « biens immobiliers » pour pouvoir appliquer efficacement la règle d'imposition choisie ainsi que les règles associées d'application et de recouvrement de l'impôt. Une définition assez large convient aux deux modèles et chacun d'entre eux peut avoir un champ d'application encore plus grand dans le cas où la définition est élargie pour couvrir une catégorie plus étendue de « biens immobiliers » que de coutume. L'encadré 9 ci-dessous présente un échantillon de définitions minimales des « biens immobiliers »:

Encadré 9: définition minimale des « biens immobiliers »

Les « biens immobiliers » comprennent* une amélioration structurelle d'un terrain ou d'un bâtiment, un intérêt dans un terrain ou un bâtiment, un intérêt dans une amélioration structurelle d'un terrain ou d'un bâtiment, ainsi que:

- (a) un droit au bail sur un terrain ou un bâtiment;
- (b) un droit au bail sur une amélioration structurelle d'un terrain ou d'un bâtiment;
- (c) un droit d'exploration, de prospection, de développement ou un droit similaire portant sur un terrain ou un bâtiment, notamment le droit de prospecter des gisements de minerais, de pétrole, de gaz, ou d'autres ressources naturelles ainsi que le droit d'extraire, de développer et d'exploiter ces gisements ou ressources, sur le territoire national ou dans les eaux territoriales du pays L; ou
- (d) des informations relatives à un droit énoncé au paragraphe (c).

* Cette définition a été établie de façon inclusive en partant de l'idée qu'elle engloberait dans le sens ordinaire de l'expression « biens immobiliers », toutes les notions traditionnelles relatives au foncier/à l'immobilier (par exemple les terrains, les bâtiments, les mines, etc.).

La définition étroite susmentionnée est considérée comme la définition minimale devant figurer dans la législation interne pour imposer les TIE dans le cadre des modèles 1 ou 2. Il serait restrictif de la limiter aux notions traditionnelles de foncier bâti et non bâti comme les terrains et les bâtiments. Une définition aussi étroite ne suffirait pas pour que le pays L puisse déclencher son droit d'imposition sur les gains couramment générés par les industries extractives, par exemple ceux tirés des permis de prospecter, de développer et d'exploiter des ressources naturelles situées dans le pays L. La définition des « biens immobiliers » devrait donc figurer dans la législation interne des pays et inclure au moins:

- le foncier bâti et non bâti (dans son sens le plus étroit);
- les ressources minérales, pétrolières et les autres ressources naturelles;

- les droits (comme ceux incorporés dans les licences/permis) de prospecter, de développer et d'exploiter des ressources naturelles ainsi que les informations relatives à ces droits.

Une définition robuste et suffisamment large des « biens immobiliers » est également importante pour l'application d'une convention fiscale. En effet, la règle de base des MCF de l'OCDE et de l'ONU est que le terme « biens immobiliers » a la signification figurant dans la législation interne (fiscale ou autre) de l'État contractant dans lequel est situé le bien.

Toutefois, on pourrait étendre encore davantage la définition minimale pour couvrir une catégorie plus étendue de « biens immobiliers » que le pays L pourrait juger approprié de chercher à imposer. Comme on l'a dit plus haut, elle pourrait inclure, par exemple, les gains tirés de rentes spécifiques à un lieu clairement liés à des actifs nationaux, tels que ceux tirés de licences d'exploitation de biens publics (par exemple l'électricité, le gaz ou d'autres services; les télécommunications, le spectre de radiofréquence et les réseaux).⁶⁶ On pourrait élargir la définition des « biens immobiliers » en ajoutant le paragraphe (e) à l'échantillon de définitions minimales comme le fait l'encadré 10 ci-dessous:

Encadré 10: définition élargie des « biens immobiliers »

Les « biens immobiliers » comprennent ...

...

- (e) un droit octroyé par l'État ou pour le compte de l'État (qu'il figure ou non dans une licence) d'être un fournisseur ou un prestataire de:
 - (i) biens (comme des matières radioactives);
 - (ii) de services collectifs (comme l'électricité ou le gaz); ou
 - (iii) d'autres services (comme les télécommunications, le spectre de radiofréquence et les réseaux), dans l'ensemble du pays L ou au sein d'une zone géographique à l'intérieur du pays L.

On pourrait envisager d'élargir encore davantage la définition afin de couvrir les droits de recevoir des paiements variables ou fixes en rapport avec les droits des industries extractives ou les droits de nature exclusive octroyés par l'État. Cela garantirait aussi que les gains postérieurs liés à ces droits sous-jacents attribués par l'État ou pour le compte de l'État du pays L resteraient également dans la base imposable du pays L. Toutefois, il est clair que le concept de

⁶⁶ Il est possible qu'une meilleure capacité à imposer les rentes générées par des restrictions de l'État ait un effet défavorable en encourageant l'imposition de ces restrictions. Il s'agit d'une préoccupation légitime et importante. Toutefois, cette incitation existe déjà: Auriol et Warlters (2005) constatent que les États à faible revenu tendent à créer des obstacles de façon à concentrer les bénéfices dans de grandes sociétés facilement imposables. Dans tous les cas, le principal problème pratique pourrait être d'assurer des recettes prélevées sur les grands monopoles naturels.

rente spécifique à l'emplacement est bien plus facile à concevoir d'un point de vue économique qu'à retranscrire en termes juridiques. Une réflexion plus approfondie est nécessaire à ce propos.

