



HAL
open science

L'imposition des bénéfices des multinationales du numérique dans l'État de consommation

Florent Rombourg

► **To cite this version:**

Florent Rombourg. L'imposition des bénéfices des multinationales du numérique dans l'État de consommation. Droit. Université de Montpellier, 2022. Français. NNT: 2022UMOND006. tel-04049302

HAL Id: tel-04049302

<https://theses.hal.science/tel-04049302v1>

Submitted on 28 Mar 2023

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

THÈSE POUR OBTENIR LE GRADE DE DOCTEUR DE L'UNIVERSITÉ DE MONTPELLIER

En Droit public

École doctorale Droit et Science politique

Centre de Recherches et d'Études Administratives de Montpellier

L'imposition des bénéficiaires des multinationales du numérique dans l'État de consommation

Présentée par Florent ROMBOURG

Le 24 mai 2022

Sous la direction de M. Le Professeur Étienne DOUAT
Professeur à l'Université de Montpellier

Devant le jury composé de

M. Ludovic AYRAULT, Professeur et Vice-Président de l'Université de Paris I Panthéon-Sorbonne

Mme Lise CHATAIN, Maître de conférences à l'Université de Montpellier

M. Martin COLLET, Professeur de l'Université de Paris II Panthéon-Assas

M. Olivier NÉGRIN, Professeur de l'Université Aix-Marseille

Président

Suffragant

Rapporteur

Rapporteur



UNIVERSITÉ
DE MONTPELLIER

« L'Université n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans cette thèse ; ces opinions doivent être considérées comme propres à leur auteur »

À mes parents

REMERCIEMENTS

Tout d'abord, Monsieur le Professeur Etienne Douat, je voudrais vous remercier chaleureusement pour m'avoir dirigé tout au long de ces quatre années de thèse. Toujours disponible, vous avez été constamment à l'écoute de mes nombreuses questions, et vous vous êtes toujours intéressé à l'avancée de mes travaux. Toutes les discussions que nous avons eues ainsi que vos conseils avisés m'ont été indispensables pour mener à bien cette thèse. Votre capacité d'analyse, votre soutien constant, votre enthousiasme et votre humour m'ont été indispensables. Enfin, vos nombreuses relectures et corrections m'ont été d'une aide précieuse. Pour tout cela, je tiens à vous exprimer ma profonde gratitude.

Mes remerciements vont également à Madame Lise Chatain, membre du Jury, ainsi qu'à Monsieur le Professeur Martin Collet et à Monsieur le Professeur Olivier Négrin d'avoir accepté de relire cette thèse et d'en être rapporteurs. J'exprime ma reconnaissance à Monsieur le Professeur Ludovic Ayrault d'avoir accepté d'être Président du jury. Mes espoirs sont comblés, je suis extrêmement honoré que de tels experts aient accepté de juger mon travail.

Merci Clarisse, tu as su me soutenir, me supporter, m'encourager pendant toute la durée de ma thèse et plus particulièrement durant les derniers mois difficiles de rédaction. Je te dois beaucoup.

Mes pensées vont également à mon frère et tous mes amis, trop nombreux pour être cités, pour leur soutien moral indéfectible.

Et enfin, plus que tout, un énorme merci à mes parents, à qui je dois tant, leur présence, leurs encouragements et leur soutien sans faille m'ont été d'un très grand réconfort.

PRINCIPALES ABRÉVIATIONS

AAG	Acte anormal de gestion
ACCIS	Assiette commune consolidée pour l'impôt des sociétés
AD	Agent dépendant
ADS	<i>Automatic digital services</i>
AF	Administration fiscale
AGCS	Accord général pour le commerce des services
AIDE	Actif incorporel difficile à évaluer
APP	Accord préalable de prix de transfert
ASP	<i>Application service provider</i>
ASL	Avantage spécifique de localisation
BDCF	<i>Bulletin des conclusions fiscales</i>
BE	Bénéficiaire effectif
BEPS	<i>Base erosion and profit shifting</i>
BF Lefebvre	<i>Bulletin fiscal Francis Lefebvre</i>
BGFE	<i>Bulletin de gestion fiscale des entreprises</i>
BOFIP-Impôts	<i>Bulletin officiel des finances publiques – Impôts</i>
BOI	<i>Bulletin officiel des impôts</i>
Bull. Joly	<i>Bulletin Joly</i>
BRICS	Brésil, Russie, Inde, Chine et Afrique
BtoB = B2B	Business to business
BtoBtoB = B2B2B	Business to business to business
BtoC = B2C	Business to consumer
BtoCtoB = B2C2B	Business to consumer to business
CA	Chiffre d'affaire
CA	Cour d'appel
CAA	Cour administrative d'appel
CAF	Comité des affaires fiscales
CBCR	<i>Country by country reporting</i>
CC	Conseil constitutionnel
CCC	Cycle commercial complet
CE	Conseil d'Etat
CFB	<i>Consumer facing business</i>
CFC	<i>Controlled Foreign Company</i>
Circ.	Circulaire
CJIP	Convention judiciaire d'intérêt public
CJUE	Cour de Justice de l'Union Européenne
CNIL	Commission nationale de l'informatique et des libertés
Comm.	Commentaire
Concl.	Conclusions
CPO	Conseil des prélèvements obligatoires
CRC	Comité de la réglementation comptable
CtoC / C2C	Consumer to consumer
DDHC	Déclaration des droits de l'homme et du citoyen

DEMPE	<i>Development, Enhancement, Maintenance, Protection and Exploitation</i>
DGFIP	Direction générale des Finances publiques
DGI	Direction générale des Impôts
DLF	Direction de la législation fiscale
DNEF	Direction nationale des enquêtes fiscales
DNRED	Direction nationale de recherches et d'enquêtes douanières
DNVSF	Direction nationale des vérifications de situations fiscales
Dr. et patr.	<i>Droit et patrimoine</i>
Dr. fisc.	<i>Droit fiscal – Revue de droit fiscal</i>
DSO	<i>Direct sales organisation</i>
DST	<i>Digital service tax</i>
e.g.	<i>Par exemple (exempli gratia)</i>
EMN	Entreprises Multinationales
ES	Etablissement stable
ETNC	Etats ou territoires non coopératifs
FDII	<i>Foreign derived intangible income</i>
FSI	Fournisseur de services sur l'internet
FR	<i>Feuille rapide Francis Lefebvre</i>
GAAP	Principes comptables généralement établis
GAFAM	<i>Google, Apple, Facebook, Amazon, Microsoft</i>
GAJA	<i>Les grands arrêts de la jurisprudence administrative</i>
GAJF	<i>Les grands arrêts de la jurisprudence fiscale</i>
GATT	Accord général sur les tarifs et le commerce
GFP	<i>Gestion et finances publiques, la Revue</i>
GILTI	<i>Global intangible low taxed income</i>
IaaS	<i>Infrastructure as a service</i>
IAGC	Ingénierie, approvisionnement et gestion de construction
ib	<i>même endroit (=ibid - ibidem)</i>
ICAP	Programme international pour le respect des obligations fiscales
IDE	Investissement direct à l'étranger
i.e.	C'est-à-dire (id est)
IFA	Installation fixe d'affaires
IFRS	<i>International financial reporting standards</i>
IG	Intérêt général
IGPDE	Institut de la Gestion Publique et du Développement Économique
IM	Instrument multilatéral
Inst.	Instruction ministérielle
IPP	Installation professionnelle permanente
IRS	<i>Internal revenue service</i>
IS	Impôt sur les sociétés
Iot	<i>Internet of things</i>
JCP	<i>Semaine Juridique Générale</i>
JCP E	<i>Semaine Juridique Entreprise et affaires</i>
JO	<i>Journal Officiel</i>
JO AN	<i>Journal Officiel Débats Assemblée nationale</i>
JO S	<i>Journal Officiel Débats Sénat</i>
LF	Loi de finances
LGDJ	Librairie générale de droit et de jurisprudence
LNF	<i>Les Nouvelles fiscales</i>
LPF	<i>Livre des procédures fiscales</i>

Lebon	<i>Recueil Lebon des arrêts du Conseil d'Etat</i>
MPDB	Méthode de partage des bénéfices
MTMN	Méthode transactionnelle de la marge nette
NTIC	Nouvelle technologie de l'information et de la communication
N-U	Nations-unies
OAD	Organisation autonome décentralisée
OCDE	Organisation pour la coopération et le développement économique
OECE	Organisation européenne de coopération économique
OMC	Organisation mondiale du commerce
ONU	Organisation des nations unies
Ord.	Ordonnance
PC	Pleine concurrence
PCG	Plan comptable général
PDB	Partage des bénéfices
PDT	Prix de transfert
PI	Propriété intellectuelle
PIB	Produit intérieur brut
PME	Petites et moyennes entreprises
PPC	Principe de pleine concurrence
PPT	<i>Principle purpose test</i>
PS	Prestation de services
QPC	Question prioritaire de constitutionnalité
RAI	Règle de l'assujettissement à l'impôt
RALS	Retenue à la source
RD aff. Int.	<i>Revue de droit des affaires internationales</i>
R-D	Recherche et développement
Req.	Requête
Rev. Aff. Eur.	<i>Revue des affaires européennes</i>
Rev. Trésor	<i>Revue du Trésor</i>
RF comp.	<i>Revue française de comptabilité</i>
RFFP	<i>Revue française des finances publiques</i>
RGPD	Règlement général sur la protection des données
RIR	Règle d'inclusion des revenus
RJEP	<i>Revue juridique de l'économie publique</i>
RJF	<i>Revue de jurisprudence fiscale</i>
RPII	Règle des paiements insuffisamment imposés
RTD eur.	<i>Revue de droit européen</i>
SaaS	<i>Software as a logiciel</i>
SDN	Société des Nations
SNA	Service numérique automatisé
Sous-sect.	Sous-section du Conseil d'Etat
TA	Tribunal administratif
TCA	Taxe sur le chiffre d'affaires
TCJA	<i>Tax Cuts and Jobs Act</i>
TEI	Technologies et équipements industriels
TEIG	Taux effectif d'imposition du groupe
TFUE	Traité sur le fonctionnement de l'Union Européenne
TIC	Technologie de l'information et de la communication
TICFE	Taxe intérieure sur la consommation finale d'électricité
TSN	Taxe sur les services numériques

TVA
UMA
USTR
VCA

Taxe sur la valeur ajoutée
Utilisateurs mensuels actifs
United states trade representative
Value chain analysis

SOMMAIRE

<u>REMERCIEMENTS</u>	<u>V</u>
<u>PRINCIPALES ABRÉVIATIONS</u>	<u>VII</u>
<u>SOMMAIRE</u>	<u>XI</u>
<u>INTRODUCTION</u>	<u>1</u>
<u>PARTIE 1 : L'imposition dans l'État de consommation des bénéfices des multinationales du numérique par les principes traditionnels de la fiscalité internationale</u>	<u>45</u>
<u>TITRE 1 : Le cadre international actuel d'imposition des bénéfices</u>	<u>49</u>
<u>Chapitre 1 : Les fondements du cadre fiscal international</u>	<u>51</u>
<u>Conclusion Chapitre 1</u>	<u>105</u>
<u>Chapitre 2 : Matérialisation des fondements et économie numérisée</u>	<u>107</u>
<u>Conclusion Chapitre 2</u>	<u>179</u>
<u>Conclusion TITRE 1</u>	<u>181</u>
<u>TITRE 2 : Le droit fiscal français dans le rattachement territorial des bénéfices des multinationales du numérique</u>	<u>183</u>
<u>Chapitre 1 : La plasticité de la territorialité de l'impôt sur les sociétés dans l'appréhension des bénéfices des entreprises étrangères du numérique</u>	<u>185</u>
<u>Conclusion Chapitre 1</u>	<u>263</u>
<u>Chapitre 2 : L'obsolescence des règles françaises de territorialité dans la répartition des profits des groupes d'entreprises numériques</u>	<u>265</u>
<u>Conclusion Chapitre 2</u>	<u>331</u>
<u>Conclusion TITRE 2</u>	<u>333</u>
<u>Conclusion PARTIE 1</u>	<u>337</u>
<u>PARTIE 2 : L'imposition dans l'État de consommation des multinationales du numérique par la modernisation des principes traditionnels de la fiscalité internationale</u>	<u>339</u>
<u>TITRE 1 : L'imposition des multinationales du numérique par le détachement des principes traditionnels de la fiscalité internationale</u>	<u>343</u>
<u>Chapitre 1 : Les solutions reposant sur l'imposition d'indicateurs autres que le bénéfice</u>	<u>347</u>
<u>Conclusion Chapitre 1</u>	<u>405</u>
<u>Chapitre 2 : Les solutions reposant sur une consécration exclusive de la théorie de la demande : l'exemple du Pilier 1 OCDE</u>	<u>409</u>
<u>Conclusion Chapitre 2</u>	<u>451</u>
<u>Conclusion TITRE 1</u>	<u>453</u>
<u>TITRE 2 : L'imposition des profits des multinationales du numérique par l'évolution des principes traditionnels de la fiscalité internationale</u>	<u>455</u>
<u>Chapitre 1 : Les solutions reposant sur l'évolution de la notion d'établissement stable</u>	<u>457</u>
<u>Conclusion Chapitre 1</u>	<u>497</u>

<u>Chapitre 2 : Les solutions reposant sur l'évolution du mécanisme de retenues à la source</u>	<u>501</u>
<u>Conclusion Chapitre 2</u>	<u>539</u>
<u>Conclusion TITRE 2</u>	<u>541</u>
<u>Conclusion PARTIE 2</u>	<u>543</u>
<u>CONCLUSION GÉNÉRALE</u>	<u>547</u>
<u>BIBLIOGRAPHIE</u>	<u>555</u>
<u>INDEX</u>	<u>589</u>
<u>TABLE DES MATIERES</u>	<u>593</u>

INTRODUCTION

A. DE TOCQUEVILLE, L'ANCIEN RÉGIME ET LA RÉVOLUTION (1856) : AVANT-PROPOS :

« Les Français ont fait en 1789 le plus grand effort auquel se soit jamais livré aucun peuple, afin de couper pour ainsi dire en deux leur destinée, et de séparer par un abîme ce qu'ils avaient été jusque-là de ce qu'ils voulaient être désormais. Dans ce but, ils ont pris toutes sortes de précautions pour ne rien emporter du passé dans leur condition nouvelle; ils se sont imposé toutes sortes de contraintes pour se façonner autrement que leurs pères; ils n'ont rien oublié enfin pour se rendre méconnaissables [...].

À mesure que j'avançais dans cette étude [sur la Révolution française], je m'étonnais en revoyant à tous moments dans la France de ce temps beaucoup de traits qui frappent dans celle de nos jours. J'y retrouvais une foule de sentiments que j'avais crus nés de la Révolution, une foule d'idées que j'avais pensé jusque-là ne venir que d'elle, mille habitudes qu'elle passe pour nous avoir seule données; j'y rencontrais partout les racines de la société actuelle profondément implantées dans ce vieux sol. Plus je me rapprochais de 1789, plus j'apercevais distinctement l'esprit qui a fait la Révolution se former, naître et grandir. Je voyais peu à peu se découvrir à mes yeux toute la physionomie de cette Révolution. Déjà elle annonçait son tempérament, son génie; c'était elle-même ».

1. La proclamation du principe du consentement en matière fiscale par la Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen (DDHC) du 7 août 1789 en son article 14¹ a eu pour conséquence l'établissement d'un nouvel ordre fiscal². L'intégration d'une conception « contractualiste » de l'obligation fiscale, envisagée comme « *le prix payé par le contribuable pour la sécurité et les services que lui apportent l'État* »³, a en effet marqué une rupture avec l'assimilation opérée, jusqu'alors sous l'Ancien Régime, entre le versement de l'impôt et la réalisation « *d'un devoir religieux effectué par crainte [...] dans l'espoir d'obtenir la protection divine de ses biens et de sa*

1 DDHC, Article 14 : « Tous les Citoyens ont le droit de constater, par eux-mêmes ou par leurs représentants, la nécessité de la contribution publique, de la consentir librement d'en suivre l'emploi, et d'en déterminer la quotité, l'assiette, le recouvrement et la durée ».

2 G. ORSONI, *L'évolution de la notion d'impôt*, thèse, Université Aix-Marseille, 1975, p. 154 et s.

3 M. BOUVIER, « Justice fiscale, légitimité de l'impôt et société post-moderne », *RFFP*, nov. 2013, n° 124, p. 17.

personne »⁴. La force de cette révolution n'aurait toutefois pu être la même sans l'existence préalable d'un système fiscal qui, de manière injuste et arbitraire, venait à exempter de l'imposition, les ordres du clergé et de la noblesse, pour faire reposer sur les contribuables constituant le tiers-État, une charge fiscale souvent bien supérieure à leur réelles capacités contributives. L'élimination des privilèges et exemptions sur lesquels reposait le système de l'Ancien-régime, dans le but de faire prévaloir une conception égalitaire, supposait alors que soit accordé aux individus composant la Nation, le droit de consentir librement la charge fiscale par l'intermédiaire de leurs représentants⁵. Se dessinait alors les principaux contours du « *modèle traditionnel de la norme juridique étatique, épris de légalité, d'égalité et d'« impérativité »* »⁶.

L'avènement des régimes démocratiques apparaît ainsi consubstantiel à la consécration du principe de consentement en matière fiscale. Deux volets composent ce principe : l'un juridique, l'autre sociologique. Dans son volet juridique, « *l'impôt doit être consenti dans les formes et par l'organe prévus par la Constitution, on parle alors du consentement de l'impôt* »⁷. Dans son volet sociologique, il est fait référence aux termes de consentement à l'impôt en ce qu'il est question de l'acceptation individuelle de l'impôt. Cette adhésion psychologique des contribuables, soucieux de remplir leur devoir fiscal, n'apparaît pas de prime abord naturelle. En effet, le prélèvement de l'impôt a l'effet, qui plus est sous la contrainte, d'amputer une partie du patrimoine des contribuables. Dès lors, « *l'impôt, contraignant dès son apparition, ne peut qu'aller de pair avec l'idée ou le sentiment récurrent d'injustice* »⁸. Si l'impôt intervient par conséquent sur fond de violence, sa légitimité trouverait toutefois une source dans les contreparties offertes par l'État en tant que garant de la protection des biens et de la personne des contribuables⁹. L'objet de l'impôt, tel que conçu dans les Déclarations libérales de la fin du XVIII^e siècle, était alors limité au financement des fonctions étatiques relatives à la garantie des droits et libertés fondamentaux¹⁰.

La transformation progressive de l'État-gendarme en État-providence a entraîné une mutation dans les finalités du prélèvement fiscal, celui-ci étant désormais conçu dans le système fiscal moderne du XX^e siècle comme un instrument de redistribution des richesses. L'association étroite à la justice fiscale d'une composante sociale implique dès lors l'établissement de

4 A. PÉRIN-DUREAU, *L'obligation fiscale à l'épreuve des droits et libertés fondamentaux*, thèse, Université Paris I, Nouvelle Bibliothèque des Thèses, Dalloz, 2013, p. 1.

5 Comme le notait J-J ROUSSEAU dans son article « Discours sur l'économie politique » de 1755 : « *les impôts ne peuvent être établis légitimement que du consentement du peuple ou de ses représentants* ».

6 M. COLLET, « La régulation fiscale », *Dr. fisc.* 2018, n°12, ét. 220.

7 L. DOMINICI, « Vers une « nouvelle forme » de consentement à l'impôt pour pérenniser la démocratie », *Gestion et Finances Publiques*, 2020/6, p. 79.

8 X. CABANNES, *La justice fiscale ou la quête d'un Graal fiscal, Avant-propos in La justice fiscale Xe-XXI^e s.*, Larcier, 2020, p. 18.

9 M. BOUVIER, *Introduction au droit fiscal général et à la théorie de l'impôt*, Paris, LGDJ-Lextenso, 14^e édition, 2020, p. 5.

10 A. PÉRIN-DUREAU, *préc.*, p. 6.

prélèvements fiscaux qui diffèrent « *selon la richesse considérée ou, plus précisément, selon l'activité humaine à l'origine de la matière imposable* »¹¹. Si ce passage de l'*impôt-échange* à l'*impôt-solidarité* n'a réellement été défendu qu'à partir de la seconde moitié du XIX^e siècle par des idéologues socialistes et solidaristes¹², la Déclaration de 1789 laissait toutefois déjà préfigurer de l'importance à accorder aux caractéristiques des individus dans la détermination du montant de la charge fiscale. En effet, à la lecture de l'article 14 de la DDHC¹³, l'obligation fiscale semble devoir être conçue de façon à ce « *que le sacrifice demandé soit égal pour tous les contribuables en rapport de leur «pouvoir économique» mais aussi de leur situation personnelle* »¹⁴. Dans cette mesure, l'imposition intervient, selon une conception aristotélicienne de la justice¹⁵, comme un correctif des égalités sociales et non plus comme une contrepartie pour les bénéfices retirés de la société. La justice redistributive conduit dès lors à rejeter les prélèvements assis sur une conception arithmétique de l'égalité fiscale, insusceptible de prendre en considération les facultés contributives, pour préférer ceux reposant sur les caractéristiques du sujet de l'impôt¹⁶. Comme Aristote le notait : « *Si, en effet, les personnes ne sont pas égales, elles n'auront pas de parts égales ; mais les contestations et les plaintes naissent quand, étant égales, les personnes possèdent ou se voient attribuer des parts non égales ou quand les personnes n'étant pas égales, leurs parts sont égales [...] Le juste est par suite une affaire de proportion* »¹⁷. L'adoption de cette vision proportionnelle de l'égalité a alors conduit à l'émergence d'impositions assises sur un taux évoluant en fonction de la capacité contributive du contribuable, de sorte à ce que la charge de l'impôt aille croissant avec l'élévation du revenu. L'acquiescement de l'impôt, en tant que marque de citoyenneté résultant du droit fondamental de consentir à l'impôt, constitue par conséquent « *un devoir nécessaire à l'établissement d'un lien social et à l'équilibre d'une société* »¹⁸.

2. Dans une économie où l'expansion du commerce mondial n'en était qu'à ses prémises, la légitimité de l'impôt était rarement remise en cause. S'il n'existe pas « *d'accord [...] sur les*

¹¹ *Ibid.*

¹² L'idée de solidarité dans la vie politique a réellement été introduite par L. BOURGEOIS en 1896 dans son ouvrage *Solidarité*. Pour de plus amples développements sur cette doctrine et son rejet de la thèse du « contrat social » de Rousseau, M-C. BLAIS, « Aux origines de la solidarité publique : l'oeuvre de Léon Bourgeois », *Revue française des affaires sociales*, 2014/1-2, p. 12 à 31.

¹³ DDHC, Article 13 : « Pour l'entretien de la force publique, et pour les dépenses d'administration, une contribution commune est indispensable : elle doit être également répartie entre tous les citoyens, en raison de leurs facultés ».

¹⁴ M. BOUVIER, « Le recours à l'impôt est inévitable : mais avec quelle légitimité ? », *RFFP*, septembre 2021, p. 213.

¹⁵ ARISTOTE, *Éthique à Nicomaque [IV^e siècle av. J.-C.]*, livre V, trad. J. Tricot, Vrin, 1990.

¹⁶ J. DRIE, « La fin du verrou de Bercy (ou presque) : d'une décision du Conseil Constitutionnel à une réflexion sur l'égalité fiscale », *REIDF*, 2020/1, p. 124.

¹⁷ Aristote, *préc.*, V, 6, 23-28.

¹⁸ M. BOUVIER, « Justice fiscale, légitimité de l'impôt et société post-moderne », *RFFP*, novembre 2013, n°124, p.16-17.

conditions que doit remplir l'impôt pour être considéré comme juste»¹⁹, la conviction des contribuables selon laquelle la réalisation du devoir fiscal constitue l'expression d'une solidarité permettait toutefois l'attribution d'une certaine consistance à l'idée de justice²⁰. Or, l'impossibilité pour les gouvernements de réguler fiscalement une économie devenue largement mondialisée et globalisée a amené à un délitement du consentement à l'impôt, le sentiment d'injustice fiscale des contribuables ne cessant de s'accroître à mesure de la révélation de nouveaux scandales financiers et fiscaux. Pour ne citer que les scandales du Liechtenstein en 2008 et des *Panama Papers* publiés en 2016, ces révélations ont permis de prendre conscience de la réelle ampleur de la fraude fiscale des particuliers et des entreprises via notamment la dissimulation d'actifs sur des comptes *offshore* et des structures opaques²¹. Si la lutte contre la fraude et l'évasion fiscales est alors apparue comme une impérieuse nécessité pour les gouvernements, amenant ces quinze dernières années à des évolutions radicales en matière de coopération fiscale internationale, les moyens employés à cet effet n'ont toutefois pas permis de restaurer la croyance des contribuables dans l'expression d'une solidarité lors de la réalisation du devoir fiscal. La faute, sans doute, aux crises mondiales économiques, financières et sanitaires qui se sont succédées ces dernières années, et qui mettent en lumière les dysfonctionnements du système financier et fiscal mis à profit par les contribuables, aux activités les plus mobiles, pour échapper à l'imposition. Le déplacement artificiel des bases imposables en fonction d'un facteur principalement fiscal ne pose pas uniquement un problème de sous-financement des infrastructures publiques, des biens communs, et notamment des services de santé²². Il induit indirectement, dans un contexte de pénurie des ressources publiques, un alourdissement de la charge fiscale sur « *les facteurs de production les moins mobiles (le travail) ou les contribuables moins bien outillés pour tirer profit des subtilités fiscales (les TPE/PME)* »²³. La perception selon laquelle le système fiscal serait dans sa globalité « injuste » ne cesse alors de s'ancrer dans les esprits des contribuables²⁴, amenant ainsi inévitablement à une multiplication des revendications et révoltes populaires militant pour sa refondation. La crise des « gilets jaunes » fin 2018 en a été un exemple et rappelle avec vigueur la nécessité d'impliquer les citoyens-contribuables dans le système politique pour préserver la fiction selon laquelle la volonté du

19 G. JÈZE, *Cours de finances publiques*, Girard, 1931 cité par M. BOUVIER, *préc.*, p. 16.

20 A. DUMONT, « La justice en droit fiscal », *RFFP*, novembre 2017, n° 140, p. 184 et s.

21 P. SAINT-AMANS, J. JARRIGE, « Coopération fiscale internationale : dix ans d'évolutions », *Revue des juristes de Sciences po*, n° 17, juin 2019.

22 Institut de la Gestion Publique et du Développement Économique (IGPDE), *Quelles réformes de la fiscalité internationale des entreprises ? Quels impacts attendus ?*, Compte Rendu, 20 janvier 2021, p. 21 et s.

23 E. GERBINO, « Problématique : Système mondial ou territorial », *Lamy Optimisation fiscale de l'entreprise*, Partie 4, 409-2, Février 2019.

24 On notera qu'un sondage IFOP-FIDUCIAL effectué en 2017 pour la dernière campagne présidentielle avait révélé que 88 % des Français interrogés considéraient le système fiscal compliqué et seulement 17% le trouvaient juste. V. à ce titre, <https://www.publicsenat.fr/article/politique/sondage-la-fiscalite-un-enjeu-majeur-de-la-presidentielle-56843>

gouvernement se confond avec ses citoyens²⁵. Pourtant, force est de constater que « *les fissures dans l'équilibre du consentement à l'impôt* »²⁶ sont aujourd'hui telles qu'elles requièrent la mise en œuvre « *d'une réflexion politique au sens fort [...] en vue de dégager les principes d'une stratégie et d'une éthique fiscale partagée donc légitime* »²⁷.

3. Cette réflexion politique est complexe à mener en ce que les causes de la fragilisation du principe de consentement en matière fiscale sont en perpétuelle évolution. En effet, la dégradation de l'alliance entre le citoyen et l'impôt, dont nous sommes aujourd'hui témoin, s'accroît à mesure que s'installent sur les marchés des acteurs puissants de l'Internet comme les GAFAM, NATU ou BATX²⁸. Le goût prononcé de ces entreprises multinationales²⁹ « globales »³⁰ pour le « libertarianisme »³¹, conduit en effet à douter du bien-fondé d'une centralisation des attributs régaliens au niveau de l'État, et laisse présager l'institution d'un monde nouveau qui se structurerait horizontalement en dehors de toute intervention étatique. L'expansion du monde numérique, recouvrant en substance « *les activités économiques et sociales qui sont activées par des plateformes telles que les réseaux Internet, mobiles et de capteurs, y compris le commerce électronique* »³², entraîne dès lors une transfiguration de la notion de souveraineté³³, celle-ci n'étant plus une et indivisible, mais morcelée entre des acteurs de l'Internet qui ne sont plus, en tant que tel des sujets de l'impôt, mais des partenaires de l'État dans la réalisation de ses missions régaliennes. L'univers numérique révèle alors « *plusieurs cercles de souveraineté numérique* » dans lesquels

25 L. DOMINICI, *préc.*, p. 81.

26 A. BARILARI, « Le consentement à l'impôt », *RFFP*, 2019, n°147, p. 195.

27 M. BOUVIER, *préc.*, p. 26.

28 Google, Apple, Facebook, Amazon, Microsoft ; Netflix, Airbnb, Tesla, Uber ; Baidu, Alibaba, Tencent, Xiaomi.

29 Il n'est que très rarement procédé à une définition précise de l'entreprise multinationale. Selon les Principes directeurs OCDE en matière de PDT, une « entreprise multinationale » serait « une société qui fait partie d'un groupe multinational », le « groupe multinational » correspondant quant à lui à un « groupe d'entreprises associées ayant des installations d'affaires dans deux ou plusieurs juridictions » (OCDE, Principes applicables en matière de prix de transfert à l'intention des entreprises multinationales et des administrations fiscales, Janvier 2022, p. 23). Nous intégrerons dans le terme « entreprise multinationale », conformément à la définition de l'Institut de droit International (IDI) toutes « les entreprises formées d'un centre de décision localisé dans un pays et de centres d'activité, dotées ou non de personnalité juridique propre, situées dans un ou plusieurs autres pays, devraient être considérées comme constituant, en droit, des entreprises multinationales » (IDI, Les entreprises multinationales, deuxième commission (rapp. : M. Berthold Goldmann), Résolution, 2e Commission, Session d'Oslo, 1977, I).

30 Le qualificatif « global » pourrait constituer une sous-catégorie des entreprises multinationales (*Global Enterprise*) qui, de part leur taille et leur domaine d'intervention, constituent un écosystème à part entière. Pour de plus amples développements sur cette notion, J. W. BELLINGWOUT, « Global Enterprise Taxation (GET) », *Intertax*, 2020, Vol. 48, Issue 3, p. 317- 325.

31 Selon S. CARE, *Racines théoriques du libertarianisme américain*, Cités, 2011/2, n° 46, p. 135, la pensée libertarienne se présenterait comme la synthèse de plusieurs traditions antiétatistes, fruit d'une rupture avec le conservatisme. À cet effet, les libertariens projettent la logique de marché sur l'ensemble des aspects du vivre ensemble en obéissant à un processus de subversion induisant une mutation de la défense des libertés en une lutte incessante contre l'État.

32 BSI Economics, Rapport « Économie numérique, définition et impacts », 2015, p. 1.

33 J. BODIN, *Les six livres de la République*, 1576 : selon l'auteur, la souveraineté se caractérise comme une puissance de commandement perpétuelle, absolue, une et indivisible.

individus et entreprises souhaitent développer parallèlement au monde réel des espaces pour s'autogouverner et s'autodéterminer³⁴. Dans ces espaces, la puissance de commandement des États y est inévitablement affaiblie en raison d'une confrontation, au mieux à armes égales, avec des entreprises multinationales « *souveraines de l'Internet [...] bénéfici[ant] d'une suprématie grâce à leur position dominante sur un marché* »³⁵. Dès lors, les aspects saillants de l'économie numérique sont de nature à remettre en cause la conception traditionnelle de la souveraineté, en tant qu'elle s'est construite sur « *le paradigme de l'expression unilatérale, verticale et contraignante du pouvoir normatif des États* »³⁶.

Plus spécifiquement dans son volet fiscal, la souveraineté peut se définir comme le pouvoir de l'État d'imposer toutes les personnes et tous les objets qui se situent sur son territoire ainsi que toutes les activités économiques qui s'y déploient³⁷. Elle signifie également que l'État est libre quant à la détermination des règles de rattachement des situations à son territoire³⁸. La conception de la compétence française fiscale étatique est alors fondamentalement territorialiste. Comme le notait M. CHRÉTIEN : « *c'est dans sa souveraineté territoriale que l'État trouve l'unique source de son pouvoir d'imposition qui est ainsi illimité* »³⁹. Dans cette mesure, la reconnaissance d'une compétence fiscale à un État à l'égard d'un sujet ou de l'objet de l'impôt est subordonnée à l'identification d'un critère de rattachement entre ce sujet ou objet et le territoire de cet État.

Cette conception est à l'origine du système français d'imposition des bénéficiaires des sociétés de capitaux, ou plus largement des sociétés dites opaques fiscalement. Ce principe de territorialité de l'impôt sur les sociétés (IS) (article 209-I du Code général des Impôts (CGI)⁴⁰) implique, en l'absence de conventions fiscales, que les sociétés ne soient imposables que sur leurs seuls revenus réalisés dans des entreprises exploitées en France⁴¹. Symétriquement, les résultats dégagés extra-territorialement par les entreprises françaises ou étrangères ne sont pas pris en considération, sauf à ce que les pertes soient devenues inutilisables dans l'État d'implantation de l'exploitation étrangère⁴².

³⁴ P. TÜRK, C. VALLAR, *La souveraineté numérique : le concept, les enjeux*, Ed. Mare et Martin, 2018, p. 35.

³⁵ *Ibid.*

³⁶ *Ibid.* p. 24.

³⁷ X. OBERSON, *Précis de droit fiscal international*, Stampfli, 4^{ème} éd., 2014, p. 2.

³⁸ A. BARRILARI, « La question de l'autonomie fiscale », *RFFP*, n°80, déc. 2002, p. 77 et s.

³⁹ M. CHRÉTIEN, « Contribution à l'étude du droit international fiscal actuel : le rôle des organisations internationales dans le règlement des questions d'impôts entre les divers États », *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de la Haye*, 1954-II, t. 86, p. 15.

⁴⁰ Ce principe s'oppose classiquement au principe de mondialité selon lequel les sociétés sont imposées sur l'ensemble de leurs bénéficiaires, quelle que soit leur source, cf. *infra*. pour de plus amples développements sur ce principe.

⁴¹ Le territoire fiscal français au titre de l'IS est constitué de la France métropolitaine, des collectivités territoriales de Martinique et de Guyane, des départements de la Guadeloupe, de La Réunion et Mayotte et du plateau continental.

⁴² Cf. CJUE, gr. ch., 12 juin 2018, aff. C-650/16, Bevola et Jens W. Trock : EU : C : 2018 :424 : Dr. fisc. 2018, n° 26, act. 291 ; RJF 11/2018, n° 1186 par lequel la Cour a étendu aux ES sa jurisprudence relative au transfert de déficit d'une filiale à sa société mère située dans un autre État membre (CJCE, gr.ch., 13 déc. 2005, aff. C-446/03, Marks & Spencer plc : Rec. CJCE, p. I-10837 ; Dr. fisc. 2005, n°51, act. 260 ; Europe 2006 comm. 48, note F. Mariatte ; Dr. sociétés 2006, comm. 31, note J.-L. Pierre ; JCP E 2006, 1518, note B. Boutemy et E. Meier).

Cette affirmation du lien entre le territoire et le pouvoir d'imposer se retrouve similairement en droit conventionnel. En effet, la coordination conventionnelle des compétences fiscales entre États de résidence et de source s'effectue par une répartition des différentes formes d'enrichissement -voire de patrimoine- sur le paradigme de la territorialité. Ainsi, en matière de revenus actifs, l'État de résidence de l'entreprise dispose d'une compétence fiscale exclusive en matière de revenus d'activités, y compris lorsque ces activités sont conduites dans l'État de source, à moins que l'entreprise n'exerce sur le territoire de cet État son activité par l'intermédiaire d'un établissement stable (ES). En matière de revenus passifs, les conventions fiscales accordent majoritairement une compétence fiscale prioritaire à l'État de source, dès lors que ces revenus sont générés à l'intérieur de son territoire. Le territoire reste donc invariablement la clé de répartition des droits d'imposition entre l'État de résidence et de source, l'alternative couramment disputée entre un critère personnel (la résidence) et un critère territorial (la source) apparaissant ainsi à bien des égards artificielle⁴³.

4. Il n'est alors guère surprenant que les écrits concluant à l'obsolescence des règles de rattachement fiscal des bénéficiaires des entreprises, au regard des mutations économiques et technologiques des sociétés contemporaines, se soient multipliés. Les raisons avancées sont principalement de deux ordres.

D'une part, la mondialisation de l'économie, entendue comme l'ouverture des économies nationales sur un marché mondial, conduirait à une relativisation de la composante territoriale dans le déploiement international des activités des opérateurs économiques. En effet, « *alors que l'espace politique demeure fragmenté et régi majoritairement par les États-nations* »⁴⁴, l'espace économique dans lequel commerce les entreprises multinationales apparaît bien au contraire unifié. La répartition de la matière imposable en fonction du lieu d'exercice d'activités économiques dans un espace géographique restreint, i.e. le territoire, serait ainsi contraire à la réalité organisationnelle des groupes d'entreprises dans laquelle l'approche par fonction mondiale tend à devenir la norme.

D'autre part, les nouveaux modèles de création de la valeur, issus de la « Révolution numérique », remettraient directement en cause les fondements du modèle traditionnel d'imposition des bénéficiaires des entreprises, pensés dans les années 1920 au sein de la Société des Nations (SND). En effet, si le respect du principe d'allégerance économique, principe contenu dans la rédaction actuelle de l'article 5 du modèle OCDE, commande de ne reconnaître une compétence fiscale à un

⁴³ Nous rejoignons à ce titre N. MELOT, *Essai sur la compétence fiscale étatique*, § 48(...), considérant que « *la résidence en matière fiscale, [...] qualifiée de territoriale, doit être analysée comme un critère de localisation d'un patrimoine sur le territoire d'un Etat qui permet à cet Etat de légitimer, par l'exercice de sa compétence territoriale, une imposition mondiale des revenus attachés à ce patrimoine* ».

⁴⁴ E. GERBINO, *préc.*

État que lorsqu'il est le lieu d'origine de la création de la valeur⁴⁵, le caractère essentiellement manufacturier de l'économie dans laquelle ce principe a été développé invitait à considérer que le déploiement de moyens matériels et humains était nécessaire pour créer de la valeur. Cette approche a alors été aux origines de la conception de l'ES en tant qu'instrument visant à révéler un lien raisonnable (*nexus*) entre l'État de la source et l'origine de la création de valeur⁴⁶. Dès lors, « *dans le système fiscal traditionnel, le nexus repose sur le lien entre un territoire d'une part et une présence et des activités matérielles d'autre part* »⁴⁷. L'obsolescence du *nexus* serait alors avérée dans une économie numérique où la réalisation des activités des entreprises ne nécessite plus d'assise matérielle.

5. Le constat d'obsolescence des règles de prix de transfert (PDT)⁴⁸ est de même largement partagé tant par les économistes que les juristes. Matière hybride, les PDT intéressent l'économie dans la justification du montant appliqué à une transaction et le droit fiscal car, par leur manipulation, ils permettent « [aux] *groupes de diminuer leur base imposable dans un État et l'augmenter dans l'autre, le plus souvent au détriment de l'État ayant la fiscalité la plus lourde* »⁴⁹. Cette détermination des prix entre sociétés apparentées doit s'effectuer conformément au principe de pleine concurrence (PPC), « *pierre angulaire de la pratique actuelle des PDT* »⁵⁰. Par ce principe, la répartition de la base taxable générée par une entreprise multinationale dans les différents États dans lesquels elle opère se réalise selon une fiction – le principe d'entité juridique distincte - consistant à assimiler chacune des entités du groupe à une entreprise indépendante. Dès lors, par une transposition du fonctionnement du marché libre dans la détermination des PDT, le montant de revenus attribué à chaque entité constitutive du groupe devrait être équivalent à celui qu'une entreprise indépendante, dans des circonstances comparables, aurait obtenu. Or, en raison de ses nombreuses carences théoriques et pratiques, le PPC ne permettrait plus d'assurer une répartition équitable de la matière imposable entre États, ni de répondre au besoin de sécurité juridique des entreprises multinationales⁵¹. Au soutien de cette démonstration, deux principaux arguments sont

45 Comme le note N. VERGNET, *La création et la répartition de la valeur*, thèse, Université Paris I, 2018, p. 5 : « *Au moment de sa création, la valeur se matérialise généralement sous la forme d'un flux, c'est-à-dire d'un revenu qu'appréhendent les impôts sur le revenu des personnes physiques et morales* ».

46 J-R PELLAS, « Les principes de territorialité et de mondialité en France », *RFFP*, sept. 2020, n° 151, p. 31.

47 A. MAITROT DE LA MOTTE, La redevance numérique du plan « Next Generation EU » : le premier impôt européen se matérialise, *Dr. fisc.* n°6, 11 février 2021.

48 Les prix de transfert se définissent comme les prix pratiqués au titre des échanges internationaux entre sociétés du même groupe

49 J. MONSENEGO, La correction des prix de transfert entre sociétés apparentées au regard du concept civiliste de liberté contractuelle : Vers un renforcement de la théorie de l'autonomie du droit fiscal ? », *Dr. fisc.* n° 9, 1er Mars 2012, 156.

50 J. PELLEFIGUE, « Prix de transfert : un changement radical s'impose », Étude, *BF 12/14, Francis Lefebvre*.

51 *Ibid.*

avancés. D'une part, la fiction de l'entité juridique distincte reviendrait à nier la réalité économique selon laquelle les groupes d'entreprises fonctionnent comme une unité économique unique. « *En imposant aux sociétés d'un groupe [...] de se comporter comme si le groupe n'existait pas et de n'être qu'une entreprise isolée sur son marché, le PPC tend à nier économiquement cette part de surprofit qui constitue la raison d'être même des groupes* »⁵². Le PPC, en opérant une connexion entre « juste » prix et « prix de marché » ne permettrait ainsi pas l'identification du surprofit d'intégration obtenu par le groupe lorsqu'il internalise ses transactions⁵³. Par conséquent, les groupes seraient en mesure, en toute conformité avec les législations en matière de PDT, de centraliser ce surprofit dans une entité en fonction d'un facteur fiscal. D'autre part, le PPC ne permettrait plus aux administrations fiscales d'opérer, par le biais de leurs dispositifs anti-abus, un contrôle effectif des prix intra-groupe. En effet, la démonstration de l'existence d'un transfert indirect de bénéfices par voie de minoration des prix de vente ou de majoration des prix d'achat, ne peut s'effectuer que par la mise en œuvre d'une analyse de « comparabilité ». La réintégration des bénéfices indûment transférés à l'étranger est ainsi déterminée, comme le dispose l'article 57 CGI, « *par comparaison avec ceux des entreprises similaires exploitées normalement* »⁵⁴. Or, dans une économie numérique où les actifs incorporels disposent bien souvent d'un caractère « unique » et/ou « monopolistique », cette analyse fondée sur la recherche de comparables sur le marché libre serait extrêmement complexe à réaliser, voire même dans certaines situations impossible.