CONCLUSIONS

Le problème conceptuel central posé par les TIE est le suivant: comment répartir les droits d'imposition entre le pays où se situe l'actif sous-jacent et les autres pays impliqués dans l'opération — le pays dans lequel se situe l'actif devrait-il avoir le droit d'imposition primaire sur un transfert indirect de propriété ayant lieu en dehors du pays « source »?

Ce rapport et la boîte à outils concluent que la réponse est « oui », au moins dans le cas d'un actif qui incorpore des rentes spécifiques à un emplacement (par exemple les actifs physiques et les droits relatifs à des ressources naturelles; les droits relatifs à des licences de télécommunications/à des activités pour un lieu spécifique); et d'autres biens immobiliers.

En outre, c'est le cas, qu'un impôt équivalent au titre du transfert soit payé ailleurs ou non. La règle ne devrait donc pas seulement s'appliquer en tant que dispositif anti-évasion pour lutter contre la « double non-imposition », mais constituer un aspect fondamental de l'architecture fiscale internationale -- dans laquelle les droits d'imposer ces actifs, quand ils feraient l'objet d'un transfert indirect opéré à l'étranger, devraient être attribués en premier lieu au pays « source ».

La justification de cette conclusion repose sur plusieurs arguments. En termes d'équité, elle découle du droit généralement reconnu sur les transferts directs de biens immobiliers. En termes d'efficacité, c'est une solution de dernier ressort pour imposer les rentes spécifiques à un emplacement, ce que les autres instruments ne peuvent effectuer que de manière imparfaite, tout en assurant la neutralité entre les transferts directs et indirects. Finalement, cela répond à des pressions politiques internes tout à fait justifiées -- en cas de vente d'actifs nationaux importants -- pressions qui, comme le montre l'expérience, peuvent entraîner des mesures non coordonnées préjudiciable à un fonctionnement efficace et consensuel du système fiscal international, et susciter une incertitude fiscale.

La diversité des réponses des pays à cette question laisse penser qu'il est nécessaire d'adopter une méthode plus uniforme. Les réponses actuelles diffèrent à la fois quant à la nature des actifs visés (biens immobiliers, dans une définition étroite ou large; autres actifs comme les télécommunications; actifs incorporels comme les actions émises par une société résidente mais détenues par un résident non imposé) et quant à la méthode à utiliser pour l'imposition du point de vue juridique.

Au vu des dispositions des deux MCF, le principe selon lequel l'attribution primaire au pays « source » du droit à l'imposition des plus-values générées par les TIE de « biens immobiliers » est largement accepté. Toutefois, l'article 13(4) ne figure que dans quelque 35 % des conventions de double imposition et on le trouve moins souvent lorsque l'une des parties est un pays à faible revenu bien doté en ressources naturelles. À ce jour, la Convention multilatérale a eu une incidence positive sur ce pourcentage en suscitant une augmentation du nombre de conventions fiscales qui comprennent effectivement l'article 13(4) du modèle de convention fiscale de l'OCDE. On s'attend à ce que cela s'accroisse à l'avenir, car de nouvelles parties pourraient décider de négocier ou de renégocier les conventions basées sur la formulation de ce paragraphe

dans les MCF de 2017 de l'OCDE et de l'ONU, et/ou de signer le MC et de modifier leurs conventions fiscales visées pour inclure la nouvelle formulation de l'article 13(4).

Toutefois, le rapport souligne aussi le point suivant: que des conventions entrent ou non en jeu, ce droit d'imposition ne peut s'exercer sans une définition appropriée dans la législation interne des actifs à imposer et sans une base légale interne pour faire valoir ce droit. On a présenté dans le texte des échantillons de ce type de règle.

Dans ce contexte se pose la question cruciale de la définition appropriée du concept de bien « immobilier ». D'un point de vue économique ou même administratif, il n'est pas particulièrement significatif. Selon notre analyse, une méthode conceptuelle plus utile consiste à cibler et à appréhender dans la définition les actifs dont la valeur provient en grande partie de rentes spécifiques à l'emplacement. Il serait certes préférable d'imposer directement ces rentes -- comme on le conseille habituellement aux pays -- mais les imperfections de la conception et de l'application de cette méthode peuvent laisser subsister une utile fonction de dernier ressort pour imposer les revenus liés à l'augmentation de la valeur de ces rentes. Selon cette approche d'inspiration économique, la définition des biens immobiliers devrait être suffisamment étendue pour inclure une large gamme de transferts liés à des droits accordés par l'État qui sont susceptibles de générer des revenus substantiels.

La question pratique centrale posée par les TIE est l'application de l'imposition par le pays où se situe l'actif — les dispositions sur ce point doivent être rédigées soigneusement. Le rapport présente les deux principales méthodes pour le faire -- qui sont très différentes d'un point de vue juridique -- et des échantillons de rédactions simplifiées de la législation interne. L'une de ces méthodes -- privilégiée dans ce rapport pour des raisons administratives ainsi que de logique et de simplicité de l'ajustement de la base imposable -- considère une TIE comme une cession présumée de l'actif sous-jacent. L'autre considère que le transfert est opéré par le vendeur effectif, à l'étranger, mais que le gain tiré de ce transfert a pour origine le pays « source » -- ce qui permet à celui-ci de l'imposer.