Cette question intéresse directement le champ de la matière fiscale car par « *le jeu des PDT, un groupe de sociétés peut diminuer sa base imposable dans un État et l'augmenter dans l'autre, le plus souvent au détriment de l'État ayant la fiscalité la plus lourde* »⁵⁵.

6. L'objet de la présente thèse est d'étudier précisément les normes sur lesquelles reposent la répartition de la compétence fiscale et des profits entre sociétés apparentées, leur mobilisation par l'administration fiscale et leur interprétation par le juge administratif français, afin de déterminer si le jugement récurrent d'obsolescence dont elles sont victimes est fondé. En effet, au regard de leur évolution progressive, sous l'effet conjugué de l'action de l'OCDE, de l'UE, et des interventions législatives nationales, dans le sens d'un renforcement des droits d'imposition de l'État de consommation, « *la plasticité d[u] droit traditionnel est peut-être plus grande qu'il n'a été communément admis jusqu'à présent* »⁵⁶.

⁵² O. MARICHAL, « Le contrôle fiscal des prix de transfert », *Dr. fisc.* n° 23, 3 juin 2015, 392.

⁵³ J. PELLEFIGUE, *Théorie économique de la réglementation des prix de transfert*, Université Paris II, Thèse, 2012.

⁵⁴ Article 57 CGI, alinéa 4.

⁵⁵ J. MONSENEGO, *préc.*

⁵⁶ L. CYTERMANN, Conclusions CE, Plén., Min. c/ Société Conversant International Ltd, n° 420174, 11 décembre 2020.

Avant de procéder à cette étude, il convient d'analyser les causes qui sont couramment avancées à l'absence d'imposition effective des entreprises multinationales numériques dans l'État de consommation (**Paragraphe 1**). Si ces causes sont d'apparence simples, elles se complexifient et se multiplient à mesure de l'introduction de la problématique de la répartition de la valeur concernant des groupes d'entreprises numériques aux « *modèles d'affaires spécifiques, instables et multi-versants* »⁵⁷. Leur identification apparaît toutefois constituer un préalable nécessaire pour déterminer si le modèle actuel de répartition des droits d'imposition, reposant sur une identité entre activité et territoire, conserve dans une économie numérisée sa pertinence ou s'il convient de basculer vers un nouveau système fiscal dont la conception serait guidée par les spécificités des modèles d'affaires des entreprises multinationales numériques. Si les propositions d'actions au plan national, européen, ou international⁵⁸, semblent partager la même ambition de redessiner le système fiscal actuel pour aboutir à une imposition plus « juste » et « équitable » des entreprises multinationales, l'absence de signification précise accordée à ces deux termes constitue néanmoins un frein au développement de solutions pérennes permettant de répondre aux défis fiscaux soulevés par la numérisation de l'économie (**Paragraphe 2**).

Paragraphe 1 : L'identification des causes de l'absence d'imposition effective des multinationales du numérique dans l'État de consommation

7. Il est souvent affirmé, par la société civile mais aussi par les institutions européennes et internationales, que les bénéfices des entreprises traditionnelles subissent globalement une imposition deux fois plus importante que celle des entreprises du secteur numérique⁵⁹. Les plus récentes études semblent toutefois démontrer un rapprochement entre les taux effectifs d'imposition de ces entreprises lorsque leur taxation effective se situe en Europe (21 % pour les entreprises numériques contre 27 % pour les entreprises traditionnelles)⁶⁰. Si les études de comparaison des taux d'imposition sur les bénéfices entre entreprises multinationales ou de quantification de

⁵⁷ A. GOBEL, « Fiscalité internationale et économie numérique : la juste valeur des Big Data », Étude, *BF* 6/13.

⁵⁸ L'accord fiscal international conclut au sein de l'OCDE entre 136 pays mentionne par exemple que la solution au titre du pilier 1 permettra d'assurer que les entreprises concernées par cette solution acquitteront leur juste part de l'impôt quelles que soient les juridictions où elles exercent leurs activités et réalisent des bénéfices ; De même, la Commission européenne a présenté, le 15 juillet 2020, un paquet fiscal composé de plus de 25 mesures en faveur d'une fiscalité simple et équitable dans une économie moderne (COM(2020) 312 final, 15 juillet 2020).

⁵⁹ Selon la Commission européenne, les bénéfices des entreprises du numérique sont taxés à un taux effectif de 9,5 %, contre 23,2 % pour les modèles d'affaires traditionnels (Questions et réponses sur un système d'imposition des entreprises juste et efficace au sein de l'Union pour le Marché unique numérique, Fiche d'information, https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/fr/MEMO_18_2141.)

⁶⁰ Étude IFO Institute München, cité par F. TOUBAL, Les propositions du Conseil d'Analyse Économique pour une réforme de la fiscalité internationale des entreprises in *Quelles réformes de la fiscalité internationale des entreprises*, 2021, p. 23, consultable à l'adresse suivante : https://www.economie.gouv.fr/files/files/directions_services/igpde-seminaires-conferences/Compte-rendu-RE_reforme-fiscalite-200121.pdf

l'évasion et la fraude fiscales comportent à l'évidence des limitations et biais méthodologiques -tant il est complexe de disposer d'informations exploitables à l'égard d'entités localisées dans des États à forte opacité - elles révèlent néanmoins la propension des entreprises multinationales numériques, plus que dans tout autre secteur d'activité, à se livrer à des stratégies sophistiquées d'évitement de l'impôt (I). En effet, en raison de la fréquence extrêmement élevée d'échecs des projets d'innovation dans l'économie numérique, les modèles des grandes entreprises du numérique apparaissent, dès leurs origines, construit sur une volonté de minimiser la charge globale d'impôt du groupe⁶¹. Toutefois, la responsabilité de l'assèchement de la base imposable des États de consommation ne saurait être exclusivement endossée par les entreprises multinationales numériques. Elle est celle aussi des États qui, par une recherche sans cesse renouvelée d'attractivité fiscale, tentent d'attirer sur leurs territoires les capitaux mobiles aux fins de maximiser leur création de richesse (II). La présentation manichéenne des rapports entre États ne saurait néanmoins résister à l'épreuve des faits lorsqu'il est mis en perspective les attitudes schizophréniques de nombre d'États dans la détermination de leurs politiques fiscales internationales, tantôt fers de lance dans la lutte contre l'évasion et la fraude fiscales, tantôt hébergeurs de havres de paix fiscaux sur leurs territoires⁶². Mais, dans une économie globalisée et numérisée, l'essentiel ne semble plus se situer dans l'adoption d'un énième dispositif de renforcement de la transparence décisionnelle des entreprises, pas plus que dans l'adoption de nouveaux mécanismes anti-abus⁶³. L'essentiel se situe désormais dans la compréhension du processus à l'oeuvre de disparition des bases fiscales, moins visible et bien plus redoutable qui tend à s'étendre à l'ensemble des activités entrepreneuriales. Cette analyse des conséquences de la numérisation de l'économie sur la manière dont les entreprises exercent leurs activités et créent de la valeur est nécessaire pour se positionner sur le caractère plus ou moins approprié des solutions proposées de re-territorialisation de la valeur indûment transférée hors du territoire de l'État de consommation⁶⁴. Le « droit fiscal international » -entendu comme les normes qui sont le produit de la volonté d'un État afin de traiter des situations présentant un caractère d'extranéité⁶⁵- doit alors être repensé de façon à permettre à l'État de consommation d'appréhender et valoriser les éléments de richesse captés par les multinationales numériques qui sont rattachables à

61 P. COLLIN, N. COLIN, Mission d'expertise sur la fiscalité de l'économie numérique, Rapport au Ministre de l'économie et des finances, janvier 2013, p. 19.

62 A. LAUMONIER, *La coopération fiscale entre États dans la lutte contre la fraude et l'évasion fiscales internationales*, thèse, Université de Bordeaux, 2017, p. 52, § 72 : l'auteur donne en exemple la City londonienne pour le Royaume-Uni qui, selon un classement du magazine Forbes, figurait à la cinquième place d'une liste de « paradis fiscaux » établie en considération de données essentiellement bancaires et financières.

63 On reprendra les termes de D. GUTMANN considérant que les mécanismes de lutte contre l'évasion fiscale « arrivent à bout de souffle en ce sens que leur multiplication ne peut se poursuivre à l'infini » (D. GUTMANN, « Transparence des relations entre Administration et contribuables : quel équilibre ? », Actes de la soirée annuelle de l'IFA du 6 novembre 2014, *Dr. fisc.* n° 50, 11 décembre 2014, 673, Introduction).

64 M. BOUVIER, « Le recours à l'impôt est inévitable : mais avec quelle légitimité ? », *préc.*, p. 215.

65 A. KALLERGIS, *La compétence fiscale*, éd. Dalloz, Nouvelle Bibliothèque de Thèses, 2018, p. 5 et s.

son territoire (III).

I. L'évitement fiscal massif des entreprises multinationales numériques

8. Si l'impôt appartient aux prérogatives les plus régaliennes de l'État, force est de constater que sa conception lui échappe dans une économie numérisée. En effet, « *l'impôt n'est plus pensé pour l'essentiel par les gouvernements et des assemblées délibératives, il est imaginé dans des lieux, notamment de l'OCDE, mais ce n'est pas le seul, de soft law* »⁶⁶. La réalisation de l'objectif de légitimation de l'impôt assigné à l'OCDE, notamment au travers des actions BEPS, vise alors à poursuivre la tendance de « moralisation » du droit fiscal⁶⁷. En soumettant la technique à l'éthique, l'OCDE complexifie le tracé d'une ligne de démarcation claire entre ce qui relève de la simple « habileté fiscale », par nature légale, et ce qui relève d'un montage artificiel à seule fin de procurer des économies d'impôt dont la nature illégale ne fait guère de doute (A). Si ce glissement sémantique « *de la notion d'illégalité à celle d'inacceptable* »⁶⁸ semble préjudiciable à la sécurité juridique des opérateurs, le projet BEPS (*Base erosion and Profit Shifting*) a néanmoins permis l'éradication de certains des montages fiscaux des multinationales numériques les plus médiatisés qui, tirant parti des incohérences entre plusieurs systèmes fiscaux de droit interne et conventionnel, localisait l'essentiel du profit dans des États à fiscalité privilégiée (B).

A. Les contours mouvants de la notion d'optimisation fiscale

9. La faculté pour les contribuables de choisir la voie fiscale la moins imposée est reconnue depuis longtemps comme un principe fondamental du droit fiscal aussi bien par la Cour de justice de l'Union européenne (CJUE) que par le juge de droit interne⁶⁹. Dans cette mesure, l'optimisation fiscale, que l'on pourrait définir comme la réduction de la charge fiscale par des moyens légaux sans soustraction aux diverses obligations fiscales, est par principe permise⁷⁰. Or, l'évolution des mentalités, induite en partie par l'élaboration au sein de l'OCDE de dispositifs de stigmatisation des contribuables aux comportements inciviques⁷¹, tend à révéler l'existence, pour les groupes, d'un

⁶⁶ T. LAMBERT, *L'impôt dans une économie mondialisée – Contribution à une théorie générale de l'impôt*, Bruylant, 2021, p. 25, § 62.

⁶⁷ E. RAINGEARD DE LA BLETIÈRE, Travaux de l'OCDE : restaurer la confiance en responsabilisant les Etats et les entreprises, La Lettre gestion des groupes d'entreprises, Option Finance, octobre 2021.

⁶⁸ J-P LIEB, « L'optimisation fiscale des groupes : une surveillance accrue, 15 novembre 2007 », *Les nouvelles fiscales*, n° 990.

⁶⁹ V. à ce titre les commentaires du Conseil constitutionnel à propos des décisions DC n° 2013-684 et DC n° 2013-685 du 29 décembre 2013 ; En droit européen, CJCE, gr. ch., Halifax plc c/ Commissioners of Customs & Excise, n° C-255/02, 21 février 2006.

⁷⁰ B. GOUTHIERE, *Les impôts dans les affaires internationales*, Francis Lefebvre, 14 ème édition, 2020, p. 1175, § 70550

⁷¹ V. à ce titre OCDE, *Tax Morale : What Drives People and Businesses to Pay Tax*, 2019.

devoir patriotique de ne pas payer des impôts en deçà d'un seuil qui serait arbitrairement considéré comme inacceptable. La fiscalité internationale ne se conçoit dès lors plus en dehors de toute contrainte morale. Bien au contraire, dans la pensée de l'OCDE, « *l'économie d'impôt est suspecte d'atteinte aux valeurs citoyennes d'égalité et de responsabilité, si bien que le taux effectif d'imposition (TEI), dont [les fiscalistes] surveillait naguère le caractère excessivement élevé, se doit désormais de n'être pas trop faible* »⁷². C'est alors que les frontières se brouillent encore un peu plus entre l'optimisation, l'évasion et la fraude fiscales. En effet, classiquement, l'évasion fiscale se situe « *dans une zone extra-légale, là où la loi n'a tracé aucun interdit, ni davantage indiqué les voies que les contribuables sont autorisés à emprunter* »⁷³, contrairement à la fraude fiscale qui constitue un contournement volontaire de la législation fiscale par le biais d'un comportement délictuel⁷⁴. Les pratiques relevant de l'abus de droit, telles que définies et appréhendées par l'article 64 du Livre des procédures fiscales (LPF)⁷⁵, ne relèveraient donc pas du domaine de l'évasion fiscale mais potentiellement de celui de la fraude à condition toutefois que l'auteur ait eu la volonté de commettre un acte dont il connaissait le caractère illicite⁷⁶. Si les pratiques d'évasion fiscale ne semblent pas en soit condamnables puisque le contribuable agit dans le domaine du non-légiféré, la conception spécifique de l'OCDE de la notion de justice fiscale tend à réduire le spectre de l'évasion en « *fai[sant] basculer certains agissements de la zone extra-légale de l'ordre fiscal international dans le filet des agissements abusifs devant être sanctionnés* »⁷⁷, par le recours à de nouvelles notions à « texture ouverte ». Les notions de « planification fiscale irresponsable » ou d'« optimisation fiscale agressive » en sont des exemples. Cette dernière se définirait alors, selon une recommandation de la Commission, comme la volonté de « *tirer parti des subtilités d'un système fiscal ou des incohérences entre deux ou plusieurs systèmes fiscaux afin de réduire l'impôt à*

⁷² G. BLANLUET, D. GUTMANN, « Fiscaliste international demain : Quelles problématiques ? Quels métiers ? », *Fiscalité internationale* n°2-2021, Mai 2021, p. 14-15.

⁷³ M. COZIAN, Préface in *La notion d'évasion fiscale en droit interne français*, C. ROBBEZ-MASSON, thèse, Université Grenoble 2, 1987, p. 2.

⁷⁴ L'article 1741 du CGI dispose que « quiconque s'est frauduleusement soustrait ou a tenté de se soustraire frauduleusement à l'établissement ou au paiement total ou partiel des impôts visés dans la présente codification, soit qu'il ait volontairement omis de faire sa déclaration dans les délais prescrits, soit qu'il ait volontairement dissimulé une part des sommes sujettes à l'impôt, soit qu'il ait organisé son insolvabilité ou mis obstacle par d'autres manoeuvres au recouvrement de l'impôt, soit en agissant de toute autre manière frauduleuse, est passible, indépendamment des sanctions fiscales applicables, d'un emprisonnement de cinq ans et d'une amende de 500 000 €, dont le montant peut être porté au double du produit tiré de l'infraction ».

⁷⁵ L'article L. 64 du LPF dispose que « Afin d'en restituer le véritable caractère, l'administration est en droit d'écarter, comme ne lui étant pas opposables, les actes constitutifs d'un abus de droit, soit que ces actes ont un caractère fictif, soit que, recherchant le bénéfice d'une application littérale des textes ou de décisions à l'encontre des objectifs poursuivis par leurs auteurs, ils n'ont pu être inspirés par aucun autre motif que celui d'éluder ou d'atténuer les charges fiscales que l'intéressé, si ces actes n'avaient pas été passés ou réalisés, aurait normalement supportées eu égard à sa situation ou à ses activités réelles ».

⁷⁶ D. GUTMANN, *Droit fiscal des affaires*, LGDJ, 2020-2021, p. 754.

⁷⁷ K. JESTIN, « De la perception du concept de RSE à sa transposition dans le domaine fiscal – Réflexions sur les frontières de la « responsabilité fiscale » de l'entreprise », *REIDF*, 2020/1, p. 135.

payer »⁷⁸. À ce titre, la directive du 25 mai 2018 en rapport avec l'obligation de déclaration par les conseils fiscaux de dispositifs fiscaux transfrontières agressifs⁷⁹ présente une liste, non-exhaustive, d'éléments laissant présumer des caractéristiques de ce type de montage. Les « marqueurs » indicateurs de pratique de planification fiscale agressive sont à cet effet présentés en deux catégories : ceux liés à la recherche d'un avantage fiscal principal et ceux qui ne le sont pas. Pour la première catégorie, par exemple, la rémunération du conseiller fiscal par des honoraires fixés en lien avec un avantage fiscal serait un indice du caractère agressif du montage⁸⁰. Pour la seconde catégorie, l'utilisation de régimes de protection unilatéraux en matière de prix de transfert (PDT) serait, par exemple, susceptible de constituer un marqueur spécifique induisant le caractère agressif du montage. On notera alors l'évolution de la méthode suivie par l'UE, sous l'impulsion de l'OCDE, en matière de prévention de l'érosion des bases d'imposition. D'abord uniquement portée sur la connaissance des revenus du contribuable, « celle-ci [est désormais] déplacée sur le terrain plus labile de l'appréciation morale de l'organisation de son patrimoine ou de ses affaires – l'idée étant d'informer l'administration de cette organisation dès que celle-ci pourrait être suspectée de revêtir un caractère « agressif » »⁸¹. L'absence de clarté suffisante quant à la signification de nombreuses notions comme celles « d'avantage » et de « caractère principal » est toutefois susceptible d'aboutir à des interprétations divergentes dans l'identification d'un montage à « risque potentiel d'évasion fiscale » et ainsi d'être source de controverses dans la caractérisation de l'obligation de déclaration⁸².

La légitimation de l'impôt, dans une économie mondialisée, passe ainsi, selon l'OCDE et l'UE dans son sillage, par l'élargissement du spectre des pratiques de planification susceptibles d'être sanctionnées fiscalement et pénalement par le droit des États, sans toutefois qu'il ne soit édifié en retour, dans un souci de préservation de la sécurité juridique des opérateurs, de barrières claires entre la gestion avisée et la gestion abusive.

⁷⁸ Commission européenne, Recommandation relative à la planification fiscale agressive, 6 décembre 2012, JOUE L 338 du 12-12-2012.

⁷⁹ Directive 2018/822 du Conseil du 25 mai 2018 modifiant la directive 2011/16 du Conseil du 15 février 2011 en ce qui concerne l'échange automatique et obligatoire d'informations dans le domaine fiscal en rapport avec les dispositifs transfrontières devant faire l'objet d'une déclaration ;

⁸⁰ L'Administration fiscale a repris l'ensemble des marqueurs contenus dans la directive en les étayant par différents exemples, cf. à ce titre, BOI-CF-CPF-30-40-30-10, 25 novembre 2020.

⁸¹ N. VERGNET, « La directive DAC 6 et les deux visages du secret professionnel », note sous CE, 8e et 3e ch., 25 juin 2021, n° 448486, Conseil national des barreaux et a., concl. R. Victor, *Droit fiscal* n° 51-52, 23 Décembre 2021, comm. 466, § 6.

⁸² Pour de plus amples développements sur les difficultés d'interprétation de cette directive, B. HOMO, A. CHAGNEAU, J. VIDEAU, « Transposition de la directive 2018/822 dite DAC 6 : encadrement de l'optimisation fiscale transfrontière », *Droit fiscal* n° 15-16, 9 Avril 2020, 222.

B. L'évolution des schémas de planification fiscale des entreprises multinationales numériques « globales »

10. Les montages reposant sur la pratique du « *treaty shopping* »⁸³ ont pris une nouvelle dimension avec l'émergence d'acteurs puissants de l'Internet (1). Si, sous la pression de l'OCDE et de la réforme américaine *Tax Cuts and Jobs Act* (TCJA) de 2017, ces entreprises ont, pour partie, modifier leurs pratiques de planification fiscale, il est toutefois plus qu'incertain que les États de consommation bénéficient dans le montant d'impôt collecté de ces restructurations (2).

1. Description des principaux schémas de planification fiscale

11. Les montages fiscaux mis en œuvre par les entreprises multinationales numériques dans le but de minimiser leur charge imposable dans les États de consommation, États bien souvent à forte pression fiscale, sont connus. Dans les cas par exemple de Facebook Inc et Google devenu Alphabet dont les sièges sont en Californie, la société mère détient les droits d'exploitation sur les incorporels et conclut un accord de *cost-sharing* avec une filiale hybride⁸⁴ basée en Irlande mais dont le siège de direction apparaît localisé aux Bermudes. À cette structure est intercalée deux sociétés. L'une aux Pays-Bas qui bénéficie d'une sous-concession pour gérer les droits de la propriété intellectuelle sur l'ensemble du territoire européen. L'autre, en Irlande (d'où le terme de « double-irlandais »), bénéficie elle-aussi d'une sous-concession, cette fois-ci octroyée par la société néerlandaise. C'est uniquement avec la société irlandaise, deuxièmement créée, que les annonceurs clients contractent de sorte que les filiales implantées dans les différents États de consommation, cantonnée à la réalisation de services de support au groupe, ne bénéficient que d'une rémunération routinière. Le versement d'une redevance par la filiale localisée dans l'État de consommation est de plus susceptible de diminuer conséquemment sa base imposable à l'IS. Dans un deuxième temps, par le mécanisme du « sandwich néerlandais », l'essentiel du chiffre d'affaires (CA) de la société irlandaise, constitué des redevances versées par les filiales de support et des revenus perçus de la conclusion des contrats, est reversé à la société néerlandaise sous forme de redevances d'utilisation de la propriété intellectuelle (P.I) concédée sans subir de retenue à la source (RALS) en vertu de la directive européenne de 2002⁸⁵. Enfin, en vertu de la politique conventionnelle des Pays-Bas permettant l'absence totale de RALS sur les transferts de revenus passifs à l'étranger, cette redevance est reversée en totalité aux Bermudes à la société irlandaise, premièrement créée, qui

⁸³ Technique visant à faire usage d'une convention fiscale dans le seul but de bénéficier d'avantages fiscaux.

⁸⁴ Hybride car elle n'est traitée comme résidente ni par les États-Unis ni par l'Irlande.

⁸⁵ Directive 2003/49/CE du Conseil concernant un régime fiscal commun applicable aux paiements d'intérêts et de redevances effectués entre des sociétés associées d'États membres différents.

détient l'ensemble des droits d'exploitation de l'entreprise⁸⁶. Conformément à la législation de cet archipel, ces revenus ne feront l'objet d'aucune imposition.

Le montage d'Amazon, d'Alibaba, de Microsoft, mais aussi de plateformes collaboratives comme Airbnb et Uber est largement similaire en implantant holding et filiales sur le territoire d'États européens dont le droit interne et conventionnel permettent de faire transiter, en toute légalité, les redevances sans subir de frottements fiscaux tout au long de la chaîne de détention aux fins de les acheminer directement dans l'État de résidence de l'entreprise ou dans des États ne disposant pas de système d'imposition des bénéficiaires. Ainsi, Amazon, dont la société mère est établie dans le Delaware, a fait le choix de transférer les droits de la P.I à une société transparente luxembourgeoise. L'imposition de cette société se fait dès lors au niveau de ses associés, i.e. la société américaine qui la détient. Elle est toutefois considérée comme opaque par les règles américaines, grâce aux règles dites « *check-the-box* »⁸⁷, de sorte que ses revenus ne peuvent faire l'objet d'une imposition tant qu'ils n'ont pas été rapatriés aux États-Unis. Là encore, cette société concède à une autre société luxembourgeoise la P.I, cette dernière disposant du rôle de collecter, pour la société concédante, les redevances versées par les filiales de support établies dans les États de consommation⁸⁸. Les redevances sont ensuite transférées outre-Atlantique dans le Delaware où les conditions fiscales y sont particulièrement avantageuses.

12. L'absence de contrariété de ces schémas de planification fiscale à la lettre des dispositifs fiscaux invite à rejeter leur catégorisation en tant que pratique d'évasion fiscale ou de fraude fiscale. La légitimité d'un montage fiscal ne saurait être remise en cause par l'État de consommation sur la seule circonstance que le CA y étant réalisé apparaît considérable en comparaison avec le montant d'impôt qui y est acquitté. Pourtant, l'amalgame entre « optimisation fiscale » et « fraude fiscale » ne cesse de se répandre⁸⁹. Dernier exemple en date, un rapport de la commission d'enquête du Sénat

⁸⁶ Pour de plus amples développements sur ces montages, Rapport d'information n°1243 de P-A MUET sur l'« optimisation fiscale des entreprises dans un contexte international », 2013, § 73.

⁸⁷ Dans un but de renforcer leur attractivité fiscale, les États-Unis ont introduit en 1997 ce principe venant directement amoindrir l'effectivité de leurs règles CFC. V. à ce titre, M. DEVEREUX, A. J. AUERBACH, M. KEEN, P. OOSTERHUIS, W. SCHÖN and J. VELLA, « Taxing Profit in a Global Economy », *Oxford International Tax Group*, 2021, p. 103-104.

⁸⁸ Un doute juridique persiste toutefois concernant la qualification d'aides d'État de l'accord préalable conclu en 2003 entre Amazon et le Luxembourg relatif au traitement des redevances d'actifs incorporels, cf. *infra*. n°

⁸⁹ Les termes d'optimisation fiscale, d'évasion fiscale voire même de fraude fiscale apparaissent interchangeable dans la presse. V. par exemple, Le Monde, Le cabinet de conseil McKinsey accusé d'évasion fiscale en France, 17 mars 2022, https://www.lemonde.fr/les-decodeurs/article/2022/03/17/le-cabinet-de-conseil-mckinsey-accuse-d-evasion-fiscale-en-france_6117905_4355770.html ; L'affaire « Cum ex » / « Cum/Cum » concernant les pratiques d'arbitrages de dividendes afin d'échapper aux retenues à la source sur les dividendes et allant parfois jusqu'à obtenir plusieurs remboursements de retenues en est un autre exemple, cf. à ce titre, S. LE MASSON, M. VALETEAU, « CumEx » / « CumCum » : optimisation fiscale rime-t-elle avec fraude fiscale ?, *Droit pénal*, n° 12, Décembre 2021, étude 24.

du 16 mars 2022 sur l'influence croissante des cabinets de conseils privés sur les politiques publiques, notant à l'égard du cabinet McKinsey le schéma « *caricatural d'optimisation fiscale* » de l'entreprise⁹⁰. Si le montant presque nul d'IS versé par le cabinet en France sur ces dix dernières années en comparaison avec le CA annuel réalisé (329 millions d'euros en 2020) bouscule intuitivement une certaine conception de la justice fiscale, force est de constater que rien ne permet d'affirmer, en l'état, que le montage s'inscrirait en dehors des limites de l'optimisation fiscale. En effet, le schéma y est, pour ainsi dire, classique avec la concession par la société-mère basée au Delaware du droit d'usage de la marque aux succursales établies en France. L'assèchement de la base imposable de l'IS des succursales françaises par le versement d'une redevance en contrepartie du droit d'usage n'est pas en lui-même un élément permettant la remise en cause du montage fiscal. Encore faut-il que l'administration démontre, par l'application de l'article 57 CGI, que le montant de la redevance a été fixé en dehors du référentiel de pleine concurrence, i.e. en contrariété avec le prix observable sur le marché libre entre entreprises comparables.

Le constat d'impuissance de l'État français, en tant qu'État de consommation, dans la remise en cause des montages « double-irlandais – sandwich néerlandais » pourrait, selon certains auteurs⁹¹, être néanmoins amené à évoluer avec la réforme de 2018 assouplissant les conditions de l'application de l'abus de droit. Applicable depuis 2021 pour les actes passés à compter du 1er janvier 2020, l'article L. 64 A du LPF (mini abus de droit) prévoit désormais que peuvent être sanctionnées les opérations qui, bien que respectant la lettre de la norme, en méconnaissent l'esprit, dans le cadre d'une finalité fiscale *principale* – et non plus *exclusive*. Cette nouvelle règle d'assiette⁹² serait alors de nature à permettre à l'administration de « *qualifier l'ensemble du montage d'abus de droit et de considérer que les opérations ont été artificiellement réalisées en Irlande et que les contrats auraient dû être conclus par la filiale française de l'entreprise qui devait exploiter elle-même les droits immatériels* »⁹³. Par conséquent, la filiale française supporterait pour le versement de la redevance la RALS de l'article 182 B CGI et serait imposée à l'IS au titre de sa nouvelle activité, déduction faite de la redevance. L'on peut toutefois largement douter de la pertinence de ce raisonnement lorsqu'il est fait état de la substance économique des sociétés irlandaises en charge de la conclusion des contrats avec les clients annonceurs. En effet, le groupe

⁹⁰ A. BAZIN, E. ASSASSI, Commission d'enquête sur l'influence croissante des cabinets de conseil privés sur les politiques publiques sur « Un phénomène tentaculaire : l'influence croissante des cabinets de conseil sur les politiques publiques », Sénat, 16 mars 2022, p. 220.

⁹¹ V. par exemple, D. JOUSSET, *L'emploi des présomptions dans la lutte contre la fraude et l'évasion fiscales internationales*, thèse, Université Paris I, 2016, p. 473 et s.

⁹² Cette règle ne dispose pas d'une nature répressive en ce qu'elle n'est pas assortie, contrairement à la tentative avortée d'assouplissement de 2013, de pénalités automatiques. Pour de plus amples développements sur le « mini-abus » de droit et l'appréciation du motif « principal », M. GHALI, *La réforme de l'abus de droit fiscal*, thèse, Université Montpellier I, 2021.

⁹³ D. JOUSSET, *préc.*

pourrait contester sans grande difficulté un redressement de ce type en arguant que l'implantation de cette société « *correspond à la réalité économique de l'utilisation des brevets [...], que la centralisation des prestations au sein d'une seule structure permet d'effectuer des économies d'échelles et qu'elle est nécessitée par les caractéristiques propres à l'activité* »⁹⁴. Dans cette mesure, l'usage de ce nouvel outil anti-abus n'apparaît pas des plus pertinents pour retranscrire à des fins d'imposition l'importance des fonctions réelles exercées par la filiale française apporteur d'affaires et des activités des utilisateurs et consommateurs du service numérique dans le processus de création de valeur du groupe.

2. Une restructuration des entreprises numériques aux bénéfices incertains pour les finances publiques des États de consommation

13. La suppression par l'Irlande du mécanisme du « double-irlandais », sous la pression de l'UE, de l'OCDE et des États-Unis, ainsi que l'importante réforme fiscale américaine TCJA de 2017 prévoyant une imposition avantageuse des bénéfices stockés à l'étranger, ont incité les GAFAM à se restructurer. Concernant la réforme américaine, la réduction du taux d'impôt de 35 % à 15 % pour le rapatriement d'actifs liquides et à 8 % pour les actifs non-liquides a permis à Apple et Google à elles-seules de rapatrier, entre 2017 et 2018, plus de 320 milliards de dollars⁹⁵. Force est alors de constater que l'augmentation globale du taux effectif d'imposition de ces entreprises ces dernières années est avant tout le résultat d'une relocalisation des profits dans leur État de résidence, i.e. les États-Unis. Aussi, la suppression du mécanisme du « double-irlandais » a entraîné uniquement une restructuration des multinationales numériques en dehors des frontières des États de consommation par un transfert des droits de P.I aux États-Unis, de sorte que les redevances versées par les filiales de support ne seront désormais imposées non plus aux Bermudes mais aux États-Unis. Le taux d'imposition effectif d'Alphabet avoisinerait ainsi les 23 % avec plus de 80 % de l'impôt du aux États-Unis. Toutefois, il serait faux de considérer que les avancées introduites par le projet BEPS, le renforcement des outils anti-abus et la dynamique forte de pénalisation de la fraude fiscale instituée par la levée du verrou de Bercy depuis la loi du 23 octobre 2018⁹⁶ n'aient eu aucun impact sur la

⁹⁴ *Ibid.* p. 475.

⁹⁵ The Guardian, Google says it will no longer use 'Double Irish, Dutch sandwich' tax loophole – 1er Janvier 2020 <https://www.theguardian.com/world/2021/jun/03/microsoft-irish-subsiary-paid-zero-corporate-tax-on-220bn-profitlast-year>

⁹⁶ Loi n° 2018-898 du 23 octobre 2018 relative à la lutte contre la fraude : cette loi a supprimé le monopole de l'administration fiscale dans la mise en mouvement des poursuites pénales pour fraude fiscale. Désormais, l'administration est dans l'obligation de dénoncer au parquet tout dossier portant sur un montant de droits éludés supérieur à 100 000 € et ayant donné lieu à l'application de certaines pénalités, à savoir celle applicable en cas d'abus de droit, de manœuvres frauduleuses (80 %) ou encore en cas de manquement délibéré (40 %) lorsqu'au cours des 6 années civiles précédant son application le contribuable a déjà fait l'objet lors d'un précédent contrôle de l'application, par exemple, de l'une des majorations précédemment évoquées ou d'une plainte de l'Administration.

déclaration par ces entreprises du montant imposable rattachable en France. Netflix a par exemple récemment modifié son schéma en créant en France une filiale qui disposerait du pouvoir de conclure des contrats avec les utilisateurs français du service numérique. En ne limitant plus l'activité de la filiale à la réalisation de prestations de services au profit d'autres entités du groupe, le CA nouvellement attribuable à cette entité devrait augmenter significativement et se rapprocher des estimations de CA effectuées en fonction du nombre d'utilisateurs français de la plateforme⁹⁷. Pareillement, Facebook Inc a modifié sa structure afin de rattacher à sa filiale française le CA réalisé par ses employés auprès des grands clients, le CA étant dès lors passé de 56 millions en 2017 à 747 millions en 2019. Si le montant d'IS versé au trésor français a par conséquent augmenté significativement, reste que « *le CA déclaré par [l'entreprise] en France ne porte, selon ses propres déclarations, que sur une partie des clients. Il continue à être sous-estimé et s'élèverait à 1,3 milliard d'euros en 2019 au lieu des 747 millions d'euros déclarés* »⁹⁸. Pour Alphabet, la simplification de la structure par l'octroi direct des licences sur la P.I depuis les États-Unis⁹⁹ ne devrait toutefois pas modifier substantiellement le montant de la base imposable rattachable au territoire français en ce que la filiale française est toujours considérée comme un apporteur d'affaires. De même pour Amazon, les activités à forte valeur ajoutée comme le Cloud restent, dans leur ensemble, centralisés dans des filiales au Luxembourg, de sorte que les filiales de distribution chargées du stockage et du transport de marchandises sont vouées à bénéficier d'une rémunération standardisée.

L'étape descriptive était nécessaire car elle est de nature à révéler deux éléments spécifiques des entreprises de l'économie numérique leur permettant, avec une grande facilité, de réduire l'imposition dans les États où se situent leurs utilisateurs. D'une part, comme le notait V. RENOUX en 2017 : « *un point commun à ces schémas d'optimisation est que chacun de ces géants [dispose] de la possibilité, sous l'empire du droit actuel, de localiser la vente d'un service numérique dans le pays de son choix* »¹⁰⁰. D'autre part, il apparaît fortement complexe pour les autorités fiscales de contester la véracité des informations fournies concernant le montant de CA réalisé sur leurs territoires, d'autant plus à l'égard d'entreprises dont le modèle fonctionne, sur l'un de ses versants, selon une logique de gratuité. Autrement dit, les administrations fiscales restent largement tributaires des informations fournies par ces entreprises de sorte « [qu'] il y a gros à parier que les

⁹⁷ Préalablement à cette restructuration, sur l'année 2018-2019, Netflix avait déclaré un CA de 23 millions d'euros et avait déboursé moins de 500 000 euros d'IS. Des estimations avaient pourtant considéré que ce CA était en réalité supérieur à 800 millions d'euros, la plateforme disposant en France de 7 millions d'utilisateurs pour un abonnement mensuel d'environ 12 euros par mois.

⁹⁸ V. RENOUX, « Fiscalité numérique – Le match retour », *Digital New Deal*, septembre 2021, p. 19.

⁹⁹ A. ATHANASIOU, « Google Signals an End to Use of Double Irish Structure », *Tax Notes International*, 13 janvier 2020.

¹⁰⁰ V. RENOUX, Fiscalité réelle pour un monde virtuel, *préc.*

entreprises déclareront et paieront ce qu'elles estiment devoir payer « pour être tranquilles »... C'est déjà ainsi que cela se passe dans les transactions fiscales »¹⁰¹.

II. Une concurrence fiscale dommageable exacerbée au sein de l'Union européenne

14. Si la concurrence fiscale a longtemps été présentée comme un phénomène bénéfique pour les citoyens et un moyen d'exercer une pression à la baisse sur les dépenses publiques, elle est néanmoins susceptible, dans un environnement où la mobilité des capitaux est facilitée, d'altérer la liberté des États dans la conception et l'élaboration de leurs systèmes d'imposition¹⁰². En effet, pour conserver une certaine attractivité fiscale, les « États membres se retrouvent dans l'obligation de réagir continuellement aux changements intervenants dans un autre pays afin de rester compétitif dans une course « au moins-disant fiscal »¹⁰³. Une concurrence fiscale incontrôlée serait alors synonyme, selon la thèse de l'abandon de la souveraineté au marché, d'une renonciation des États à l'exercice de certaines missions de services publics voire de prérogatives de puissance publique ou à une centralisation de la charge fiscale sur les facteurs les moins mobiles¹⁰⁴. L'urgence d'une paupérisation des États et des populations a alors nécessité l'intervention, dès la fin du XXème siècle, d'autorités de type internationale pour poser certaines limites à l'élaboration étatique des politiques fiscales. La régulation des législations fiscales s'est alors réalisée au travers de la notion de « concurrence loyale et régulière »¹⁰⁵ selon deux axes : le contrôle des « pratiques fiscales dommageables » (A) et le contrôle en matière d'aides d'État (B).

A. La régulation par le contrôle des pratiques fiscales dommageables

15. Si l'étude du contrôle des pratiques fiscales dommageables dépasse en partie le cadre de notre travail, il convient néanmoins de noter, sous l'impulsion du Cadre inclusif de l'OCDE, l'évolution fondamentale opérée dans l'analyse du caractère dommageable des pratiques étatiques, en ce qu'elle a vocation à impacter indirectement les droits d'imposition des États de consommation. Alors qu'originellement, l'identification du caractère dommageable d'une pratique était largement liée à l'attribution par un État d'un avantage fiscal déconnecté de toute activité ou présence

¹⁰¹ A. DE MONTGOLFIER, Audition préparatoire au Sénat sur le projet de loi portant création d'une taxe sur les services numériques et modification de la trajectoire de baisse de l'impôt sur les sociétés, 30 avril 2019, consultable à l'adresse suivante : <http://www.senat.fr/rap/118-496/118-4966.html>

¹⁰² J-F BOUDET, *Manuel de droit fiscal européen et comparé*, Bruylant, 2021, Partie 3, Chapitre 1 : Mesures d'évasion fiscale au niveau de l'Union européenne, p. 237.

¹⁰³ *Ibid.*

¹⁰⁴ R. JAUNE, A. MAITROT DE LA MOTTE, « L'invention de l'établissement stable », *Dr. fisc.* n° 4, 28 janvier 2021, 116.

¹⁰⁵ A. LAUMONIER, *préc.*, p. 388 et s.

économique réelle sur son territoire (1), l'adoption par 130 États du pilier 2 OCDE en juillet 2021¹⁰⁶, et 6 de plus en octobre suivant, a entraîné une rupture avec cette conception en posant un plancher, sous forme de taux, à la « course au moins-disant fiscal » (2).

1. Une analyse du caractère dommageable fondée principalement sur la substance de l'activité

16. En synthèse¹⁰⁷, depuis 1998, année de création d'un code de conduite en matière de fiscalité des entreprises, les États membres s'engagent à ne pas introduire de nouvelles mesures dommageables et à démanteler les régimes qui disposeraient d'un tel caractère¹⁰⁸. L'identification des mesures préférentielles ou dommageables, i.e. « *les mesures octroyant à un groupe de contribuables un traitement plus avantageux que celui prévu par les règles fiscales générales* », reposent alors sur cinq critères alternatifs : l'octroi d'avantages exclusifs aux non-résident ; l'octroi d'avantages isolés de l'économie domestique ; l'octroi d'avantages en l'absence de toute activité économique réelle dans l'État concerné ; l'utilisation de règles non conformes aux principes internationaux pour déterminer un bénéficiaire au sein d'un groupe ; le manque de transparence¹⁰⁹. « *Ces critères ne sont pas sans rappeler les critères de l'OCDE, énoncés depuis 1998 et de façon récurrente, définissant des ETNC* »¹¹⁰. De même, la régulation de la concurrence fiscale s'opère par le biais d'instruments de *soft law*, ni créateurs de droits ni d'obligations dans leur principe, de sorte que leur mise en œuvre effective dépend avant tout de la volonté politique des États¹¹¹. Le rapport OCDE de 1998 se différencie toutefois notablement du code de conduite en faisant, dès cette période, référence au taux effectif d'imposition nul ou peu élevé dans l'appréciation du caractère dommageable d'une mesure¹¹². La question du taux constituait même selon l'organisation « *le point de départ pour examiner si un régime fiscal préférentiel est dommageable* »¹¹³. De manière surprenante, l'OCDE n'a pourtant pas poursuivi dans cette direction dans sa volonté de renforcer la lutte contre les pratiques fiscales dommageables. En effet, en obligeant à ce que l'octroi d'un régime préférentiel par un État soit lié à l'exercice sur son territoire d'une activité substantielle par un contribuable, l'approche *nexus* de l'action 5 du projet BEPS venait à conforter certains régimes

¹⁰⁶ OCDE / G20, Déclaration sur une solution reposant sur deux piliers pour résoudre les défis fiscaux soulevés par la numérisation de l'économie, juillet 2021.

¹⁰⁷ Pour des développements supplémentaires sur le développement de l'activité du Groupe du code de conduite, A. LAUMONIER, *préc.*, p. 389 et s.

¹⁰⁸ Conseil, Conclusions concernant la création du groupe « Code de conduite » (fiscalité des entreprises), 98/C 99/01, 9 mars 1998.

¹⁰⁹ Pour de plus amples développements sur ces critères, B. ANGEL, M. MONLÉON, « Avenir de l'Europe fiscale - Le code de conduite et la bonne gouvernance fiscale », *Dr. fisc.* n° 6, 11 Février 2021, 140.