APPENDICE A. CONSULTATIONS

[Pour le rapport final]

APPENDICE B. EXEMPLES DE PRATIQUES NATIONALES

Les méthodes employées par les pays pour imposer les transferts indirects à l'étranger (TIE) sont très différentes. De nombreux pays de l'OCDE suivent naturellement leur modèle de convention fiscale (MCF) mais pas tous. Fait important, la démarche du Mexique est plus proche du MCF des Nations Unies : le pays impose les plus-values réalisées par des résidents étrangers sur le transfert d'actions émises par des entreprises nationales, quel que soit le lieu où le droit est transmis, si plus de 50 % de la valeur de ces actions proviennent de biens immobiliers situés au Mexique⁶⁷. D'autres pays s'écartent du MCF de l'OCDE et des Nations Unies. Les États-Unis, le Pérou et la Chine, pour ne citer qu'eux, illustrent cette diversité. À titre d'exemple, le transfert dans le cas de l'opérateur Zain décrit dans l'Encadré 3 (p. 23) ne serait pas imposé aux États-Unis mais le serait au Pérou et pourrait l'être ou non en Chine.

Imposition aux États-Unis des cessions de biens immobiliers détenus par des investisseurs étrangers aux États-Unis

Lacunes d'un modèle d'imposition selon le principe unique de la résidence

À l'origine, l'impôt sur le revenu aux États-Unis partait du principe que, en l'absence d'une activité commerciale ou industrielle aux États-Unis, les bénéficiaires industriels et commerciaux des résidents étrangers devaient être imposés sur leur lieu de résidence, défini dans le cas des particuliers par un critère de présence physique (au moins 183 jours pendant 12 mois consécutifs). La loi a toutefois autorisé de nombreuses possibilités pour éviter l'impôt sur les plus-values aux États-Unis en cas d'activité commerciale ou industrielle sur le territoire. À titre d'exemple, la date du paiement en cas de vente d'un actif pouvait être fixée postérieurement à la liquidation de l'entité exerçant l'activité commerciale ou industrielle aux États-Unis, si bien que la plus-value était réalisée à un moment où le résident étranger n'avait aucun lien avec une activité aux États-Unis. En outre, les résidents étrangers pouvaient échanger le bien immobilier aux États-Unis contre un autre bien du même type à l'étranger et cette opération n'était pas considérée comme la réalisation d'une plus-value⁶⁸. À l'inverse, le résident étranger pouvait détenir les biens d'une société nationale (ou étrangère) et vendre les actions de cette société en lieu et place des biens sous-jacents. En d'autres termes, il pouvait échapper à l'impôt à travers une vente indirecte (sur le territoire ou à l'étranger)⁶⁹.

Les groupes de pression agricoles

⁶⁷ Ley del ISR (Mexique), art. 161.

⁶⁸ Brown (2004), p. 297.

⁶⁹ Petkun (1982), p. 13.

Un élément particulièrement préoccupant tient au fait que les investisseurs étrangers pouvaient avoir un statut fiscal de résident pendant la phase opérationnelle de l'activité, bénéficier d'un régime fiscal sur la base du résultat net durant cette période, ce qui réduit le bénéfice imposable (via des déductions de dépenses), et passer à un statut fiscal de non-résident au moment de la vente de l'actif dont la valeur a augmenté, évitant ainsi l'impôt sur les plus-values à ce stade⁷⁰. En supposant que les investisseurs étrangers versaient un impôt sur les plus-values nul (ou faible) à l'étranger sur la vente du bien aux États-Unis, ils profitaient d'un avantage par rapport aux entités américaines. Les groupes de pression agricoles aux États-Unis ont présenté cet argument avec force à la fin des années 70⁷¹. Ils ont en effet soutenu que «... les investisseurs étrangers dans les terres agricoles des États-Unis obtiennent des allègements fiscaux si intéressants qu'ils peuvent souvent se permettre de surenchérir sur les agriculteurs américains qui souhaitent agrandir leurs exploitations»⁷². La National Farmers Union s'est montrée particulièrement préoccupée par les conventions fiscales qui offraient des possibilités supplémentaires pour échapper à l'impôt sur les plus-values. Par exemple, la convention renégociée avec le Royaume-Uni à l'époque contiendrait selon elle «... une disposition qui encouragerait une évasion massive au titre de l'impôt sur le revenu par les intérêts étrangers qui achètent et vendent du pétrole, des céréales et des produits de base ou qui investissent dans les terres agricoles aux États-Unis»⁷³. Le problème qui se pose est que la convention empêchait les États-Unis d'imposer les investisseurs étrangers sur la plus-value tirée de la cession d'actifs en capital américains⁷⁴.

Imposition aux États-Unis des plus-values réalisées par les non-résidents

L'actuelle loi FIRPTA (loi sur l'investissement étranger dans l'immobilier) a été adoptée en 1980 pour faire disparaître l'avantage concurrentiel dont bénéficieraient les investisseurs étrangers sur le marché immobilier des États-Unis⁷⁵. Conformément à cette loi, les étrangers non-résidents ne pourront plus éviter l'impôt sur les plus-values aux États-Unis prélevé en cas de vente directe d'un bien immobilier dans le pays. La loi définit ainsi les biens immobiliers : les mines, puits et autres gisements naturels, la propriété foncière (ou la mise en valeur des terres) et les options pour

⁷⁰ La valeur de l'actif pouvait sans doute intégrer les bénéfices comptables non distribués.

⁷¹ Petkun (1982), p. 14.