¹¹⁰ T. LAMBERT, *L'impôt dans une économie mondialisée, préc.*, p. 125.

¹¹¹ *Ibid.*, p. 127.

¹¹² OCDE, Concurrence fiscale dommageable : un problème mondial, 1998.

¹¹³ *Ibid.*, § 61.

fiscaux dont la mise en œuvre aboutissait à une imposition presque nulle. Comme l'a noté G. PERRAUD : « *Un régime présentant un taux de 20 % peut être considéré comme dommageable si le taux nominal de droit commun est plus élevé. Par contre, un régime spécifique à 2 %, s'il satisfait des exigences de substance, n'est pas dommageable. Un régime général d'imposition faible ou nul n'est pas non plus dommageable* »¹¹⁴. Dès lors, si le projet BEPS s'est attelé à diminuer drastiquement les possibilités pour les entreprises multinationales de tirer parti des lacunes du système fiscal international pour délocaliser artificiellement leur matière imposable dans des juridictions à faible fiscalité, il ne les a pour autant pas empêchées de relocaliser leur production dans ces territoires pour réduire leur charge fiscale globale¹¹⁵. Malgré les réussites de l'OCDE et l'UE dans le démantèlement de certains régimes préférentiels¹¹⁶, force est néanmoins de constater la persistance de nombreux régimes permettant aux entreprises multinationales de bénéficier de situation de double non-imposition, ou à tout le moins de n'être imposées que très faiblement. C'est de ce constat qu'a germé l'idée d'une refondation du droit fiscal international par la mise en œuvre d'un impôt minimum mondial sur les entreprises.

2. Le pilier 2 OCDE : une analyse du caractère dommageable fondée sur la notion de sous-imposition

17. Le pilier 2 OCDE s'inscrit, dans sa globalité¹¹⁷, hors du cadre d'une étude portant sur les l'imposition des bénéficiaires des multinationales numériques sous la perspective de l'État de consommation. Néanmoins, il doit être mesuré l'impact d'une telle réforme dans la conception de l'impôt dans une économie mondialisée et numérisée. Son adoption par près de 140 États marque en effet l'entrée dans une nouvelle ère fiscale qu'il est possible d'analyser et de concevoir de deux façons différentes. La première verrait, dans le rôle directeur joué par l'OCDE dans la transformation du droit fiscal international, une atténuation conséquente de la liberté individuelle des États dans la fixation de leur système d'imposition, ceci d'autant plus au sein de l'UE où les États sont dans l'obligation de respecter le droit de cette entité¹¹⁸. Une autre vision, prédominante actuellement, vient, au contraire, considérer que seule une coopération multilatérale inter-étatique au sein d'une organisation internationale permet, dans une économie globalisée, la préservation de

¹¹⁴ G. PERRAUD, « L'imposition mondiale minimale : de l'utopie à la réalité », Actes de colloque soirée IFA du 23 novembre 2021, *Droit fiscal* n° 5, 3 Février 2022, 102.

¹¹⁵ A. ASLAM and A. SHAH, « Taxing the Digital Economy, in *Corporate Tax Under Pressure* », Chapter 10, 2021, *IMF*, p. 247.

¹¹⁶ Sur 271 mesures examinées par le Groupe du code de conduite, 66 ont été considérées comme dommageables (Groupe code de conduite, SN 4901/99, 23 novembre 1999).

¹¹⁷ Tel n'est néanmoins pas le cas de la « règle des paiements insuffisamment imposés » (RPII), mécanisme résiduel d'imposition à la source, et de la « règle d'assujettissement à l'impôt » (RAI). V. à ce titre *infra*. § 534.

¹¹⁸ T. LAMBERT, *préc.*, p. 133 et s.

la souveraineté fiscale des États¹¹⁹.

Concrètement, le pilier 2 tend à redéfinir les éléments de distinction développés par l'action 5 du projet BEPS entre la concurrence fiscale « saine » et la concurrence fiscale « dommageable » dans le but de garantir *in fine* que les entreprises multinationales disposant d'un CA supérieur à 750 millions d'euros, paient un impôt d'au moins 15 % sur leurs bénéfices mondiaux, indépendamment de la satisfaction à des critères minimums de substance¹²⁰. Pour ce faire, le pilier renforce les droits d'imposition de l'État de résidence au travers de la règle d'inclusion des revenus (RIR), le mécanisme d'imposition à la source, i.e. la « règle des paiements insuffisamment imposés » (RPII), ne trouvant à s'appliquer que de manière résiduelle en l'absence d'application par l'État de résidence du taux minimum mondial. L'objectif est alors d'attribuer une réelle effectivité au « principe de taxation unique » (*Single Tax Principle*) selon lequel tout revenu doit supporter l'impôt une fois, et une fois seulement¹²¹. À ce titre, le pilier repose sur une approche similaire à celle contenue dans les règles nationales *Controlled Foreign Company* (CFC), par ex. l'article 209 B du CGI en droit français, et permettant à l'État de résidence, en l'absence d'exercice suffisant du droit primaire d'imposition de l'État source, de disposer d'un droit d'imposition complémentaire afin que le taux d'imposition de l'entreprise soit égal à 15 %¹²².

B. La régulation par le contrôle des aides d'État

18. Si la limite du code de conduite se situe assurément dans son absence de portée juridique, « *le recours parallèle au droit européen des aides d'État permet, sous l'autorité de la Commission européenne et sous le contrôle de la juridiction européenne, de pallier cette lacune et de lutter efficacement contre la concurrence fiscale dommageable* »¹²³. L'utilisation de l'outil fiscal par les États membres pour inciter ou décourager les opérateurs économiques à l'adoption de certains comportements doit, dans cette mesure, s'effectuer en conformité avec le droit de l'UE. Toutefois, et c'est fondamental, « [cet] encadrement de la matière fiscale ne remet pas en cause les

¹¹⁹ V. par exemple, D. PINTO, *E-commerce and Source-Based Income Taxation*, Volume 6, Doctoral Series, IBFD, March 2002.

¹²⁰ Il convient toutefois de noter qu'au titre du pilier 2, seuls seront imposés les bénéfices après déduction d'un pourcentage des dépenses de personnel et d'un pourcentage de la valeur des actifs. La somme de ces deux pourcentages, censée refléter un rendement de routine, s'établira les cinq premières années à 7,5 % de la valeur amortissable des actifs corporels et de la masse salariale, puis à 5 %. Cette exception dite « substance carve-out » apparaissait nécessaire pour rallier à la solution des États comme l'Irlande, la Hongrie ou encore l'Estonie qui exonèrent purement et simplement d'impôt les bénéfices non distribués.

¹²¹ R. AVI-YONAH, « International Taxation of Electronic Commerce », *Tax Law Review*, Vol. 58, 1997, p. 517 et s.

¹²² Pour une étude des composantes techniques du pilier 2 et des modalités de sa mise en œuvre, V. le dernier document en date du Cadre inclusif, OCDE/G20, *Tax Challenges Arising from the Digitalisation of the Economy Global Anti-Base Erosion Model Rules (Pillar Two)*, december 2021.

¹²³ A. MAITROT DE LA MOTTE, « Les aides d'État et la concurrence fiscale dommageable », *Dr. fiscal* n° 25, 20 Juin 2013, 334.

compétences retenues par les États membres, mais seulement leur exercice »¹²⁴. Si cette nuance semblait quelque peu s'estomper, de part l'activisme toujours croissant de la Commission notamment dans le domaine des aides individuelles, les analyses et décisions portées par les juridictions européennes démontrent que la politique menée par la Commission ne saurait révéler une instrumentalisation du régime des aides d'État afin de pallier les lacunes de l'harmonisation fiscale en matière de fiscalité directe¹²⁵. L'arrêt de la CJUE du 9 septembre 2021¹²⁶ en est la plus récente illustration : la fiscalité directe relève bien de la compétence réservée des États membres. Toutefois, ces États « *doivent exercer leur autonomie fiscale dans le respect des exigences découlant du droit de l'Union* »¹²⁷.

Dès lors, en vertu de l'article 107 § 1 du TFUE, une mesure fiscale adoptée par un État membre est incompatible avec le marché intérieur lorsqu'elle est susceptible de fausser, ou de menacer de fausser, la concurrence. Des quatre critères cumulatifs énoncés par la jurisprudence *Altmark*¹²⁸ pour qualifier une mesure d'aide d'État, c'est celui de la sélectivité de l'avantage fiscal qui, notamment dans les contentieux opposant les États de résidence des multinationales et la Commission, amène aux débats juridiques les plus intenses et les plus complexes. On rappellera à ce titre que l'examen de la sélectivité impose, selon une logique ternaire, d'identifier (i) un système « normal » de référence, (ii) auquel la mesure litigieuse fait exception, (iii) sans que l'État ne soit capable de le justifier¹²⁹. L'appréciation de cette condition est au centre des contentieux Fiat et Apple dans lesquels la Commission a considéré que le Luxembourg et l'Irlande avaient accordé, respectivement à ces deux entreprises, des aides d'État sous la forme de « *ruling fiscaux* » concernant des méthodes non harmonisées de détermination de la valeur d'un prix de transfert. Les enjeux financiers de ces affaires sont conséquents, d'autant plus pour les opérateurs bénéficiaires de ces mesures individuelles au regard des conséquences potentielles d'une déclaration d'incompatibilité avec le marché intérieur (remboursement systématique des avantages perçus jusqu'à dix ans en arrière, ajout d'intérêts, risque de double imposition non éliminable dans les situations internationales, etc.)¹³⁰.

¹²⁴ E. THOMAS, « Jurisprudence de la CJUE : fiscalité directe (juill./sept. 2021) », *Droit fiscal* n° 40, 7 Octobre 2021, 380, § 6.

¹²⁵ E. THOMAS, « Jurisprudence de la CJUE : fiscalité directe (juill./sept. 2019) », *Droit fiscal* n° 41, 12 Octobre 2019, 396, § 4.

¹²⁶ CJUE, 7e ch., 9 sept. 2021, aff. C-449/20, Real Vida Seguros SA c/ Autoridade Tributária e Aduaneira : EU :C :2021 :721 ; Dr. fisc. 2021, n° 37, act. 477.

¹²⁷ *Ibid.*, pt 38.

¹²⁸ CJCE, 24 juillet 2003, aff. C-280/00, *Altmark* : JurisData n°2003-233690 ; Rec. CJCE, p.I-7747 ; BDEI 5/2003, n°289, concl. Ph. LÉGER et Ch. TIMMERMANS : les quatre critères d'identification sont (i) un avantage, (ii) accordé au moyen de ressources étatiques, (iii) de façon sélective à certaines entreprises ou productions et (iv) dont l'octroi est susceptible de fausser la concurrence et d'affecter les échanges entre les États membres.

¹²⁹ V. par ex. CJUE, gde ch., 21 déc. 2016, aff. C-20/15, World Duty Free Group SA, anciennement Autogrill España SA.

¹³⁰ F. SICARD, « Quand la sélectivité n'est plus sélective, ou le nécessaire rééquilibrage des critères des aides d'État, »

Si le temps est encore à l'incertitude en l'absence d'arrêt rendu par la CJUE, la décision du Tribunal de l'UE du 15 juillet 2020 dans l'affaire Apple¹³¹ et les récentes conclusions de l'avocat général devant la CJUE sous l'affaire Fiat¹³² -en faisant toutes deux droit aux argumentaires développés par les États - révèlent néanmoins certaines des faiblesses d'une politique de contestation des *rulings* fiscaux sous le prisme du droit des aides d'État. Concernant l'affaire Apple, si la Commission avait identifié justement le cadre normal du système d'imposition des bénéficiaires irlandais, elle n'a toutefois pas démontré l'existence d'un avantage sélectif en raison, notamment, d'une application erronée de « l'approche autorisée » OCDE dans la détermination des bénéficiaires des succursales¹³³. Concernant l'affaire Fiat, l'avocat général conclut, dès l'étape d'identification du cadre de référence, à l'erreur de droit du Tribunal¹³⁴. En effet, en adoptant une conception globalisante du cadre de référence par l'intégration d'une version du principe de pleine concurrence fondé sur un élément non codifié tel que le (prétendu) objectif du droit fiscal luxembourgeois, la décision du Tribunal induisait potentiellement une ingérence dans un domaine de compétence exclusive de l'État luxembourgeois. L'avocat général note alors : « [...] *Le caractère concret de l'imposition « normale » implique que celle-ci procède de règles de droit positif. Afin d'éviter tout empiètement sur la compétence exclusive des États membres en matière de fiscalité directe, l'existence d'un avantage au sens de l'article 107 TFUE ne peut être vérifiée qu'au regard du cadre normatif tracé par le législateur national dans l'exercice effectif de cette compétence* »¹³⁵. Une nouvelle fois, il est rappelé -s'il en était encore besoin- que, si l'action des États membres est nécessairement encadrée par les règles du droit de l'UE, la Cour se porte garant du respect plein et entier de l'autonomie fiscale des États membres. La confirmation de la décision Apple et des conclusions de l'avocat général dans l'affaire Fiat par la CJUE seraient alors, après les affaires McDonald et Starbucks¹³⁶, de nouveaux échecs pour la Commission dans son recours au droit européen des aides d'État pour contrôler les impôts directs des États membres. Dans une telle situation, l'effectivité de l'intégration négative par le biais du droit des aides d'État ne serait alors qu'un lointain souvenir. L'intégration

Dr. fisc. n° 26, 29 Juin 2017, 367.

¹³¹ Trib. UE, 7e ch., 15 juill. 2020, aff. T-778/16 Irlande c/ Commission et T-892/16, Apple Sales International et Apple Operations Europe c/ Commission.

¹³² P. PIKAMÄE, concl. présentées le 16 décembre 2021, Affaire C-898/19 P.

¹³³ A. MAITROT DE LA MOTTE, « Les enjeux de l'affaire Apple après l'arrêt du Tribunal de l'Union européenne du 15 juillet 2020 », *Droit fiscal* n° 30-35, 23 Juillet 2020, 320 ; Pour une étude de l'approche autorisée OCDE, cf. *infra*. § 331.

¹³⁴ Trib. UE, 24 sept. 2019, aff. jtes T-755/15 et T-759/15, Luxembourg, Fiat Chrysler Finance Europe : JurisData n° 2019-016844.

¹³⁵ P. PIKAMÄE, *préc.*, points 106 et 111.

¹³⁶ Concernant la situation de non-imposition de l'entreprise McDonald entre le Luxembourg et les États-Unis, la Commission européenne n'a pas été en mesure de démontrer que cette situation s'inscrivait en dehors du cadre de référence du système d'imposition. Elle a ainsi considéré, le 19 septembre 2018, que l'entreprise n'avait bénéficié d'aucune aide d'État (procédure SA.38945) ; Trib. UE, 7e ch., 24 sept. 2019, aff. T-760/15 et T-636/16, Pays-Bas c/ Commission – affaire Starbucks : EU : T : 2019 :669.

positive en pâtirait aussi inévitablement car « *il va [...] de soi que les États membres sont plus enclins à adopter des directives fiscales lorsque pèsent sur eux des risques de condamnation en matière d'aides d'État* »¹³⁷.

III. L'appréhension fiscale perfectible des nouvelles sources créatrices de valeur

19. L'idée aujourd'hui couramment répandue selon laquelle, dans une économie numérisée, les bases juridiques traditionnelles pour la répartition de la base imposable seraient obsolètes, ne peut être discutée en pleine connaissance de cause sans une compréhension des mutations induites par l'avènement de l'Internet et des technologies de l'information et de la communication (TIC) dans la création de la valeur des entreprises et dans le déploiement de leurs activités. À ce titre, les concepts de sciences économiques et de gestion apparaissent indispensables à la compréhension des phénomènes juridiques (A). Si le jugement d'obsolescence des cadres de répartition est bien souvent prononcé sur la seule circonstance que la présence physique des entreprises sur les marchés s'est progressivement érodée, la réalité des modèles d'affaires des entreprises multinationales amène à une conclusion plus nuancée. En effet, les nouvelles activités, dont la mise en œuvre ne requiert aucune intervention matérielle ou humaine sur le marché, sont encore rares et ne concernent essentiellement que des entreprises spécialisées dans la fourniture de services numériques. De sorte que les questions de la localisation matérielle du fait générateur de l'impôt et de la quantification de la valeur rattachable à un territoire ne se complexifieraient, dans une économie globalisée, que pour une partie des entreprises multinationales numériques. Les spécificités des modèles d'affaires de ces entreprises doivent par conséquent faire l'objet d'une étude approfondie (B).

A. La nécessité d'une interdépendance renforcée entre la matière juridique et économique

20. L'explication et la compréhension du phénomène de disparition des bases imposables, phénomène propre aux entreprises multinationales numériques, requièrent une mobilisation des méthodes et concepts de la science économique. La perspective d'une rencontre interdisciplinaire apparaît dans cette mesure indispensable pour opérer une transformation de la règle juridique en cohérence avec les bouleversements induits par la numérisation de l'économie. Le rapport Colin et Collin de 2013 sur la fiscalité de l'économie numérique, réalisé par un conseiller d'État et un inspecteur des finances désormais entrepreneur dans le domaine de la transition numérique, en est la preuve la plus manifeste¹³⁸. De même, le récent ouvrage « *Des systèmes d'information aux*

¹³⁷ A. MAITROT DE LA MOTTE, *préc.*

¹³⁸ P. COLLIN, N. COLIN, *préc.*

Blockchain »¹³⁹, sous la direction de W. AZAN et G. CAVALIER, a démontré, pour la matière fiscale, la valeur inextinguible d'aborder l'étude d'une technologie numérique disruptive, qui n'en est encore qu'à ses balbutiements, de façon interdisciplinaire. Loin de nous l'idée, toutefois, de nier l'autonomie du droit en réduisant les phénomènes juridiques à des facteurs économiques. En effet, si notre approche s'inscrit, dans certains de ses aspects, dans le courant de la *Law and Economics*¹⁴⁰ qui considère que les concepts de l'économie permettent une meilleure compréhension des phénomènes juridiques, l'analyse économique ne sera néanmoins mobilisée que de façon « *descriptive ou prédictive, [pour] explique[r] les raisons et la manière dont le droit sélectionne les décisions les plus efficaces* »¹⁴¹. En d'autres termes, nous considérons qu'une solution pertinente pour répondre aux problématiques fiscales soulevés par la numérisation de l'économie ne peut résulter que d'une accentuation de l'interdépendance entre les cadres d'analyse économique de la qualité d'une réglementation fiscale et la règle de droit. Nous partageons à ce titre l'avis de J. PELLEFIGUE, docteur et économiste en prix de transfert, émis dans un article relatif au cadre d'analyse économique du système fiscal international : « *le courant law and economics qui, même s'il s'est jusque-là très peu intéressé au droit fiscal, gagnerait certainement à le faire tant une approche pluridisciplinaire semble parfaitement adaptée à ce sujet* »¹⁴².

Le cantonnement à un rôle descriptif de l'analyse économique ne semble pour autant pas être suivi, en toutes hypothèses, par l'OCDE lorsqu'elle conçoit l'impôt dans une économie mondialisée. En effet, en affichant pour mission « *de promouvoir des politiques qui amélioreront le bien-être économique et social partout dans le monde* »¹⁴³, l'analyse de la pertinence d'une règle d'imposition semble directement liée à des considérations de performances économiques. Comme le note alors V. ZENCKER : « *Dans cette optique, l'autonomie du droit est niée puisqu'il n'est plus qu'un instrument au service d'objectifs économiques. Cette analyse, qui peut sembler excessive aux yeux des juristes, a pourtant rencontré un certain succès, surtout auprès des organisations économiques internationales* »¹⁴⁴. La réduction du droit au rang de subalterne de l'économie ne résiste toutefois pas à l'épreuve de la réalité lorsqu'il est fait état de l'influence persistante des règles juridiques dans la détermination des comportements autorisés sur le marché et des droits et obligations s'y rattachant.

¹³⁹ *Des systèmes d'information aux blockchains : Convergence en sciences juridiques, fiscales, économiques et de gestion*, sous la direction de W. AZAN et G. CAVALIER, 2021, Bruylant.

¹⁴⁰ La véritable naissance de ce courant se situe dans les années 1960 aux États-Unis avec l'article de R. COASE, « The Problem of Social Cost », *The Journal of Law and Economics*, Volume III, octobre 1960, 44 p. ; La *Law and Economics* vise en substance à procéder à une analyse économique du droit afin de mieux comprendre l'impact des règles juridiques sur le comportement des opérateurs.

¹⁴¹ V. ZENCKER, *Les rapports du droit et de l'économie*, thèse, Université Paris Descartes, 2012, p. 37.

¹⁴² J. PELLEFIGUE, « Le Cadre inclusif et la science lugubre », *Dr. fisc.* n°12, 19 mars 2020, 193.

¹⁴³ OCDE, *Les travaux de l'OCDE dans le domaine fiscal, 2018-2019*, Paris, cité par T. LAMBERT, *préc.*, p. 63.

¹⁴⁴ V. ZENCKER, *préc.*, p. 490.

B. Les spécificités des modèles d'affaires des entreprises multinationales numériques

21. Selon le rapport France stratégie publié en 2015, l'économie numérique se caractériserait par quatre éléments principaux : (i) une complexification de l'identification du ou des lieux de création de valeur d'une activité, (ii) des externalités de réseaux importantes de nature à permettre aux entreprises de disposer d'un pouvoir de monopole, (iii) des marchés multi-faces avec en leur centre des plateformes d'intermédiation dont l'activité consiste à connecter différents acteurs et (iv) la collecte et l'exploitation de données personnelles téléchargées, comme intrants dans la chaîne de valeur de la plate-forme¹⁴⁵.

Au travers de ces éléments, se dessine le principal bouleversement induit par la révolution numérique : celui du passage, pour les entreprises, d'un processus de création de valeur à un processus de captation de la valeur. En effet, l'économie numérique est avant tout une économie dans laquelle la puissance et la richesse se concentrent en dehors du périmètre de l'organisation de l'entreprise¹⁴⁶. La réussite des grandes entreprises multinationales du numérique, simples *start-up* au début du siècle, semble ainsi avant tout liée à leur capacité de capter la valeur extérieure à leur organisation pour en faire levier et générer des bénéfices. De ce constat, l'écosystème construit par les principales plateformes de l'internet¹⁴⁷ repose sur une logique « *contributive dans laquelle les utilisateurs d'applications sont aussi, par leurs contributions ascendantes, des auxiliaires de la production et de la distribution* »¹⁴⁸. La révolution numérique a ainsi redessiné la frontière entre la production et la consommation. En mettant à disposition des utilisateurs des services toujours plus innovants, les entreprises viennent à déclencher une activité intense de la part de leurs utilisateurs, source d'une création de valeur qui peut se révéler *in fine* encore plus importante que la mobilisation des facteurs traditionnels de production que sont le travail et le capital¹⁴⁹.

Cette prédominance de l'extériorité dans la création de valeur est, de prime abord, de nature à fragiliser les fondements conventionnels de répartition des droits d'imposition selon lesquels un État ne peut se voir reconnaître une compétence fiscale que lorsqu'il est le lieu d'origine de la création de la valeur. En effet, le lieu d'origine de la valeur correspond, selon la doctrine de

¹⁴⁵ France stratégie, La fiscalité du numérique : quels enseignements tirer des modèles théoriques ?, Note d'analyse, 2015, p. 7.

¹⁴⁶ N. COLIN, H. VERDIER, *L'âge de la multitude – Entreprendre et gouverner après la révolution numérique*, Armand Colin, 2ème édition, 2015.

¹⁴⁷ La notion de plateforme numérique est polysémique. Désignant d'abord, au sens large, l'acteur ou le lieu de la mise en relation technique entre des agences hétérogènes, le plateforme se définit désormais, dans le cadre de l'Internet, comme « un intermédiaire dans l'accès aux informations, contenus, services ou biens édités ou fournis par des tiers » (Conseil national du numérique, « Rapport Ambition numérique : pour une politique française et européenne de la transition numérique », 2015, p. 395).

¹⁴⁸ P. COLLIN, N. COLIN, *préc.*, p.52.

¹⁴⁹ A. GOBEL, « Fiscalité internationale et économie numérique : la juste valeur des Big Data », Étude, *BF 6/13*, Francis Lefebvre.

l'allégeance économique, au lieu de mobilisation des facteurs de production de l'entreprise. Est-ce à dire que l'État de situation des éléments de valeur captés par une entreprise numérique ne puisse se voir accorder une compétence fiscale, à défaut de déploiement sur son territoire de facteurs de production de cette entreprise ? Dans l'hypothèse où il serait reconnu à cet État une compétence fiscale, comment quantifier ces nouvelles sources de valeur, directement liées aux modèles d'affaires des multinationales du numérique, et dont le droit peine à les assimiler à des catégories prédéfinies ?

S'il est tentant, par simplicité, de répondre à ces questions par une approche globalisante, la spécificité des processus de création de valeur des multinationales numériques et des liens qu'elles partagent avec les États de consommation, démontreront la nécessité de rejeter toute solution standardisée de renforcement des droits d'imposition de ces États. En d'autres termes, les multinationales numériques ne constituent pas un corps homogène d'opérateurs économiques dans lequel les difficultés de rattachement de l'obligation fiscale au territoire de l'État de consommation et de détermination du *quantum* d'impôt attribuable à cette juridiction sont d'une même intensité. Plus concrètement, alors qu'il semble aisé, pour les entreprises numériques vendant des biens physiques au travers d'une plateforme numérique, de déterminer un point d'ancrage territorial à des fins d'imposition, cet exercice se complexifie notablement à l'égard d'entreprises numériques spécialisées, par exemple, dans la fourniture de solutions en ligne et où la réalisation de l'activité ne requiert aucun moyen matériel et humain¹⁵⁰. De même, le caractère matériel de l'activité de la première catégorie d'entreprises réduit *a priori* les difficultés liées à la détermination de la base imposable rattachable à une entité contrairement à la seconde catégorie d'entreprises où l'essentiel de la valeur repose sur des éléments immatériels parfois non-assimilables à des actifs incorporels classiques.

Paragraphe 2 : Les difficultés d'attribution d'une consistance à l'exigence d'imposition « juste » et « équitable » des multinationales du numérique

22. La production des normes fiscales dans le domaine de l'imposition des entreprises est mue par un profond désir d'instituer un système fiscal « juste » et « équitable ». En effet, le Cadre inclusif OCDE notait, au commencement des discussions sur le pilier 1 en 2020, qu'une solution de ce type « *peut non seulement jouer un rôle important pour assurer l'équité et la justice des [...]*

¹⁵⁰ Il est classiquement distingué cinq grandes catégories d'entreprises opérant dans le secteur numérique : les entreprises vendant des biens matériels par le biais d'une plateforme numérique ; les entreprises vendant des produits numériques par le biais d'une plateforme numérique ; les entreprises fournissant une plateforme d'intermédiation pour la vente de biens et services ; les entreprises fournissant des services ou solutions numériques (L. SPINOSA, V. CHAND, « A Long-Term Solution for Taxing Digitalized Business Models: Should the Permanent Establishment Definition Be Modified to Resolve the Issue or Should the Focus Be on a Shared Taxing Rights Mechanism? », *Intertax*, Vol. 46, Issue 6/7, 2018, p. 476-494).

systèmes fiscaux, tout en renforçant l'architecture fiscale internationale face à l'émergence de nouveaux modèles d'affaires et à la transformation de modèles plus anciens »¹⁵¹. Plus récemment encore, dans sa communication du 18 mai 2021 sur une fiscalité des entreprises pour le XXIème siècle, la Commission européenne évoque la nécessité d'une action fiscale européenne conçue dans le but « *de parvenir à un bouquet fiscal équilibré et à un système guidé par les principes d'équité, d'efficacité et de simplicité* »¹⁵². De même, dans un contexte interne, les propositions spécifiques d'imposition des entreprises multinationales numériques reposent essentiellement sur un objectif d'équité fiscale dans le but d'assujettir ces entreprises à des impôts qu'elles auraient versées si leurs activités avaient été réalisées dans un secteur traditionnel. La transposition de la taxe sur les surfaces commerciales (Tascom) au secteur du commerce électronique, proposée en 2012, visait alors à « *donner une traduction législative, la plus opérationnelle possible, à l'établissement de la neutralité et de l'équité fiscale* »¹⁵³. Or, l'essai d'attribution d'une consistance à l'exigence d'imposition « juste » et « équitable » des entreprises est extrêmement complexe en ce que ces deux termes sont des concepts protéiformes et évanescents, impossibles à assimiler à des principes juridiques dont les contours seraient précisément délimités¹⁵⁴. Cette analyse est d'autant plus complexe à mener qu'il doit être relevé une contradiction frontale¹⁵⁵ entre la fonction redistributive de l'impôt en droit interne, dont l'objectif est la répartition équitable de la valeur générée au sein d'une communauté de contribuables en conformité avec l'article 13 DDHC (I), et la fonction distributive des conventions fiscales, dont l'objectif est la juste rétribution des États en fonction de leur rôle dans le processus de création de valeur des entreprises (II). Dans cette mesure, l'appréciation du caractère « juste » et « équitable » de l'imposition des entreprises multinationales numériques est susceptible de varier en fonction de la perspective selon laquelle l'on choisit de se placer.

I. L'exigence d'imposition « juste » et « équitable » en droit interne

23. Les systèmes juridiques reconnaissent dans leur grande majorité aux personnes morales une personnalité juridique distincte de celle de leurs membres. S'appuyant sur cette fiction juridique, le droit fiscal considère que les sociétés sont en capacité, en tant que sujet de droit, d'acquiescer, similairement aux personnes physiques, des impôts sur le fondement de leur statut

¹⁵¹ OCDE, Les défis fiscaux soulevés par la numérisation – Rapport sur le blueprint du pilier 1, Cadre inclusif BEPS, 2020, p. 8.

¹⁵² Commission européenne, Fiscalité des entreprises pour le XXIème siècle, COM(2021) 251 final, 18 mai 2021.

¹⁵³ P. MARIANI, Proposition de loi « pour une fiscalité numérique neutre et équitable », 19 juillet 2021, n°682, Sénat.

¹⁵⁴ X. CABANNES, *préc.*, p. 20 à 22 évoquant les différentes significations pouvant être attribuées à la notion de « justice fiscale ».

¹⁵⁵ N. VERGNET, *préc.*

personnel¹⁵⁶. L'analyse subjective sur laquelle repose la théorie de la faculté, théorie aux fondements des impôts personnels, induit dès lors que la mesure de l'obligation fiscale soit liée à des considérations de justice inter-individuelle¹⁵⁷. La sacralisation de cette théorie à l'article 13 de la DDHC commande ainsi de considérer qu'un prélèvement fiscal ne peut être « juste » que si la répartition de la charge fiscale entre les individus membres d'une communauté s'effectue conformément à leurs facultés contributives (A). Sur le fondement de cet article, le principe d'égalité devant les charges publiques, second versant constitutionnel du principe d'égalité en matière fiscale – qui englobe le principe d'égalité devant l'impôt¹⁵⁸ - impose d'importantes limites à la marge de manœuvre du législateur dans l'élaboration des normes fiscales (B).

A. Une répartition de la charge fiscale en adéquation avec les capacités contributives des contribuables

24. Comme l'a noté H. LÉHERISSEL, « *l'évolution la plus fondamentale des systèmes fiscaux dans le contexte de développement économique des XIXe et XXe siècles fut sans conteste la concentration progressive des impôts directs sur les « capacités contributives » des contribuables, c'est-à-dire pour l'essentiel les bénéfices des entreprises et les revenus des particuliers* »¹⁵⁹. En effet, le dessein d'attribuer une consistance à la notion de « capacités contributives » a induit progressivement l'installation du bénéfice comme seule assiette en mesure de permettre l'imposition en fonction de la richesse effectivement créée par les contribuables. Il a donc été opéré progressivement une évolution dans l'appréciation des capacités contributives des personnes morales, celle-ci ne s'effectuant plus, comme originellement, en fonction de la valeur qu'elles possèdent mais au regard de leur valeur produite sur une période donnée¹⁶⁰.

Si la suprématie de cette assiette, au cours d'une grande partie du XXème siècle, ne faisait guère de doute, l'intensification des pratiques d'optimisation fiscale agressive, permise notamment par la suppression des obstacles à la libre circulation des capitaux et la dématérialisation de

¹⁵⁶ Pour une remise en cause de la faculté des personnes morales, N. VERGNET, *préc.*, § 452 et s.

¹⁵⁷ A. KALLERGIS, *La compétence fiscale*, Nouvelles bibliothèque de thèse, Dalloz, Volume 135, 2018, p. 266.

¹⁵⁸ L. AYRAULT, « Le principe d'égalité en matière fiscale », *Les cahiers du Conseil constitutionnel*, Titre VII, 2020/1 (N° 4), p. 35 : sur les trois déclinaisons du principe d'égalité en matière fiscale que sont -l'égalité devant la loi, -l'égalité devant les charges publiques et, -l'égalité devant l'impôt, seules les deux premières apparaissent encore clairement identifiées par la jurisprudence du Conseil constitutionnel. Toutefois, : « *si la référence directe au principe d'égalité devant l'impôt n'apparaît plus dans les décisions du Conseil constitutionnel, l'analyse de sa jurisprudence témoigne de la persistance du contrôle qui y est associé* ». Le principe d'égalité devant l'impôt résiderait alors dans l'exigence d'une appréciation des facultés contributives reposant sur des critères objectifs et rationnels en fonction de l'objectif poursuivi. V. par ex. Cons. const., déc. n° 2019-825 QPC du 7 févr. 2020, *Sté Les sablières de l'Atlantique* §4.

¹⁵⁹ H. LÉHERISSEL, « Le bénéfice des entreprises reste-t-il l'assiette optimale d'imposition des entreprises ? », *Dr. fisc.* n° 14, 5 Avril 2012, 248.

¹⁶⁰ L'imposition des sociétés reposait originellement sur la valeur de leur patrimoine.

l'économie, a toutefois amené à la remise en cause de sa capacité à assurer une « *égalité de sacrifices* » entre les contribuables dans le montant d'impôt acquitté. En effet, « *l'assiette bénéfice favoriserait de la part notamment des grandes entreprises, une optimisation fiscale excessive et par conséquent une insuffisance de la contribution de ces entreprises aux charges publiques* »¹⁶¹. En réponse, les bases alternatives se sont multipliées pour tenter d'assujettir les entreprises à une obligation fiscale en corrélation avec leurs réelles facultés contributives. Les plus classiques, à savoir le chiffre d'affaires (CA) et les coûts de production, ne constituent alors, tout au plus, que des indicateurs matériels sommaires de la capacité contributive des entreprises. Pour ne prendre que l'exemple des impositions assises sur le CA, leur conformité avec le principe de capacités contributives apparaît plus qu'incertaine dès lors que les contribuables peuvent être soumis à une obligation fiscale supérieure aux bénéfices réalisés au titre de leurs activités. Si ce risque potentiel de spoliation, caractérisé par la nécessité pour le contribuable d'amputer une partie de son patrimoine pour acquitter l'imposition¹⁶², pourrait amener à juger de sa contrariété avec le principe de capacités contributives, force est de constater que ni le Conseil constitutionnel¹⁶³, ni la CJUE¹⁶⁴ n'interdisent d'y recourir. Bien au contraire, cette dernière en a légitimé par principe le recours en considérant dans un arrêt du 16 mars 2021 relatif à des impositions progressives sur le CA d'entreprises opérant dans des secteurs particuliers que « *le montant du CA constitue, en général, à la fois un critère de distinction neutre et un indicateur pertinent de la capacité contributive des assujettis* »¹⁶⁵.

Le développement des assiettes alternatives d'imposition des entreprises, « *souvent [considéré] comme un appendice de l'impôt sur les bénéfices, permettant d'en fixer le montant minimum* »¹⁶⁶, pourrait n'en être qu'à ses prémices en l'absence d'une pleine satisfaction des États de consommation relative au nouveau régime d'imposition OCDE dit Pilier 1. À ce titre, les spécificités des entreprises multinationales numériques touchant à leurs façons de produire de la richesse constituent un terreau fertile à l'imagination de nouvelles bases alternatives, dans le but de combler les lacunes prétendues d'une imposition reposant sur les bénéfices. Parallèlement, la place désormais faite par le droit fiscal à la logique de négociation et de contractualisation de l'impôt, notamment avec les GAFAM, marque un détachement de l'exigence selon laquelle la mesure de l'obligation fiscale devrait s'effectuer en corrélation avec les facultés contributives des

¹⁶¹ *Ibid.*

¹⁶² P.-L. ROUZAUD, *L'impôt confiscatoire – Notion et jurisprudence*, Larcier, 2016.

¹⁶³ Cons. constit., décision n° 2009-599, § 38 ; Nous reviendrons sur cette décision au moment de l'étude de l'exigence constitutionnelle du caractère non-confiscatoire de l'imposition, cf. infra. §

¹⁶⁴ CJUE, gr. ch., 16 mars 2021, aff. C-596/19 P, Commission européenne c/ Hongrie.

¹⁶⁵ *Ibid.*, § 47.

¹⁶⁶ H. LÉHERISSEL, *préc.*

contribuables. La signature par le procureur de la République d'une Convention judiciaire d'intérêt public (CJIP) avec Google mettant fin aux poursuites pénales en septembre 2019 en est un exemple¹⁶⁷. De même, en 2017 et 2018, l'outil contractuel avait été privilégié par l'administration fiscale pour clore des litiges avec Amazon et Apple, respectivement pour 252 et 500 millions d'euros. S'il « *ne fait guère de doute que [...] les mécanismes de contractualisation de l'impôt visent à donner à ceux qui le subissent le sentiment d'une moins grande brutalité du prélèvement* »¹⁶⁸, l'installation pérenne d'une justice fiscale négociée signifierait néanmoins une atténuation forte de l'effectivité des cadres de répartition des droits d'imposition – le principe de pleine concurrence dans l'affaire Google – en même temps qu'elle fragiliserait le principe du consentement à l'impôt¹⁶⁹. En effet, comment ne pas voir dans la CJIP conclue entre Google et l'administration une rupture dans le principe d'égalité devant l'impôt et les charges publiques lorsqu'il est mentionné que l'entreprise a pu économiser fiscalement plus d'un demi milliard d'euros par une diminution de l'impôt dû et des intérêts de retard ?¹⁷⁰ Si cette sécurisation des recettes fiscales de l'État apparaît en apparence bienvenue dans un contexte de forte crise des finances publiques, elle révèle toutefois une situation dérangeante dans laquelle l'attitude de l'administration varie en fonction du contribuable avec lequel elle serait engagée dans un différend. En effet, en contraste avec l'affaire Google, on ne saurait dénombrer tous les « *petits contribuables qui [ont pu] se heurter à un refus ferme et définitif de l'AF d'abaisser le taux de majoration de 40 % pour manquement délibéré à 20 %* »¹⁷¹.

B. L'exigence d'une conception de la norme fiscale conforme au principe d'égalité devant les charges publiques

25. En raison d'une prétendue impossibilité pour l'État de consommation de disposer, en application des normes actuelles, d'un pouvoir d'imposer suffisant à l'égard des entreprises numériques étrangères, l'intervention du législateur constituerait une nécessité. La norme fiscale poursuivrait alors l'objectif de restaurer une équité de traitement fiscal entre les entreprises numériques et celles, comparables, de secteurs traditionnels qui contribuent, d'ores-et-déjà, à la charge commune conformément à leurs facultés contributives.

La compétence exclusive du législateur dans la fixation de l'assiette et du taux des imposition de toute nature ne saurait s'exercer en dehors de toute contrainte. Par principe légitime,

¹⁶⁷ [Convention judiciaire d'intérêt public, 3 sept. 2019, PNF-15 162 000 335.](#)

¹⁶⁸ M. COLLET, La régulation fiscale, *préc.*

¹⁶⁹ L-A. BOUVIER, Quelles voies pour l'imposition des géants du Web proposées par l'Union européenne et la France ?, RFFP mai 2021, p. 159.

¹⁷⁰ A. LEFEUVRE, « France-Google : finalement match nul ? », *REIDF*, 2019, n° 4, p. 521.

¹⁷¹ *Ibid.*

l'impôt ne l'est plus lorsqu'il contrarie les prescriptions constitutionnelles. Nos développements ne concerneront que le cadre juridique dans lequel doit s'insérer le législateur pour respecter le principe d'égalité devant les charges publiques. Nous n'ignorons néanmoins pas que conformément à l'article 6 de la DDHC consacrant le principe d'égalité devant la loi, premier versant du principe d'égalité en matière fiscale, les différences de traitement fiscal instaurées par le législateur doivent être justifiées et conformes avec l'objet de la loi qui les établit¹⁷². Toutefois, force est de constater que la protection offerte par l'article 6 ne contraint que très peu l'action du législateur, celui-ci pouvant déroger à l'égalité de traitement, outre le cas de l'établissement d'une différence de situation, toutes les fois où le motif d'intérêt général en rapport avec la loi est suffisant¹⁷³. La contrainte pesant sur le législateur dans la conduite de la politique fiscale s'accroît néanmoins au regard de la protection constitutionnelle de l'article 13. En effet, le législateur est dans l'obligation d'apprécier les capacités contributives en fonction de critères rationnels (1) et ne peut adopter un impôt qui revêt un caractère confiscatoire ou fait peser sur les contribuables une charge fiscale excessive (2).

1. Le contrôle de rationalité de l'impôt

26. Selon une formule devenue classique¹⁷⁴, le Conseil constitutionnel considère qu'il appartient au législateur de déterminer les facultés contributives des contribuables qu'il entend taxer, en fondant « *son appréciation sur des critères objectifs et rationnels en fonction des buts qu'il se propose* », afin d'éviter une rupture d'égalité devant les charges publiques. Cette formulation du principe d'égalité devant l'impôt révèle une conception politique de la justice fiscale dans laquelle les contribuables ne peuvent être tous soumis au même régime d'imposition¹⁷⁵. Autrement dit, la confusion opérée entre l'égalité et la justice fiscale implique naturellement - dans la recherche d'une répartition équitable de la charge fiscale - une multiplication des inégalités de traitement fiscal. « *Sous cet aspect le droit fiscal apparaît comme un droit de discriminations* »¹⁷⁶.

Le contrôle constitutionnel de la rationalité consiste à apprécier la cohérence des dispositifs fiscaux « *à la fois avec les motifs censés les guider, et également avec les mécanismes qu'ils*

¹⁷² V. par exemple Cons. const. 18 déc. 1997, n° 97-393, § 35 et s.

¹⁷³ L. AYRAULT, *préc.* ; Le contrôle du Conseil constitutionnel se limite à la censure des erreurs manifestes d'appréciation du législateur. En effet, un contrôle approfondi des critères retenus par le législateur pour fonder une différence de traitement fiscal « reviendrait à conférer au juge le pouvoir d'apprécier, aux lieux et place du législateur, les situations qui justifient l'instauration d'un régime fiscal distinct » (A. PÉRIN-DUREAU, *préc.*, p. 184-185).