⁷² *Spokane Daily Chronicle*, 8 mai 1978. Cf. aussi Brown (2004), p. 298.

⁷³ Invoquant un document de travail non publié par le ministère de l'Agriculture des États-Unis, l'article expliquait que, par exemple, un «... investisseur allemand a souvent l'avantage d'échapper à l'ensemble des impôts sur les plus-values et ne renonce pas au privilège d'être traité à l'égal des contribuables américains sur d'autres aspects». Cela signifie que l'investisseur allemand n'était pas imposé sur ses recettes d'exploitation brutes s'il avait été considéré en permanence comme un investisseur étranger passif. *Spokane Daily Chronicle*, 8 mai 1978.

⁷⁴ Petkun (1982), p. 27.

⁷⁵ Principale disposition de la loi FIRPTA : IRC, S 897.

acquérir des terrains⁷⁶. Elle taxe la vente de tous les droits de nature immobilière (DNI) détenus directement aux États-Unis, y compris ceux qui sont détenus par des résidents étrangers, pas seulement ceux pour lesquels le contribuable a bénéficié d'une imposition sur une base nette⁷⁷. En revanche, la loi n'englobe pas les actions négociées régulièrement sur un marché des valeurs mobilières en place, quel que soit le pourcentage de leur valeur pouvant être représenté par des actifs immobiliers américains⁷⁸.

La loi FIRPTA taxe les plus-values tirées de la cession des DNI aux États-Unis définis ci-dessous :

1. Participations directes dans des biens immobiliers situés aux États-Unis;
2. Participations dans une société nationale qui détient de nombreux biens immobiliers aux États-Unis⁷⁹;
3. Participations dans des partenariats, fiducies ou biens nationaux ou étrangers avec des biens immobiliers aux États-Unis.

En outre, la loi FIRPTA a prévalu sur les conventions qui exonèrent les résidents étrangers d'un impôt sur les plus-values sur leurs DNI aux États-Unis dans l'un de ces trois cas de figure⁸⁰. La loi FIRPTA ne modifie pas le principe de base qui régit l'imposition des non-résidents aux États-Unis : toutes les plus-values (et moins-values) tirées des cessions de DNI détenus directement aux États-Unis sont considérées comme un revenu en lien réel avec une activité aux États-Unis et l'investisseur étranger qui cède un DNI aux États-Unis est réputé exerçant une activité dans le pays et donc imposé en conséquence.

Fait important cependant, une société étrangère peut détenir un bien immobilier aux États-Unis et la cession de ses actions par un investisseur étranger n'est pas soumise à l'impôt aux États-Unis. La loi FIRPTA ne concerne pas les ventes indirectes à l'étranger de biens immobiliers détenus par une société étrangère aux États-Unis⁸¹.

Effets indirects de la loi FIRPTA sur les investisseurs étrangers

D'après certains analystes, le fait que les investisseurs non-résidents ne soient pas imposés sur les plus-values tirées de la cession d'actions d'une société étrangère détenant des biens immobiliers

⁷⁶ Il convient de noter qu'aux États-Unis les propriétaires fonciers détiennent aussi ce qui se trouve sous leurs biens.

⁷⁷ Brown (2004), p. 305.

⁷⁸ Petkun (1982), p. 21.

⁷⁹ Par définition, une «société holding immobilière» détient des biens immobiliers en majorité, qui sont évalués au prix du marché.

⁸⁰ Au départ 4 ans après l'adoption de la loi FIRPTA en 1980, avant que l'article 13 (4) ne soit ajouté dans le MCF.

⁸¹ Petkun (1982), p. 23; cf. aussi Doernberg (2012), p. 112.

aux États-Unis ne signifie pas que la loi FIRPTA présentait une lacune⁸². L'argument est en substance le suivant : la cession d'une société holding étrangère qui détient un DNI dont la valeur a augmenté aux États-Unis sans payer l'impôt sur les plus-values correspondant transfère l'aléa fiscal à l'acquéreur, qui héritera de la base de coûts initiale de l'actif. Dans l'hypothèse où l'actif sous-jacent est à terme cédé directement sur le marché local dans un transfert ultérieur, l'acquéreur actualisera en conséquence le prix des actions étrangères représentant la propriété indirecte du DNI aux États-Unis.

Sachant que la capacité des sociétés étrangères à transférer des DNI aux États-Unis sans comptabiliser la plus-value imposable est restreinte, l'acquéreur des actions étrangères payera un prix moins élevé pour tenir compte du futur impôt exigible; «cet ajustement du prix, s'il a lieu, se traduira par le prélèvement de l'impôt sur le revenu aux États-Unis sur le vendeur indirectement»⁸³. Pour reprendre les mots d'un autre analyste, «... si la vente d'actions d'une société étrangère détenant des biens immobiliers aux États-Unis n'est pas imposable en vertu de la loi FIRPTA, le vendeur étranger peut devoir supporter un impôt indirect en raison d'un prix de vente réduit pour tenir compte du futur impôt à payer par la société»⁸⁴.

Pérou

Après la controverse autour de Petrotech (décrite dans l'Encadré 2), le Pérou a voté une loi taxant l'ensemble des TIE, pas uniquement ceux dont la valeur provient de biens immobiliers situés au Pérou. La vente d'une participation dans une société non-résidente dont la valeur découle pour au moins 50 % des actions de sociétés résidentes au Pérou sera imposée dans le pays. Au moins 10 % des actifs de la société mère résidente doivent être cédés pour que l'impôt soit applicable⁸⁵, de sorte que les ventes réalisées par des investisseurs individuels à l'étranger ne seront pas concernées.

Encadré A.1 : Loi péruvienne relative à l'impôt sur le revenu sur les ventes indirectes d'actifs à l'étranger

Art. 10.- «... est aussi considéré comme un revenu tiré d'une source péruvienne :

e) Le revenu tiré de la vente indirecte d'actions ou de participations représentant le capital de personnes morales qui résident au Pérou. Une vente indirecte a lieu lorsque les actions ou participations représentant le capital d'une personne morale non-résidente qui, pour sa part,

⁸² Petkun (1982), p. 23.

⁸³ Petkun (1982), p. 23.

⁸⁴ Brown (2004), p. 299.

⁸⁵ La première condition a été instaurée avec la Loi n° 29663 de février 2001; la deuxième avec la Loi n° 29757 de juillet 2011. Les conventions de double imposition peuvent prévaloir sur la législation nationale péruvienne taxant les TIE.

détient – directement ou via un ou plusieurs intermédiaires – des actions ou participations représentant le capital d'une personne morale qui réside au Pérou, si ... dans le même temps ...

1. Au cours de l'un des douze mois précédant la vente, la valeur de marché des actions ... de l'entité résidente ... représente ... au moins cinquante pour cent de la valeur de marché de toutes les actions ... de l'entité non-résidente.

.....

2. Au cours d'une période de douze mois, les actions vendues par le non-résident ... représentent au moins dix pour cent du capital de l'entité non-résidente.

Une vente indirecte intervient aussi lorsqu'une entité non-résidente émet de nouvelles actions ... résultant d'une augmentation du capital souscrit, de nouvelles contributions au capital ... ou d'une restructuration qui diminue leur valeur en dessous de la référence du marché.

Dans tous les cas, lorsque les actions vendues ou les nouvelles actions émises ... sont la propriété d'une entité qui réside dans un pays à faible fiscalité; l'opération sera assimilée à une vente indirecte.»

Chine

La méthode employée par la Chine pour imposer les plus-values sur les transferts de droits est différente parce qu'elle s'apparente à une règle anti-évasion. La règle générale est la suivante : la plus-value tirée de transferts directs d'actifs situés en Chine est imposée à un taux de 25 % et les transferts indirects à l'étranger sont imposés au même taux lorsqu'ils concernent la vente de biens immobiliers situés en Chine. Dans d'autres cas, le droit d'imposition sur le transfert indirect de prises de participation a pour source l'implantation de l'entreprise qui investit. Cela signifie qu'une entreprise non-résidente qui détient une autre société holding non-résidente qui pour sa part investit dans une société chinoise ne sera pas imposée en Chine sur la plus-value tirée du transfert d'actions de la société holding; la source de la plus-value correspond à l'implantation de la société holding⁸⁶.

Cependant, si la société holding se situe dans un pays où la pression fiscale réelle est inférieure à 12,5 % ou les revenus de l'étranger ne sont pas imposés, l'administration fiscale chinoise peut faire abstraction de la société holding étrangère et requalifier le transfert indirect en transfert direct si elle établit que la transaction réalisée à l'étranger n'a pas d'autre objectif commercial raisonnable que d'échapper à l'impôt chinois⁸⁷.

⁸⁶ Règle définie à l'origine dans l'Avis n° 698 du 10 décembre 2009 et remplacée par l'Avis public (2015) 7.

⁸⁷ Article 47 de la Loi relative à l'impôt sur le revenu des entreprises. Des exceptions sont prévues par exemple en cas de vente d'actions sur le marché boursier.

Les facteurs qui déterminent si une transaction ne remplit pas le critère d'objectif commercial raisonnable sont par exemple les suivants : si i) la valeur de l'actif transféré directement provient pour au moins 75 % (directement ou indirectement) de biens immobiliers imposables en Chine; ii) l'entreprise non-résidente n'exerce pas d'activités de fond et n'encourt pas de risques bien réels; l'impact fiscal du transfert indirect dans le pays étranger est moindre que l'impôt chinois si la vente a été réalisée directement⁸⁸.

La stratégie de la Chine en matière de transferts indirects d'actifs est relativement défensive et discrétionnaire. Elle taxe les TIE lorsqu'elle juge qu'ils ont été organisés en vue d'échapper à l'impôt chinois tout en n'étant pas imposés de manière proportionnée par un autre pays.

⁸⁸ Wei (2015).

APPENDICE C. L'ARTICLE 13.4 DANS LA PRATIQUE — UNE ANALYSE EMPIRIQUE

Cet Appendice décrit et étudie la présence ou l'absence de l'Article 13.4 dans (ce qui constitue pour l'essentiel l'univers des) conventions de double imposition (CDI) en 2015⁸⁹. Il se penche aussi sur les caractéristiques des pays qui influent sur la probabilité d'intégrer cette disposition dans une CDI.

Données et variables

L'analyse porte sur 3.046 CDI, soit pratiquement l'ensemble de l'univers des CDI actives. Parmi elles, 2.979 ont été obtenues auprès du Bureau international de documentation fiscale (IBFD), le reste provenant de recherches sur Internet ou de la base de données sur les conventions fiscales d'ActionAid⁹⁰.