¹⁷⁴ Si la première référence aux « critères objectifs et rationnels » date de la décision n° 83-164 DC du 29 décembre 1983, L. AYRAULT, *préc.*, note que l'exigence de rationalité dans l'appréciation des facultés contributives trouve sa source dans la décision IGF n° 1981-133 DC du 30 décembre 1981.

¹⁷⁵ J. LAMARQUE, O. NÉGRIN, L. AYRAULT, *Droit fiscal général*, 4^{ème} éd., 2016, § 689.

¹⁷⁶ *Ibid.*

viennent, le cas échéant, modifier »¹⁷⁷. Ce contrôle s'exerce dans le cadre restreint de l'erreur manifeste de sorte que le Conseil n'apprécie pas de la pertinence des objectifs d'intérêt général retenus par le législateur. Comme rappelé souvent : « le Conseil constitutionnel n'a pas un pouvoir général d'appréciation et de décision de même nature que celui du Parlement ; [...] il ne saurait rechercher si les objectifs que s'est assignés le législateur auraient pu être atteints par d'autres voies, dès lors que les modalités retenues par la loi ne sont pas manifestement inappropriées à l'objectif visé »¹⁷⁸. Ainsi, seule une incohérence manifeste entre l'objectif poursuivi et la disposition fiscale est de nature à entraîner une méconnaissance de l'article 13 DDHC. Les dispositions de la loi de finances de 2010 relatives à la « taxe carbone », dont l'objectif était la réduction des gaz à effet de serres afin de lutter contre le réchauffement climatique, illustrent parfaitement cette hypothèse. En effet, le Conseil n'a pu que considérer l'exigence de rationalité comme non-remplie dès lors que plus de 93 % des émissions de CO₂ d'origine industrielle était totalement exonérées de contribution carbone¹⁷⁹. Cette liberté octroyée au législateur dans l'institution des différences de traitement fiscal n'est alors pas sans rappeler celle dont il dispose au titre de l'article 6 de la DDHC. En effet, selon la conception du principe d'égalité devant la loi, le législateur peut s'émanciper de la contrainte du traitement égalitaire dès lors qu'il existe des critères objectifs et rationnels permettant de justifier lesdites inégalités fiscales¹⁸⁰.

Dans cette mesure, les contraintes pesant sur le législateur dans l'élaboration des inégalités fiscales sont faibles. Toutefois, elles se renforcent dès lors que l'imposition poursuit une finalité incitative. Comme le note L. AYRAULT : « le contrôle est nécessairement plus approfondi [...] puisque s'y ajoute celui de [l]'adéquation [des facultés contributives] avec l'objectif poursuivi »¹⁸¹. Nous reviendrons plus longuement sur ce point, le recours à l'outil fiscal selon une finalité incitative se prêtant particulièrement bien aux spécificités des entreprises multinationales numériques¹⁸².

2. Le contrôle du caractère confiscatoire et excessif de l'impôt

27. L'exigence, posée par l'article 13 DDHC, d'une égale répartition de la contribution commune entre les citoyens « ne serait pas respectée si l'impôt revêtait un caractère confiscatoire ou faisait peser sur une catégorie de contribuables une charge excessive au regard de leurs facultés contributives »¹⁸³. Si l'interdiction de principe des prélèvements qui font peser une charge

¹⁷⁷ M. COLLET, *L'impôt confisqué*, Odile Jacob, 2014, p. 38.

¹⁷⁸ Décision 2010-28 QPC, 17 septembre 2010.

¹⁷⁹ Cons. const., déc. n° 2009-599 DC du 29 déc. 2009, Loi de finances pour 2010, cons. 82.

¹⁸⁰ D. GUTMANN, « Regard sur la jurisprudence fiscale du Conseil constitutionnel », *Pouvoirs*, 2014/4, n° 151, p. 129.

¹⁸¹ L. AYRAULT, *préc.*

¹⁸² Cf. *infra*. § 439.

¹⁸³ Décision n° 2005-530 DC du 29 décembre 2005, Loi de finances pour 2006, cons. 65 ; La Cour européenne des

fiscale hors de proportion avec les capacités contributives des contribuables semble posée, il est toutefois fortement complexe de déterminer ce que signifie clairement l'aspect « confiscatoire » ou « excessif »¹⁸⁴ d'une imposition. Comme le note P-L ROUZAUD : « *Faut-il l'entendre au regard du droit de propriété ? Faut-il au contraire l'adosser à un principe d'équité fiscale ? De la même manière, personne ne se risque [...] à tenter de définir une limite maximale acceptable, une sorte de seuil maximal d'imposition* »¹⁸⁵.

Certains éléments de réponses à ces interrogations ont été apportés par la décision du 29 décembre 2012, marquant une évolution significative dans la contribution du juge constitutionnel à la loi fiscale¹⁸⁶. En effet, par cette décision, le Conseil porte désormais l'appréciation relative au caractère confiscatoire d'une imposition sur le revenu en prenant en considération l'ensemble des impositions portant sur le même revenu et acquittées par le même contribuable¹⁸⁷. En d'autres termes, l'appréciation des capacités contributives ne s'effectue plus impôt par impôt, mais par la prise en compte de l'ensemble des contributions qui frappent une même assiette.

Ce contrôle des taux, initialement réalisé à propos des dispositions fiscales relatives à des particuliers, s'applique similairement aux entreprises¹⁸⁸. Or, les précédents juridictionnels traitant du grief du caractère confiscatoire ou excessif d'une imposition sur les entreprises sont encore rares. Le développement des prélèvements assis sur les bases alternatives, dans un contexte d'attrition des ressources fiscales, devrait toutefois amener le Conseil constitutionnel mais aussi le Conseil d'État, par le biais du traitement des questions prioritaires de constitutionnalité (QPC), à se prononcer

droits de l'homme (CEDH) et la Cour de cassation vérifient de même que l'imposition ne revêt pas un caractère confiscatoire ou excessif lorsqu'elles se prononcent sur un moyen tiré de la violation de l'article 1er du premier protocole additionnel. V. par ex. CEDH, 4 janv. 2008, n° 2834/05 et 27815/05, Imbert de Trémiolles c/ France ; Plus récemment, V. [Com. 12 mai 2021, F-P, n° 20-14.596](#) où la juridiction se prononce en défaveur du contribuable en considérant que la contribution exceptionnelle sur la fortune ne produisait pas, *in concreto*, un impact « excessif » sur le patrimoine du contribuable.

¹⁸⁴ Pour reprendre les termes de L. AYRAULT, *Le principe d'égalité en matière fiscale*, Titre VII, 2020/1 (N° 4), p. 42 : « Tel qu'il est aujourd'hui rédigé, l'énoncé conduit cependant à dissocier, d'une part, le prélèvement confiscatoire qui, si les mots ont un sens et pour un prélèvement assis sur les revenus, excède les revenus nets du contribuable et, d'autre part, le prélèvement excessif au regard de la contribution pesant sur les autres catégories de contribuables. Relative dans ce dernier cas, l'appréciation serait – le conditionnel s'impose faute d'un précédent – économique dans le premier. Il ne fait cependant guère de doute que ce qui pourrait être considéré comme confiscatoire serait qualifié d'excessif ».

¹⁸⁵ P-L ROUZAUD, *préc.*

¹⁸⁶ Cons. const., déc. n° 2012-662 DC du 29 décembre 2012.

¹⁸⁷ On notera alors, sans entrer dans le détail techniques des dispositions fiscales soumises à l'appréciation du Conseil, que la création d'une nouvelle tranche marginale à 45 % de l'impôt sur le revenu susceptible de frapper les « retraites-chapeaux » est contraire à l'article 13 DDHC. En effet, cette création avait pour effet de soumettre cette catégorie de revenus, avec le cumul entre l'IR, les prélèvements sociaux et la contribution salariale, à un taux marginal de plus de 75 % pour la fraction excédant 24 000 euros. S'appuyant sur sa jurisprudence dite « néo-calédonienne » (déc.), le Conseil a alors censuré, non pas les dispositions de la loi de finances qui lui étaient déférées, mais la disposition instituée en 2011 dans le Code de la sécurité sociale qui avait pour effet l'augmentation du taux marginal de la contribution spécifique sur les « retraites-chapeaux » de 14 à 21 %. Dès lors, un taux marginal d'imposition de 68 %, au moins pour cette catégorie de revenus, est conforme à la Constitution.

¹⁸⁸ Cons. const., déc. n° 2013-685 DC du 29 décembre 2013.

davantage sur cette question. Il est néanmoins possible de relever certaines décisions qui sont de nature à apporter des éléments de réponse concrets quant au cadre constitutionnel d'appréciation des facultés contributives des entreprises.

Dans une décision du 9 août 2012, le Conseil constitutionnel a jugé conforme à l'article 13 DDHC une imposition sectorielle qui identifiait comme nouvel indicateur de la capacité contributive des entreprises pétrolières le volume de pétrole stocké dans leurs cuves¹⁸⁹. Plus récemment, dans la décision portant sur la loi de finances pour 2020, le Conseil a considéré que le nombre de passagers pouvait être, entre autres, « *de nature à caractériser la capacité contributive des entreprises de transport aérien assujetties* »¹⁹⁰. Il ressort de ces décisions que le législateur dispose d'une forte latitude dans les indicateurs de nature à caractériser la capacité contributive des entreprises, l'appréciation de celle-ci variant en fonction des spécificités des entreprises concernées. « *Dans ces conditions, c'est l'impôt qui fournit le cadre pour la définition des capacités contributives* »¹⁹¹. Ainsi, le Conseil se cantonne à vérifier que les modalités techniques de mise en œuvre de l'impôt présentent un lien objectif avec les capacités contributives des contribuables en refusant d'apprécier la pertinence des indicateurs de la capacité contributive retenus par le législateur¹⁹².

L'appréciation du caractère confiscatoire est un exercice particulièrement complexe à réaliser, d'autant plus que le Conseil constitutionnel ne peut que statuer *in abstracto* sur la conformité de la loi fiscale aux prescriptions constitutionnelles. Par une importante décision du 12 mai 2014¹⁹³, le Conseil d'État, statuant en tant que juge de la conformité constitutionnelle des lois polynésiennes, est toutefois venu éclaircir le raisonnement suivi dans l'appréciation du caractère confiscatoire de l'impôt à l'égard de personnes morales. Saisi d'une loi de « pays » qui instituait plusieurs impositions sectorielles, la juridiction note que l'appréciation d'une éventuelle charge excessive doit tenir compte du domaine d'activité, des conditions d'exercices et des modalités de fonctionnement des entreprises. La double référence au domaine d'activité et aux conditions d'exercices tiendrait alors, selon le rapporteur public de l'affaire, « *à un renvoi implicite [...] à la rentabilité des capitaux dans le domaine considéré [ainsi qu'à] une manière d'appréhender les conditions concurrentielles et, notamment, la possibilité, pour les entreprises, de répercuter la charge fiscale sur leurs clients* »¹⁹⁴. Reste néanmoins que la décision ne donne aucune précision sur

189 Cons. const., déc. n° 2012-654 DC du 9 août 2012, Loi de finances rectificatives pour 2021, § 41.

190 Cons. const., déc. n° 2019-796 DC du 27 déc. 2019, *Loi de finances pour 2020*, § 47.

191 F. PEZET, « Le caractère confiscatoire de l'impôt et les exigences constitutionnelles françaises » : *Dr. fisc. 2013*, n° 22, étude 300

192 B. CASTAGNÈDE, « Le contrôle constitutionnel d'égalité fiscale », *LPA*, 1er mai 2001, n° 86, p. 4.

193 CE, 10e et 9e ss-sect., 12 mai 2014, n° 370600, n° 370601, n° 370724 et n° 371261, Fédération générale du commerce et a. : *JurisData* n° 2014-010313 *Dr. fisc. 2014* n° 27, comm. 420.

194 E. CRÉPEY, « Capacité contributive de l'entreprise et imposition confiscatoire », *Colloque, Dr. fisc.* n° 39, 24

les modalités d'application de l'approche globalisante de la décision constitutionnelle de 2021 à l'égard des personnes morales. L'explication se situerait, de l'aveu même du rapporteur, dans la grande difficulté à raisonner par rapport à une capacité contributive dès lors que les impositions sectorielles sont prélevées sur des bases alternatives aux bénéfiques¹⁹⁵. L'absence d'une prise en considération précise de la situation globale des entreprises marquerait alors une réduction notable de la protection offerte par l'article 13 DDHC en laissant subsister et émerger des situations où la masse globale des impôts supportés par les entreprises pourrait légitimement revêtir un caractère confiscatoire ou excessif. Ces situations sont susceptibles de se manifester dans les domaines de l'énergie, du transport et du numérique où les taxes sectorielles se détournent explicitement des capacités contributives des opérateurs économiques concernés afin de les encourager ou décourager à l'adoption de certains comportements¹⁹⁶.

II. L'exigence d'imposition « juste » et « équitable » en droit fiscal international

28. L'initiative prise par la Société des Nations, il y a maintenant plus d'un siècle, dans la construction d'un système fiscal international unifié poursuivait les objectifs « *d'apporter plus de justice dans la répartition internationale de l'impôt, d'éviter les inconvénients de la double imposition et de lutter contre l'évasion fiscale* »¹⁹⁷. La réalisation de ces objectifs a alors reposé sur la formulation en 1923 par des économistes¹⁹⁸ de principes généraux sur lesquels devait s'appuyer l'élaboration des conventions internationales¹⁹⁹. « [Ces principes] *constituent donc le socle théorique à partir duquel fut tissé un vaste réseau de conventions fiscales bilatérales qui forme, aujourd'hui encore, l'architecture fiscale internationale* »²⁰⁰. Pour atteindre les buts assignés à ces instruments conventionnels (A), les cadres théoriques développés initialement dans le rapport de 1923 ont fait le choix de subordonner l'attribution de la compétence fiscale à un État à l'identification sur son territoire du lieu de création de valeur pour une entreprise. En d'autres termes, la conception des normes fiscales internationales a toujours reposé sur une volonté de connecter la répartition de la valeur au lieu de réalisation des processus productif des entreprises (B).

Septembre 2015, 583.

¹⁹⁵ *Ibid.*

¹⁹⁶ M. COLLET, *L'impôt confisqué, préc.*, p. 88 ; Nous reviendrons sur le contrôle opéré par le Conseil constitutionnel à l'égard de ce type de taxes.

¹⁹⁷ SDN, Double Imposition et Évasion fiscale : Rapport et Résolutions présentés par les experts techniques au Comité Financier, 7 février 1925, C. 368.M.115.1925.II.

¹⁹⁸ Ces économistes étaient au nombre de 4 (BRUINS, EINAUDI, SELIGMANN et STAMP). Ils sont appelés communément les experts.

¹⁹⁹ Rapport sur la double imposition soumis au Comité financier, n°E.F.S 73. F.19, Société des Nations, Genève, 1923.

²⁰⁰ N. VERGNET, *préc.*, p. 8.

A. L'objet et le but des conventions fiscales bilatérales

29. L'objet des conventions fiscales bilatérales est de délimiter l'étendue respective des compétences fiscales étatiques. « *C'est ainsi que la convention fiscale présente les caractéristiques d'une règle des limites* »²⁰¹. Les règles de répartition conventionnelle du pouvoir d'imposer poursuivent alors le but de prévenir les doubles impositions et, parfois, de lutter contre l'évasion et la fraude fiscale. Dans cette mesure, il pourrait être « *présumé que les rédacteurs de la convention n'ont pas en principe voulu excéder [l]'objectif [de lutte contre la double-imposition] en accordant des doubles exonérations* »²⁰². Autrement dit, il semble pour le moins discutable d'accorder le bénéfice d'une convention visant à éliminer la double-imposition à un contribuable dans une situation où aucun des deux États parties ne revendique une compétence fiscale²⁰³. Si le but de lutte contre l'évasion fiscale, en tant qu'objectif distinct, ne sert à l'interprétation d'éléments que lorsqu'il est inséré dans une convention fiscale²⁰⁴, une telle intégration permettrait, au moins en théorie, d'éviter qu'un revenu ne puisse échapper totalement à l'imposition. L'incorporation de ce but dans le préambule du modèle de convention OCDE en 2017²⁰⁵ démontre ainsi, dans le contexte du projet BEPS, le rôle essentiel du « principe de taxation unique » afin de parvenir à une répartition juste et équitable de la matière imposable entre États²⁰⁶. Ce principe, comme en atteste le pilier 2 OCDE, est actuellement mis en œuvre dans le but de renforcer les droits d'imposition des États de résidence. Il est toutefois possible de le mobiliser de façon à favoriser une imposition à la source des revenus²⁰⁷.

B. Une répartition de la matière imposable entre États en fonction de la géographie de la création de la valeur

30. Les développements précédents, relatifs au droit fiscal domestique, ont démontré combien il était complexe de parvenir à une redistribution équitable de la charge fiscale au sein d'une communauté de contribuables. Cette complexité ne s'atténue pas dans un contexte international. Elle s'accroît même car l'analyse intègre une composante spatiale selon laquelle la matière imposable doit être répartie, non plus à l'intérieur d'un État, mais entre différentes

201 A. KALLERGIS, *La compétence fiscale*, éd. Dalloz, Nouvelles bibliothèque de thèses, 2018, p. 307.

202 P. MARTIN, L'interprétation des conventions fiscales internationales, *Dr. fisc.* n° 24, 13 juin 2013, 320.

203 N. VERGNET, *préc.*

204 V. par ex. CE, ass., 28 juin 2002, n° 232276, Sté Schneider Electric : *JurisData* n° 2002-080182 ; *Rec. CE* 2002, p. 233.

205 OCDE, *Modèle de convention fiscale concernant le revenu et la fortune*, Comité des affaires fiscales, 2017, Préambule.

206 M. DEVEREUX, A. J. AUERBACH, M. KEEN, P. OOSTERHUIS, W. SCHÖN and J. VELLA, « Taxing Profit in a Global Economy », *Oxford International Tax Group*, 2021, p. 37.

207 Cf. *infra*. § 524 et s.

collectivités perceptrices²⁰⁸. Pour parvenir à une répartition des droits d'imposition juste et équitable entre États, les instances internationales se sont alors toujours attachées à faire reposer la production et l'interprétation des normes fiscales internationales sur le paradigme selon lequel les bénéfices doivent être imposés au lieu de réalisation des activités économiques et de création de la valeur. La construction de l'entière du projet BEPS afin d'assurer « *que les bénéfices soient imposés là où les activités économiques sont réalisées et là où la valeur est créée* »²⁰⁹ ne repose ainsi pas sur un fondement novateur. En effet, dès les origines du système fiscal international, la valeur a constitué la notion clé de répartition conventionnelle de la compétence fiscale²¹⁰. En quelques mots, la méthodologie de répartition du pouvoir d'imposer des conventions fiscales bilatérales repose sur le principe d'une imposition exclusive dans l'État de résidence de l'entreprise, sauf à ce que cette dernière réalise des activités économiques d'une certaine étendue sur le territoire d'un autre État.

31. La répartition internationale de la base taxable est aujourd'hui considérée par une grande majorité des États de consommation comme inéquitable²¹¹. Les critiques les plus virulentes sont ainsi formulées à l'encontre du critère d'ES, en ce qu'il subordonnerait, en toutes circonstances, la reconnaissance de la compétence fiscale de l'État de source au dépassement sur son territoire d'un certain seuil de présence économique, seuil qui ne se mesurerait qu'au travers d'indicateurs matériels et physiques. La capacité des entreprises multinationales numériques d'être fortement impliquées dans la vie économique de différentes juridictions sans présence physique entraînerait donc « [une] *déconnexion entre, d'une part, le territoire sur lequel est créée – ou, du moins, réalisée – une bonne part de la valeur générée par l'entreprise et, d'autre part, son lieu de taxation* »²¹². Les États de consommation en seraient les principales victimes, tandis que les États à fiscalité privilégiée²¹³, abritant le siège de ces groupes d'entreprises, en seraient les principaux

²⁰⁸ N. VERGNET, *préc.*

²⁰⁹ OCDE, *Relever les défis fiscaux posés par l'économie numérique, BEPS ? Action 1 : Rapport final*, 2015, p. 4.

²¹⁰ M. DEVEREUX and J. VELLA, « Are We Heading Towards a Corporate Tax System Fit for the 21st Century? », *35 Fiscal Studies*, 2014, p.449.

²¹¹ J. PELLEFIGUE, L. BENZONI, *Replacer l'équité au cœur de la réglementation des PDT : une perspective économique*, *Dr. fisc.* n° 6, 7 février 2013.

²¹² M. COLLET, « La fiscalité de l'économie numérique : enjeu global, réponses locales ? », *Revue européenne de droit*, Numéro 2, mars 2021, p. 149.

²¹³ Il conviendrait plus exactement de parler d'État à régime fiscal privilégié. La notion de « régime fiscal privilégié » est précisée au deuxième alinéa de l'article 238 A CGI de la façon suivante : « les personnes sont regardées comme soumises à un régime fiscal privilégié dans l'État ou le territoire considéré si elles n'y sont pas imposables ou si elles y sont assujetties à des impôts sur les bénéfices ou les revenus dont le montant est inférieur de plus de la moitié à celui de l'impôt sur les bénéfices ou sur les revenus dont elles auraient été redevables dans les conditions de droit commun en France, si elles y avaient été domiciliées ou établies ». Ce seuil de déclenchement du régime fiscal privilégié a été abaissé à 40 % par la loi du 23 octobre 2018, à compter du 1er janvier 2020. Pour une appréciation de la notion de « régime fiscal privilégié » dans une situation où une société prestataire étrangère, résidente d'un État à fiscalité « normal », avait reçu, en contrepartie de la réalisation de prestations de services, des sommes de source française versées sur un de ses comptes ouvert dans un État à fiscalité privilégiée, CE, 3e et 8e ch., 24 avr. 2019, n° 413129, Sté Control Union Inspections France (CUIF) : *JurisData* n° 2019-006399 ; *Dr. fisc.* 2019, n° 28, comm.

bénéficiaires. L'injustice pour ces États serait d'autant plus forte que le cadre fiscal actuel les empêcheraient de disposer d'une compétence fiscale dans des situations où leur participation à la création de valeur des entreprises numériques est prépondérante par rapport à celle de l'État de résidence. En d'autres termes, la centralisation de l'essentiel du profit dans l'État de résidence démontrerait l'inaptitude des conventions fiscales à distribuer équitablement la valeur générée entre les États en fonction de leur participation dans le processus de création de valeur des entreprises multinationales numériques.

Il est indiscutable que la numérisation et la dématérialisation de l'économie ont facilité pour les entreprises la réalisation de leurs activités productives dans des lieux différents de ceux sur lesquels se situent leurs clients. Toutefois, cette déconnexion croissante entre le lieu d'exercice des activités productives et le lieu de consommation implique-t-elle la reconnaissance d'une compétence fiscale à un État du seul fait de la présence sur son sol de consommateurs ? L'octroi à l'État de consommation d'une compétence fiscale sur les bénéfices de ce seul fait ne remet-il pas en cause la nature de l'impôt sur les revenus des personnes morales ? Le prélèvement de ces impôts a en effet traditionnellement pour objet la compensation de l'État, eu égard aux avantages et services qu'il fournit à une entreprise dans le déploiement de son activité économique sur son territoire²¹⁴. Ils présentent ainsi, sous bien des aspects, la nature d'un impôt sur la création de la valeur dans l'État de source²¹⁵. Ceci contrairement aux « impôts sur la dépense »²¹⁶ dont l'objet est « *de rémunérer le marché que l'État offre en garantissant un environnement économique propice au développement des commandes des consommateurs* »²¹⁷. La répartition des droits d'imposition en fonction du lieu de consommation des biens et services fournis par une entreprise marquerait alors une rupture avec les principes traditionnels d'imposition des bénéfices des entreprises.

327, concl. L. Cytermann ; On différenciera de ces États les États et territoires non coopératifs (ETNC) définis à l'article 238-0 A comme ceux « dont la situation au regard de la transparence et de l'échange d'informations en matière fiscale a fait l'objet d'un examen par l'OCDE et qui, à cette date, n'ont pas conclu avec la France une convention d'assistance administrative permettant l'échange de tout renseignement nécessaire à l'application de la législation fiscale des parties, ni signé avec au moins douze États ou territoires une telle convention ». Des mesures dissuasives, i.e. renforcement des dispositifs de lutte contre la fraude et l'évasion fiscale, sont appliquées aux opérations effectuées dans ces États ou au bénéfice de personnes qui y sont établies ou domiciliées. V. à ce titre Arrêté du 2 mars 2022, JOE n°0063 du 16 mars 2022, pour la liste de ces États.

²¹⁴ R. PETTRUZZI, S. BURIK, R. PETTRUZZI, S. BURIK, Addressing the Tax Challenges of the Digitalization of the Economy – A Possible Answer in the Proper Application of the Transfer Pricing Rules?, Bulletin for International Taxation, 2018, Volume 72, No. 4a/Special Issue.

²¹⁵ N. VERGNET, *préc.*, p. 185.

²¹⁶ Au regard de son caractère englobant, la catégorie doctrinale de « l'impôt sur la dépense » doit être préférée à celle d'« impôts indirects ». En effet, ces derniers impôts doivent se distinguer des taxes sur le CA, dont la TVA en est l'exemple le plus connu, pour deux raisons. D'une part, ils ne relèvent pas de la compétence juridictionnelle des tribunaux judiciaires. D'autre part, leur taxation ne s'effectue pas selon un système fractionné. Pour de plus amples développements sur la distinction entre impôts indirects et taxes sur le CA, cf. J. LAMARQUE, O. NÉGRIN et L. AYRAULT, *Droit fiscal général*, 4ème Édition, 2016, p. 118 et s.

²¹⁷ S. HUMBERT, Les frontières des impôts de production, Rapport Particulier, Cour des comptes 2020, § 36.

32. Il ne saurait être choisi la voie d'une rupture avec le système actuel sans une démonstration de l'obsolescence des critères conventionnels de rattachement de l'obligation fiscale à un territoire. Or, force est de convenir que l'assimilation de l'absence d'imposition des entreprises multinationales numériques dans l'État de consommation avec l'absence de qualification adéquate de l'ES est en partie erronée. En effet, les principales multinationales du numérique, que sont les GAFAM ou les NATU, réalisent dans l'ensemble leurs activités en France sous la forme d'une filiale de sorte qu'« *il est concevable, a priori, de rattacher à ces filiales l'imposition des bénéfices matériellement dégagés depuis la France. Selon cette hypothèse, l'échec d'une taxation fondée sur la notion d'ES ne traduirait pas automatiquement la carence de cette notion pour l'imposition des services* »²¹⁸. Dans cette mesure, les problématiques fiscales soulevées par les entreprises multinationales numériques se situeraient principalement dans la détermination des modalités d'identification de la valeur pour procéder ensuite à sa répartition entre les entités constitutives du groupe conformément au référentiel de pleine concurrence. Autrement dit, les questions de l'identification des sources essentielles de valeur pour les modèles d'affaires, de leur quantification et de leur répartition au sein d'un groupe sont majeures dans l'imposition effective de la valeur générée par les opérateurs numériques²¹⁹.

33. En tant qu'État de consommation, l'État français est-il en mesure d'imposer une part « juste » et « équitable » des bénéfices des entreprises multinationales numériques par le recours aux normes sur lesquelles repose actuellement le cadre de répartition des droits d'imposition ? Dans la négative, convient-il d'opérer une refondation du droit fiscal international pour l'adapter aux caractéristiques de l'économie du XXIème siècle ?

Les réponses à ces problématiques imposent une division du raisonnement en deux étapes. La première conduit à confronter les critères traditionnels de rattachement territorial de l'obligation fiscale et de répartition du bénéfice entre sociétés apparentées aux spécificités des multinationales du numérique (**Partie 1**). Si cette confrontation amène à nuancer le constat d'obsolescence généralisée du système fiscal international, la préservation intacte des critères de l'établissement stable et du principe de pleine concurrence ne saurait cependant permettre à l'État de consommation français de prélever la juste part de prélèvements obligatoires lui revenant à raison des activités réalisées par les entreprises numériques étrangères sur son territoire. La redistribution des droits d'imposition au profit de l'État de consommation implique ainsi d'opérer une modernisation des composantes vétustes de ces principes pour en renforcer la pertinence (**Partie 2**).

²¹⁸ R. JAUNE, *Le droit et la régulation des prix de transfert*, thèse, Université Paris I, 2018, p. 2.

²¹⁹ D. URY, *Google versus France, Les nouvelles fiscales*, janvier 2018, Lamyline.

Partie 1 : L'imposition dans l'État de consommation des bénéficiaires des multinationales du numérique par les principes traditionnels de la fiscalité internationale

Partie 2 : L'imposition dans l'État de consommation des multinationales du numérique par la modernisation des principes traditionnels de la fiscalité internationale

PARTIE 1

L'IMPOSITION DANS L'ÉTAT DE CONSOMMATION DES BÉNÉFICES DES MULTINATIONALES DU NUMÉRIQUE PAR LES PRINCIPES TRADITIONNELS DE LA FISCALITÉ INTERNATIONALE

34. L'enjeu de la taxation des bénéficiaires des entreprises multinationales du numérique est global. Comme l'a noté l'OCDE dans ses propos introductifs au titre de l'action 1 du plan BEPS consacrée à l'économie numérique : « *Dans le monde entier, les dirigeants, les médias et la société civile expriment une préoccupation croissante vis-à-vis des pratiques d'optimisation fiscale des entreprises multinationales [...]* »²²⁰. L'adaptation de la fiscalité internationale au nouveau modèle sociétal et économique introduit par ces entreprises nécessite ainsi naturellement le renforcement de la coopération internationale entre les États dans le but de faire émerger des réponses juridiques communes. Si le G20 a dès lors jugé nécessaire de promouvoir une approche internationale pour répondre aux défis fiscaux soulevés par la numérisation de l'économie, l'OCDE s'est toutefois, jusqu'à une période très récente, toujours attachée à préserver le bilatéralisme dans la répartition conventionnelle des droits d'imposition entre États. En effet, l'organisation considérait, dans le cadre du projet BEPS, que « *les bienfaits d'une mise en œuvre rapide, d'une cohérence renforcée, de la certitude et de l'efficacité ne peuvent se concrétiser que si les spécificités bilatérales et la souveraineté fiscale sont pleinement respectées* »²²¹. La mise en œuvre d'une répartition harmonieuse de la base taxable entre États et la préservation de leur souveraineté semblaient ainsi intimement liées au maintien du modèle traditionnel d'organisation des relations entre États. Or, « *la Covid-19, qui a mis en lumière une solidarité mondiale dans le domaine de la santé, [a constitué] un terreau extrêmement favorable* »²²² au franchissement d'une étape supplémentaire dans la régulation fiscale de la globalisation.

Les ambitions d'une grande partie de la communauté internationale de basculer vers un cadre multilatéral de répartition de la compétence fiscale et d'allocations des profits font singulièrement écho aux velléités d'organisation multilatérale de la matière fiscale qui avaient précédées, il y a maintenant plus d'un siècle, l'élaboration du cadre fiscal international. « *L'émergence de la question fiscale sur la scène diplomatique s'insère dans les grands débats internationaux sur la stabilisation*

²²⁰ OCDE, Relever les défis fiscaux posés par l'économie numérique, Action 1 – Rapport final 2015, p. 11.

²²¹ OCDE, Convention multilatérale pour la mise en œuvre des mesures relatives aux conventions fiscales pour prévenir le BEPS, Action 15 - Rapport Final 2015, p. 19

²²² N. DAVOULT, « Fiscalité de crise ou crise de la fiscalité internationale ? » *Gestion et FP*, 2021/4, p. 43 à 50

financière européenne de la fin de la Première Guerre mondiale »²²³. Dans une Europe en pleine reconstruction, le renforcement par les États belligérants de la pression fiscale sur les individus pour résorber les déficits publics résultant de la guerre a entraîné un exode massif des avoirs à l'étranger²²⁴. Cette facilité avec laquelle certains individus échappaient à toute imposition contrastait cependant avec la situation des multinationales qui, en l'absence de coordination des compétences fiscales étatiques, subissaient l'imposition plusieurs fois sur un même élément de revenus. En l'absence de coopération entre les États, la concurrence de souverainetés fiscales constituait un frein notable au développement économique international²²⁵. C'est ainsi qu'en 1920, la Société des Nations (SDN) fut chargée de proposer des solutions multilatérales afin d'éviter les phénomènes de « double-imposition » et de lutter contre l'évasion fiscale internationale. Or, les ambitions de mise en oeuvre d'une convention multilatérale n'ont finalement pu aboutir, faute de consensus entre l'Angleterre, prônant une libéralisation des mouvements de capitaux et la France, soucieuse d'un renforcement des dispositions de lutte contre l'évasion fiscale²²⁶. L'échec du multilatéralisme a alors orienté les débats vers l'élaboration de conventions bilatérales types visant à servir de modèles pour les États dans leurs négociations fiscales internationales. Aujourd'hui encore, le cadre conceptuel développé dans le premier modèle de conventions publié en 1928 sous-tend la méthodologie de répartition des droits d'imposition des conventions fiscales bilatérales. L'existence d'un système fiscal international reposant sur une unité conceptuelle ne fait ainsi guère de doute²²⁷, quand bien même l'exclusivité du bilatéralisme dans la négociation des conventions fiscales en donnerait l'apparence d'un « patchwork » plutôt que d'une mosaïque harmonieusement dessinée²²⁸. La cohérence de ce système est assurée par l'OCDE qui, sans jamais contraindre, oriente les pratiques des États par la publication de rapports et de commentaires sur l'interprétation des dispositions conventionnelles du modèle de convention²²⁹. Ces rapports suivent, depuis l'introduction du projet BEPS, une ligne claire : renforcer les droits d'imposition des États de consommation dans une économie globalisée et mondialisée. Ce renforcement se réalisait, préalablement à l'adoption du pilier 1, par des mécanismes permettant d'opérer une interprétation constructive des bases juridiques traditionnelles de la répartition de la matière imposable. Leur incorporation, dans des mécanismes de *soft law* mais aussi parfois de droit contraignant, démontre ainsi tout l'intérêt de procéder à une

223 C. FARQUET, « Lutte contre l'évasion fiscale : l'échec de la SDN durant l'entre-deux-guerres », *L'économie politique*, 2009/4, n° 44, p. 93.

224 *Ibid.*

225 B. CASTAGNÈDE, *Précis de fiscalité internationale*, PUF, 6^{ème} éd., 2019, p. 8-10.

226 C. FARQUET, *préc.*

227 Pour une synthèse des débats doctrinaux concernant l'existence d'un système fiscal international, J. MARCUS DE MELO REGONI, « The International Tax Regime in the Twenty-First Century: The Emergence of a Third Stage », *Intertax*, Vo. 45, Issue 3, 2017, p. 205.

228 M. BOUVIER, « Le nouveau modèle économique exige un nouveau modèle fiscal », *préc.*

229 T. LAMBERT, *L'impôt dans une économie mondialisée*, *préc.*

analyse du cadre international actuel d'imposition des bénéficiaires des entreprises (**Titre 1**).

Les conventions fiscales bilatérales ne peuvent, à elles-seules, fonder l'appréhension effective des revenus par les autorités fiscales, leur unique fonction tenant à la répartition des compétences fiscales entre l'État de résidence et l'État de source. Dans cette mesure, « *l'entrée d'un processus de création de valeur dans le champ d'application des conventions fiscales dépend très largement de l'analyse juridique qu'en a le droit national* »²³⁰.

Les interactions permanentes entre les législations nationales et les conventions fiscales ne saurait toutefois masquer le phénomène allant croissant de rétrécissement du droit fiscal national. Ceci, d'une part, au regard des « *préconisations de l'OCDE, qui certes n'ont rien d'obligatoire, mais dont il semble difficile de s'affranchir* »²³¹. Cette forme souple de normativité comme nouveau modèle de régulation fiscale de la globalisation tend à faire émerger des notions et règles proprement supranationales, impossibles à assimiler à des catégories juridiques traditionnelles²³². Les piliers 1 et 2 OCDE adoptés par près de 140 États en juillet 2021²³³ ont en ce sens franchi une étape significative en « *cré[ant] un écosystème de toutes pièces, qui fonctionnerait en vase clos, avec ses règles de fond, ses procédures, ses modalités de résolution des conflits* »²³⁴. Les évolutions de la matière fiscale internationale, au moins dans le domaine de l'imposition des bénéficiaires des entreprises multinationales, sont donc aujourd'hui principalement décidées dans une instance dépourvue de légitimité démocratique. D'autre part, au regard des contraintes pesant sur les États membres d'un espace régional comme l'Union européenne où l'achèvement du marché intérieur implique que soient éliminés les obstacles fiscaux résultant de l'exercice de leurs souverainetés²³⁵. Ces éléments pourraient amener au constat selon lequel le droit fiscal français n'est plus qu'un droit de « *transposition* ». Cette vision est exagérément réductrice. L'étude des *sources d'édiction* de la règle de droit et des *sources d'interprétation*²³⁶ démontre en effet la persistance de la spécificité du droit fiscal français dans le rattachement territorial des bénéficiaires des multinationales du numérique (**Titre 2**).

²³⁰ N. VERGNET, *préc.*, § 898.

²³¹ T. LAMBERT, *préc.*

²³² G. BLANLUET, D. GUTMANN, *préc.*, p. 14.

²³³ Pour une étude du pilier 1 OCDE, cf. *infra*. § 441 et s.

²³⁴ G. BLANLUET, D. GUTMANN, *préc.*

²³⁵ A. MAITROT DE LA MOTTE, *Droit fiscal de l'Union européenne*, Bruylant, 2ème éd., 2016.

²³⁶ J. LAMARQUE, O. NÉGRIN, L. AYRAULT, *Droit fiscal général, préc.*, p. 191.

TITRE 1

LE CADRE INTERNATIONAL ACTUEL D'IMPOSITION DES BÉNÉFICES

35. Le renversement de perspective opéré par le projet BEPS, passant d'une logique d'élimination des phénomènes de double imposition à une logique de lutte contre la double non-imposition, est en apparence novateur²³⁷. À la lecture des travaux originels de la Société des Nations (SDN), force est cependant d'admettre que les préoccupations visant à soumettre tout flux de revenus à une imposition effective étaient déjà bien présentes. L'organisation soutenait en effet, dès 1927, que la soumission à l'impôt de tout revenu une fois, et une fois seulement constituait « *le but que les principes à la fois les plus élémentaires et les plus incontestées de justice fiscale commandaient* »²³⁸. Ces préoccupations s'inséraient alors dans une économie où l'internationalisation des flux commerciaux et financiers s'accélérait : les capitaux passaient aisément d'un État à l'autre et les grandes entreprises multinationales, comme Nestlé dans l'alimentaire ou Imperial Tobacco dans le tabac, s'employaient à pénétrer de nouveaux marchés de consommation en y déployant leurs moyens de production. Les entreprises opéraient alors de manière visible, sur des territoires compartimentés, avec l'engagement de mains-d'oeuvre importantes. L'invention des standards fiscaux internationaux s'est donc réalisée « *dans le cadre d'une économie agricole et industrielle, c'est-à-dire d'une économie dotée d'une assise matérielle permettant d'imposer la valeur là où elle était matériellement produite* »²³⁹. Au regard des mutations économiques induites par la transformation numérique, il est pour le moins surprenant que ces principes de répartition conventionnelle des droits d'imposition et d'évaluation du *quantum* de valeur attribuable à un État n'aient été que très partiellement modifiés. La critique qui suit est alors classique : la complexification induite par l'économie numérique, notamment dans la localisation matérielle du fait générateur de l'impôt, amène à la remise en cause de la pertinence de cadres de répartition imaginés à une période où l'internationalisation des activités nécessitait sur chacun des marchés desservis l'implantation d'infrastructures matériels. Si le développement des technologies de l'information et de la communication (TIC) a en effet facilité pour les entreprises la déconnexion

²³⁷ B. DELAUNAY, « Les évolutions de la fiscalité internationale depuis la crise financière de 2008 », *Dr. fisc.* n°39, 28 septembre 2018, 470.

²³⁸ SDN, Double Imposition et Évasion fiscale : Rapport et Résolutions présentés par les experts techniques au Comité Financier, avril février 1927, C. 216.M.85.1927.II.

²³⁹ A. MAITROT DE LA MOTTE, « La redevance numérique du plan « Next Generation EU » : le premier impôt européen se matérialise », *Dr. fisc.* n° 6, 11 février 2021.

entre intégration économique effective et présence physique sur un territoire, cette circonstance n'entache néanmoins en rien le bien-fondé des logiques véhiculées dans les rapports successifs traitant de la répartition de la base taxable entre États. Ceci tient notamment au fait que les principes développés originellement dans le rattachement de la compétence fiscale et l'attribution de profits à une entité reposent sur des logiques économiques aisément transposables à tout type d'entreprises, quel que soit leur secteur d'activités. Ainsi convient-il d'exposer les fondements du cadre fiscal international d'imposition des bénéfices des entreprises (**Chapitre 1**), avant d'analyser la façon dont ils ont été matérialisés dans les conventions fiscales bilatérales et mobilisés par l'OCDE pour répondre aux défis fiscaux soulevés par la numérisation de l'économie (**Chapitre 2**).

CHAPITRE 1

LES FONDEMENTS DU CADRE FISCAL INTERNATIONAL

36. Le consensus théorique adopté au sein de la Société des Nations (SDN) durant l'entre-deux-guerres fait suite à l'important rapport de 1923 par lequel quatre économistes, dénommés les experts, ont été chargés de développer des principes de répartition de la compétence fiscale en mesure de réaliser un objectif d'équité et d'efficacité. Comme l'a noté récemment l'OCDE, « *les fondements théoriques énoncés dans [ce] rapport ont été conservés pratiquement en l'état et sont aujourd'hui considérés comme le substrat intellectuel des différents modèles établis par la SDN (et donc de pratiquement toutes les conventions fiscales modernes)* »²⁴⁰.

Pour emporter l'adhésion des membres de la SDN, la méthodologie proposée de répartition de la compétence fiscale se devait de reposer sur des principes et notions communément admis dans les législations nationales des États. À ce titre, les fondements théoriques développés par le rapport de 1923 sont une déclinaison « *de deux grandes théories qui se sont opposés depuis le XIXème siècle : la théorie du sacrifice et la théorie du « contrat social* » »²⁴¹. Alors que la théorie du sacrifice attribue à l'impôt une fonction symbolique d'intégration du contribuable au sein d'une communauté d'individus, celle du contrat social considère que l'obligation fiscale trouve sa légitimité dans les contreparties offertes par l'État en tant que garant de la protection des biens et de la personne des contribuables²⁴². Si ces théories poursuivent toutes deux au sein du système fiscal interne un objectif d'équité inter-individuelle²⁴³, leur transposition en droit fiscal international amène à des solutions opposées dans la répartition de la compétence fiscale entre l'État de la résidence et l'État de la source. Il convient d'en faire état pour être en mesure de procéder à une analyse des fondements postérieurs au rapport de 1923 qui visent, dans leur majorité, à un renforcement du droit d'imposer de l'État de source (**Section 1**).