Environ 35 % de ces conventions (973) comportent une disposition qui habilite le pays d'origine à imposer les plus-values tirées de la cession du capital social d'une entité dont la propriété se compose directement ou «indirectement» et principalement de biens immobiliers. Nous ne sommes pas en mesure d'établir une distinction satisfaisante entre l'adoption des versions des Nations Unies et de l'OCDE.

En outre, quelque 35 % des conventions qui touchent au moins un pays riche en ressources naturelles incluent l'Article 13.4 tel que défini dans cette partie (291 conventions sur 834) (Graphique A1). Par ailleurs, environ 38 % des conventions qui impliquent au moins un pays à faible fiscalité comportent l'Article 13.4 (Graphique C.1).

Dans la modélisation de la probabilité de la présence de l'Article 13.4 dans la convention (à condition qu'une telle convention existe), nous utilisons les variables suivantes (la synthèse des statistiques figure dans le Tableau C.1) :

- *Article 13.4*, la variable dépendante, est une variable muette qui prend la valeur un si une CDI comporte l'Article 13.4 et le mot «indirectement» (en utilisant la version des Nations Unies ou de l'OCDE ou des variantes similaires) et zéro dans les autres cas.
- *Riche en ressources naturelles à faible revenu* est une variable muette qui prend la valeur un si au moins un pays signataire est un pays riche en ressources naturelles à faible revenu ou à revenu intermédiaire (tranche inférieure) (suivant la définition de la classification des

⁸⁹ Si une convention contient cette disposition, elle figure dans certains cas sous un numéro différent dans la convention (par exemple 13.2, 13.5 ou 14.4). Il faut en outre souligner que, dans cette analyse, si une disposition sur le traitement des plus-values tirées de biens immobiliers figure dans une CDI mais n'emploie pas précisément le mot «indirectement», elle n'est pas dénommée Article «13.4».

⁹⁰ À l'adresse <http://www.ictd.ac/datasets/action-aid-tax-treaties-datasets>.

- revenus de la Banque mondiale et si les recettes tirées des ressources naturelles dépassent 10 %).
- $IPV_i - IPV_j$ est la différence (en valeur absolue) entre les taux de l'impôt sur les plus-values des pays. Si le code des impôts d'un pays établit une distinction entre l'IPV aux fins de l'impôt sur les sociétés et de l'impôt sur le revenu des personnes physiques, nous utilisons l'IPV relatif aux sociétés. Les sources sont les rapports par pays publiés par Ernst and Young et Deloitte. En cas d'écart d'IPV plus important, l'utilisation d'une CDI pour l'optimisation fiscale devient plus intéressante.
 - *Faible fiscalité* est une variable muette qui prend la valeur un si le pays applique une fiscalité faible au sens où il figure dans la liste de Hines et Rice (1994). Il existe 454 CDI qui intéressent ces pays (soit près de 1/6 du total)⁹¹.
 - *Faible fiscalité* × *À faible revenu Res.* est un terme d'interaction entre *Riche en ressources naturelles à faible revenu* et *Refuge*. Cette variable nous permet d'évaluer si le rôle des pays à faible fiscalité dépend du niveau de revenu du pays partenaire. L'idée est que *Faible fiscalité* peut avoir un impact sur *Article 13.4* seulement si (c'est-à-dire subordonné à l'observation que) un pays signataire est un pays à faible revenu mais pas si ce pays est une économie développée. Que cela puisse ou non être le cas est au final une question empirique.
 - *Année* est l'année de signature de la convention. Il s'agit pour l'essentiel d'une variable tendancielle couvrant la période entre 1947 et 2015.

Tableau C1 : Statistiques descriptives

VARIABLES	N	Moyenne	Écart-type	Min.	Max.
<i>Article 13.4</i>	3.046	0,319	0,466	0	1
<i>Année</i>	3.046	1997	12,51	1947	2015
$IPV_i - IPV_j$	2.993	11,05	8,512	0	35
<i>Faible fiscalité</i>	3.046	0,149	0,356	0	1
<i>Riche en ressources naturelles à faible revenu</i>	3.044	0,105	0,306	0	1

⁹¹ La liste comprend 50 pays : Andorre, Anguilla, Antigua-et-Barbuda, Antilles néerlandaises, Aruba, Bahamas, Bahreïn, Barbade, Belize, Bermudes, îles Caïmans, Chypre, îles Cook, Costa Rica, Djibouti, Dominique, Gibraltar, Grenade, Guernesey, Irlande, île de Man, Jersey, Jordanie, Liban, Libéria, Liechtenstein, Luxembourg, Macao, Maldives, Malte, îles Marshall, Maurice, Micronésie, Montserrat, Nauru, Niue, Panama, Saint-Kitts-et-Nevis, Saint-Martin, Saint-Martin, Saint-Vincent-et-les Grenadines, Sainte-Lucie, Samoa, Singapour, Suisse, Tonga, îles Turques et Caïques, Vanuatu et îles Vierges (britanniques).

Faible fiscalité × À faible revenu 3.044 0,00591 0,0767 0 1
Res.

Analyse et résultats

Le Tableau A2 présente les résultats des estimations issus de deux modèles utilisant *Article 13.4* comme variable dépendante : un modèle de probabilité linéaire (MPL) dans les colonnes (1) à (3) et un modèle logit dans les colonnes (4) à (6). Les résultats, qui figurent dans le Tableau C.2, sont analysés dans le texte.

Tableau C.2 : Probabilité d'inclure l'Article 13.4 dans une CDI, résultats des estimations

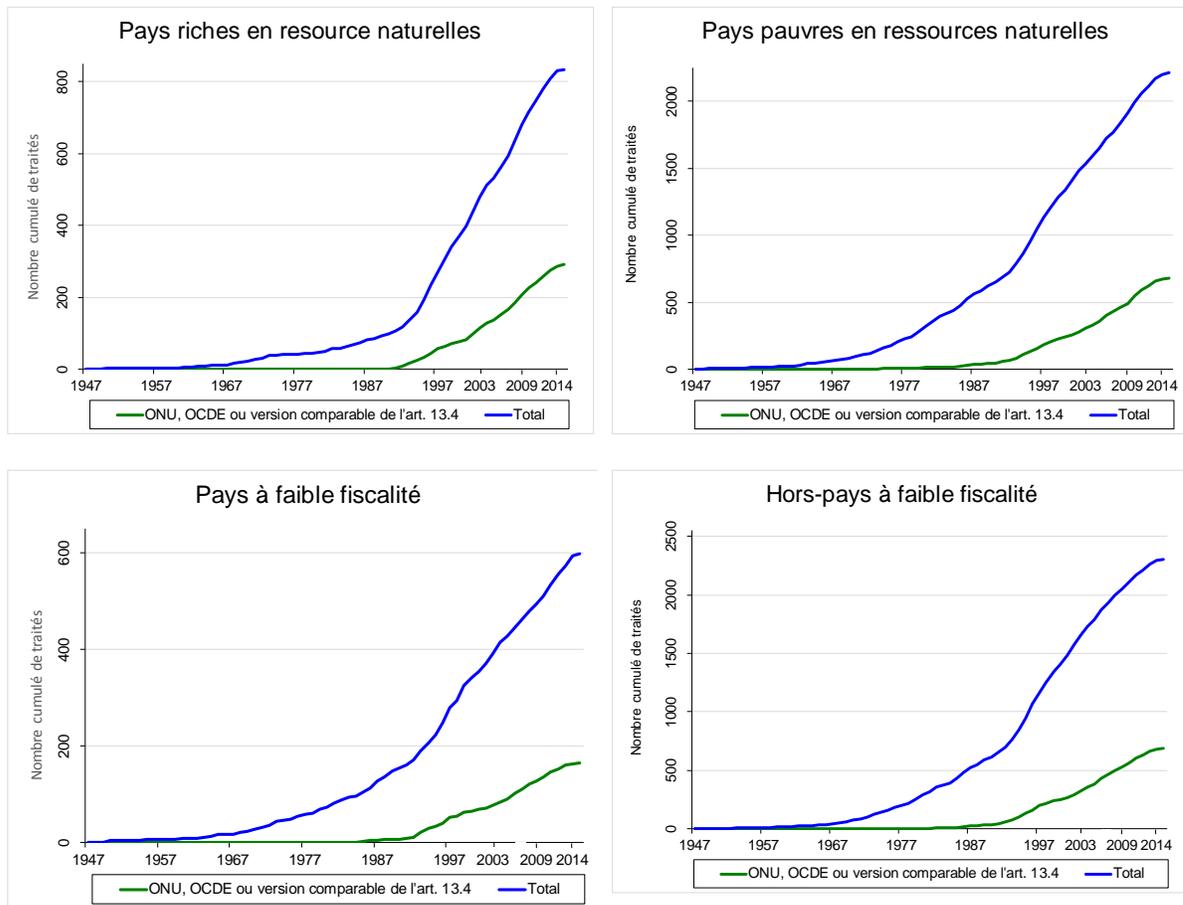
	(1)	(2)	(3)	(4)	(5)	(6)
Variable dépendante	<i>Article 13.4</i>					
Modèle	MPL			Logit		
<i>Riche en ressources naturelles à faible revenu</i>	-0,0592** (0,026)	-0,0593** (0,026)	-0,0657** (0,0276)	-0,065** (0,027)	-0,064** (0,027)	-0,079*** (0,027)
<i>IPV_i-IPV_j</i>		0,0030*** (0,000)	0,0042*** (0,000)		0,0021** (0,0009)	0,0037*** (0,001)
<i>Faible fiscalité</i>			-0,133*** (0,024)			-0,164*** (0,024)
<i>Faible fiscalité × Riche en ressources naturelles à faible revenu</i>			-0,162* (0,084)			-0,164 (0,146)
<i>Année</i>	0,0136*** (0,000)	0,0135*** (0,000)	0,0141*** (0,000)	0,017*** (0,000)	0,016*** (0,000)	0,017*** (0,000)
Constante	-26,88*** (1,063)	-26,76*** (1,072)	-27,80*** (1,092)	-180,5*** (9,628)	-177,4*** (9,609)	-195,8*** (10,64)

Observations	3.044	2.971	2.971	3.044	2.971	2.971
R ²	0,134	0,135	0,146			

Les erreurs types robustes sont entre parenthèses. *** p<0,01, ** p<0,05, * p<0,1

Comme les coefficients estimés dans les modèles non linéaires ne peuvent pas être interprétés comme des effets marginaux, les colonnes (4) à (6) présentent les effets marginaux (sauf pour la constante).