Si les modèles de convention type sur lesquels ont reposé la conclusion des conventions bilatérales ont été conçus conformément, dans leur structure, à la méthodologie proposée par les

²⁴⁰ OCDE, Relever les défis fiscaux posés par l'économie numérique, *préc.*, p. 28.

²⁴¹ N. VERGNET, *préc.*

²⁴² M. BOUVIER, Introduction au droit fiscal général et à la théorie de l'impôt, *préc.*, p. 5.

²⁴³ R. DOERNBERG, W. HELLERSTEIN, L. HINNEKENS, J. LI, « Electronic Commerce and Multijurisdictional Taxation, Kluwer Law International », *IFA*, 2001, p. 69 : le concept d'équité est donc susceptible de justifier pareillement la compétence fiscale de l'État de résidence et de la source ; Pour un avis contraire considérant que la notion d'équité ne peut que justifier la compétence fiscale de l'État de source en matière de revenus actifs, K. VOGEL, « Worldwide vs Source Taxation of Income – A Review and Re-evaluation of Arguments », *Intertax*, Part III, Issue n°11, 1998, p. 398.

experts, cette question des fondements du droit d'imposer de l'État de résidence et de source n'épuise cependant pas l'ensemble des difficultés auquel doit faire face le système fiscal international. Ils constituent plutôt la première partie du problème, assurant qu'un État n'impose une entreprise étrangère que dans les situations où ses revenus prennent clairement leur source sur le territoire de cet État. Dans un second temps vient la délicate question de la répartition des profits concernant des entreprises qui disposent d'une présence taxable dans deux ou plusieurs juridictions. L'absence de références à cette question dans les lignes du rapport présenté par le Comité des Experts en mars 1927 ne saurait recevoir critique tant les difficultés frappant la répartition internationale de la compétence fiscale et celle des profits apparaissent de prime abord distinctes. L'établissement de méthodes régissant la répartition des profits entre entités liées est ainsi survenu suite à l'important rapport de M. B CARROLL de septembre 1933²⁴⁴, mandaté par le Conseil des Nations pour analyser la pratique administrative des États dans ce domaine. Si les fondements à l'origine des règles de répartition des profits sont nécessairement d'ordre pratique au regard du but poursuivi par le rapport CARROLL, il n'en reste pas moins qu'ils partagent avec les fondements théoriques de la compétence fiscale le même objectif : celui de retranscrire à des fins fiscales les traits de l'économie dans laquelle ils ont été adoptés (**Section 2**).

Section 1 : Les fondements théoriques de la répartition de la compétence fiscale

37. Suite à l'étude des fondements théoriques dégagés par les experts (**Paragraphe 1**), il conviendra d'analyser les fondements théoriques modernes de répartition de la compétence fiscale (**Paragraphe 2**). Nous entendrons par moderne l'ensemble des réflexions théoriques postérieures aux travaux des experts. Ces fondements ont émergé dans l'objectif assumé de renforcer les droits d'imposition des États de consommation. S'ils n'ont pas été envisagés originellement dans la construction du système fiscal international, ils constituent néanmoins une aide indispensable à la compréhension des activités des multinationales du numérique et *in fine* à une répartition de la création de valeur en adéquation avec le lieu de réalisation des processus productifs. Leur étude pourrait de même permettre de justifier théoriquement certaines modifications récentes de dispositions conventionnelles entreprises par des pays, notamment en développement, qui semblent reposer indirectement sur ces fondements.

²⁴⁴ M.B. CARROLL, « Taxation of Foreign and National Enterprises (Volume IV) – Methods of Allocating Taxable Income », *League of Nations Document* No. C. 425. M. 217 (b). IIA., 30 september 1933.

Paragraphe 1 : Les fondements théoriques classiques de la répartition de la compétence fiscale

38. La théorie de la faculté, dont nous avons déjà esquissé en introduction certaines caractéristiques, et la théorie des bénéfices ou de l'échange sont les théories de la compétence fiscale développées dans le rapport de 1923. Si elles apparaissent de prime abord antinomiques (**I**), la méthodologie finalement retenue par les experts constitue une synthèse des diverses composantes de ces théories afin d'arriver à un équilibre dans les prétentions de taxation de l'État de résidence et de l'État de la source (**II**).

I. L'existence de théories de la compétence fiscale *a priori* antinomiques

39. Les experts ont fait de la théorie de la faculté la seule théorie en mesure de réaliser les objectifs d'équité et d'efficacité que devaient poursuivre la conclusion des conventions fiscales (**A**). L'affirmation par les experts du remplacement intégral de la théorie de la faculté par la théorie est discutable et ce même au regard des analyses conduites dans leur rapport. Ainsi, comme le note N. VERGNET : « *une lecture attentive de [ces] analyses [...] permet de constater que la théorie de la faculté qui y est étudiée repose en réalité sur une synthèse subtile de la théorie du sacrifice et la théorie des services rendus* »²⁴⁵. L'analyse de la théorie des bénéfices apparaît dans ce cadre nécessaire (**B**).

A. La théorie de la faculté (*faculty theory*)

40. Cette théorie est consacrée dans les ordres constitutionnels de nombreux pays européens²⁴⁶, et plus spécifiquement en France à l'article 13 de la DDHC. Nous renvoyons donc aux développements introductifs de cette étude²⁴⁷. Il convient toutefois de noter de manière complémentaire la nature subjective de cette théorie en ce qu'elle ne se concentre que sur la situation personnelle du contribuable. En faisant fi de la localisation géographique de la valeur ainsi que des utilités et avantages procurés par l'action d'un État dans le cadre de l'activité économique d'une entreprise, cette théorie s'attache davantage à la valeur qu'il est possible d'attribuer à un contribuable²⁴⁸. Cette théorie est donc au fondement des impôts personnels.

²⁴⁵ N. VERGNET, *préc.*, p. 34.

²⁴⁶ Peuvent être citées les Constitutions allemande, espagnole, italienne ou française qui consacrent une répartition de la charge fiscale entre contribuables en fonction de leurs facultés respectives.

²⁴⁷ Cf. *supra*. § 23 et s.

²⁴⁸ N. VERGNET, *La création et la répartition de valeur en droit fiscal international*, Thèse, Paris, 2018, p.65.

41. L'application de cette théorie dans un contexte international invite à favoriser la conception d'un système de taxation mondiale. En effet, « *la mondialité de l'imposition se relie au principe du respect de la capacité contributive : c'est l'ensemble des revenus réalisés par une personne qui permet de saisir son enrichissement effectif au cours d'une période donnée ; c'est donc l'ensemble des revenus qui doit servir de base à l'imposition* »²⁴⁹. Facteur d'atténuation des effets pervers d'une économie mondialisée au centre de laquelle les possibilités de fragmentation de la matière imposable selon un facteur fiscal sont démultipliées²⁵⁰, le présupposé de l'unité du revenu imposable²⁵¹ permet l'attribution de la compétence fiscale à un seul État, en l'occurrence l'État de résidence²⁵². Par voie de conséquence la « *logique véhiculée par les impôts personnels [...] invite naturellement à favoriser la compétence fiscale de l'État de résidence de la personne bénéficiaire du revenu et non celui de sa source* »²⁵³.

42. Des hypothèses, résiduelles, existent toutefois dans lesquelles cette théorie peut être utilisée dans le but de fonder la compétence fiscale de l'État de source du revenu. Par exemple, la localisation de biens dont la propriété peut être attribuée à un contribuable non-résident présuppose de sa participation, infime soit-elle, à la vie économique de cette juridiction. Dès lors, l'État de situation de ces biens est en mesure de disposer d'un droit d'imposer concernant les revenus y afférents²⁵⁴. Les experts en viennent ainsi à relativiser l'importance de la distinction entre impôts personnels et impôts réels en adoptant une approche globalisante de la théorie de la faculté. En effet, cette dernière, en s'intéressant au dernier maillon d'un système de taxation -i.e. le paiement d'un impôt par un contribuable et donc l'affectation de sa situation économique²⁵⁵- permet d'englober la majorité des problématiques de répartition de la compétence fiscale.

²⁴⁹ D. GUTMANN, *Droit fiscal des affaires*, LGDJ, 2019-2020, § 737, p. 481.

²⁵⁰ Un autre argument souvent avancé en faveur d'une taxation des sociétés selon un principe de mondialité tient au fait qu'il est parfois difficile de localiser la source d'un revenu lorsqu'une société opère sur une multitude de territoires. S'attacher à la seule résidence en raison de sa facilité de vérification permettrait ainsi une seule et même reconnaissance de compétence fiscale au contraire du fractionnement de la compétence fiscale entre États que commanderait le principe de territorialité. V. en ce sens D. Gutmann, *Op.cit.*, p. 482, § 737.

²⁵¹ Concernant la détermination de la capacité contributive, V. notamment la première étude à ce titre, WAGNER, *Finanzwissenschaft, Zweiter Teil : Gebühren und allgemeine Steuerlehrer*, Leipzig, 1880, p.296 et s.

²⁵² Le concept de « résidence » peut être défini comme le lieu où la richesse ou les revenus d'un contribuable sont habituellement consommés ou utilisés.

²⁵³ N. VERGNET, *préc.*, p. 30.

²⁵⁴ K. VOGEL, « Worldwide vs. Source Taxation of Income- A review and Reevaluation of Arguments (Part III) », *Intertax*, 1998, n°11, p. 393.

²⁵⁵ Rapport sur la double-imposition soumis au Comité financier, *Op.cit.*, n° 2, p.18-19 : « The objection may be made that faculty does not attach to things, and that many taxes are imposed upon things or objects. This is true of the so-called real or impersonal taxes as opposed to personal taxes. This distinction, however, must not prevent the recognition of the fact that all taxes are ultimately paid by persons. So-called real or impersonal taxes- taxes in rem as the English -speaking countries term them- which are often chosen for reasons of administrative convenience, are ultimately defrayed by persons and, through the process of economic adjustment, ultimately affect the economic situation of the individual. »

B. La théorie des bénéfiques ou de l'échange (*benefit theory*)

43. La théorie des bénéfiques ou de l'échange peut se définir comme la contribution d'un individu sous la forme d'impôts en raison des bénéfiques ou avantages que lui a procurés un État²⁵⁶. Préalablement à l'étude des conséquences liées au choix de cette théorie dans la répartition internationale des compétences fiscales (2), la théorie des services rendus, démembrement originel de cette théorie, doit être étudiée (1).

1. La théorie des services rendus

44. Si la théorie des services rendus et la théorie des droits pouvaient faire l'objet d'une étude commune en ce qu'elles constituent les deux versants de la théorie de l'échange, nous ne nous focaliserons dans ce paragraphe que sur la première, seul fondement avec la théorie de la faculté à avoir influencé les origines du système fiscal international. La seconde, postérieure et plus novatrice dans les facteurs de rattachement de l'obligation fiscale fera l'objet de développements ultérieurs²⁵⁷.

45. Version classique de la théorie de l'échange²⁵⁸, la théorie des services rendus exprime, tout comme la théorie de la faculté, l'ambition de concevoir un système de droit fiscal interne où la répartition de la charge fiscale entre les contribuables situés sous une même juridiction serait effectuée de manière équitable²⁵⁹. Si sa capacité à opérer une répartition inter-étatique de la compétence fiscale a pu être questionnée²⁶⁰, la théorie des services rendus a tout de même, dès les origines du cadre fiscal international, été envisagée par les experts dans la présentation des fondements théoriques²⁶¹. Elle permet, en effet, de retracer avec précision un lien aux fins de taxation entre un État donné et un contribuable opérant au sein de ses frontières.

En tant qu'elle ne préoccupe que de la valeur créée sur le territoire d'un État et non du statut personnel du contribuable²⁶², cette théorie, de nature objective, exprime un rapport entre un État, fournisseur de services essentiels à la prospérité d'une activité économique, et un contribuable en bénéficiant. Ces services ou bénéfiques accordés au profit de l'entreprise peuvent être généraux ou

²⁵⁶ K. VOGEL, *préc.*, p. 394-395.

²⁵⁷ Cf *infra*, Chapitre 1, Sect.1, § 2.

²⁵⁸ G. BIZIOLI, *Fairness of the Taxation of the Digital Economy*, *Op. cit.*, p.52.

²⁵⁹ E. SELIGMAN, *Op. cit.*, p. 158. Néanmoins une autre interprétation de la théorie des bénéfiques est parfois utilisée non pour répartir la charge fiscale entre les contribuables mais dans un souci de réguler la dépense publique : V. en ce sens R. MUSGRAVE, *The Theory of Public Finance*, New York : McGraw-Hill, 1959, chap.4.

²⁶⁰ D. GUTMANN, *Droit fiscal des affaires*, *Op.cit.*, p. 484, § 739 : cette théorie servirait « avant tout à déterminer combien d'impôts le contribuable doit payer, et non à quel État ils doivent l'être ».

²⁶¹ SND, Rapport sur la double-imposition présenté au Comité financier, Commission économique et financière, Avril 1923, SDN II-1, p.18.

²⁶² N. VERGNET, *préc.*, p.75, § 94.

spécifiques²⁶³. Les premiers s'apparentent à ceux fournis par l'État providence (pour exemples : enseignement, police, défense des intérêts des citoyens) tandis que les seconds intéressent plus particulièrement la conduite des affaires de l'entreprise désireuse de s'implanter dans les territoires les plus à même de faire fructifier son activité (pour exemples : cadre juridique prévisible et simple d'application, protection de la propriété intellectuelle, infrastructures modernes). Ainsi, une présence taxable sera caractérisée à partir du moment où une entreprise, peu importe sa résidence fiscale, aura bénéficié des services et avantages fournis par un État dans le cadre de son activité économique²⁶⁴. Cette théorie permet donc « *de transformer le rapport commutatif entre l'État de la source et le contribuable en un critère d'attribution de la compétence fiscale* »²⁶⁵.

46. La mise en place subséquente d'un seuil de présence physique de l'entreprise étrangère sur le territoire de l'État fournisseur de services publics pour la caractérisation d'une présence taxable apparaît évidente. En effet, comment conclure à une interaction entre un État et le processus de création de valeur d'une entreprise si cette dernière ne déploie sur le territoire de cet État aucun moyen matériel ni humain ?²⁶⁶ Cette théorie montre d'ores-et-déjà ses principales limites pour opérer une répartition internationale cohérente et équitable de la compétence fiscale dans l'hypothèse où le lien entre le profit, vu comme base taxable, et l'utilisation des biens publics dans le cadre des activités économiques d'une entreprise non-résidente est distendu, voire même inexistant²⁶⁷.

2. La conséquence dans l'attribution de la compétence fiscale : une tension entre État de résidence et État de la source

47. La théorie des bénéfices implique de favoriser l'adoption d'un système de taxation territorial des sociétés. Elle est intimement liée à l'idée de souveraineté étatique²⁶⁸ dans laquelle l'État ne saurait disposer d'une compétence exécutive extra-territoriale²⁶⁹. L'attribution de la compétence fiscale au profit d'un État ne dépend ainsi que de la localisation du fait générateur d'un

²⁶³ OCDE, *Relever les défis fiscaux posés par l'économie numérique*, Rapport intermédiaire-Projet OCDE/G20 sur l'érosion de la base d'imposition et le transfert de bénéfices, Éditions OCDE, Septembre 2014, p.41.

²⁶⁴ D. PINTO, « The Need to Reconceptualise the Permanent Establishment Threshold », *Bulletin for International Taxation*, IBFD, 2006, n°7, p.266.

²⁶⁵ D. GUTMANN, préc., p.483, § 739.

²⁶⁶ N. VERGNET, préc., p. 77, § 98.

²⁶⁷ Pour une étude approfondie de la déconnexion de ce lien, V. *infra*, Chapitre 1, Section 2, Paragraphe 1 et s.

²⁶⁸ Cf. M. CHRÉTIEN, « Contribution à l'étude du droit international fiscal actuel : le rôle des organisations internationales dans le règlement des questions d'impôt entre les divers États », RCADI 1954-II, t.86, p.15 : « Les lois fiscales d'un État sont territoriales au sens où elles n'ont d'effet qu'à l'intérieur de son territoire ».

²⁶⁹ Sur la distinction entre compétence normative (substantive jurisdiction) et compétence exécutive (enforcement jurisdiction) en matière fiscale, V. notamment W. HELLERSTEIN, « Jurisdiction to Impose and Enforce Income and Consumption Taxes : Towards a Unified Conception of Nexus in Value Added Tax and Direct Tax : Similarities and Differences », *IBFD*, 2009, p. 545 et s.

revenu au sein des frontières. La caractérisation d'État de la source dépend dès lors de l'exercice d'une activité économique au sein de ses frontières²⁷⁰, celle-ci devant posséder une certaine intensité pour être qualifiée de substantielle et représenter ainsi un seuil de pénétration économique cohérent dans la naissance de la compétence fiscale²⁷¹. Lorsque ce seuil est atteint, deux compétences fiscales sont susceptibles de s'exercer avec d'une part, un État de résidence désireux d'imposer l'ensemble des revenus perçus par son résident et d'autre part, un État de la source souhaitant imposer les revenus rattachables à son territoire.

48. En raison du lien extrêmement fort qui unit la théorie des bénéfices et l'option pour la mise en place d'un système de taxation territoriale des sociétés, il a pu être considéré que la recherche d'un fondement économique dans l'attribution du pouvoir d'imposition de l'État de la source était superfétatoire car se superposant à la compétence territoriale dudit État²⁷². Pour autant, l'exigence de pragmatisme que nécessite l'élaboration d'un cadre propre à l'appréhension des bénéfices issus des activités numériques se doit de nuancer ces propos. En effet, la légitimité de l'assise d'une compétence territoriale étatique en matière fiscale se voit meurtrie par des contribuables toujours plus mobiles se jouant de l'imperméabilité des frontières dans un monde construit sur une « *juxtaposition d'ordres juridiques souverains* »²⁷³. L'étude de fondements nouveaux à caractère économique dans le rattachement territorial de la compétence fiscale, qui se baseraient spécifiquement sur les mutations observées par l'économie numérique dans la création de valeur, est donc nécessaire²⁷⁴. En effet, il s'avère que la transposition des fondements économiques dans la répartition de la compétence fiscale est plus à même de rendre compte de la complexité du processus de création de valeur des multinationales lorsque plusieurs compétences fiscales sont susceptibles d'être reconnues à l'égard d'une même richesse. La compétence fiscale territoriale, enfermée dans la seule étude d'un rapport de réciprocité entre un État et un contribuable, ne permet

²⁷⁰ E. ROBERT, *Éléments d'une théorie de la frontière appliqués au droit fiscal*, Thèse, Université Paris 2, 2011, p.53, § 32 : la fonction fiscale de la frontière en raison de ses caractères d'impénétrabilité, d'exactitude, de précision et de linéarité consiste en une limite *ratione loci* visant à séparer la juridiction de deux États souverains. En d'autres termes, elle permet dans un contexte d'attribution de la base imposable de délimiter la compétence territoriale d'un État.

²⁷¹ E. KEMMEREN, *Principle of Origin in Tax Conventions—A Rethinking of Models*, Pijnenburg-Dongen, Dissertation PhD thesis Tilburg University, 2001, p.21 et s.

²⁷² N. MELOT, *Territorialité et mondialité de l'impôt : étude de l'imposition des bénéfices des sociétés de capitaux à la lumière des expériences française et américaine*, Dalloz, 2004, p. 27, Paragraphe 41 : « Ainsi l'imposition par l'État de la source trouverait-elle son fondement dans les services rendus par cet État qui, par conséquent, pourrait légitimement prélever une partie des revenus qu'il a contribué à générer. Pourtant, un tel fondement est inutile puisqu'il vient se superposer à la compétence territoriale étatique. Par conséquent, point n'est selon nous besoin de recourir à une notion économique pour fonder le droit d'imposition, sauf peut-être à vouloir instaurer une certaine proportionnalité entre les services rendus et la part de prélèvement opéré par l'État d'imposition ».

²⁷³ E. ROBERT, *Éléments d'une théorie de la frontière appliqués au droit fiscal*, *Op.cit.*, p. 83, § 52.

²⁷⁴ V. *infra*. n°

pas la traduction de cette complexité.

II. La doctrine de l'allégeance économique : une conciliation des théories de la compétence fiscale

49. L'étude exégétique du rapport de 1923 démontre que les experts, malgré l'apparence formelle de leur travail tenant à faire de la doctrine de l'allégeance économique une simple expression de la théorie de la faculté²⁷⁵, ont finalement opté pour une solution d'équilibre entre les prétentions respectives de l'État de résidence et de l'État de source. Les fondements des théories susmentionnées sont ainsi préservés, à égale importance, dans un but unique d'alignement des processus de production de la valeur avec la répartition de la compétence fiscale entre États. Le projet BEPS faisant de la valeur la notion clé de répartition conventionnelle du pouvoir d'imposition²⁷⁶ n'est dès lors pas novateur²⁷⁷ sur ce point. Préalablement à l'étude de la grille d'analyse économique adoptée par les experts dans le rapport de 1923 dans la pondération des facteurs à l'origine de la création de valeur (**B**), il est nécessaire de revenir sur les évolutions du système fiscal international relatives au passage d'une conception politique à économique de l'allégeance (**A**).

A. D'une conception politique à une conception économique de l'allégeance

50. Laisser le soin à quatre éminents économistes de dresser un rapport au fondement du système de répartition de la compétence fiscale implique naturellement que la vision développée s'attache davantage à une étude minutieuse des processus économiques de production de la valeur. Ainsi, « *la logique du rapport de 1923 est largement économique, fondée sur le lien entre la création de valeur et le territoire des États impliqués dans le processus économique générant de la matière imposable* »²⁷⁸. Néanmoins, cette importance accordée à l'analyse économique dans l'exercice de répartition de la compétence fiscale pouvait déjà être ressentie antérieurement à la publication de ce rapport en raison de la forte internationalisation des rapports économiques déjà à

²⁷⁵ Rapport sur la double-imposition soumis au Comité financier, *Op.cit.*, n°2, p.20 : À propos de la doctrine de l'allégeance économique : « In the most complex communities, with more fully developed taxation expedients, this doctrine is given quantitative expression by reference to terms of economic faculty or ability of the individual to pay. »

²⁷⁶ OCDE, *Relever les défis fiscaux posés par l'économie numérique*, Action 1- Rapport final 2015, Projet OCDE /G20 sur l'érosion de la base d'imposition et le transfert de bénéfices, Avant-Propos, p. 3 : « Les règles en place ont laissé apparaître des fragilités qui sont autant d'opportunités pour des pratiques d'érosion de la base d'imposition et de transfert de bénéfices (BEPS), appelant une action résolue de la part des dirigeants pour restaurer la confiance dans le système et faire en sorte que les bénéfices soient imposés là où les activités économiques sont réalisées et là où la valeur est créée ».

²⁷⁷ M. DEVEREUX and J. VELLA, « Are We Heading Towards a Corporate Tax System Fit for the 21st Century? », *35 Fiscal Studies*, 2014, p.449.

²⁷⁸ B. DELAUNAY, *préc.*

l'oeuvre au début du XXème siècle.

51. L'allégeance politique peut se définir au travers de la compétence personnelle étatique comme « *une autorité exercée sur une population considérée* »²⁷⁹. Il est nécessaire de souligner que cette allégeance ne s'applique pas de manière pleine et entière mais se voit circonscrite seulement à l'une des deux catégories constitutives de la population. En effet, un État ne pourra exercer sa compétence personnelle qu'à l'égard de ses seuls nationaux tandis que les résidents seront eux soumis à la compétence territoriale. Il se dessine alors avec plus grande précision, les contours des deux types d'allégeance, dont les principales distinctions ont été mises en avant par B. GRIZIOTTI²⁸⁰ et les professeurs GEST et TIXIER²⁸¹. Si l'allégeance politique se manifeste classiquement par un lien entre une personne et un État au travers de la qualité de citoyenneté, l'allégeance économique constituerait la conséquence de la participation d'un individu aux actes divers de l'économie d'un pays à savoir la production, la circulation et la consommation de richesse.

52. La force de l'allégeance politique en tant que fondement d'allégeance fiscale s'est progressivement érodée. Ceci tient notamment à l'internationalisation de l'actionnariat et à l'accroissement de l'implantation de filiales dans des juridictions étrangères au territoire de résidence des entreprises²⁸². Si elle reste un fondement juridique légitime au travers de la caractérisation de devoirs politiques et fiscaux à l'égard des nationaux²⁸³, force est de constater qu'elle n'est plus capable, seule, à répartir pertinemment la compétence fiscale dans un contexte globalisé. M. CHRÉTIEN exprimait ainsi en 1953 la perte de vigueur de la notion d'allégeance politique en droit fiscal international: « *Il s'agit là d'une tendance vers la création de [...] la « nationalité fiscale » qui, au lieu, de reposer sur une notion d'allégeance politique conduisant à la distinction classique des nationaux et des étrangers, repose sur une notion d'allégeance économique conduisant à une nouvelle distinction entre « résidents » et « non-résidents ».* Ainsi,

²⁷⁹ OCDE, *Relever les défis fiscaux par l'économie numérique*, Rapport intermédiaire, *Op.cit.*, n° 26, p.36.

²⁸⁰ B. GRIZIOTTI, « L'imposition fiscale des étrangers », *R.C.A.D.I.*, 1926, t.13, vol. III, p. 19 : l'auteur distingue même en la dépendance sociale un troisième type d'allégeance. Elle peut se définir par le séjour, la résidence ou le domicile d'un contribuable sur un territoire donné.

²⁸¹ G. GEST, G. TIXIER, *Droit fiscal international*, PUF, Coll. Droit fondamental, 2e éd., 1990, n° 7, p. 20-21 : les auteurs reprennent la distinction développée dans la théorie de B. GRIZIOTTI entre la dépendance politique, sociale et économique. Cependant la dépendance sociale, se matérialisant par un séjour prolongé d'un individu dans un État, est intégrée par GEST et TIXIER dans la dépendance économique.

²⁸² Rapport sur la double-imposition soumis au Comité financier, *Op.cit.*, n°2, p.19 : « In modern times, however, the force of political allegiance has been considerably weakened. The political ties of a non-resident to the mother-country may often be merely nominal. His life may be spent abroad, and his real interests may be indissolubly bound up with his new home, while his loyalty to the old country may have almost completely disappeared. »

²⁸³ N. MELOT, *Op.cit.*, n°41, p.14, Paragraphe23 : concernant le cas particulier de l'imposition des revenus de source étrangère de nationaux résidant eux-mêmes à l'étranger, l'allégeance politique comme fondement de la compétence fiscale normative semble la seule légitime.

s'accentue l'autonomie du droit fiscal international vis-à-vis du droit international privé, en même temps qu'elle s'accentue à l'égard de la matière de la nationalité»²⁸⁴.

B. Les éléments constitutifs de l'allégeance économique

53. La doctrine de l'allégeance économique telle que développée par les experts²⁸⁵ poursuit un objectif principal : déterminer les lieux où les intérêts économiques du contribuable sont les plus importants²⁸⁶. Pour ce faire, les lieux de création de valeur et de résidence du propriétaire ou du consommateur de la valeur produite s'avèrent être dans la majorité des situations déterminants **(1)**. Les allégeances économiques pouvant se multiplier en autant de territoires sur lesquels un contribuable dispose d'intérêts économiques, une grille d'analyse simple et malléable a été mise en place par les experts pour répondre à la répartition du produit issu d'opérations complexes **(2)**.

1. Lieu de création de valeur et résidence du propriétaire ou consommateur de la valeur

54. Déterminer l'allégeance ou les allégeances économiques d'un contribuable nécessite de décomposer les différentes étapes dans la production du revenu. En effet, quatre points sont dégagés par les experts et permettent de bâtir la méthodologie de l'allégeance économique : la production de la valeur, la possession de la valeur, les droits de propriété sur la valeur et la disposition de la valeur²⁸⁷. Il est fondamental de noter que tous les critères dans l'analyse des intérêts économiques du contribuable ne disposent pas de la même importance : la production et la disposition de la valeur constituent les facteurs clés tandis que la possession et les droits de propriété ne viennent qu'à des fins de renforcement de la compétence fiscale attribuée à un État suite à l'analyse des deux critères prioritaires²⁸⁸.

55. Au regard des deux facteurs clés d'analyse de l'allégeance économique, les experts oscillent entre développements classiques et développements novateurs. S'agissant de la détermination du lieu de résidence, il est noté classiquement que celui-ci constitue dans une

²⁸⁴ M. CHRÉTIEN, *Le fisc en face du droit international privé*, Travaux du Comité français de droit international privé, 14-15ème année, Séance du 15 décembre 1953, publié en 1955, p.107.

²⁸⁵ Les raisonnements des experts s'appuient en partie sur les écrits de G. VON SCHANZ, premier auteur à avoir théorisé le concept d'allégeance économique, cf. G. SCHANZ, *Zur Frange der Steuerpflicht*, 9 II Finanzarchiv 1, 4 (1882) in Vogel, *supra*. n°13, p.219.

²⁸⁶ Rapport sur la double-imposition soumis au Comité financier, préc., p.20 : « The problem consists in ascertaining where the true economic interests of the individual are found. It is only after an analysis of the constituent elements of this economic allegiance that we shall be able to determine where a person ought to be taxed or how the division ought to be made has between the various sovereignties that impose the tax. ».

²⁸⁷ *Ibid.*, p.23.

²⁸⁸ *Ibid.*, p.25 : « It is clear, however, that the other two factors may sometime become of importance, although in most cases they are significant only in reinforcing the claims of either origin or domicile ».

majorité des situations un lieu où les intérêts économiques du contribuable sont prépondérants. La résidence constitue dès lors, au contraire de l'allégeance politique, un critère justifiant la réalité d'une relation économique entre un contribuable et un État aux fins d'attribution de la compétence fiscale²⁸⁹. La principale lacune de ce lien de rattachement se situe cependant dans l'hypothèse où les revenus du résident proviennent essentiellement de sources extérieures. À cette fin, la localisation de la richesse, en ce qu'elle se déconnecte d'une appréciation basée exclusivement sur les caractéristiques du contribuable, apparaît en contrepoids du lieu de résidence dans l'objectif d'opérer une répartition équilibrée de la matière imposable entre les États. Les développements à l'égard de ce critère sont dès lors plus novateurs et parfaitement modulables aux évolutions économiques actuelles que nous connaissons. En effet, il convient de noter qu'il était déjà question à cette époque des principales difficultés de localisation de la valeur : la valeur doit-elle être localisée exclusivement au lieu de situation physique des facteurs de production ou est-elle créée dans certaines hypothèses par l'interaction de facteurs intangibles ?²⁹⁰

56. Les développements des experts visant à faire de la théorie de la faculté la seule théorie apte à opérer une répartition internationale de la compétence fiscale se doivent d'être nuancés. S'il apparaît que la théorie de la faculté dispose d'un caractère englobant, en ce qu'il incombe en finalité toujours à un contribuable de payer un impôt en fonction de ses capacités contributives, les fondements de la théorie des bénéfices disposent d'une pertinence certaine car ils facilitent la prise en compte de la réalité d'une activité économique déployée sur plusieurs marchés. La compréhension de la doctrine de l'allégeance économique ne peut ainsi se faire économe des fondements de la théorie des bénéfices²⁹¹. En synthèse, la méthode de l'allégeance économique, forte de la réunion des deux théories susmentionnées, est de nature à fonder la compétence fiscale d'un État étranger à celui de résidence du contribuable, dès lors que ce dernier entretient des liens

²⁸⁹ *Ibid.*, p.19 : « It is obviously getting further away from the idea of mere political allegiance and closer to that of economic obligation ».

²⁹⁰ Rapport sur la double-imposition soumis au Comité financier, *Op.cit.*, n°2, p.23 : « When we are speaking of the origin of the wealth, we refer naturally to the place where the wealth is produced, that is, to the community the economic life of which makes possible the yield or the acquisition of the wealth. This yield or acquisition is due, however, not only to the particular thing but to the human relations which may help in creating the yield. ». Les relations humaines, facteurs de création de valeur, sont ici vus comme ne pouvant avoir lieu que dans les frontières de l'organisation de l'entreprise. L'exemple majeur à ce titre est le siège et le pouvoir de direction de l'entreprise qui constitue selon les experts « the co-ordinating brain of the whole enterprise ».

²⁹¹ En ce sens, les développements de G. VON SCHANZ conservent toute leur vigueur en ce qu'ils liaient la doctrine de l'allégeance économique à la théorie des bénéfices. Ainsi, dans l'hypothèse où une entreprise non-résidente bénéficierait pour l'exercice de son activité de services fournis par un État, deux allégeances économiques auraient vocation à s'appliquer, celle de l'État de résidence et de l'État de source. La taxation des non-résidents devant être proportionnelle aux bénéfices tirés par ces derniers, l'auteur en arrive à un partage de la matière imposable de 75 % à l'État de source et de 25 % à l'État où les revenus étrangers seraient vraisemblablement consommés, c'est-à-dire l'État de résidence.

économiques plus fort avec cet État étranger que ses liens personnels avec son État de résidence²⁹².

2. Une grille d'analyse élaborée dans un souci de réponse à des opérations complexes

57. L'exercice de pondération des différents éléments d'allégeance économique entre les États participant au processus de production de la valeur est complexe à réaliser, ceci notamment au regard du caractère composite du revenu et de la complexification croissante des interactions entre les facteurs de production de la valeur²⁹³.

58. Plus encore, il apparaît que « *l'analyse cédulaire retenue par le rapport de 1923 aboutit à la reconnaissance d'allégeances économiques distinctes pour les revenus actifs et passifs* »²⁹⁴. La notion de revenu actif qui nous intéresse dans ce chapitre est source d'une activité économique menée par un contribuable tandis que celle de revenu passif est indépendante de toute activité²⁹⁵. L'édition d'allégeances économiques distinctes tient évidemment de la différence de nature des revenus en cause. Tandis que les revenus « actifs » semblent pouvoir faire l'objet d'un rattachement territorial facilité dans l'État de source, les revenus « passifs », au contraire, apparaissent comme déconnectés de l'intervention active aussi bien de l'entreprise dans la génération du revenu que de l'État de source dans la fourniture de services publics²⁹⁶.

59. De manière générale, il est remarquable de noter que les experts faisaient déjà état des difficultés que pouvaient engendrer les opérations économiques transfrontalières dans la répartition de la compétence fiscale. Ces difficultés peuvent être divisées entre celles inhérentes à la nature d'une activité menée par un contribuable²⁹⁷ et celles liées à son intention de localiser la valeur

²⁹² N. VERGNET, *préc.*, n°10, p. 37.

²⁹³ Rapport sur la double-imposition soumis au Comité financier, *Op.cit.*, n°2, p. 27 : « We apprehend that the value of this analysis is twofold :

(1) To show which countries have the greater title in theory to impose specific taxes upon particular forms of wealth, with special reference to capital wealth in the form of succession and death duties, stamp duties, general property taxes, rates and land taxes, and other specific taxes apparently paid by things and not regulated by the financial ability of persons;

(2) To show the extreme complexity of the subject as soon as we are dealing with a tax on pure income. ».

²⁹⁴ N. VERGNET, *préc.*, p.35, § 26.

²⁹⁵ Les revenus « passifs » sont constitués des redevances, intérêts, dividendes, revenus immobiliers et gains en capital.

²⁹⁶ À l'exception notable des « revenus immobiliers » dans lequel la prépondérance de l'État de source dans la création de valeur est évidente au regard, d'une part, de son rôle dans la fourniture d'infrastructures publiques et, d'autre part, de la dépendance matérielle de l'immeuble sur son sol.

²⁹⁷ Rapport sur la double-imposition soumis au Comité financier, *Op.cit.*, n°2, p.26 : l'exemple donné concerne l'ensemble d'une séquence de vente partant de la production des biens, de leur transport ainsi que de la coordination de ces étapes par une entité centrale. L'analyse d'une séquence d'opérations de vente peut démontrer que certaines entités ont joué un rôle majeur dans le processus de création de valeur sans que finalement l'opération n'aboutisse, peu importe la raison, à un profit. Néanmoins, les États dans lesquels se situent les séquences rentables de l'opération de vente doivent-ils se voir reconnaître un droit d'imposition ?

principalement en fonction d'un facteur fiscal²⁹⁸. Si des doutes légitimes peuvent émerger dans un alignement parfait entre taxation des revenus et réalité économique d'une opération de production, les tentatives de simplification des experts tenant à une dichotomie entre localisation de la valeur et résidence du propriétaire se doivent d'être conservées aux fins d'en faire une application circonstanciée aux revenus issus d'activités numériques.

Paragraphe 2 : Les fondements théoriques modernes de la répartition de la compétence fiscale

60. Si les modifications minimales du système fiscal international depuis son adoption pouvaient laisser craindre une absence d'utilité des fondements théoriques modernes étudiés ci-après, il apparaît que deux tendances majeures se sont dessinées au fur et à mesure des décennies aussi bien dans les travaux universitaires notamment anglophones qu'au sein des organisations internationales. Tandis que la première invite à renforcer les droits d'imposer de l'État de la source en raison de la présence de facteurs créateurs de richesse sur son territoire (**I**), la seconde, plus radicale, invite à se départir de la dichotomie traditionnelle État de la source/État de la résidence pour reconnaître une compétence fiscale à l'État où les biens et services produits par les entreprises sont consommés (**II**).

I. Les fondements théoriques dans l'attribution de la compétence fiscale à l'État de la source

61. Développée initialement par P. et R. MUSGRAVE dans un écrit de 1972²⁹⁹, la théorie des droits, second versant de la théorie de l'échange, est la théorie la plus couramment invoquée pour redistribuer, dans une économie numérisée, les droits d'imposition au profit de l'État de source (**A**). Toutefois, et ce récemment, de nombreuses mesures unilatérales favorisant une imposition à la source des revenus des entreprises étrangère ont été adoptées en dehors de tout cadres théoriques étudiés jusqu'à présent, de sorte qu'il est possible de s'interroger sur l'existence d'éventuelles limites à l'élargissement de la compétence fiscale de l'État de source dans un contexte international. En d'autres termes, en dehors d'un aménagement conventionnel, un État est-il susceptible, dans l'ordre juridique international, de voir sa liberté de rattachement à sa compétence fiscale limitée ? À ce titre, les limites les plus souvent citées dans la mise en œuvre de mesures d'imposition des revenus du commerce électronique sont celles découlant des « *principes fondamentaux en matière de*

²⁹⁸ *Ibid.*, p. 20 : s'il n'est pas mentionné explicitement par les experts les volontés de minimisation de la charge fiscale des contribuables opérant dans un contexte transfrontalier, l'inadéquation possible entre le principe d'origine et le principe de situation (*situs*) de la richesse particulièrement prégnant dans le cadre de la propriété incorporelle semble être un incitateur à la localisation de la valeur selon un motif fiscal.

²⁹⁹ R. and P. MUSGRAVE, Inter-Nation Equity, in *Modern Fiscal Issues : Essays in Honor of Car S. Shoup*, 1972, p.71.

fiscalité internationale » développés par l'OCDE dans les conditions cadres d'Ottawa de 1998³⁰⁰ et des « *principes généraux du droit international* » (B).

A. La théorie des droits

62. La tentative de localisation géographique de la création de la valeur à laquelle s'adonne la théorie des droits, aux fins d'attribution de la compétence fiscale, implique que les approches traduisant cette réalité sont empreintes d'une forte connotation économique. De même, la justification de la compétence fiscale de l'État par des approches qui ne seraient pas enfermés dans des cadres juridiques parfois trop rigides est de nature à favoriser la modernisation du concept de source. En d'autres termes, ces approches sont de nature à permettre la refonte des facteurs traditionnels de rattachement de l'obligation fiscale à l'État de source pour les adapter à certaines des caractéristiques de l'économie numérique. À ce titre, la théorie des droits se constitue classiquement de la théorie des bénéfices économiques (1) et de l'approche des rentes économiques (2).

1. La théorie des bénéfices économiques

63. Différence fondamentale avec la théorie des services rendus, la théorie des droits ne se préoccupe que de la valeur créée imputable à un territoire, indépendamment des interventions successives de l'État dans la fourniture de cadres propices à la conduite de l'activité de l'entreprise. Ainsi, la présence sur le territoire de l'État de source de facteurs ayant contribué à la production de la richesse de l'entreprise permet de légitimer son droit d'imposer³⁰¹. Cette première signification de la théorie des droits, dénommée approche du bénéfice économique³⁰², retranscrit une relation économique entre un État, cette fois-ci passif dans son rôle de fournisseur de services et d'infrastructures publiques et une entreprise, bénéficiant des avantages économiques présents sur ce territoire. Cependant, malgré une similarité entre les travaux des experts et la théorie des droits concernant l'importance de la localisation géographique de la création de la richesse, cette dernière, même indirectement, ne peut justifier les origines du système fiscal international. Sa préoccupation dans le rattachement de l'obligation fiscale tenant uniquement à la caractérisation d'une présence

³⁰⁰ OCDE, Conditions cadres pour l'imposition du commerce électronique, Rapport du CAF, 1998 : ces principes en matière d'IS sont l'équité et la neutralité, l'efficacité, la certitude et la simplicité, l'efficacité ainsi que la flexibilité

³⁰¹ D. PINTO, « E-commerce and Source-Based Income Taxation », Volume 6, Doctoral Series, *IBFD*, March 2002, p. 36.

³⁰² P. MUSGRAVE, « Sovereignty, Entitlement, and Cooperation in International Taxation », *Brooklyn Journal of International Law*, 2001, Vol. 26, p.1341 : « This permits a country to share in the gains of foreign-owned factors of production operating within its borders ; gains which are generated in cooperation with its own factors, whether they be natural resources, an educated and/or low-cost work force, or the proximity of a market. ».

économique, il apparaît que dans bien des cas la réponse à la question d'une éventuelle présence physique d'une entreprise à l'intérieur des frontières d'un État s'avérera superfétatoire.

2. L'approche des rentes économiques

64. Cette approche constitue une autre utilisation de la théorie des bénéfices. Il est ici question d'une comparaison entre les bénéfices économiques retirés d'une activité, en présence et en l'absence d'un investissement effectué par une entreprise étrangère sur le territoire de l'État de source. Dès lors, l'État de source est en droit d'imposer la rente économique réalisée par l'entreprise étrangère sur son territoire, correspondant en substance aux bénéfices excédents ceux que l'entreprise aurait réalisé si son investissement s'était cantonné à un cadre purement national³⁰³. En d'autres termes, l'impôt reçu « *correspondra à la différence entre la création de valeur dans l'État de source et celle qui aurait eu lieu si le contribuable avait investi dans l'État de son domicile* »³⁰⁴. L'exploitation des ressources naturelles constitue un exemple permettant d'étayer cette approche : dans ce domaine, les entreprises sont susceptibles de dégager d'importants profits, souvent bien supérieurs au taux normal de retour sur investissement. Les profits de cette activité étant par ailleurs impossibles à réaliser dans un cadre exclusivement national et intimement liée à la terre de l'État de source, ce dernier disposera d'une compétence fiscale prioritaire³⁰⁵ sur l'État de résidence.