Graphique C.1 : Article 13.4 dans les CDI avec les pays riches en ressources naturelles ou les pays à faible fiscalité



BIBLIOGRAPHIE

- Arnold Brian J. and Michael J, McIntyre, 1995, *International Tax Primer* (Den Haag, The Netherlands: Kluwer Law).
- Auerbach, Alan, 2002, "Taxation and Corporate Financial Policy," pp. 1251-1292 in Alan J. Auerbach and Martin Feldstein (eds), *Handbook of Public Economics*, Vol. 3 (North Holland: Amsterdam).
- Auriol, Emmanuelle and Michael Warlters, 2005, "Taxation base in developing countries," *Journals of Public Economics*, Vol. 89, pp.625-646.
- Beer, Sebastian and Jan Loeprick, 2015, "Profit Shifting in the Oil and Gas Industry." Mimeo, the World Bank.
- Fred B. Brown, Fred B., 2004, "Wither FIRPTA?" *Tax Lawyer*, Vol. 57, No2, p.297.
- Burns, Lee, Honoré Le Leuch and Emil Sunley, 2015, "Taxing Gains on Transfer of Interest," forthcoming in Philip Daniel, Michael Keen, Artur Swistak and Victor Thuronyi (eds), *International Taxation and the Extractive Industries* (Routledge)
- Cope, Charles W. and Parul Jain, 2015, "Taxation of indirect share transfers: Recent development in India and related policy considerations", *Tax Notes International*
- Cui, Wei, 2015, "Taxation of Non-residents' Capital Gains," pp. 107-154 in Hugh Alt and Brian Arnold (eds) *United Nations Handbook on Selected Issues in Protecting the Tax Base of developing Countries* (United Nations).
- Daniel, Philip, Michael Keen and Charles McPherson (eds), 2010, *The Taxation of Petroleum and Minerals: Principles, Practices and Problems* (Routledge).
- Desai, Mihir A. and James R. Hines Jr. 2003, "Evaluating International Tax Reform," *National Tax Journal*, Vol. 56 (September), pp. 409-40.
- Doernberg, Richard L., 2012, *International Taxation in a Nutshell*, West publishing.
- Hearson, Martin, 2014, "Capital Gains Tax Avoidance: Can Uganda Succeed Where India Didn't?", September 23, available at <https://martinhearsen.wordpress.com/2014/09/23/capital-gains-tax-avoidance-can-uganda-succeed-where-india-didnt/>
- Hearson, Martin (2016), 'The ActionAid Tax Treaties Dataset'. Brighton: Institute of Development Studies. <http://ictd.ac/datasets/action-aid-tax-treaties-datasets>
- Hines, James R. and Eric M. Rice, 1994, "Fiscal Paradise: Foreign Tax Havens and American Business," *Quarterly Journal of Economics*, Vol. 109, pp. 149-182.
- International Monetary Fund, 2014, "Spillovers in International Corporate Taxation," Available at www.imf.org/external/np/pp/eng/2014/050914.pdf
- International Monetary Fund, Organisation for Economic Cooperation and Development, World Bank Group and United Nations, 2015, *Options for Low Income Countries' Effective and Efficient Use of Tax Incentives for Investment*. Available at <https://www.imf.org/external/np/g20/pdf/101515.pdf>

- Krever, Rick, 2010, "Tax Treaties and the Taxation of Non-residents' Capital Gains," pp.212-238 in Arthur Cockfield (ed.) *Globalization and its Discontents: Tax Policy and International Investments* (University of Toronto Press: Toronto).
- Organization for Economic Cooperation and Development, 2014a, *Report to the G20 Development Working Group on the Impact of BEPS in Low Income Countries*, Part 1 available at <http://www.oecd.org/tax/part-1-of-report-to-g20-dwg-on-the-impact-of-beps-in-low-income-countries.pdf>.
- Organization for Economic Cooperation and Development, 2014b, *Report to the G20 Development Working Group on the Impact of BEPS in Low Income Countries*, Part 2, available at <https://www.oecd.org/g20/topics/taxation/part-2-of-report-to-g20-dwg-on-the-impact-of-beps-in-low-income-countries.pdf>.
- Peters, Carmel, 2015, "Developing Countries' Reactions to the G20/OECD Action Plan on Base Erosion and Profit Shifting," *Bulletin for Fiscal Documentation*, June/July, pp.375-381.
- Petkun, Lisa B., 1982, "The Foreign Investment in Real Property Act of 1980", *Penn State International Law Review*. Vol 1: Issue 1, Article 2.
- Sinn, Hans-Werner, 1991, "The vanishing Harberger triangle," *Journal of Public Economics*, Vol. 45, pp. 271-300.
- United Nations, 2015, *Note on Capital Gains Taxation and Taxation of Indirect Asset Transfers*, available online at http://www.un.org/esa/ffd/wp-content/uploads/2015/10/11STM_Attachment2_Cgt.pdf.
- United Nations, 2016, *Manual for the Negotiation of Bilateral Tax Treaties between Developed and Developing Countries*, United Nations, p.108 (New York, 2016)
- Waerzeggers, Christophe and Cory Hiller, 2016, "Introducing a general anti-avoidance rule (GAAR)—Ensuring that a GAAR achieves its purpose", Tax Law IMF Technical Note 2016/1, IMF Legal Department.
- Wei, Jinji, 2015, "China extends tax rights on nonresidents' capital gains from indirect transfers", *International Tax Notes*, February 9.
- Wijnen and de Goede (2014), "The UN Model in Practice 1997-2013," *Tax Treaty Monitor*, Brian J. Arnold in Cooperation with IBFD's Tax Unit Treaty.