B. Les principes fondamentaux OCDE et les principes généraux de droit international dans la limitation de la compétence fiscale

65. Les « *principes fondamentaux en matière de fiscalité internationale* » ne sauraient à l'évidence constituer des règles prohibitives venant limiter la liberté des États de rattacher à leurs territoires des biens, des personnes et des actes. Si « *ces « principes » sont alors de simples critères, des propositions de droit non sanctionnés, et donc incapables de servir de base pour dégager des principes généraux de droit international* »³⁰⁶, ils conservent néanmoins, au regard de la pratique des États de source, un rôle directeur dans l'élaboration des propositions de renouvellement des systèmes d'imposition des bénéfices des entreprises opérant dans le secteur du commerce électronique. En d'autres termes, par ces principes, l'OCDE a promu un modèle de système fiscal

³⁰³ N. KAUFMAN, « Fairness and the Taxation of International Income », *Law and Policy in International Business*, 1998, vol. 29, p.191.

³⁰⁴ N. VERGNET, *préc.*, p. 53.

³⁰⁵ La compétence fiscale de l'État de la source en vertu de l'approche des rentes économiques pourrait même être dans cette hypothèse radicale exclusive. En effet, il apparaît peu probable qu'un exploitant de pétrole investissant seulement dans son État de résidence, qui plus est dépourvu de ressources naturelles, puisse dégager un quelconque profit au titre de cette activité...

³⁰⁶ A. KALLERGIS, *préc.*, p. 239.

« standard » que les États développés membres de l'organisation ont pour partie suivi. À ce titre, la reconsidération du concept de « source » dans une économie numérisée ne saurait s'effectuer en dehors de toute prise en compte des « *principes fondamentaux en matière de fiscalité* » que sont l'équité entre États (1) et la neutralité (2), principes qui ont jusqu'à présent guidés la conception internationale des système d'imposition en matière d'IS.

Les principes généraux de droit international, expression prématurée de la coutume internationale³⁰⁷, constituent au contraire une règle de nature prohibitive susceptible de limiter le périmètre de la compétence fiscale de l'État de source dans l'ordre juridique international. Il doit dès lors être considéré que le droit international public, de part « [sa] *fonction de répartiteur des compétences étatiques* »³⁰⁸, est susceptible de constituer une limite à la compétence normative et exécutive des États³⁰⁹. Si la signification du principe de territorialité en droit international public, entendue comme le droit fondamental d'imposer la valeur générée à l'intérieur des frontières d'un État³¹⁰, pouvait laisser présumer du caractère prohibitif de ce principe, A. KALLERGIS considère néanmoins « *qu'il n'est pas possible ipso facto d'en dégager un principe général du droit international. Il convient en revanche d'identifier les raisons qui animent ces propositions et qui sont susceptibles de faire l'objet d'une induction au rang de principe général* »³¹¹. Dans cette mesure, seul le principe de rattachement suffisamment étroit, au travers de la notion de « lien réel et effectif », semble pouvoir revêtir la nature de règle prohibitive venant limiter, dans l'ordre juridique international, la compétence fiscale d'un État (3).

1. Une construction en lien avec l'exigence d'équité entre États

66. Comme noté précédemment, dès les origines du système fiscal international, la notion d'équité fiscale semblait apparaître indirectement dans les développements des experts dont

³⁰⁷ Il est fait utilisation, sans réelle distinction dans cette partie, des termes « principes généraux du droit » et « coutume ». En effet, les principes généraux constitueraient une expression prématurée de la coutume, leur concrétisation répétitive leur permettant d'acquérir de manière pérenne ce statut, cf. à ce titre, P. REUTER, *Droit international Public*, Paris, PUF, coll. « Themis : droit », 6 ed., 1983, p.119 ; Un élément de différenciation pourrait néanmoins se situer dans le fait que les principes généraux de droit international sont dégagés à partir de règles des ordres juridiques étatiques, cf. A. KALLERGIS, *préc.*, p. 236.

³⁰⁸ N. MELOT, *Territorialité et mondialité de l'impôt*, *préc.*, p. 20.

³⁰⁹ Alors que « la compétence exécutive est territoriale, au sens où l'État ne peut user de son pouvoir de contrainte qu'au sein même de son territoire », la compétence normative n'apparaît pas limitée spatialement. En effet, les effets d'une disposition fiscale ne sont manifestement pas confinés à l'intérieur du territoire de l'État ayant édicté cette loi (N. MELOT, *préc.*, § 283 et s.) ; Cette distinction entre *substantive jurisdiction* (compétence matérielle) et *l'enforcement jurisdiction* (compétence exécutive) est largement répandue dans la doctrine anglo-saxonne, cf. à ce titre, W. HELLERSTEIN, « Jurisdiction to Tax Income and Consumption in the New Economy: A Theoretical and Comparative Perspective », 38 *Ga. La. Rev.* 1, 2003 et « Jurisdiction to Impose and Enforce Income and Consumption Taxes: Towards a Unified Conception of Tax Nexus », in Michael Lang, et al., eds., *Value Added Tax and Direct Taxation: Similarities and Differences*, 2009, 545.

³¹⁰ N. KAUFMAN, *préc.*, p. 192.

³¹¹ A. KALLERGIS, *préc.*, p. 239.

l'objectif était d'aboutir à « *répartition fiscale idéale de l'impôt* »³¹². En matière fiscale, la notion d'équité, tout comme celle de neutralité, dispose d'une double-dimension. Classiquement, cette notion, étroitement liée en droit interne français au principe d'égalité devant les charges publiques consacré à l'article 13 DDHC, se réfère à la position individuelle des contribuables³¹³. P. MUSGRAVE en a toutefois, dans un écrit de 1963³¹⁴, dégagé une nouvelle acception par le biais de l'équité inter-nation par laquelle la répartition internationale de la compétence fiscale suivrait le rôle respectif des États dans le processus de création de valeur des contribuables.

Selon P. et R. MUSGRAVE, l'application généralisée d'un système de taxation basé sur la théorie des bénéfices, dans lequel chaque État imposerait les contribuables en fonction des services qu'il leur a rendus, permettrait une répartition équitable de la matière fiscale imposable entre États de résidence et États de source³¹⁵. L'État de source est, dans cette mesure, l'État dont les mesures d'imposition impacteront le plus fortement le principe d'équité inter-nation. En effet, en ce que l'État de source dispose d'un droit d'imposition prioritaire sur les gains provenant d'investissements étrangers, l'État de résidence est tributaire des décisions de l'État de source en matière de politiques fiscales³¹⁶. P. et R. MUSGRAVE opéraient ainsi originellement une nuance entre, d'une part, la répartition internationale des recettes fiscales et, d'autre part, la répartition inter-étatique des gains et pertes nationales découlant de la décision originelle de l'État de la source d'appréhender les revenus qui se rattachent à son territoire. Si les travaux de ces auteurs se cantonnaient à une analyse de ce deuxième type de répartition, les réformes entreprises par l'OCDE dans ce domaine depuis les conditions cadres d'Ottawa de 1998 préfèrent une conception globalisante du principe d'équité inter-nation en exigeant que toute mesure nouvelle d'imposition induise une répartition internationale des recettes fiscales entre États qui soit plus équitable³¹⁷.

³¹² Rapport sur la double-imposition soumis au Comité financier, *Op. cit.*, n° 2, p. 21.

³¹³ L'équité est traditionnellement appréhendée sous une perspective « horizontale » ou « verticale ». La première suppose qu'à similarité de situations entre contribuable, une même somme au titre de l'impôt doit être versée. La seconde suppose que les contribuables avec les revenus les plus élevés soient frappés d'un impôt proportionnellement plus important.

³¹⁴ P. MUSGRAVE, *Taxation of Foreign Investment Income. An Economic Analysis*, John Hopkins Press, 1963, *spéc.* p. 22 et 104.

³¹⁵ R. and P. MUSGRAVE, *Inter-Nation Equity*, in *Modern Fiscal Issues : Essays in Honor of Carl S. Shoup*, Toronto, University of Toronto Press, 1972, p. 71.

³¹⁶ *Ibid.*, p. 70 : une imposition par un État selon le principe de la source entraînera automatiquement une baisse du gain national de l'État dans lequel se situe la résidence de l'entreprise.

³¹⁷ Dès 2001, l'OCDE notait que « toute adaptation des principes existants en matière de fiscalité internationale devrait être organisée de manière à préserver la souveraineté fiscale des États, à assurer une répartition équitable de la base d'imposition du commerce électronique entre les différents pays et à éviter la double imposition et la non-imposition volontaire » (OCDE, Conditions cadres pour l'imposition du commerce électronique, Rapport du Comité des affaires, p. 260-261)

2. Une construction en lien avec l'exigence de neutralité fiscale

67. Dans son sens le plus absolu, la neutralité fiscale s'entendrait de la qualité d'un impôt « qui n'a ni pour but, ni pour résultat d'exercer une pression sur les contribuables pour les inciter à une action ou une abstention quelconque »³¹⁸. Rapporté plus spécifiquement aux entreprises, les dispositions fiscales ne devraient pas avoir pour effet de modifier leur comportement économique, notamment en ce qui concerne leurs stratégies productives et la localisation internationale de leurs activités. En d'autres termes, le système d'imposition ne doit pas induire une allocation internationale du capital en fonction d'un facteur principalement fiscal. Ainsi, le principe de neutralité se rapporte en grande partie au concept d'efficacité considérant que « l'efficience est la plus élevée lorsque les facteurs générateurs de revenus sont distribués par [le] mécanisme du marché sans immixtion du pouvoir étatique »³¹⁹. L'objectif d'efficacité n'est pas mentionné comme fondement économique devant guider la conception des dispositions conventionnelles dans le rapport de 1923. Toutefois, comme noté par N. VERGNET, les développements des experts n'ont pas été entièrement étrangers à cet objectif comme en atteste leur volonté de s'assurer que le système fiscal ne crée pas d'obstacles à la libre circulation des capitaux³²⁰.

Dans un contexte international³²¹, le principe de neutralité dispose traditionnellement d'une double-dimension : la neutralité envers l'exportation des capitaux (*capital export neutrality*) et la neutralité envers l'importation des capitaux (*capital import neutrality*) (a). Si l'intérêt de ces conceptions demeure encore actuellement, certains auteurs, notamment K. VOGEL³²², ont repensé cette distinction pour permettre une application plus pertinente du principe de neutralité dans les situations où de multiples interactions surviennent entre États. Le respect de la neutralité inter-étatique (*inter-nation neutrality*) (b) implique dès lors de déterminer « les conditions préalables dev[ant] exister dans chacun des États concernés pour éviter que l'effet combiné de leurs lois

³¹⁸ J.-P. JARNEVIC, *Interventionnisme et neutralité en matière fiscale*, in L'interventionnisme économique de la puissance publique. Mélanges en l'honneur du doyen Péquignot, CERAM, Université Montpellier I, 1984, n°1, p. 380.

³¹⁹ K. VOGEL, « Worldwide vs Source Taxation of Income – A Review and Re-evaluation of Arguments », Part II, Issue n° 10, *Intertax*, 1988, p. 310.

³²⁰ N. VERGNET, *préc.*, p. 56.

³²¹ On notera, plus spécifiquement dans un contexte interne, la difficulté d'approche de ce principe en ce qu'il emprunte, dans sa définition, davantage à la théorie économique qu'à la théorie juridique. Dès lors, la neutralité du droit fiscal s'entendrait d'un objectif de politique fiscale qui tend à optimiser les recettes fiscales de l'État. Comme le note L. BOMMIER, L'objectif de neutralité du droit fiscal comme fondement d'une imposition unitaire de l'entreprise, *préc.* N°, § 9 : « Il s'agit par là de limiter les stratégies d'évitement des contribuables qui sont de nature à compromettre l'objectif de rentabilité de l'impôt ». Toutefois, force est de constater que « sous cet angle technique, aucun dispositif fiscal ne peut être économiquement neutre, dès lors que les choix relatifs à l'assiette et au taux de l'impôt orientent nécessairement le comportement des agents économiques, que ce soit en modifiant le prix relatif des biens et des services, ou le coût des instruments de financement des opérateurs (instruments de dette ou de capital) ».

³²² *Ibid.*, p. 313. V. aussi du même auteur, *Taxation of Cross-Border Income, Harmonization, and Tax Neutrality under European Community Law: An Institutional Approach*, 1994, p. 21.

fiscales ne favorise l'investissement dans l'un de ces pays »³²³.

a. La neutralité envers l'exportation et l'importation des capitaux

68. R. MUSGRAVE définit ces concepts de la manière suivante : la neutralité à l'exportation (NEC) signifie que l'investisseur doit payer le même impôt total (national plus étranger), qu'il perçoive un revenu d'investissement donné de sources étrangères ou nationales tandis que la neutralité à l'importation (NIC) induit que les investisseurs, peu importe leur lieu de résidence, réalisant des activités sur le même marché supportent le même taux d'imposition³²⁴. Dès lors, la NEC implique la préférence pour un principe de mondialité où l'efficacité de ce système serait en théorie assurée par une réalisation des investissements en capital prioritairement dans les lieux où les taux de rendement brut du capital sont les plus élevés³²⁵. *A contrario*, la NIC induit la mise en place d'un système de territorialité favorisant l'imposition à la source des revenus.

Originellement, la conception d'un système d'imposition des bénéficiaires des entreprises selon la NEC était privilégiée par une majorité de la doctrine fiscale³²⁶. En effet, les partisans de sa généralisation considéraient qu'un système d'imposition à la résidence était seul en mesure de permettre « *une allocation des facteurs de production d'une telle manière que soit respecté l'optimum de Pareto* »³²⁷. En liant l'imposition au lieu de génération des revenus, le système d'imposition à la source aboutirait à une allocation internationale inefficace du capital en décourageant les investissements dans les juridictions à fort taux d'imposition au profit de juridictions à plus faible fiscalité. Pourtant, certaines considérations tenant à la compétitivité internationale des entreprises étrangères opérant dans la juridiction de source pourraient induire que soit préféré la mise en œuvre d'un système de territorialité. En effet, « *du point de vue d'[une entreprise] qui vend des produits dans un État étranger, il pourrait être considéré comme plus équitable d'être imposé dans cet État au même niveau que les autres entreprises concurrentes opérant dans ce marché, en particulier si le niveau d'imposition est inférieur dans l'État de source que dans [l'État de résidence de l'entreprise]* »³²⁸. Dans cette dernière situation, l'entreprise étrangère pourrait reconsidérer l'opportunité d'effectuer des investissements dans l'État de source en ce que

³²³ *Ibid.*, p. 313.

³²⁴ R. MUSGRAVE, « Criteria for Foreign Tax Credit, in Taxation and Operations Abroad », *Symposium*, 1960, p. 84-85.

³²⁵ J. PELLEFIGUE, G. ALLÈGRE, « Quel rôle peut jouer l'Europe dans l'imposition des multinationales », *Revue de l'OFCE*, 2018/4.

³²⁶ V. notamment, C.E. McLURE, Substituting Consumption-Based Direct Taxation for Income Taxes as the International Norm, *National Tax Journal*, Issue 45, 1992, p. 147 et 153.

³²⁷ K. VOGEL, « Taxation of Cross-Border Income, Harmonization, and Tax Neutrality under European Community Law », *préc.*, p. 22.

³²⁸ E. KEMMEREN, *préc.*, Chapter 2. « The Theoretical Foundations and Rationale for Source-based Taxation », Paragraphe 2.2.2.1.

l'exercice des droits d'imposition de l'État de résidence la placerait dans une position désavantageuse par rapport aux entreprises concurrentes imposées selon le taux réduit de l'État de source. Plus globalement, l'imposition exclusive à la source devrait être privilégiée de part son absence d'influence sur les politiques de prix adoptés par les entreprises étrangères dans les États sur les territoires desquels elles exercent leurs activités³²⁹.

b. La neutralité entre États

69. Similairement au concept d'équité inter-nations, le concept de neutralité inter-nations a originellement été considérée comme insusceptible de revêtir une consistance pratique en raison de la diversité des structures et des niveaux d'imposition adoptés par les États, révélatrice d'un système fiscal mondial par nature non-neutre³³⁰. Pour contourner cette difficulté, K. VOGEL a alors considéré qu'il convenait d'étendre la signification de la neutralité internationale aux charges non-fiscales, par exemple les coûts de transaction³³¹, qu'une entreprise est susceptible de supporter dans la réalisation de son activité en ce que ces coûts revêtent une importance équivalente aux charges fiscales³³². L'établissement de la neutralité par référence aux différentes charges supportées par une entreprise et aux avantages dont elle bénéficie sur un territoire (sécurité, protection des A.I, éducation publique...) démontre alors que le lieu d'investissement des contribuables se situera prioritairement dans les États où l'excédent de la valeur totale des avantages et des services fournis par l'État sur les charges de cet État sont les plus importants³³³. Dans cette mesure, seule une imposition exclusive à la source permet de se conformer au principe de neutralité inter-nation selon lequel « *un contribuable étranger qui exploite une entreprise dans la juridiction de marché et utilise ainsi ses installations (biens publics) puisse être assuré de ne pas être imposé plus que quiconque qui, dans des circonstances similaires, utilise ces installations dans les mêmes proportions* »³³⁴.

3. Une construction en lien avec les exigences du droit international public

70. Selon R. MUSGRAVE, le droit pour une juridiction d'imposer l'ensemble des revenus générés sur son territoire ferait d'ores-et-déjà l'objet d'une intégration dans la majorité des

³²⁹ K. VOGEL, *préc.*, p. 23.

³³⁰ P. MUSGRAVE, *Taxation of Foreign Investment Income. An Economic Analysis, préc.*, p. 104.

³³¹ Les coûts de transaction ont trait à l'environnement juridique globale de l'entreprise et inclus par exemple les coûts liés à la formation et à l'exécution du contrat, les coûts liés à la protection juridique, à la sécurité publique...

³³² K. VOGEL, *préc.*, p. 25.

³³³ K. VOGEL, *Worldwide vs Source Taxation of Income – A Review and Re-evaluation of Arguments, préc.*, p. 314.

³³⁴ *Ibid.*

conventions fiscales bilatérales. Toutefois, force est de constater que de nombreux États de consommation considèrent que cette intégration n'est qu'imparfaite en ce que les mécanismes conventionnels actuels ne permettraient pas l'appréhension de la totalité de la valeur créée sur leurs territoires. Dans cette mesure, considérer que la refondation du lien taxable ne puisse s'effectuer que dans le respect de la coutume internationale³³⁵, permettrait d'éviter la multiplication des mesures unilatérales protectionnistes adoptées par les États de consommation qui s'appliquent sans considération portée à l'identification d'un rattachement raisonnable³³⁶ entre leur territoires et les contribuables concernés. Dès lors, il pourrait être requis que l'exercice de modification du seuil de présence taxable qu'il soit entrepris unilatéralement par un État, bilatéralement par voie de modification des conventions fiscales, ou multilatéralement, se réalise dans les limites de la notion de « lien réel et effectif » (*genuine link*)³³⁷. La signification de cette notion a été précisée dans l'arrêt *Nottebohm* par la Cour internationale de justice qui devait déterminer la nature du lien permettant à un État d'accorder sa protection diplomatique à l'un de ses nationaux. Selon la Cour, le lien de la nationalité, vu comme un lien juridique, s'avère insuffisant s'il ne s'accompagne pas en réalité « d'un fait social de rattachement, d'une solidarité effective d'existence, d'intérêts, de sentiments jointe à une réciprocité de droits et de devoirs »³³⁸. En d'autres termes, la réalité et l'effectivité du lien doivent être prouvées sans égard à l'apparence de la situation. De là à considérer que ce principe général de droit international, au caractère prohibitif³³⁹, s'imposerait à l'État désireux de rattacher une quelconque matière imposable à son territoire, il n'y a qu'un pas³⁴⁰. En franchissant ce pas, ce lien aurait vocation à constituer « sur le plan interne, une condition supplémentaire aux éléments constitutifs du rattachement fiscal et, sur le plan international, une condition de la conformité du rattachement aux règles de droit international et par conséquent de son opposabilité »³⁴¹.

³³⁵ Définie par l'article 38 du statut de la Cour internationale de Justice comme « [...] une pratique générale acceptée comme étant le droit » la coutume internationale doit reposer sur la réunion de deux éléments : un élément objectif et un élément subjectif. L'élément objectif se caractérise par une pratique constante et uniforme dans le respect de ladite règle. L'élément subjectif quant à lui ou *opinio juris* implique la conscience d'être liée par une obligation juridique.

³³⁶ J. COMBACAU, S. SUR, *Droit international Public*, Paris, Montchrestien – Lextenso, 13^e ed., 2016, p. 352-353.

³³⁷ CIJ, Affaire *Nottebohm* (Liechstentien c. Guatemala), 6 avril 1955, p.23 : « Corrélativement, un État ne saurait prétendre que les règles par lui ainsi établies devraient être reconnues par un autre État que s'il s'est conformé à ce but général de faire concorder le lien juridique de la nationalité avec le rattachement effectif de l'individu à l'État qui assume la défense de ses citoyens par le moyen de la protection vis-à-vis des autres États. »

³³⁸ *Ibid.*

³³⁹ L'on rappellera que le droit international, hormis certaines règles prohibitives, accorde une importante latitude aux États désireux d'étendre leurs lois ou juridictions à des situations présentant un élément d'extranéité, cf. à ce titre CPJI, arrêt du 7 septembre 1927, affaire du « Lotus », Rec. Série A, n°10, p.19.

³⁴⁰ Pour un auteur considérant que la notion de « lien réel et effectif » constitue l'un des fondements du droit international fiscal et ce malgré le fait que l'arrêt *Nottebohm* ne consacre pas une règle selon laquelle l'absence de ce lien interdirait à un État d'exercer sa compétence fiscale, cf. S. GADZO, « The principle of Nexus or genuine link as a keystone of international income tax law : A Reappraisal », *Intertax*, March 2018, Volume 46, Issue 3, p. 208.

³⁴¹ A. KALLERGIS, *préc.*, p. 252.

II. Les fondements théoriques dans l'attribution de la compétence à l'État de destination

71. Les réflexions visant à attribuer un pouvoir d'imposition à l'État de destination, c'est-à-dire à l'État de consommation des biens et services d'une entreprise, sont nées du constat du caractère lacunaire du rapport État de la source/État de la résidence dans la répartition internationale de la compétence fiscale. En effet, le système actuel de taxation des profits des entreprises est considéré ici comme obsolète en ce qu'il entraîne des distorsions dans la localisation des activités économiques, facilite le transfert de bénéfices et impose des coûts de conformité élevés pour les acteurs économiques³⁴². Il est ainsi apparu nécessaire de rechercher des fondements théoriques aptes à transcender cette dichotomie traditionnelle (A). En outre, les difficultés potentielles d'application d'une taxation de l'IS basée sur la destination sont nombreuses notamment eu égard à l'importance qu'elle accorde au lieu de consommation. Est ainsi bouleversé la répartition classique entre impôts directs et « impôts sur la dépense » (B).

A. La transcendance de la distinction traditionnelle État de la source/ État de la résidence

72. Développée originellement par R. AVI-YONAH dans un écrit de 2000³⁴³, la transposition du principe de destination en matière d'impôt sur les sociétés fut basée sur des fondements théoriques similaires à ceux mobilisés dans la justification de la compétence fiscale de l'État de source, à savoir la théorie de l'échange et plus précisément son versant théorie des droits³⁴⁴ (1). Si les fondements théoriques apparaissent classiques, c'est concernant les avantages pratiques que présenteraient le principe de destination que ses défenseurs sont les plus diserts. Selon ces derniers, son application généralisée permettrait de pallier les lacunes du système actuel qu'ils considèrent à bout de souffle (2).

1. Une application extensive de la théorie des droits

73. Avant toute présentation des fondements théoriques d'une taxation basée sur le principe de destination (b) il apparaît nécessaire d'opérer une clarification entre les concepts d'État de la

³⁴² M.P DEVEREUX, J. VELLA, « Implications of Digitalization for International Corporate Tax Reform », WP 17/07, July 2017, SAID Business School.

³⁴³ R. AVI-YONAH, « Globalization, Tax Competition and the Fiscal Crisis of the Welfare State », *Harvard Law Review*, 2000, n°7, p.1573 et s.

³⁴⁴ Il pourrait être considéré dans une certaine mesure que la reconnaissance d'une compétence fiscale à l'État de destination pour taxer les profits de ceux qui tirent avantage de l'exploitation de son marché découle du principe d'équité fiscale inter-nations. Néanmoins, ce principe qui est susceptible d'imprégner l'ensemble des réformes visant à rééquilibrer la répartition des recettes fiscales entre les États se doit de faire l'objet d'une étude globale, cf. à ce titre *infra*. § 118 et s.

source et d'État de la destination, ces derniers étant souvent assimilés dans les propositions de modifications des facteurs de rattachement de l'obligation fiscale (a).

a. La distinction entre État de la source et État de la destination

74. Classiquement, l'État de la source comprend l'ensemble des différentes localisations des activités économiques de l'entreprise sur son territoire, tandis que l'État de destination concerne lui le lieu où les biens et services fournis par une entreprise sont consommés³⁴⁵. Ainsi, intrinsèquement, les concepts de « source » et de « destination » ne sont pas touchés par les mêmes difficultés. Le premier concept souffre indéniablement des mutations internationales du processus de production de revenu : la multiplicité des sources dans la génération du profit entraîne une remise en cause de la répartition bilatérale de la compétence fiscale, celle-ci n'étant pas en mesure de retranscrire la complexité de la formation du revenu³⁴⁶. Le deuxième, moins sujet à toute tentative de déconnexion du lieu de création de valeur et de taxation des bénéfices semble constituer une alternative séduisante pour contrer les excès d'une mondialisation exacerbée³⁴⁷.

b. L'application de la théorie des droits

75. La théorie de l'échange et plus particulièrement son versant théorie des droits constituent bien souvent le fondement premier évoqué dans l'exercice de justification de la compétence fiscale de l'État de destination³⁴⁸. Calquant les développements originels de P. MUSGRAVE à l'égard de l'État de la source, les tenants de cette approche considèrent qu'il existe une connexité entre la localisation des consommateurs d'un bien ou d'un service fourni par une entreprise et la production du revenu. Dès lors, la promotion d'une taxation à la destination entraînera nécessairement un changement de paradigme dans l'analyse en se concentrant sur les dernières étapes de la chaîne de production d'une entreprise, à savoir la consommation des biens et services. Il n'est ainsi plus question de se concentrer sur les services publics fournis par l'État à l'entreprise dans la mise en œuvre de son activité économique (théorie des services rendus) mais de s'intéresser aux services étatiques qui permettent la consommation de biens et de services fournis

³⁴⁵ Report of the Commission on Expert Group on Taxation of the Digital Economy, 28 May 2014, p.21.

³⁴⁶ M. DEVEREUX, R. DE LA FERIA, « Designing and implementing a destination-based corporate tax », Oxford University Centre for Business Taxation, *Working Paper* 14/07, May 2014, p.8 : « More fundamentally, however, as argued above, there is usually no single source of profit: profits arise from many locations as a multinational takes advantage of local conditions to maximise its worldwide profit. The absence of a clear concept of where profit is generated means that ultimately the traditional economic concept of source is of little value. »

³⁴⁷ V. par exemple la solution OCDE pilier, Partie 2, Titre 1, Chapitre 2.

³⁴⁸ V. not. : M. DEVEREUX et R. DE LA FERIA, *préc.*, n° 100, p.13 ; W. HELLERSTEIN, « Jurisdiction to tax Income and Consumption in the New economy : A Theoretical and Comparative Perspective », *Georgia Law Review*, 2003, p.15.

par une entreprise étrangère (application de la théorie des droits)³⁴⁹. Cette approche du fait de sa grande proximité avec celle développée dans l'attribution du pouvoir d'imposition à l'État de la source n'apparaît néanmoins pas pleinement satisfaisante³⁵⁰. W. HELLERSTEIN considère ainsi qu'un tournant plus marqué devrait être opéré en s'écartant de la démonstration d'un quelconque rôle de l'État dans la fourniture de services. Dans cette mesure le facteur des ventes en tant que facteur quantifiable de la demande pour la production d'un contribuable constituerait une justification légitime dans l'attribution d'un pouvoir d'imposition à l'État de consommation³⁵¹.

2. Les raisons d'ordre pratique

76. Les raisons d'ordre pratique concernent toute la résolution de la même problématique : réussir à re-territorialiser les profits issus d'activités extrêmement mobiles, localisées selon un facteur principalement fiscal. En effet, le capital constitue par nature le facteur de production le plus mobile. Cette mobilité a entraîné une exacerbation de la concurrence fiscale entre États, ces derniers essayant d'attirer sur leur territoire, au moyen de mesures fiscales attractives, les investissements de portefeuille et directs des contribuables étrangers. L'instauration d'une taxation à la source serait dès lors vouée à l'échec et n'aurait comme seule conséquence qu'une déconnexion encore plus marquée entre la localisation des facteurs de production et le lieu réel de création de valeur³⁵². La localisation des activités productives des entreprises et le lieu de leur résidence étant par conséquent manipulables et favorables à la planification fiscale agressive³⁵³, l'adoption d'un système reposant sur un facteur ne revêtant peu ou pas de caractère de mobilité, à savoir le lieu de situation des consommateurs, s'avère d'autant plus nécessaire³⁵⁴.

³⁴⁹ C.E McLURE, Jr., « Rethinking State and Local Reliance on the Retail Sales Tax : Should We Fix the Sales Tax or Discard it ? », *BYU L. Rev.*, 2000, 77, p. 112 : une divergence d'opinions existe aux États-Unis concernant une éventuelle obligation pour les vendeurs à distance de collecter des « sales and use tax » dans les États de consommation. Tandis que les premiers militent pour une absence d'obligation, les vendeurs à distance ne bénéficiant pas des services publics fournis par l'État de marché au contraire des vendeurs locaux, les seconds considèrent qu'en raison de la fourniture de services étatiques aux ménages propres à assurer la consommation, tous les vendeurs peu importe leur localisation devraient y être soumis.

³⁵⁰ Sur l'impossibilité de justifier la compétence fiscale de l'État de destination par le biais de la théorie des bénéfices, v. S.E SHAY, J.C. FLEMING, Jr., « The David R. Tilinghas Lecutre : What's Source Got to Do with It ? : Source Rules and U.S. International Taxation », *56 Tax Law Review*, 2002, n° 1, p. 154.

³⁵¹ W. HELLERSTEIN, « Exploring the Potential Linkages Between Income Taxes and VAT in a Digital Global Economy, in VAT/GST in a Global Economy », *Wolters Kluwer*, 2015, p.91.

³⁵² S. BOND, M. DEVEREUX, « Cash Flow Taxes in an Open Economy », *CEPR Discussion Paper 3401*, February 2002, p.2 : le modèle théorique classique suggère dans un but d'efficacité économique d'adopter un taux d'imposition à la source de 0 %, la quantité de capital située sur un territoire étant liée négativement au taux d'imposition.

³⁵³ D. GUTMANN, préc., p. 498, § 755.

³⁵⁴ S. BOND, M. DEVEREUX, *Op.cit.*, p.2 : les auteurs identifient 4 localisations dans les activités économiques menées par les multinationales. La première est la résidence des propriétaires ultimes de la société, la deuxième le lieu du siège social de la société, la troisième l'emplacement des filiales et la quatrième le lieu de situation des consommateurs. Les premières et quatrième en s'intéressant au contribuable pris dans son individualité sont moins susceptibles d'une manipulation au fin de diminution de la charge fiscale globale par la multinationale contrairement

77. Les conséquences d'adoption d'une taxation de l'IS à la destination sont multiples et touchent aussi bien les États que les entreprises dans la conduite de leurs activités. Premièrement, il apparaît que la concurrence fiscale entre États, comme en matière de taxe sur la valeur ajoutée, ne pourrait plus jouer à l'égard de modèles d'affaires marqués par leur mobilité³⁵⁵. La localisation des facteurs de l'entreprise étant sans aucune importance dans la perception de la taxe, seul comptera comme déclencheur de la taxation, la consommation des biens et services fournis par l'entreprise. Deuxièmement, outre le fait que les marchés de consommation sont moins susceptibles de constituer des États à fiscalité privilégiée au contraire de certains États, terres de localisation des activités productives des multinationales³⁵⁶, il apparaît que les volontés de minimisation de la charge fiscale d'une multinationale par le biais des prix de transfert serait contrée dans son intégralité. Ainsi, dans le cadre d'exportation de biens et de services fournis par une entreprise, intégrer un État à fiscalité privilégiée n'aurait plus de conséquence sur l'obligation fiscale globale. Les exportations étant exonérées, la taxe sera prélevée et attribuée à l'État de situation des consommateurs conformément au principe de destination³⁵⁷.

B. Les difficultés d'une taxation basée sur la destination en matière d'impôt sur les sociétés

78. Les règles d'imposition en matière de TVA reposent désormais sur un consensus largement établi au niveau international : les exportations ne font l'objet d'aucune imposition au contraire des importations³⁵⁸. Au niveau européen en ce qui concerne les échanges portant sur des biens³⁵⁹, le système de taxation est régi par le principe de destination selon lequel sont exonérés de TVA locale les biens expédiés par un assujetti à destination d'un assujetti établi dans un autre État membre de l'UE. Ce dernier acquitte la TVA au taux en vigueur dans son pays, par voie d'auto-liquidation. Ainsi, c'est l'État de situation du consommateur qui dispose du droit d'imposition au titre des règles européennes. Les propositions d'évolution de la territorialité de l'IS se réclament d'une transposition de ce principe. D'importantes difficultés d'ordre technique se posent dans sa

aux deux et troisième liées moins fondamentalement à une présence déterminée sur un territoire.

³⁵⁵ Report of the Commission on Expert Group on Taxation of the Digital Economy, n°118, p. 19.

³⁵⁶ R. AVI-YONAH, *Op.cit.*, p.1588 : une tendance se dessine, celle de la prolifération des « production tax heaven », nouvelle sorte d'États à fiscalité privilégiée qui, contrairement aux traditionnels paradis fiscaux, instituent des taxations différenciées entre les investisseurs étrangers et les individus du pays. Les mesures fiscales incitatives sont nombreuses à l'égard des premiers, aboutissant à une baisse significative du taux effectif d'imposition, alors qu'est maintenu un impôt sur les revenus au taux normal à l'égard des sociétés et individus résidents.

³⁵⁷ V. entre autres M. DEVEREUX et R. DE LA FERIA, *Op.cit.*, n°100, p.21 ; S. BOND, M. DEVEREUX, *Op.cit.*, p.27 : « In contrast, however, incentives to manipulate transfer prices or costs are absent under the “VAT-type” destination-based cash flow tax. In this case the tax charges (...) do not depend on the cost of imported inputs in either case ».

³⁵⁸ Seuls la Nouvelle-Zélande, l'Afrique du Sud, l'Australie et Singapour semblent encore faire prévaloir le principe d'origine dans les règles de territorialité de la TVA.

³⁵⁹ Directive n° 91/680/CEE du 16 décembre 1991.

mise en œuvre (1). Plus globalement, intégrer des éléments du principe de destination dans le cadre de l'impôt sur les bénéfices des entreprises invite à s'interroger sur l'évolution de la nature de cette imposition (2).

1. Les difficultés d'ordre technique

79. En ce qui concerne les opérations portant sur les services, le principe général adopté considère, en substance, que le lieu d'imposition en matière d'opérations « B to B »³⁶⁰ est celui d'établissement du preneur au contraire des opérations « B to C »³⁶¹ où ce lieu est réputé situé au lieu d'établissement du prestataire. Néanmoins, concernant ces dernières opérations, de nombreuses règles spécifiques ont été posées par la directive du Conseil du 28 novembre 2006³⁶². Par exemple, les services « immatériels », tels que les services de publicité, les services des conseillers et des avocats, les services financiers, les services de télécommunication, les services de radiodiffusion et de télévision et les services fournis par voie électronique échappent à ce principe de sorte que la TVA sera due dans l'État de résidence ou de domicile habituel du preneur. Cette exception ne trouvera toutefois à s'appliquer que lorsque le prestataire au titre de ses activités dépassera la valeur globale annuelle de 10 000 euros HT, sauf à ce qu'il ait opté pour le régime de l'immatriculation ou l'utilisation du guichet unique.

80. Les principales difficultés d'ordre technique qui apparaissent dans la mise en œuvre du principe de destination en matière d'IS sont similaires à celles rencontrées en matière de taxes sur la consommation. Elles se situent, d'une part, dans la détermination du redevable de la TVA³⁶³ et, d'autre part, dans la localisation de l'acte de consommation lorsque sont en cause des fournitures revêtant un fort caractère immatériel, à l'instar des prestations internationales de services³⁶⁴. Si la simplicité est promue par l'OCDE, en évitant la multiplication des critères présomptifs (proxy) tangibles et intangibles propres à la localisation de l'acte de consommation³⁶⁵, certaines situations complexifient fortement cet exercice comme par exemple les opérations « B to B » où le client est une entité juridique disposant de multiples implantations susceptibles chacune de faire une

³⁶⁰ *Business to Business*

³⁶¹ *Business to Consumer*

³⁶² Directive 2006/112/CE.

³⁶³ En matière de prestations de services, c'est le preneur qui est redevable de la TVA dès lors qu'il dispose de la qualité d'assujéti. Il doit ainsi, en vertu du principe de « l'autoliquidation », acquitter la TVA et la déduire dans le respect de ses obligations déclaratives. *A contrario*, dans les opérations « B to C », en raison de l'absence de qualité d'assujéti du preneur, le prestataire sera réputé redevable de la TVA.

³⁶⁴ OCDE, *Principes directeurs en matière de TVA*, Éditions OCDE, Paris, 2017, p. 21, § 1.14.

³⁶⁵ *Ibid.*, p. 50, § 3.18 et s. : les critères présomptifs tiennent compte pour les prestations de biens et de services incorporels entre entreprise du lieu de situation du client et entre entreprises et consommateurs du lieu où ce dernier a sa résidence habituelle.

utilisation des services fournis. Ainsi, malgré la simplicité apparente du critère présomptif tenant à l'attribution des droits d'imposition au lieu où l'(es) établissement(s) utilise(nt) les services, il « *peut parfois s'avérer difficile, sinon impossible, pour un fournisseur, en cas d'utilisations multiples, de savoir quels établissements de l'EIM utiliseront effectivement le service ou le bien incorporel fourni à cet EIM et de veiller à traiter ces opérations comme il se doit au regard de la TVA compte tenu de la localisation des établissements utilisateurs* »³⁶⁶. Dès lors, une transposition pleine et entière des principes applicables en matière de TVA, à l'égard notamment d'opérations entre entreprises complexes, questionne fortement sur la capacité de ces principes à minimiser les risques de double-imposition.

2. Les difficultés quant à la nature de la taxe

81. Les bouleversements que pourraient impliquer une transposition du principe de destination en matière d'IS ne peuvent être encore mesurés concrètement, en dépit à l'heure actuelle d'une intégration effective de solution OCDE pilier 1 dans le système fiscal international. Toujours est-il que cette solution, adoptée par près de 140 États, est de nature à constituer une première étape significative dans la modification de l'équilibre existant entre impôts directs et impôts indirects. Pour reprendre les termes de C. SILBERZTEIN : « *Un pays exportateur, qui a rempli des fonctions nécessaires à l'exportation (production, recherche, marketing, etc.), crée de la valeur et cette valeur est taxée à l'IS. Le pays importateur, dans l'hypothèse théorique d'une absence totale de présence physique de l'entreprise exportatrice sur son territoire dispose d'un marché, c'est-à-dire des clients* »³⁶⁷. Dès lors, entre les États exportateurs de capitaux, amputés d'une partie de leurs recettes d'IS et les États importateurs de capitaux, insatisfaits des conséquences de la redistribution des droits d'imposition entraînés par le pilier 1, il est à craindre un retour plus marqué de l'unilatéralisme dans la protection de la matière imposable ainsi qu'une sur-fragmentation de l'environnement fiscal international dans lequel évolue les multinationales. La récente solution promue par le Comité des experts de l'ONU, dans un cadre conventionnel, pour répondre aux défis fiscaux soulevés par la numérisation de l'économie en est l'exemple le plus notable³⁶⁸.

³⁶⁶ *Ibid.*, p. 57, § 3.34.

³⁶⁷ C. SILBERZTEIN, « La localisation du marché peut-elle devenir un facteur de rattachement de l'obligation fiscale ? », intervention au colloque « Union européenne et souveraineté fiscale » tenu à l'Assemblée nationale le 18 mars 2019, *Fiscalité Internationale*, n°2-2019, 02-04, § 17.

³⁶⁸ Cf. *infra*. § 535 pour une étude de l'article 12 B du modèle ONU.

Section 2 : Les fondements de la répartition internationale des bénéfices

82. L'exercice d'attribution de profits à une présence taxable soulève des difficultés de nature particulière. Dès les origines du cadre fiscal international, M. B. CARROLL avait en effet mis en lumière la diversité des matières concernées par l'établissement de règles de répartition des profits : « [ces règles] ne concernent pas uniquement la souveraineté fiscale des États et les domaines législatifs du civil, du commercial ou même parfois du pénal, mais aussi l'économie, la gestion des affaires et enfin, mais non des moindres, la comptabilité »³⁶⁹. De cet entrecroisement de matières devaient nécessairement émerger des principes pouvant assurer un consensus au sein de la Société des Nations (SDN). À cette fin, M. B. CARROLL, avocat américain, fût désigné par le comité fiscal de la SDN³⁷⁰ pour entreprendre une étude d'ampleur sur les méthodes de ventilation des bénéfices entre entités constitutives d'un groupe. Cette étude du 30 septembre 1933 (« rapport CARROLL ») marquera un tournant décisif dans l'élaboration conventionnelle des règles de répartition des profits avec l'émergence de principes qui resteront pendant plusieurs décennies incontestés. Si ces principes n'ont souffert que de peu de critiques au cours de la majorité du XXème siècle, c'est en grande partie car ils ont été basés sur des pratiques communes aux administrations (**Paragraphe 1**). Le rapport CARROLL ne se limite néanmoins pas à ce seul état descriptif. Il identifie dans un second temps et de manière novatrice, le mécanisme de « prix de transfert » (PDT) comme l'un des principaux enjeux de la fiscalité internationale. Les PDT étaient en effet perçus, dès 1933, comme permettant aux groupes de transférer indirectement leurs bénéfices dans des États à fiscalité privilégiée. Ainsi, les principes développés dans ce domaine ont été conçus dans le but premier de résoudre cette problématique (**Paragraphe 2**).

Paragraphe 1 : L'établissement de règles de répartition initialement fondée sur la pratique administrative des États

83. Déterminer le *quantum* exact de revenus attribuable à chaque entité membre d'un groupe n'est pas une science exacte. Comme le notait déjà CARROLL : « *Il n'existe apparemment aucune règle théorique parfaite pour déterminer avec exactitude combien de revenus devrait être attribué à*

³⁶⁹ M. B. CARROLL, « Taxation of Foreign and National Enterprises (Volume IV) – Methods of Allocating Taxable Income », League of Nations Document No. C. 425. M. 217 (b). IIA., 30 september 1933, n°2, p.13 [notre traduction].

³⁷⁰ Le comité fiscal de la Société des Nations a remplacé en 1929 le comité des experts. En plus de ce changement nominatif, de nombreux praticiens ont intégré le comité (juristes, délégués de banques centrales et un représentant du monde des affaires issu de la Chambre de commerce internationale) démontrant un basculement dans l'ambition initiale de la SDN de se dresser en organisation de lutte contre la fraude fiscale, cf. à ce titre pour des développements supplémentaires sur les premières expériences de multilatéralisme en fiscalité C. FARQUET, Expertise et négociations fiscales à la Société des Nations (1923-1939), Relations internationales, 2010/2, n°142, p.5 à 21.

chaque établissement, pas plus qu'il n'existe une façon précise de répartir la rémunération d'un travailleur entre ses mains, ses pieds ainsi que son cerveau qui a permis de coordonner l'ensemble de ses efforts »³⁷¹. Dans cette mesure, il est apparu nécessaire de fonder la répartition sur un principe largement admis par les États assurant une facilité d'application pour les administrations fiscales et une sécurité juridique accrue pour les entreprises opérant sur deux ou plusieurs juridictions. Le principe d'entité juridique distincte fût ainsi le seul à pouvoir emporter consensus à l'égard d'une question relevant tout à la fois du juridique, de l'économique et du politique. Ce principe, assimilant chaque entité membre d'un groupe à une entreprise indépendante, implique une attribution de revenus de même montant à celui qui aurait été obtenu par une entreprise indépendante dans des conditions similaires (I). Néanmoins, la pratique des États révélait d'autres méthodes, résiduelles certes, s'écartant du principe d'entité distincte. La première, dite méthode empirique, s'appliquait à quelques rares hypothèses, notamment lorsque la comptabilité tenue par la succursale n'était pas en mesure de retranscrire avec acuité les revenus réels imputables à l'exercice de son activité (II). La deuxième, dite méthode de la « taxation unitaire », amorçait elle un véritable changement de paradigme en mettant en place un processus de combinaison des opérations fonctionnellement intégrées réalisées par des entités affiliées à un groupe pour les considérer comme une seule et même entité économique à des fins fiscales³⁷². La base taxable de l'entité unitaire avait donc par suite vocation à faire l'objet d'une répartition selon une formule retranscrivant l'importance économique des entités membres du groupe dans la génération des profits (III).

I. La prévalence du principe d'entité juridique distincte dans la pratique des États

84. Le principe d'entité juridique distincte, tel que développé dans le rapport CARROLL, invitait déjà à la reconnaissance d'une quasi-personnalité fiscale de l'établissement stable (ES). Les pages consacrées à la signification de ce principe sont d'autant plus remarquables qu'elles conservent encore dans les travaux actuels de l'OCDE leur pleine pertinence³⁷³. Corollaire de ce principe, la tenue par les ES d'une comptabilité distincte constitue la base d'évaluation des bénéfices à attribuer à ces entités³⁷⁴. Les objectifs poursuivis par la mise en œuvre d'une comptabilité séparée

³⁷¹ M. B. CARROLL, *préc.*, p. 191.

³⁷² J. WEINER, « Using the Experience in the U.S. States to Evaluate Issues in Implementing Formula Apportionment at the International Level », US Department of the Treasury, *OTA Paper 83*, April 1999, p. 8.

³⁷³ Très peu de divergences peuvent être soulevées entre le rapport CARROLL et les principes actuels de l'OCDE en matière de prix de transfert concernant les méthodes de ventilation des bénéfices entre le siège et les établissements stables. L'on pourrait néanmoins constater dans les travaux récents de l'OCDE une volonté de consacrer une pleine autonomie de l'établissement stable et ce jusque dans ses relations financières purement internes avec le siège.

³⁷⁴ Ces développements s'appliquent de la même manière aux filiales. Si la tenue d'une comptabilité distincte apparaît devoir s'appliquer de manière évidente à des entités disposant d'une personnalité juridique propre de celle de leur siège, il est nécessaire de rappeler que cette situation n'était pas normalisée au sortir de la première Guerre mondiale, la majorité des États disposant encore dans les années 1920 d'une fiscalité des entreprises embryonnaire.

sont de deux ordres : d'une part, permettre une identification facilitée des éléments de revenus et des dépenses directement liés à l'activité de l'ES et, d'autre part, fournir des données précises pour répartir de manière cohérente les revenus et dépenses communes à l'activité de plusieurs entités du groupe³⁷⁵. En se basant sur la comptabilité tenue par l'entité, deux méthodes distinctes peuvent être ensuite utilisées : celle des services rendus (A) et celle fictionnelle des ventes (B).

A. L'attribution des profits selon la méthode des services rendus

85. Dans la recherche d'une solution pertinente susceptible de faire l'objet d'un consensus dans le cadre d'une négociation multilatérale, les méthodes de ventilation des profits, au même titre que les critères de rattachement d'une présence taxable à un territoire³⁷⁶, se devaient de retranscrire la réalité des activités des entreprises multinationales concernant leurs structures organisationnelles et modèles d'affaires. À ce titre, la méthode des services rendus développée dans le rapport CARROLL se base essentiellement sur les mutations de la structure des entreprises de la période de l'entre-deux-guerres (1). En découle une attribution subséquente des profits au lieu de situation de l'entreprise réputé comme centre de direction (*center of management*) (2).

1. Une retranscription des mutations organisationnelles des entreprises

86. L'émergence de la méthode des services rendus dans l'allocation des profits est liée aux mutations organisationnelles des multinationales observées au cours de la fin du XIX^{ème} début du XX^{ème} siècle. En premier lieu, des innovations technologiques majeures telles que le chemin de fer ou encore le télégraphe datées de la fin du XIX^{ème} siècle ont permis aux multinationales d'étendre de manière significative l'échelle géographique de leurs opérations. En second lieu, les phénomènes d'intégration verticale et de diversification des activités des multinationales observés dans les années 1920 ont conduit ces dernières à favoriser la mise en place de structures en centres de profit au détriment d'autres structures jugées inefficaces dans leurs processus de prises de décision ou incapables de tirer profit des économies d'échelles³⁷⁷. Au centre de cette structuration, dite forme en M (multidivisionnelle), se trouve la direction générale chargée notamment de planifier la coordination des divisions, de prendre l'ensemble des décisions stratégiques et de décider des investissements à réaliser dans le cadre des activités de la firme³⁷⁸.

³⁷⁵ M. B. CAROLL, *préc.*, p. 189.

³⁷⁶ Sur les critères de rattachement d'une présence taxable à un territoire, cf. *supra*. Section I, Chapitre 1.

³⁷⁷ Pour une analyse complète des mutations organisationnelles des multinationales au début du XX^{ème} siècle, cf. J. PELLEFIGUE, *Théorie économique de la réglementation des prix de transfert*, Thèse, Université Panthéon-Assas, 2012, p. 19 et s.

³⁷⁸ L'on oppose souvent à la structuration en M, la structure en forme U (unitaire). Cette dernière, adoptée

87. La dichotomie opérée par la méthode des services rendus entre le centre de direction, qualifié comme « entreprise principale », et les établissements secondaires retranscrit directement cette réalité organisationnelle³⁷⁹. En considérant le centre de direction comme le lieu où se centralise la gestion financière, les risques ainsi que les décisions essentielles à l'exercice de l'activité de la multinationale³⁸⁰, la méthode des services rendus n'octroie aux établissements dits secondaires qu'un rôle extrêmement limité dans la génération du profit de la multinationale. Ainsi, ces entités, qu'elles exercent des activités de transformation, de fabrication ou de vente sont seulement considérées comme au service de l'entreprise principale sans être réputées disposer de la propriété des biens utilisés dans le processus de production³⁸¹. Dès lors, seul le centre de direction conserve le droit de propriété sur les marchandises et supporte les risques y afférents.

2. Une répartition des profits en faveur de l'État de situation des centres de direction

88. Pour reprendre les propos du rapport CARROLL : « *Si nous reconnaissons le fait que le réel centre de management, en particulier s'il est situé au lieu du principal établissement productif, est le composant le plus vital de l'entreprise, alors l'approche la plus pratique serait de lui garantir le bénéfice ou la perte résiduelle suite à la rémunération des établissements secondaires pour les services rendus en conformité conformément à ce que des entreprises indépendantes dans des circonstances similaires auraient reçu* »³⁸². Cette analyse introduit dans la répartition des bénéfices au sein d'une entreprise multinationale deux étapes distinctes.

La première consiste en la détermination du niveau de rémunération adéquate des établissements secondaires. Cette rémunération, aussi bien dans la méthode des services rendus que dans la méthode fictionnelle sur les ventes, est fonction de celle qui aurait été versée à une entreprise indépendante dans des circonstances similaires. La détermination de cette « juste » rémunération dépend ainsi des conditions de marché au lieu de vente des biens ou de fourniture des services, indépendamment de toute valorisation des actifs ou de la main-d'oeuvre nécessaires à l'activité de l'ES. Apparaît ainsi le principe cardinal de pleine concurrence ayant pour but premier d'assurer une neutralité économique entre l'organisation en groupe et l'organisation

majoritairement par les firmes à la fin du XIX^{ème} siècle se caractérise par un système centralisé dans laquelle chaque unité opérationnelle dispose d'une fonction bien définie. Le passage d'une structuration en U à une structuration en M s'explique dans les écrits économiques notamment par une diminution des coûts d'organisation interne. Cf. à ce titre O. WILLIAMSON, « Markets and Hierarchies : Analysis and Anti-Trust Implications », *The Free Press*, 1975.

³⁷⁹ M. B. CARROLL, *préc.*, p.192.

³⁸⁰ *Ibid.*

³⁸¹ *Ibid.*, p. 202.

³⁸² *Ibid.*, p.192.

concurrentielle³⁸³.

Deuxièmement, et suite à la rémunération par commission des activités de prestataire de services des établissements secondaires, l'ensemble du solde restant, qualifié de « profit résiduel » (*residuum of profit*), se voit attribué au centre de direction de l'entreprise multinationale. Se trouvait ainsi déjà aux origines des règles de la répartition internationale des profits, la distinction fondamentale entre les « bénéfices courant », attribués aux entités réputées exercer des fonctions de routine et les « bénéfices résiduels », attribués exclusivement à l'entité exerçant les fonctions essentielles à la génération du profit au sein du groupe³⁸⁴. Cette analyse invite par conséquent à attribuer au siège social du groupe, au regard de sa fonction considérée comme centrale de coordination, la totalité des actifs incorporels³⁸⁵. Concernant la répartition des dépenses et des pertes, le résultat est semblable à celui de la répartition des profits. La propriété des biens utilisés dans le processus de production restant celle de l'entreprise jusqu'à la vente du bien final, l'ensemble des pertes et dépenses relative à la propriété et au transport des biens d'un établissement à un autre sera alloué au centre de gestion³⁸⁶.

89. Pour autant, les conséquences tenant à l'adoption de la méthode des services rendus ne sont pas exemptes de toute critique. Ainsi, sans remettre en cause son bien-fondé, il convient néanmoins dans certaines hypothèses de revaloriser le poids des fonctions exercées par les établissements secondaires et conséquemment de minimiser l'importance des fonctions exercées par le centre de direction dans la création de valeur de l'entreprise multinationale. Si le rapport CARROLL est clairement favorable à une application généralisée de cette méthode, facile d'application car fondée sur la dichotomie entre entreprise principale et établissements secondaires³⁸⁷, il n'en reste pas moins que certaines structures organisationnelles sont dès les années 1930 en décalage avec ce modèle. En effet, la structuration en centre de profits révèle un système fonctionnel décentralisé dans lequel des unités opérationnelles, dénommées divisions, sont dotées d'une autonomie importante pouvant les assimiler dans certaines de leurs actions à des « quasi-firmes »³⁸⁸. Cette seule constatation quant à la structure organisationnelle des multinationales permet

383 R. JAUNE, *Le droit et la régulation des prix de transfert*, Thèse, Université Paris I, 2018, p. 249.

384 Cette dichotomie est au fondement des approches récentes de l'OCDE dans la refondation des règles traditionnelles de la fiscalité internationale. Pour une étude approfondie de ces approches, cf. *infra*. n° et s.

385 S. WILKIE, « The way we were ? The way we must be ? The Arm's Length Principle Sees Itsel (for What Its Is) in the Digital Mirror », *Intertax*, Volume 47, Issue 12, p. 1087.

386 M. B. CARROLL, préc., p.202.

387 *Ibid.*

388 R. G. ECCLES, « The quasi-firm in the construction industry », *Journal of Economic Behavior & Organization*, Volume 2, Issue 4, p. 339 à 343. Pour un article synthétisant l'ensemble des développements économiques sur la notion de « firme », cf. G. M. HODGSON, *Qu'est-ce-qu'une firme ?*, *Analyses et transformations de la firme*, 2009, p. 21 à 40.

de douter de l'exactitude d'une allocation exclusive, en toutes circonstances, du profit résiduel au centre de gestion. Une telle méthode risquera en pratique de ne pas retranscrire avec exactitude les nombreuses contributions individuelles, parfois uniques, des entités membres du groupe au processus de création de valeur.

Dans une autre mesure, il convient de noter à ce stade des développements que cette méthode est particulièrement sujette à des manipulations des multinationales aux fins de réduction de leur charge fiscale. Ainsi, la localisation du centre de gestion dans un État à fiscalité privilégiée couplée avec d'importantes pertes et dépenses relatives à l'activité des établissements dits secondaires permettra une réduction massive de la charge fiscale globale du groupe. De la même manière, la localisation du centre dans un État à forte pression fiscale couplée avec d'importantes pertes et dépenses afférentes à la propriété et au transfert de biens intra-groupes minimisera fortement la charge fiscale³⁸⁹.

B. L'attribution des profits selon la méthode fictionnelle des ventes

90. La méthode fictionnelle des ventes, comme celle des services rendus, cherche à atteindre le même résultat : opérer une répartition des profits entre chaque entité constitutive du groupe en fonction de celle qui aurait été observée dans des circonstances similaires entre des entreprises indépendantes. Pour autant, le chemin pour y parvenir diffère sensiblement entre ces deux méthodes. En effet, la caractéristique principale de la méthode fictionnelle des ventes est de présumer d'un transfert de propriété des marchandises au profit de chaque entité impliquée dans la chaîne de production de l'entreprise³⁹⁰. Une telle méthode révèle une répartition séquentielle des profits de nature à retranscrire avec plus grande exactitude le rôle individuel de chaque entité dans le processus de création de valeur **(1)**. Néanmoins, en raison de difficultés pratiques jugées trop importantes dans l'application de la méthode fictionnelle des ventes, le rapport CARROLL a finalement privilégié la méthode des services rendus **(2)**.

³⁸⁹ Ces possibilités de minimisation de la charge fiscale sont à distinguer de celles induites par la manipulation des « prix de transfert ». En effet, concernant la méthode des services rendus, la seule localisation du centre de gestion, indépendamment de toute manipulation de la valeur d'échange intra-groupe de biens ou de services, aura un impact conséquent sur la charge fiscale globale du groupe. Bien entendu, une localisation du centre de gestion en fonction d'un facteur fiscal n'est pas exclusive d'une politique de « prix de transfert » aux fins de minimisation de la charge totale d'impôt...

³⁹⁰ M. B. CARROLL, *préc.*, p.192.

1. Une répartition séquentielle des profits entre les entités constitutives d'un groupe

91. Opérer une répartition des profits en présupposant d'une vente entre les entités impliquées dans le processus de production au prix qui aurait été convenu entre des entreprises indépendantes apparaît de prime abord constituer une solution séduisante de nature à pallier les difficultés soulevées par la méthode des services rendus. Il est vrai qu'en se départissant de la dichotomie entre « entreprise principale » et « établissement secondaire », cette méthode admet en son centre une analyse compartimentée du rôle des entités du groupe dans le processus de création de valeur. L'analyse des fonctions exercées par les entités dans le cadre de leurs opérations permet ainsi de ne pas attribuer constamment l'ensemble du profit résiduel au centre de gestion, voire même dans les cas où l'analyse factuelle le démontre, d'en attribuer une part prépondérante à leurs établissements. Découle de cette méthode « *que le capital et les fonds empruntés par l'entreprise pour financer l'opération, la gestion ainsi que tous les risques de propriété sont répartis entre les différents établissements en fonction du temps que chacun, déterminé de manière fictive, détenait la propriété de ces biens* »³⁹¹. Le profit à attribuer à chaque établissement sera dès lors égal à son bénéfice brut³⁹² diminué naturellement des dépenses et pertes imputables à son activité mais surtout des coûts de transport supportés par l'établissement précédent, des intérêts sur les emprunts nécessaires à l'exercice de son activité et enfin d'une partie des dépenses communes à l'activité du groupe³⁹³.

2. Les difficultés d'ordre pratique

92. Le rapport CARROLL, de manière étonnante, est peu disert sur la problématique relative à la détermination du prix de pleine concurrence dans les ventes successives entre entités membres d'un groupe. Cette problématique aurait pourtant mérité un examen plus attentif tant les analyses de comparabilité avec des entreprises indépendantes peuvent apparaître dans certaines hypothèses complexes à mener. L'insuffisance des données sur le marché libre constitue dès lors un frein dans l'application des méthodes de transactions d'établissement à établissement rendant peu aisée voire même impossible toute détermination correcte des marges bénéficiaires des revendeurs au regard de leurs fonctions assumées³⁹⁴.

³⁹¹ M. B. CARROLL, *préc.*, p. 203 (traduction)

³⁹² Le bénéfice brut est égal au prix de vente (réel ou présumé) – prix de revient (réel ou présumé)

³⁹³ *Ibid.* : dans l'hypothèse où un établissement aurait intégré dans son prix de transfert une portion adéquate des frais généraux, il ne devrait pas avoir la possibilité de les déduire de son bénéfice brut pour le calcul de son revenu net.

³⁹⁴ L'absence de précision du rapport CARROLL sur cette problématique peut sûrement s'expliquer au regard du caractère essentiellement manufacturier de l'économie des années 1930. Il est vrai que les entreprises multinationales de la première moitié du XX^{ème} disposaient de chaînes de valeur linéaires, séquentielles où chaque entité exerçait une fonction bien définie. Sans distinction substantielle avec les activités menées par des entreprises indépendantes, les analyses de comparabilité pouvaient être menées plus facilement par les entreprises dans leurs

93. Toujours est-il que le rapport CARROLL fait état d'importantes difficultés dans l'application de la méthode fictionnelle des ventes relatives notamment aux relations financières entre centre de direction et succursales. Ces difficultés tiennent lieu de la situation particulière de la succursale, dépourvue de toute personnalité juridique distincte de son siège et pourtant dotée d'une forte autonomie dans l'exercice de son activité.

La première d'entre elles se situe dans le champ de la liberté de financement des succursales par l'entreprise, en optant pour une allocation d'une partie de ses fonds propres ou bien en les laissant recourir à l'emprunt. Le rapport CARROLL semble ici trancher pour une liberté quant au choix de financement par le siège en s'assurant une fois encore que les intérêts versés soient déterminés en fonction de ceux qui auraient été versés par des opérateurs économiques non liés dans des circonstances similaires³⁹⁵.

La deuxième, plus problématique, concerne des relations financières purement internes. L'hypothèse est la suivante : postérieurement à l'attribution par le siège d'un montant de capital à la succursale est décidé d'accorder à cette dernière une avance de fonds supplémentaire. Le siège peut-il être considéré comme agent-prêteur et recevoir des intérêts de sa succursale en rémunération de l'avance consentie ? La succursale est-elle en droit de déduire les intérêts versés en rémunération de l'avance ? Le rapport CARROLL vient répondre négativement à cette deuxième question atténuant par conséquent la reconnaissance d'une pleine personnalité fiscale de la succursale. Le prêteur et l'emprunteur ne faisant qu'un sur le plan juridique, un contribuable ne saurait dès lors se prêter de l'argent à lui-même et déduire des intérêts sur son propre capital³⁹⁶. L'approche est alors ici résolument juridique, l'entreprise étant réputée posséder un unique patrimoine sans que soit par conséquent reconnu le versement d'intérêts ou de redevances notionnels entre la succursale et son siège. Cette solution semble fondée cependant davantage sur des considérations d'ordre pratique tenant à des situations où la dépendance des activités entre succursales rend difficile voire impossible la détermination du montant réel de leur capital et des avances effectuées par le siège à leur profit³⁹⁷. Conclure à une non-déductibilité des avances versées dans l'État de situation de la succursale permet ainsi d'éviter des situations dites de sous-capitalisation où des entités faiblement

échanges intra-groupes. Les difficultés se sont néanmoins accentuées avec l'émergence des technologies de l'information et de la communication (TIC). L'interconnexion des acteurs dans le processus de création de valeur permise par les TIC et par voie de conséquence la spécificité des biens et services proposés par les multinationales ont rendu inévitablement l'exercice de comparabilité des transactions sur le marché libre plus difficile à réaliser.

³⁹⁵ M.B. CARROLL, *préc.*, p.192.

³⁹⁶ *Ibid.*

³⁹⁷ *Ibid.* : « It could be presumed that the proportion of borrowed funds to capital in the amount advanced to the branch was the same as the proportion of borrowed funds to capital in the entire enterprise, and an allowance could be made for the same proportion of the interest paid to the outside lender as the borrowed funds included in the advance to the branch bear to the total borrowed funds. If, however, the establishment were essentially dependent on other establishments because of the flow of goods to and from it, it would become almost impossible to ascertain how much was actually branch capital and how much was advances to the branch. »

dotées en capital dit « libre »³⁹⁸ réduiraient de façon excessive leur base imposable au travers du financement interne par emprunt. Ainsi, la méthode fictionnelle des ventes ne devrait recevoir application que dans la situation où une succursale disposera d'une autonomie suffisante justifiant l'attribution d'un capital adéquat³⁹⁹.

II. La méthode empirique

94. La méthode empirique s'avère en pratique limitée à des hypothèses résiduelles (1). Néanmoins, lorsqu'elle trouve vocation à s'appliquer, les administrations fiscales disposent d'une grande liberté dans les moyens utilisés pour reconstituer les revenus de l'entité en question. Seule limite : lier l'attribution des profits à une analyse de comparabilité pertinente (2).

1. Une application limitée de la méthode empirique

95. La méthode empirique consiste en la reconstitution par les autorités fiscales des revenus d'une filiale ou succursale en lui attribuant autant que faire ce peu un montant similaire à celui qui aurait été observé à l'égard d'une entreprise indépendante dans des circonstances comparables. Dès lors, il est fondamental de noter que cette méthode, dans les résultats recherchés, ne s'inscrit pas en opposition avec le principe d'entité juridique distincte. Plus précisément, l'attribution de revenus s'effectuera ici aussi conformément au principe de pleine concurrence. Trois hypothèses permettent son application : lorsque l'entité en question ne dispose pas de comptabilité distincte, lorsqu'il y a tenue d'une comptabilité distincte mais les informations sont considérées par l'administration comme inaptes à retranscrire les revenus réels de l'activité et enfin lorsqu'un accord est passé entre le contribuable et les autorités fiscales sur le paiement d'une somme forfaitaire (lump sum)⁴⁰⁰.

2. Une liberté de reconstitution des revenus soumise à l'analyse de comparabilité

96. Si cette méthode voit son application largement limitée, elle accorde néanmoins aux administrations fiscales une importante marge de manœuvre dans les indicateurs pertinents à prendre en compte dans la reconstitution des revenus de l'entité⁴⁰¹. Ces indicateurs du niveau de

³⁹⁸ L'attribution d'un capital « libre » à la succursale, d'un montant suffisant pour couvrir les fonctions qu'elle exerce, est un financement ne donnant pas lieu à un rendement déductible de la nature de l'intérêt.

³⁹⁹ *Ibid.* : p.193.

⁴⁰⁰ *Ibid.* p. 188-189 : concernant cette troisième hypothèse, elle semble recevoir une application limitée aux seules succursales qui viennent de débiter leurs activités. Ainsi, lorsque l'activité de l'entité sera dotée d'une certaine pérennité, la détermination des revenus attribuables pourra s'effectuer selon le principe de la comptabilité séparée.

⁴⁰¹ En raison de l'importante marge de manœuvre des administrations dans la reconstitution des revenus, le rapport considère cette méthode comme largement arbitraire et incompatible avec les principes fondamentaux de l'imposition des revenus.

profit de l'entité ont pour but premier, dans l'hypothèse d'un manque de données comptables pertinentes, de permettre une comparaison cohérente avec les profits dégagés par des entreprises étrangères ou nationales opérant dans les mêmes secteurs économiques⁴⁰². L'indicateur le plus répandu dans la pratique des administrations est celui du chiffre d'affaires (CA). Ce type de méthode empirique vise ainsi à retenir un certain pourcentage de CA ayant pour fonction de représenter soit le pourcentage du bénéfice net par rapport aux recettes brutes d'entreprises similaires, soit le pourcentage du bénéfice brut par rapport aux recettes brutes. Dans cette dernière situation, les dépenses imputables à l'activité de la succursale viendront en déduction du bénéfice brut⁴⁰³. La principale difficulté de cette méthode, facile d'application en ce qu'elle ne se base que sur les données relatives à l'indicateur du CA, se situe dans la détermination du pourcentage adéquat. Dès lors, le pourcentage doit-il être fixe ou peut-il varier selon les secteurs d'activités de l'entreprise ? Ce pourcentage peut-il faire l'objet de modifications en fonction par exemple de changement de circonstances économiques ? Sans se prononcer de manière définitive sur ces questions, le rapport CARROLL fait état de la pratique des États dans ce domaine. Ainsi, le Royaume-Uni constitue un exemple particulièrement intéressant en ce qu'il privilégie essentiellement une détermination du pourcentage au cas par cas selon la nature de l'activité de l'entreprise, fixé simplement en comparaison avec les résultats qui auraient été obtenus par des entreprises similaires opérant sur son territoire ou bien à l'étranger pour celles ayant déjà un pourcentage déterminé⁴⁰⁴.

Une deuxième application consiste à prendre en compte l'indicateur du capital investi dans l'entité et de considérer que le bénéfice brut sera égal au taux de rentabilité en cours du capital investi. Enfin, d'autres indicateurs basés sur le montant des dépenses imputables à l'exercice de l'activité de l'entité ou encore sur les actifs attribuables à cette dernière permettent sommairement de reconstituer les profits réalisés au cours d'un exercice fiscal⁴⁰⁵.

402 P. BAKER, « The League of Nations Draft Convention for the Allocation of Business Income between States – a new starting point for the attribution of profits to permanent establishments », *British Tax Review*, Issue 5, 2018, p. 519-520.

403 *Ibid.*

404 *Ibid.* : une autre application de la méthode du pourcentage de CA est effectuée par les autorités fiscales irlandaises. Cette application peut être retranscrite par la formule suivante : $p = P/T \times t$. Le profit de l'entité sera donc égal au profit de l'ensemble de l'entreprise multinationale divisé par son chiffre d'affaires multiplié par le chiffre d'affaires de l'entité. Différence notable avec la méthode anglaise, la méthode irlandaise est plus directe en ce qu'elle ne nécessite aucune analyse de comparabilité avec des entreprises similaires à l'entité vérifiée. Elle ne trouvera néanmoins à s'appliquer que dans les situations où l'entreprise étrangère et sa succursale irlandaise exercent les mêmes activités ou des activités complémentaires, par exemple en étant engagées dans la fabrication et la vente d'un produit donné.

405 *Ibid.*

III. L'application résiduelle du principe de taxation unitaire dans la pratique des États

97. Le rapport CARROLL représente indéniablement un tournant dans la répartition internationale des profits des entreprises⁴⁰⁶. Un tournant d'autant plus marqué qu'il vient en opposition avec la tendance qui semblait se dessiner au sein du Comité des experts : celle de privilégier, conformément à la pratique de certains États américains (New-York, Wisconsin, Massachusetts), la répartition globale des profits de l'entreprise selon une formule prédéterminée⁴⁰⁷. Si le rapport CARROLL marque l'avènement du principe d'entité juridique distincte comme nouveau standard international, l'étude du principe de taxation unitaire n'en est pas dénuée de tout intérêt. Elle est même d'une importance capitale lorsque l'on s'attarde sur la pratique de certaines autorités fiscales. En effet, les États voient dans son utilisation, un moyen d'attirer une part plus importante de la base taxable des multinationales sur leurs territoires⁴⁰⁸. Dès lors, deux étapes distinctes permettent l'application de la méthode de répartition formulaire : la détermination du revenu net total de l'entreprise (A) et l'application d'une clé de répartition divisant ce revenu en fonction de l'importance économique des entités dans la génération du profit (B).

A. La détermination du revenu net total de l'entreprise

98. Ancré fortement dans la pratique du XXème siècle, seul l'État du siège disposait de la capacité d'appréhender le revenu net total de l'entreprise multinationale. La première étape de la méthode de répartition forfaitaire se révélait déjà ici en forte contradiction avec cette pratique. En effet, un État sur lequel se situe une entité taxable sera en mesure, préalablement à toute attribution de profits à cette dernière, de déterminer en fonction de son droit interne les revenus nets de l'ensemble de l'entreprise (1). En découlera, selon le rapport CARROLL, d'importantes difficultés, de nature d'ores-et-déjà à rejeter l'application par principe de méthodes de répartition formulaire (2).

1. Une détermination propre au droit interne des États

99. Le principe de taxation unitaire, tel que développé dans le rapport CARROLL, consiste à considérer que les entreprises ne réalisent aucun profit jusqu'au moment de la vente du bien produit à un acheteur tiers. Cette vision empêche ainsi d'individualiser les fonctions des entités parties au processus de création de valeur en prenant comme point de départ de l'analyse de

⁴⁰⁶ S. LANGBEIN, « The Unitary Method and the Myth of Arm's Length », 30 *Tax Notes*, 17 February 1986, p.631.

⁴⁰⁷ Cf. à ce titre l'opinion du représentant des États-Unis d'Amérique dans le cadre du comité des experts techniques, T. S. ADAMS, *Interstate and international Double Taxation*, in *Lectures on Taxation* 101, at 102, ed. Roswell Magill, 1932.

⁴⁰⁸ M. B. CARROLL, *préc.*, p.60.

l'entreprise multinationale dans son ensemble. Un État ne disposerait ainsi d'un pouvoir d'imposition à l'égard d'une succursale ou d'une filiale située sur son territoire que dans l'hypothèse où l'entreprise multinationale dégagerait un revenu net total.

La détermination du revenu net total s'effectue, dans ce cadre, selon le droit interne de chaque État sur lequel se situe une présence taxable de l'entreprise et ce sans importance accordée au fait qu'une part de profit plus ou moins importante peut être finalement accordée à l'entité⁴⁰⁹. Ainsi, il ne s'agit pas seulement de calculer les revenus bruts de l'entreprise, dont leurs sources se multiplient à mesure que l'entreprise étend internationalement son activité, mais de déterminer aussi dans un second temps l'ensemble de ses charges déductibles⁴¹⁰.

2. Les difficultés dans la détermination du revenu net total

100. Les difficultés dans l'exercice de détermination du revenu net total de l'entreprise sont d'ordre théorique (a) et pratique (b).

a. Les difficultés d'ordre théorique

101. L'un des principaux avantages pour les défenseurs d'une formule de répartition est que cette méthode permet de respecter le principe d'imposition de l'entreprise en fonction de sa capacité de payer, c'est-à-dire de la théorie de la faculté⁴¹¹. Effectivement, une entreprise qui ne dégagerait aucun revenu net total ne serait soumise à aucune imposition dans les États de situation de ses entités, et ce peu importe le caractère profitable des activités de ces dernières⁴¹². Ainsi, une succursale dégageant un important profit et ayant bénéficié de services étatiques dans le développement de son activité économique pourrait, en raison de son appartenance à une entreprise globalement déficitaire, n'avoir aucun impôt à acquitter dans l'État de source. Une telle hypothèse irait manifestement à l'encontre de la théorie de l'échange et plus précisément de la théorie des services rendus. Le principe d'entité juridique semble dans cette mesure devoir être privilégié puisqu'il permet une attribution des profits aux entités en lien avec, d'une part, leur importance dans la génération du profit de l'entreprise et, d'autre part, les services étatiques dont elles ont bénéficiés dans l'exercice de leurs activités.

⁴⁰⁹ En d'autres termes, la seule circonstance que l'entreprise multinationale dans son ensemble dispose d'un revenu net total aura pour conséquence d'attribuer une base d'imposition à l'État de situation de la succursale ou filiale. À la date de publication du rapport Carroll, aucun seuil de profits en-deca duquel l'État de situation de l'entité ne pourrait disposer du pouvoir d'imposition ne semble être mis en œuvre.

⁴¹⁰ *Ibid.*

⁴¹¹ M. B. CARROLL, *préc.*, p.180.

⁴¹² Dans un sens inverse, l'application du principe d'entité juridique distincte admet l'existence d'une entité en perte alors qu'elle appartient à une entreprise globalement profitable.

b. Les difficultés d'ordre pratique

102. Les difficultés pratiques dans la détermination du revenu net total concernent en premier lieu les administrations fiscales (**b.1**). Cette tâche, d'une difficulté certaine, fait naître au détriment d'entités présentes sur leurs territoires, un risque d'attribution discrétionnaire de profits en inadéquation avec leurs fonctions réellement exercées. En pâtiront ainsi en premier lieu les entreprises disposant de multiples implantations juridiques au niveau international (**b.2**).

b.1. Pour les administrations fiscales

103. La détermination du revenu net total d'une entreprise se heurte, en l'absence d'harmonisation des systèmes fiscaux internes, à des difficultés presque insurmontables. Premièrement, la capacité des administrations à opérer une détermination précise s'avère limitée essentiellement à un contexte national ou tout au plus à des hypothèses où l'organisation des entreprises multinationales se résume à des relations entre un siège et une succursale. En effet, déterminer et calculer avec acuité les revenus et charges déductibles fiscalement, à l'égard d'entreprises disposant au niveau international de nombreuses entités, parfois sans relations économiques directes entre elles, nécessite l'établissement d'un solide réseau d'échanges d'informations entre les administrations concernées encore inexistant au début du XX^{ème} siècle.

Deuxièmement, peu de similarités dans le calcul du revenu net total d'une entreprise pourront être observées entre les États appliquant une méthode de répartition formulaire. Les diversités propres aux systèmes de droit interne tenant notamment en la méthode comptable, à la langue ou encore à la devise utilisée rendent en effet impossible toute adoption uniformisée d'une base taxable entre les États sur lesquels sont situés les présences taxables de l'entreprise multinationale⁴¹³. Une telle méthode ne peut ainsi fonctionner qu'au travers une coopération fiscale renforcée avec l'établissement d'accords entre les administrations concernées. Ces accords permettront par exemple aux administrations de situation des succursales ou filiales d'accéder à la comptabilité du siège social, préalable nécessaire à une répartition précise et cohérente des profits entre entités de l'entreprise.

b.2. Pour les entreprises multinationales

104. Les entreprises multinationales seront les premières à subir les conséquences des lacunes inhérentes à l'application de la méthode de répartition formulaire. À ce titre, deux

⁴¹³ *Ibid.*

conséquences pourraient être constatées : une augmentation, d'une part, du coût des obligations de mise en conformité fiscale et, d'autre part, de la charge fiscale globale.

Concernant les coûts de mise en conformité fiscale, les ressources mobilisées par une entreprise pour recalculer son revenu net total selon le droit interne de chaque État sur lequel elle dispose d'une présence taxable apparaissent hors de proportion avec la mise en place d'un système fiscal simple d'application et propice à l'extension internationale des activités économiques⁴¹⁴.

Concernant la charge fiscale globale supportée par une entreprise multinationale, les divergences étatiques dans les méthodes de ventilation des bénéfices appliquées entraîneront dans la majorité des situations soit une imposition insuffisante préjudiciable aux finances publiques des États, soit une augmentation des phénomènes de double-imposition préjudiciable au développement du commerce international⁴¹⁵. L'application par un nombre grandissant d'États de la méthode de répartition formulaire, vue par les administrations comme outil de lutte contre les stratégies de planification fiscale agressive des entreprises, invite cependant à présumer d'une accentuation des phénomènes de double-imposition. Plus précisément, il apparaît que certaines autorités fiscales voyaient déjà dans le choix de la structure juridique, une volonté des entreprises de mettre en place des entités fictives afin de complexifier l'exercice de détermination du profit attribuable et de réduire in fine leurs charges fiscales⁴¹⁶. Considérer l'entreprise comme une unité organique permettrait ainsi, en ne prenant pas en considération les prix auxquels sont facturés les biens et services entre entités liées, de rendre ineffectives les stratégies de planification fiscale des prix de transfert rendues possibles dans le cadre du principe d'entité juridique distincte⁴¹⁷. En d'autres termes, les paiements intra-groupes sont considérés dans un système de taxation unitaire comme fiscalement neutres. Si cet effet ne peut qu'être considéré comme positif, il reste qu'au regard des mesures adoptées par les États visant à attirer une base taxable plus importante sur leurs territoires, certains revenus d'entreprises, en l'absence de mécanismes de coordination appropriés, feront l'objet d'une taxation à deux voire plusieurs reprises.

⁴¹⁴ *Ibid.*

⁴¹⁵ Pour cette raison, la définition d'une approche consensuelle en matière de répartition des bénéfices semble constituer une étape préalable indispensable à l'imposition juste et équitable des entreprises multinationales. Dans le prolongement du rapport CARROLL, le comité des affaires fiscales s'est toujours attaché à promouvoir des solutions de répartition des bénéfices susceptibles d'être adoptées par le plus grand nombre d'administrations fiscales, cf. à ce titre plus récemment OCDE, Rapport sur l'attribution des bénéfices aux établissements stables, Décembre 2006, Paris.

⁴¹⁶ M. B. CARROLL, *préc.*, p.60.

⁴¹⁷ Pour une étude approfondie du lien congénital entre prix de transfert et mécanismes de lutte contre la planification fiscale agressive, cf. *infra*. § 112 et s.

B. La formule de répartition

105. Une formule de répartition peut se définir comme une méthode dans laquelle une formule prédéterminée incluant un ou plusieurs facteurs est utilisée dans le but de répartir le revenu net total d'une entreprise entre ses entités. Si l'étude menée par M. B. CARROLL révélait une grande diversité dans les formules de répartition adoptées par les États (1), elles semblent néanmoins par nature revêtir toutes les mêmes lacunes de sorte que l'application du principe d'entité juridique distincte doit être privilégiée (2).

1. La diversité des formules de répartition

106. La diversité des formules de répartition s'exprime sur deux plans : au regard des facteurs pouvant la constituer (a) et de leur pondération (b).

a. Les facteurs retenus dans la conception de la formule

107. L'absence d'uniformité dans les formules de répartition adoptées par les États n'empêche pas la catégorisation de leurs éléments constitutifs au regard de leur similarité avec les facteurs de rattachement de l'obligation fiscale. Dès lors, l'on peut distinguer des facteurs de production du revenu le facteur centré sur la demande⁴¹⁸. Au titre des premiers, l'on retrouve classiquement les actifs corporels ou incorporels, les salaires versés et le nombre d'employés (masse salariale de l'entreprise). Le second est celui principalement des ventes, c'est-à-dire les recettes que les entreprises tirent de la vente de biens ou de services⁴¹⁹. Ces deux types de facteurs retranscrivent, dans l'exercice de répartition des profits, la tension entre la théorie de l'offre, dans laquelle les profits sont essentiellement vus comme un retour sur le capital investi et la théorie de la demande considérant le marché comme facteur de production du revenu à part entière⁴²⁰. L'approche Suisse, à la date de publication du rapport CARROLL, fondait par exemple sa formule exclusivement sur des facteurs de production à savoir les actifs (installations, machines, comptes débiteurs...) ou les

⁴¹⁸ Le rapport CARROLL envisageait aussi la répartition des revenus selon les dépenses effectuées. Cette méthode était considérée comme cohérente lorsque la répartition s'effectuait entre une usine (*manufacturing*) et un bureau de ventes (*distributing*). Dans un autre sens, l'Espagne constituait à la date de publication du rapport CARROLL une exception en ce qu'elle n'intégrait aucune de ces deux catégories de facteurs. L'attribution de profits à l'entité située sur le territoire espagnol s'effectuait ainsi par l'application d'un pourcentage au revenu net total, censé représenter l'importance économique de l'entité dans l'entreprise. Cf. M. B. CARROLL, *préc.*, p.58.

⁴¹⁹ L'administration des Indes orientales néerlandaises intégrait dans la formule de répartition un facteur original, particulièrement abstrait, dénommé importance de l'effort de vente (*importance of sales effort*). Les dépenses publicitaires dans le but d'augmenter les ventes de l'entreprise pouvaient notamment être considérées comme de l'effort de vente, cf. M. B. CARROLL, *préc.*, p.59.

⁴²⁰ S. MAYER, « Formulary Apportionment for the Internal Market », *IBFD*, Doctoral Series, Volume 17, 2009, p. 38.

salaires versés pour diviser le revenu net total d'une entreprise⁴²¹. Cette formule avait ainsi pour effet d'attribuer l'essentiel des profits à l'État de situation des entités parties au processus de production au détriment des entités de commercialisation. Dans le sens inverse, une formule fondée exclusivement sur le facteur vente attribuera le profit essentiellement à l'État de destination, c'est-à-dire au lieu de localisation des consommateurs. D'une manière plus équilibrée, l'application du principe de taxation unitaire par une formule de répartition « hybride »⁴²² aura pour conséquence de prendre en compte non seulement le lieu où sont réalisés les profits mais de s'attacher aussi au lieu où sont exercées les activités économiques⁴²³. La formule de Massachusetts constituée de trois facteurs à savoir les actifs, les salaires versés et le chiffre d'affaires réalisé permettait cela.

b. La pondération des facteurs

108. Le but premier des facteurs retenus dans la conception des formules de répartition est de refléter les activités génératrices de revenus dans un État donné. Néanmoins, se positionner sur la pondération des facteurs invite à répondre à la question suivante : les facteurs contribuent-ils tous sur un même pied d'égalité à la génération du profit dans une entreprise ? Répondre par la positive à cette question nécessite l'attribution d'un même pourcentage aux facteurs retenus. Tel est par exemple le choix effectué par le Massachusetts avec une pondération d'un tiers pour chacun des facteurs. Inversement, l'adoption d'une formule de répartition à facteur unique invitera évidemment à considérer les facteurs de production ou de vente comme facteurs essentiels de création de valeur.

2. Le caractère lacunaire des formules de répartition

109. Le caractère lacunaire des formules et conséquemment leurs rejets en tant que méthode apte à répartir les profits des entreprises multinationales provient de difficultés d'ordre théorique (**a**) et pratique (**b**).

a. Les difficultés d'ordre théorique

110. La conception des formules a dès les origines du rapport CARROLL été considérée comme une question éminemment politique, qui plus est arbitraire quant aux facteurs retenus de

⁴²¹ M. B. CARROLL, *préc.*, p. 68.

⁴²² Formule qui prend en compte dans la division du revenu net total de l'entreprise des facteurs du côté de l'offre et des facteurs du côté de la demande. L'exercice de pondération de ces facteurs dans la formule viendra arbitrer dans l'importance respective donnée à la théorie de l'offre ou de la demande. Cf. *infra*. n°

⁴²³ PLASSCHAERT, « An EU Tax on Consolidated Profits of Multinational Enterprises », *European Taxation* 1997, p.10.

répartition des profits⁴²⁴. En effet, il ne peut être nié qu'un consensus international dans cette matière ne peut survenir qu'au travers d'un long processus de négociations politiques dans lequel les États aspirent prioritairement à une satisfaction budgétaire de leurs intérêts propres⁴²⁵. L'absence de fondement théorique solide à l'origine des formules de répartition constitue dès lors un frein à leur application⁴²⁶. Les facteurs retenus apparaissent même dans certaines circonstances inadaptés pour traduire en terme de profits, les avantages et bénéfiques présents sur le territoire d'un État dont a bénéficié une entité dans l'exercice de son activité⁴²⁷. L'exemple du facteur relatif au nombre de salariés illustre cette difficulté. En effet, des distorsions dans la répartition des profits surviendront dans l'hypothèse où une variation des taux de productivité pourra être constatée entre entités comptant le même nombre de salariés. Ce facteur attribuera pour autant aux entités concernées la même part de l'assiette taxable de l'entreprise et ce malgré des différences de productivité dans les activités. Ainsi, ne sont pas pris en compte dans la formule de répartition les spécificités économiques de chaque territoire telles que les infrastructures, le coût des affaires ou bien encore la protection juridique offerte, pourtant indispensables à la réalisation du profit des entreprises. Dans cette mesure, le rapport CARROLL est une continuation sur le plan théorique des travaux des experts effectués en 1923 concernant la répartition de la compétence fiscale entre États en privilégiant les méthodes de répartition intra-groupe du profit permettant de déterminer avec le plus de pertinence l'origine des revenus, à savoir le lieu de création de la valeur⁴²⁸. Si les développements du rapport CARROLL s'inscrivent dès lors dans une volonté de concevoir une méthode conforme aux cadres de la doctrine de l'allégeance économique, la possibilité octroyée aux groupes de répartir le profit sur la base des dispositions contractuelles marque toutefois une réduction notable de la portée de la valeur créée dans l'État de source, de nature à favoriser *in fine* les États exportateurs de capitaux⁴²⁹.

424 M. B. CARROLL, *préc.*, p.198.

425 S. MAYER, *préc.*, p.31.

426 Cf. pour des articles postérieurs au rapport CARROLL considérant que les méthodes formulaires ne sont basées sur aucun fondement théorique solide, Wilkins/ Gideon, Memorandum to Congress : You Wouldn't Like Worldwide Formula Apportionment, 65 Tax Notes, 5 december 1994, p. 1261 ; C ; MCLURE, « Replacing Separate Entity Accounting and the Arm's Length Principle with Formulary Apportionment », *Bulletin for International Fiscal Documentation*, 2002, p.587.

427 M. B. CARROLL, *préc.*, p.191 : tout au plus les facteurs retenus dans les formules de répartition peuvent répartir « grossièrement » les profits d'une entreprise en fonction des services fournis par un État dans l'exercice de son activité.

428 S. LANGBEIN and M. FUSS, « The OECD/G20-BEPS-Project and the Value Creation Paradigm: Economic Reality Disemboguing into the Interpretation of the 'Arm's Length' Standard », Vol. 51, Issue 2, *International Lawyer*, 2018, p. 295.

429 J. LI, N. JIN BAO, H. C. LI, « Value Creation : A Constant Principle in a Changing World of International Taxation », *Canadian Tax Journal*, Vol. 64, Issue 4, p. 1117.

b. Les difficultés d'ordre pratique

111. La question de l'application uniforme des formules de répartition pose d'importantes difficultés au regard des spécificités organisationnelles et économiques des entreprises multinationales. Comme l'illustre l'exemple suivant du rapport CARROLL : attribuer 2/3 du profit aux activités de fabrication et le profit restant aux activités de vente ne permet pas de refléter avec acuité l'importance de ces activités dans le processus de création de valeur de chaque entreprise industrielle⁴³⁰. Une répartition des profits incohérente surviendrait ainsi nécessairement dans l'hypothèse où une entreprise disposerait de coûts de production faibles avec des dépenses en publicité pour promouvoir le produit auprès des consommateurs particulièrement élevées. Pour éviter ces résultats et reconnaître que l'importance de ces facteurs varient d'une entreprise à une autre, des États américains comme le Massachusetts ou le Wisconsin permettent l'application alternative du principe d'entité juridique distincte⁴³¹.

Paragraphe 2 : L'intégration de la problématique des prix de transfert dans les règles de répartition

112. Aux origines des législations en matière de prix de transfert (PDT) se trouvaient le souci des États de neutraliser les possibilités de minimisation de la charge fiscale induites par l'organisation des entreprises en groupe. Pour preuve, et ce antérieurement à la publication du rapport CARROLL, des États comme le Royaume-Uni⁴³² ou les États-Unis⁴³³ voyaient dans l'outil des PDT un moyen pour empêcher le transfert indirect de bénéfices des entreprises liées dans des territoires à fiscalité privilégiée par voie de minoration des prix de vente ou de majoration des prix d'achat. La connexion entre ces règles et la satisfaction de l'équité inter-individuelle était ainsi originellement totale en ce que la charge d'impôt à acquitter se voyait déterminée exclusivement au regard des capacités contributives des entreprises (I). Cependant, cette connexion a eu tendance au cours du XXème siècle à s'effriter, l'analyse en matière de prix de transfert n'étant plus centrée exclusivement sur les caractéristiques de l'entreprise. Désormais, l'objectif de lutte contre la planification fiscale agressive des entreprises semble avoir été relégué au second plan au profit d'une satisfaction prioritaire de la répartition équitable inter-étatique de la matière imposable (II).

⁴³⁰ *Ibid.* p.198.

⁴³¹ *Ibid.* p.84

⁴³² UK, Finance Act 1915, s 31 (3) : cette disposition était limitée aux situations d'abus lorsqu'il apparaissait que la conduite de l'entreprise avait été effectuée dans le but d'attribuer un bénéfice à l'entreprise résidente anglaise inférieur au bénéfice ordinaire qui aurait pu être constaté dans ce type d'activités.

⁴³³ US, Internal Revenue Act 1928, Section 45 : l'IRS (Internal Revenue Service) peut procéder à une réallocation des profits entre entités liées pour combattre la fraude fiscale ou refléter le revenu réel à attribuer.

I. La connexion originelle entre règles de prix de transfert et équité inter-individuelle

113. Le caractère anti-abus des règles de prix de transfert (PDT) avait naturellement pour objectif de ré-instaurer une égalité de traitement fiscal entre les différentes formes adoptées par les entreprises dans l'exercice de leurs activités. À ce titre, la théorie de la faculté constituait le fondement de ces règles, l'attribution de la charge fiscale étant fonction de la seule situation personnelle du contribuable (A). La matérialisation de ce fondement en une norme commune de comportement aux organisations en groupe et concurrentielle apparaissait dès lors nécessaire. A émergé dans ce but le principe de pleine concurrence, résultat des développements du rapport CARROLL visant à favoriser le principe d'entité juridique distincte (B).

A. La théorie de la faculté dans la conception des règles de prix de transfert

114. Comme le note très justement L. E. SCHOUERI : « *Originellement, les règles de prix de transfert étaient exclusivement conçues pour exclure la distorsion engendrée par le contrôle commun dans la définition du revenu imposable* »⁴³⁴. L'organisation en groupe constitue en effet un puissant vecteur de planification fiscale agressive en permettant notamment aux entreprises liées de plus facilement manipuler, par rapport aux entreprises indépendantes, le prix de leurs biens ou services. Ainsi, des situations peuvent survenir dans lesquelles des entités liées d'une entreprise multinationale sont moins taxées que des entreprises exerçant leurs activités sur un marché concurrentiel et ce malgré une similarité dans les transactions économiques effectuées. Les règles de PDT ont ainsi été conçues dans le but premier de remédier à ces situations en déterminant la juste part de profit à attribuer à des entités constitutives d'un groupe indépendamment de la forme d'organisation choisie dans l'exercice de leurs activités. Le lien est dès lors particulièrement étroit entre règles anti-abus et théorie de la faculté⁴³⁵. Les premières en s'assurant que les revenus abusivement transférés par des entreprises liées dans des États à moins forte pression fiscale soient appréhendés et taxés permettent naturellement de restaurer une égalité de traitement fiscal avec les entreprises dépourvues de lien de dépendance. En d'autres termes, les règles de PDT exigent, en vertu du principe de neutralité fiscale, que des transactions économiques similaires soient imposées de la même manière.

⁴³⁴ L. E. SCHOUERI, « Arm's Length : Beyond the Guidelines of the OECD », *Bulletin for International Taxation*, December 2015, p.690.

⁴³⁵ L. E. SCHOUERI, *préc.*, p. 690.

B. Le principe de pleine concurrence dans la restauration de l'équité inter-individuelle

115. L'exigence d'une égalité de traitement fiscal ne trouve à s'appliquer que dans l'hypothèse où deux ou plusieurs contribuables sont dans des situations comparables. En effet, alors que l'équité horizontale signifie que des individus similaires doivent recevoir le même traitement, l'équité verticale nécessite des différences de traitement à l'égard d'individus considérés dans des situations non comparables⁴³⁶. La notion de comparables est dès lors au centre de l'application de l'équité fiscale⁴³⁷. La difficulté réside à ce titre dans la prise en compte d'indicateurs de comparabilité pertinents. Classiquement, dans le cadre des systèmes fiscaux, l'indicateur des « revenus » est celui le plus souvent mobilisé dans la mesure quantitative de la capacité contributive d'un contribuable⁴³⁸. L'équité horizontale induira par conséquent que des contribuables disposant des mêmes revenus supporteront la même charge fiscale.

116. Le même raisonnement peut être appliqué dans la détermination du montant de pleine concurrence. Partir du postulat que les entreprises doivent bénéficier du même traitement fiscal concernant leurs transactions économiques et ce sans importance accordée à la forme d'organisation choisie dans l'exercice de leurs activités n'est cependant pas suffisant pour se prononcer sur la détermination du « juste prix » des transactions intra-groupe. Encore faut-il que l'indicateur retenu dans la mesure de la capacité contributive de l'entreprise soit pertinent. Les règles de prix de transfert ont dans cette mesure été fortement empreintes de la perspective du libéralisme économique⁴³⁹. La connexion opérée par ce courant entre le « juste prix » et la mécanique du marché libre permet de considérer qu'« *un prix n'est pas « juste » du fait de son niveau, mais du fait de la justesse de la méthode qui permet de le dévoiler* »⁴⁴⁰. L'indicateur du profit sur le marché libre a ainsi constitué la méthode pour dévoiler ce « juste prix » en établissant une véritable fiction⁴⁴¹ dans

⁴³⁶ L. KAPLOW, « Horizontal Equity : Measures in Search of a Principle », *National Tax Journal* 42, p. 139 et s., 1989.

⁴³⁷ A. NAVARRO, « The arm's length standard and tax justice: Reflections on the present and the future of transfer pricing », *World Tax Journal*, Issue n° 3, Vol. 10, 2018, p. 351-379.

⁴³⁸ J. REPETTI & D. RING, *Horizontal Equity Revisited*, Y. BRAUNER & M. J. McMAHON, Jr. (eds), *The Proper Tax Base : Structural Fairness from an International and Comparative Perspective – Essays in Honor of Paul McDANIEL*, Chapter 6, 2012, p.122.

⁴³⁹ La détermination du « juste prix » se pose dans des conditions différentes sous la perspective moraliste. Le prix est avant tout vu comme un rapport dans lequel le niveau est déterminé au regard des coûts encourus et des situations de vie des parties à la transaction. Cette perspective est au fondement de la pensée chrétienne en matière sociale et reste pertinent aujourd'hui dans l'analyse des transactions, cf. à ce titre P. H. DEMBINSKI, *Enjeux éthiques des prix de transfert*, in *Rapport Moral sur l'Argent dans le Monde*, Mars 2005, p. 235,.

⁴⁴⁰ *Ibid.*

⁴⁴¹ La fiction est tout autant juridique en assimilant les entités constitutives d'un groupe à des entreprises indépendantes qu'économique en prenant comme indicateur de détermination du « juste prix » la référence du marché libre. Cf. à ce titre, T. RANDRIAMANALINA, *Les prix de transfert et le principe de pleine concurrence dans les pays en développement*, Thèse, Université Paris-Dauphine, 2019, p.128.

laquelle le prix à acquitter dans les transactions intra-groupes serait déterminé en fonction de celui qui aurait été versé entre entreprises indépendantes dans des circonstances similaires. Cet indicateur fût privilégié à celui de la mesure du seul profit, ce dernier n'étant pas en mesure de retranscrire avec acuité la capacité contributive des entreprises liées. En effet, les profits dans le cadre de transactions intra-groupe ne sont pas le fruit des seules activités économiques exercées par les entités constitutives de l'entreprise multinationale. Ils sont aussi le reflet du pouvoir de négociation des entités d'une entreprise multinationale (*bargaining power*). Ainsi, certaines entités, en raison d'un faible pouvoir de négociation, pourront se voir imposer des conditions différentes de celles observées sur le marché de nature à entraîner une réduction de leurs profits⁴⁴². Le principe de pleine concurrence, en convertissant les profits réalisés entre entités liées en profits réalisés sur un marché concurrentiel, permet dès lors d'assurer une égalité de traitement fiscal entre ces deux formes d'organisation. Enfin, il doit être noté que le principe de pleine concurrence invite naturellement à une comparaison des entreprises sur la base du principe d'entité juridique distincte. En effet, le principe de taxation unitaire n'accorde aucune importance à la détermination des profits d'une entreprise liée par rapport aux profits d'entreprises indépendantes réalisés dans des circonstances similaires. Considérer l'entreprise multinationale comme une seule et même entité rend par conséquent impossible tout exercice de comparaison avec des contribuables dont les activités sont limitées localement à un marché⁴⁴³.

II. La déconnexion progressive entre règles de prix de transfert et équité inter-individuelle

117. Le rapport CAROLL ne fait aucune mention de la nécessité d'adopter des pratiques de répartition du profit entre sociétés apparentées qui aboutirait à une répartition équitable de la matière imposable entre les États. Si l'édition d'allégances économiques distinctes entre revenus actifs et passifs dans le rapport de 1923⁴⁴⁴ pouvait laisser penser à équilibre dans la distribution de la matière imposable entre États de source et de résidence, les déséquilibres importants dans les flux d'investissement entre les pays ont démontré une inégalité importante, tendant à s'accroître, dans la répartition des droits d'imposer⁴⁴⁵. Dès lors, l'étude de la déconnexion des règles de prix de transfert avec la notion d'équité inter-individuelle invite à se positionner postérieurement à ces deux rapports.

⁴⁴² L. E. SCHOUERI, *préc.*, p. 696.

⁴⁴³ *Ibid.*

⁴⁴⁴ Rapport sur la double imposition soumis au Comité financier, n°E.F.S 73. F.19, Société des Nations, Genève, 1923.

⁴⁴⁵ Dans un sens inverse, l'on pourrait considérer que le droit prioritaire de l'État de source d'imposer une entreprise étrangère disposant d'une présence taxable sur son territoire et le transfert à l'État de résidence de l'obligation d'élimination de la double-imposition a permis la prise en compte de la situation des États importateurs de capitaux, pays dans la majorité des situations les plus pauvres. Cf. à ce titre R. AVI-YONAH, *The Structure of International Taxation : A Proposal for Simplification*, 74 *TEX L. REV.*, p.1303-1304, 1996.

Cette déconnexion s'est manifestée dans un premier temps par la notion d'équité inter-nation dont le caractère fortement modulable a permis à la doctrine d'introduire l'idée d'une justice fiscale entre États dans la répartition des recettes fiscales (A). Cette idée n'est cependant pas restée au rang de théorie et a imprégné avec vigueur les développements récents des instances internationales dans la refonte des cadres traditionnels de la fiscalité internationale. Ainsi vient la question suivante : un standard d'équité, admis par l'ensemble des parties tenantes, pourrait-il être mis en place dans la répartition des profits entre entreprises liées ? (B).

A. La modulation du concept d'équité inter-nation

118. Pour rappel, le concept d'équité inter-nation formulé par Peggy et Richard MUSGRAVE en 1972 s'intéressait exclusivement à la répartition des gains et des pertes entre État de résidence et de source issue de la décision de ce dernier de taxer un contribuable exerçant une activité sur son territoire⁴⁴⁶. Dans cette mesure, les décisions adoptées par l'État de résidence dans l'appréhension de la matière imposable d'un contribuable étaient sans importance⁴⁴⁷. Cependant, les développements postérieurs de la doctrine anglo-saxonne ont eu tendance à élargir significativement la portée du concept d'équité inter-nation. Dès lors, ce dernier intègre désormais dans son champ aussi bien l'impact des décisions de l'État de résidence que celles de l'État de la source dans la répartition des recettes fiscales (1). De tels développements en ont permis des applications concrètes dont la principale milite pour une redistribution des recettes fiscales en faveur des États disposant d'un produit intérieur brut (PIB) faible (2).

1. Un concept élargi à la répartition des recettes fiscales entre États

119. Les conventions fiscales bilatérales ont pour objet de répartir le pouvoir d'imposer et pour but de lutter contre l'évasion fiscale ainsi que de prévenir les phénomènes de double-imposition⁴⁴⁸. Elles poursuivent donc, outre un objectif d'équité, un objectif d'efficacité par la promotion de l'investissement et la libre circulation des capitaux. La mesure de l'impact des

⁴⁴⁶ R. and P. MUSGRAVE, *Inter-Nation Equity*, in *Modern Fiscal Issues : Essays in Honor of Carl S. Shoup*, Toronto, University of Toronto Press, 1972.

⁴⁴⁷ K. BROOKS, *Inter-Nation Equity : The Development of an Important but Underappreciated International Tax Value*, Chapter 17 in *Tax Reform in the 21st Century : A Volume in Memory of R. MUSGRAVE*, Kluwer Law International, 2008, p. 475.

⁴⁴⁸ P. MARTIN, « L'interprétation des conventions fiscales », *Dr. fisc.* n° 2013, p. ; Certains auteurs considèrent que les conventions fiscales n'ont pas comme fonction de répartir la compétence fiscale entre État de résidence et État de source. Elles constitueraient alors une technique visant à déterminer le lieu d'imposition de la matière imposable et ainsi à délimiter le champ d'application matériel des règles fiscales étatiques, cf. notamment A. KALLERGIS, *préc.*, p. 307 et s. et K. VOGEL, *Double Tax Treaties and Their Interpretation*, Berkeley Journal of International Law, 1986, Vol. 4, p. 26.

conventions fiscales sur les relations économiques entre les deux États s'effectue par conséquent au regard, d'une part, des conséquences des taux conventionnels retenus sur les flux d'investissement et, d'autre part, des revenus que les États devraient gagner ou perdre suite à la modification de leurs droits internes par les articles conventionnels⁴⁴⁹. Hugh J. RAULT considère dans cette mesure que le principe d'équité inter-nation ne peut être respecté que dans l'hypothèse où la conclusion de la convention fiscale permet l'amélioration de la position économique des deux États parties⁴⁵⁰. La satisfaction de ce principe ne résulte ainsi pas dans la seule taxation par l'État de source d'un contribuable en fonction des services qu'il lui a fournis dans l'exercice de son activité économique⁴⁵¹. Encore faut-il que les interactions entre les systèmes fiscaux des deux États contractants et leurs intérêts respectifs en tant qu'États de résidence et de source entraînent une amélioration globale de leur situation économique⁴⁵².

Ces développements permettent dès lors d'opérer une distinction claire entre le principe d'équité inter-nation et l'objectif d'efficacité économique des systèmes fiscaux. En premier lieu, comme l'ont démontré initialement P. et R. MUSGRAVE, un système fiscal privilégiant une neutralité envers l'exportation ou l'importation de capitaux sera considéré comme efficace indépendamment des décisions de l'État de source d'imposer un contribuable non-résident⁴⁵³. Par conséquent, seule la décision de l'État de résidence dans le traitement des impôts acquittés par un contribuable à l'étranger impacte l'équité inter-individuelle et l'efficacité des flux de capitaux⁴⁵⁴. En second lieu, une réglementation peut être considérée comme efficace lorsqu'elle ne crée aucune distorsion dans l'allocation internationale du capital. Pour autant, il n'empêche que si les investissements sont réalisés sur les territoires où l'efficacité économique est la plus grande, les entreprises sont néanmoins dans un second temps en mesure de ré-allouer leur profit de manière à minimiser leur charge globale d'impôt⁴⁵⁵. La notion d'efficacité n'est ainsi pas en mesure d'intégrer dans les règles de répartition internationale des recettes fiscales une dimension distributive, préalable pourtant indispensable à la mise en œuvre d'un système international équitable.

449 C.I. KINGSON, « The Coherence of International Taxation », *Columbia Law Review*, n° 81, 1981, p. 1151.

450 H. J. RAULT, « Corporate Integration, Tax Treaties, and the Division of the International Tax Base : Principles and Practices », *Tax Law Review*, n°47, p. 577.

451 Le respect de l'équité inter-nation telle que développée par P. et R. MUSGRAVE est lié à une application généralisée par les États de source d'un système de taxation fondé sur la théorie des avantages, cf. à ce titre R. and P. MUSGRAVE, *préc.*, p. 71.

452 H.J. RAULT, *préc.*, p. 577 : « For example, the reduction of source country rates below those that the residence country would be required to credit would result in increased revenue for the residence country at the expense of the source country, and presumably no corresponding increased investment in the source country since the overall tax burden to the investor would be unchanged by the source country reduction ».

453 P. et R. MUSGRAVE, *préc.*, p. 70.

454 K. BROOKS, *préc.*, p. 476.

455 J. PELLEFIGUE, « Cadre inclusif – Le cadre inclusif et la science lugubre », *Rev. dr. fisc.* n°12, 19 mars 2020, 193

2. La dimension distributive dans la répartition des recettes fiscales entre États

120. Le concept d'équité inter-nation fut formulé dans le but initial de faire prévaloir une taxation basée sur la source. Il a été néanmoins démontré que ce concept n'était pas de nature à répondre aux enjeux de la répartition des recettes fiscales mondiales de part l'absence de recommandation concrète formulée quant à sa mise en oeuvre⁴⁵⁶. En effet, contrairement à un contexte domestique où la redistribution des revenus peut être effectuée par le biais d'une imposition progressive, aucun mécanisme de cette nature n'existe dans un contexte international. Pour remédier à cette lacune, R. AVI-YONAH est parti d'un constat simple : concernant les investissements directs, il apparaît que les États de source représentent souvent des pays plus pauvres que les États de résidence⁴⁵⁷. Dès lors, en intégrant dans les préoccupations d'équité internationales des considérations d'équité-interindividuelle verticale où l'impôt est censé frapper de manière progressive les contribuables en fonction de leur richesse, la richesse des États concernés pourra être prise en compte dans la redistribution internationale des recettes fiscales. Concrètement, l'auteur, calquant ses développements sur une pratique redistributive commune des États fédéraux, expose que « *chaque fois qu'une transaction a lieu entre deux juridictions, la plus pauvre [pourrait] explicitement être autorisée à conserver une part plus importante des revenus (en proportion inverse de son PIB)* »⁴⁵⁸. Les pays à revenus élevés auraient dans cette mesure un devoir d'assistance envers les pays à faibles revenus qui impliquerait la redistribution d'une part appropriée de leurs recettes fiscales au profit de ces derniers⁴⁵⁹. Des considérations de justice distributive sont ainsi prises en compte dans le partage international de la matière imposable.

L'on notera enfin que le principe d'équité inter-nation a été mobilisé dans le but de démontrer le caractère néfaste des régimes fiscaux de faveur pour les investissements directs à l'étranger (IDE) adoptés par les pays à faibles revenus. Ces régimes d'incitation à l'investissement constituent des facteurs aggravant de l'iniquité entre États lorsque la charge de l'IS est supportée par des personnes non-résidentes de l'État de source. En effet, comme le note Jinyan LI au sujet de la Chine : « *there is a de facto reverse redistribution as a result of the FDI tax incentives granted by low-income countries* »⁴⁶⁰. La base taxable à laquelle a renoncé indirectement l'État de source en

⁴⁵⁶ De l'aveux même de l'auteur à l'origine de cette théorie, il lui est impossible de lui attribuer un sens pratique dans la répartition internationale de la base taxable des multinationales, cf. P.B. MUSGRAVE, 'Combining Fiscal Sovereignty and Coordination: National Taxation in a Globalizing World' in Inge Kaul and Pedro Conceição (eds), *The New Public Finance: Responding to Global Challenges*, 2006.

⁴⁵⁷ R. AVI-YONAH, *Op.cit.* n°100, p. 1650.

⁴⁵⁸ *Ibid.*, p. 1649 (traduction).

⁴⁵⁹ N. BROOKS, T. HWONG, «The Social Benefits and Economics Costs of Taxation : A Comparison of High- and Low Tax Countries », *Canadian Centre for Policy Alternatives*, 2006.

⁴⁶⁰ J. LI, « The Rise and Fall of Chinese Tax Incentives an Implications for International Tax Debates », *Florida Tax Review*, 2007, p. 710.

application de son régime fiscal de faveur se voit ainsi transférée dans les États de résidence des actionnaires et des consommateurs, États dans la majorité des situations à revenus élevés⁴⁶¹.

B. L'impossible édicition d'un standard en matière de répartition équitable de la base imposable ?

121. La répartition actuelle du profit consolidé des entreprises multinationales est considérée par l'ensemble des instances internationales comme inéquitable. Cette absence d'équité serait principalement le résultat des schémas de planification fiscale agressive adoptés par les multinationales visant à dissocier leurs décisions d'investissement de leurs décisions d'allocation de la base taxable⁴⁶². Dans tout système inéquitable, existe des gagnants et des perdants. Dès lors, les économies ouvertes disposant de régimes fiscaux attractifs sont les principaux bénéficiaires de ce système tandis que les États à forte pression dans lesquels se situent les importants marchés de consommation en constituent les perdants. Les réformes actuelles proposées visent dès lors à faire émerger un standard d'équité susceptible d'emporter l'approbation de l'ensemble des États parties au processus de négociation (1). Les difficultés dans son émergence sont multiples et tiennent à la fois de questions juridiques, économiques et politiques (2).

1. L'équité inter-nation au centre des réformes récentes de la fiscalité internationale

122. Les années 2010 ont constitué un tournant majeur dans le développement sur le plan international de la notion d'équité. Premièrement, depuis la publication en 2010 de son guide des principes applicables en matière de prix de transfert, l'OCDE considère qu'il « *ne faut pas confondre la vérification d'un prix de transfert avec les vérifications portant sur des cas de fraude ou d'évasion fiscale, même s'il arrive que les politiques suivies en matière de prix de transfert poursuivent de tels objectifs* »⁴⁶³. La même position a été adoptée par l'ONU dans son manuel publié en 2013 avec une différenciation nette entre règles de prix de transfert et mécanismes anti-abus⁴⁶⁴. Ces propos démontrent une volonté d'élargir les circonstances dans lesquelles des ajustements fiscaux en matière de prix de transfert pourraient s'appliquer. Leur mise en œuvre n'est ainsi pas subordonnée à la démonstration par les administrations fiscales d'une intention des entreprises

⁴⁶¹ *Ibid.*

⁴⁶² T. TORSLOW, L. WIER, G. ZUCMAN, « The Missing Profits of Nations » : *NBER Working Paper*, n°24701, 2018.

⁴⁶³ OCDE, Principes applicables en matière de prix de transfert à l'intention des entreprises multinationales et des administrations fiscales, 22 juillet 2010, p. 33-34. Ces développements ont été repris en l'état dans le guide actualisé de 2017.

⁴⁶⁴ ONU, Practical Manual on Transfer Pricing for Developing Countries, p. 2 par. 1.1.7, 2013. Position réaffirmée dans le manuel actualisé de 2017.

multinationales de réduire ou d'éluider l'impôt. Deuxièmement et plus fondamentalement, le projet BEPS a marqué l'avènement d'une nouvelle ère où la notion d'équité serait mise « *au centre de la réglementation en s'assurant que chaque État puisse taxer sa « juste part » du profit des multinationales* »⁴⁶⁵. L'équité, si elle n'est que rarement mentionnée comme objectif au terme des propositions effectuées par les instances européennes et internationales, trouve cependant une réelle concrétisation dans la notion de « substance économique ». En synthèse, cette notion implique que les profits soient attribués à un État proportionnellement à la valeur de la « substance économique » d'une filiale localisée sur son territoire. Sans préjuger de la réussite de cette réforme, dont les difficultés de mise en œuvre apparaissent importantes tant la substance revêt un caractère protéiforme, le projet BEPS a constitué une première étape fondamentale dans l'instauration d'un standard minimum à respecter par les États dans l'élaboration de leurs régimes fiscaux. L'effacement de l'objectif de répartition équitable de la matière imposable entre États au profit de celui d'efficacité du système fiscal international, observée depuis la deuxième moitié du XXème siècle, n'est ainsi plus de mise. Troisièmement, la solution OCDE Pilier 1, adoptée en juillet 2021, est animée par une volonté de modifier la répartition actuelle des recettes fiscales entre États, jugée malgré les modifications entreprises au titre des actions BEPS encore largement inéquitables. La répartition serait ainsi rééquilibrée en faveur des États de consommation en se détachant pour la première fois des règles actuelles en matière de prix de transfert⁴⁶⁶. Toute la difficulté réside ainsi dans l'élaboration d'une réforme mondiale équilibrée qui, au nom de la mise en place d'un nouveau standard d'équité, permettrait de satisfaire les intérêts des États de consommation sans pour autant pénaliser trop fortement ceux ayant bâti la réussite de leur modèle économique sur l'octroi de régimes fiscaux attractifs.

2. Les difficultés dans la mise œuvre d'un standard international d'équité

123. Si le principe d'équité inter-nation doit constituer un aspect important si ce n'est majeur des politiques fiscales internationales, reste que le maniement de notions comme le juste et l'équitable s'avère, en raison des jugements de valeur qu'ils induisent, peu aisé en pratique. Un certain inconfort s'installe même chez le juriste de droit international qui a toujours fait de l'élimination des jugements moraux et de valeur un préalable nécessaire à toute application cohérente de la règle de droit. Une telle volonté semble pourtant paradoxale à l'égard d'un impôt comme l'IR, développé et adopté sur des considérations tenant à une satisfaction de l'équité entre

⁴⁶⁵ J. PELLEFIGUE, *préc.*

⁴⁶⁶ Pour une étude approfondie du Pilier 1 OCDE, V. Partie 2, Titre 1, Chapitre 2.

contribuables⁴⁶⁷. Une corrélation pourrait dès lors être établie entre les revendications d'équité des États, nécessaires à la satisfaction du bien-être national et le traitement équitable de contribuables de différents pays⁴⁶⁸.

124. Il est vrai cependant que les difficultés de détermination de la « juste part » d'impôt à attribuer à un État peuvent sembler insolubles. Le tracé d'une ligne de démarcation nette et fixe entre un partage équitable et non équitable de la matière imposable est en effet impossible⁴⁶⁹. Là n'est pas, selon nous, une raison justifiant l'abandon du principe d'équité inter-nations. Ce dernier peut en effet se voir attribuer un rôle autre dans les négociations au sein des instances internationales : celui de permettre l'édiction d'un standard susceptible d'être adopté par l'ensemble de la communauté internationale. L'émergence de ce standard est ainsi confronté à des difficultés d'une autre nature tenant notamment à la souveraineté fiscale des États parties. En effet, le contexte actuel de crise des finances publiques marque un désir renforcé des États d'attirer une part plus importante de matière imposable sur leurs territoires. Il apparaît donc qu'il existe autant d'acceptions de la notion de « répartition équitable » que de souverainetés fiscales, le consensus politique sur de nouvelles règles de répartition des recettes fiscales étant dans cette mesure particulièrement délicat à atteindre. Comme a pu le noter très justement N. KAUFMANN, l'absence d'évolution majeure des cadres de la coopération fiscale internationale -préalablement à l'adoption de la solution des piliers OCDE- s'expliquait essentiellement, non par des divergences sur l'application d'analyses économiques et juridiques, mais par des perceptions changeantes dans chaque État de ce que constitue une répartition équitable de l'assiette fiscale au niveau international⁴⁷⁰.

⁴⁶⁷ N. KAUFMANN, « Equity Considerations in International Taxation », *Brooklyn Journal International*, n° 26, 2001, p. 1467.

⁴⁶⁸ D.F. BRADFORD, « The X Tax in the World Economy », *CEPS Working Paper*, n°93, August 2003, p. 29.

⁴⁶⁹ J. LI, *préc.*

⁴⁷⁰ N. KAUFMANN, *préc.*, p. 1470.

CONCLUSION CHAPITRE 1

125. Les fondements aux origines du cadre fiscal international sont nombreux et diversifiés. Néanmoins, qu'ils concernent l'attribution internationale de la compétence fiscale ou la répartition des profits au sein d'une entreprise multinationale, leurs développements et adoptions ont tous eu lieu au sein de la Société des Nations durant la période de l'entre-deux-guerres. Les projets de convention présentés à Genève en 1928⁴⁷¹ et plus tard les modèles de convention de Londres et de Mexico de 1943 et 1946⁴⁷² étaient ainsi sous-tendus par des principes fortement empreints des caractéristiques de l'économie dans laquelle ils ont été adoptés. L'économie était alors essentiellement manufacturière et basée sur des processus de production séquentielle dans lesquels chaque entité membre d'un groupe disposait d'une fonction bien définie.

Concernant les critères retenus de rattachement de l'obligation fiscale, les difficultés étaient tout autant théoriques qu'économiques et politiques. En effet, le projet porté aux origines de la SDN était celui d'aboutir à un accord multilatéral, capable d'harmoniser les systèmes fiscaux des États tout en liant la question de la double imposition à celle de l'évasion fiscale⁴⁷³. Les intérêts antagonistes étant trop forts entre États exportateurs et importateurs de capitaux, l'idée d'une solution multilatérale a progressivement disparu au profit de l'adoption de modèles types de conventions bilatérales largement inspirés des conclusions du rapport des experts de 1923. Aux termes de ce dernier émergeait une solution d'équilibre entre les prétentions respectives de l'État de résidence et de l'État de source dans laquelle ce dernier disposerait d'un pouvoir d'imposition lorsqu'une entreprise étrangère aurait dépassé sur son territoire un seuil de présence économique.

Concernant la répartition des profits au sein d'une entreprise multinationale, les choses étaient plus simples en ce que les règles dégagées étaient fondées sur une pratique largement admise par les administrations fiscales. En effet, la majorité des États étudiés par le rapport Carroll considéraient les filiales et succursales présentes sur leurs territoires comme des entités juridiques distinctes à l'égard desquelles le profit attribué serait fonction de celui obtenu par une entreprise indépendante opérant dans des circonstances similaires. Cette méthode fut privilégiée au principe de

⁴⁷¹ Trois types de projet de convention avaient été présentés. Dans l'ensemble, ces projets utilisaient les mêmes concepts et aboutissaient à une solution globalement comparable quant à la répartition des droits d'imposition entre État de résidence et de source. La seule vraie différence se situait dans les méthodes employées pour alléger la double-imposition d'un contribuable, cf. à ce titre, SDN, Rapport sur la double-imposition et l'évasion fiscale, 1928. II. 49, Genève, Octobre 1928.

⁴⁷² SDN, Modèles de conventions fiscales de Londres et de Mexico, Commentaire et Texte, C. 88. M. 88. 1946. II. A., Novembre 1946.

⁴⁷³ C. FARQUET, « Le marché de l'évasion fiscale dans l'entre-deux-guerres », *L'économie politique*, 2012/2, n° 54, p. 103.

taxation unitaire au regard des caractéristiques des flux intra-groupe, constitués majoritairement de matières premières et de produits finis⁴⁷⁴ et de l'absence d'interdépendance entre les fonctions exercées par les entités membres d'un groupe. Enfin, l'évasion fiscale des multinationales et plus précisément la manipulation des prix de transfert aux fins de minimisation de leur charge fiscale globale était pour la première fois présentée au sein d'une organisation internationale comme une problématique majeure pour les finances publiques étatiques et l'équité entre contribuables.

126. « Si l'on se représente le profit des entreprises multinationales comme un gâteau, la fiscalité internationale constitue essentiellement une règle de partage. Elle vise à déterminer : (i) les États qui ont droit à une part et (ii) la taille de chaque part »⁴⁷⁵. Dans cette mesure, se prononcer sur l'éventuelle obsolescence des cadres actuels au regard des caractéristiques des entreprises numériques nécessite une étude complémentaire des questions de lien (*nexus*) et d'attribution des profits au sein des multinationales. À ce stade des développements, il est une notion qui semble faire le pont entre ces deux questions : l'équité. Cette dernière, dont les significations varieront en fonction de la perspective dans laquelle l'on choisit de se placer⁴⁷⁶, constituera un élément fondamental à prendre en compte dans les réformes entreprises. Plus précisément, cette notion dispose de deux fonctions qui doivent guider le choix des réponses à apporter aux défis fiscaux soulevés par la numérisation de l'économie. La première est limitative et concerne l'inversement des rôles des États dans l'économie du XXI^{ème} siècle: les principaux États de résidence dans une économie agricole et industrielle sont désormais devenus des marchés de consommation. L'édiction d'un standard d'équité permettrait ainsi de restreindre certaines actions unilatérales des États de consommation, adoptées dans le but d'attirer arbitrairement un montant plus important de matière imposable sur leurs territoires. La deuxième est inclusive et consiste à concevoir des règles de répartition rééquilibrée prenant en compte les intérêts de l'ensemble des États parties au processus. À ce titre, l'intégration d'une dimension distributive dans les règles de PDT facilitera indéniablement l'émergence d'un consensus stable entre États développés, les pays en développement et les BRICS.

⁴⁷⁴ J. PELLEFIGUE, L. BENZONI, « Replacer l'équité au cœur de la réglementation des prix de transfert : une perspective économique », *Dr. fisc.* n° 6, 7 février 2013.

⁴⁷⁵ J. PELLEFIGUE, Cadre inclusif – Le cadre inclusif et la science lugubre, *préc.*

⁴⁷⁶ Ces perspectives peuvent varier dans leurs étendues géographiques ou encore au regard des personnes qu'elle concerne. Elles peuvent être envisagées au niveau national (équité dans l'État) et/ou internationale (équité entre États) mais aussi sous la perspective de l'État ou du contribuable (équité horizontale et verticale). Pour de plus amples développements sur la différence de perspective de l'équité en droit interne et international, V. Introduction générale.

CHAPITRE 2

MATÉRIALISATION DES FONDEMENTS ET ÉCONOMIE NUMÉRISÉE

127. L'élaboration des premiers modèles de conventions fiscales permettait déjà la mise en évidence des intérêts antinomiques entre États développés et en développement dans la répartition des droits d'imposition. En effet, tandis que le modèle de Mexico, élaboré en 1943, favorisait une imposition « à la source », le modèle de Londres de 1946 était quant à lui jugé comme trop favorable aux États développés car attribuant l'essentiel des revenus à l'État de résidence⁴⁷⁷. La concentration postérieure des travaux au sein de l'OECE⁴⁷⁸ dans laquelle le comité des affaires fiscales (CAF) était composé exclusivement de représentants d'États développés, a ainsi indéniablement accentué l'importance de leurs revendications dans l'élaboration et l'adoption des règles de répartition. Ces travaux du CAF ont abouti au modèle de 1977, actualisé depuis lors à de nombreuses reprises⁴⁷⁹. En dépit d'une valeur juridique contraignante, l'influence de ce modèle a été mondiale en servant de base au processus de négociation de nombreuses conventions bilatérales entre États⁴⁸⁰. De plus, la publication de rapports et de commentaires formulés par les experts du comité pour expliciter les articles du modèle amène à considérer que l'OCDE dispose d'une fonction « pré-législative »⁴⁸¹ dont l'exercice aboutit à l'élaboration de droit « souple » (*soft law*)⁴⁸². De la même manière l'ONU publie modèles et manuels permettant la négociation facilitée des conventions fiscales entre États en développement. L'étude de ces différents travaux, en évoquant leurs divergences, constitueront les éléments indispensables à la description des cadres actuels de la fiscalité internationale, préalable nécessaire à leur éventuelle remise en cause au regard des mutations économiques observées. Dès lors, la matérialisation des fondements évoqués dans le chapitre 1 s'articule autour de deux notions : l'établissement stable (ES) (**Section 1**) et le principe de pleine concurrence (PPC) (**Section 2**).

⁴⁷⁷ B. GOUTHIERE, *Les impôts dans les affaires internationales*, 12^{ème} édition, 2018, p. 25, § 1400.

⁴⁷⁸ L'Organisation de Coopération et de Développement Économique (OCDE) lui succèdera en 1961.

⁴⁷⁹ Le modèle de convention fiscale de l'OCDE a été actualisée à plus de dix reprises. La plus importante, sur laquelle nous reviendrons tout au long des développements date du 21 septembre 2017 et consiste à intégrer l'essentiel des commentaires ayant trait à l'application des actions BEPS.

⁴⁸⁰ OCDE, *Modèle de Convention fiscale concernant le revenu et la fortune 2017*, Éditions OCDE, Paris, I-5, par. 14.

⁴⁸¹ M. CHRÉTIEN, « Contribution à l'étude du droit international fiscal actuel : Le rôle des organisations internationales dans le règlement des questions d'impôts entre les divers États », 1954, Tome 86, p. 19.

⁴⁸² CE, « Le droit souple », *Étude annuelle*, 2013, p.3-4 : Le droit « souple » regroupe l'ensemble des instruments répondant aux trois conditions cumulative suivantes :

- ils ont pour objet de modifier ou d'orienter les comportements de leurs destinataires en suscitant, dans la mesure du possible, leur adhésion ;
- ils ne créent pas par eux-mêmes de droits ou d'obligations pour leurs destinataires ;
- ils présentent, par leur contenu et leur mode d'élaboration, un degré de formalisation et de structuration qui les apparente aux règles de droit .

Section 1 : L'établissement stable dans le cadre d'une économie numérisée

128. L'établissement stable (ES) constitue, dans un contexte conventionnel, l'une des notions pivots⁴⁸³ dans l'appréhension par l'État de la source des bénéfices issus des activités d'entreprises étrangères sur son territoire. Elle est, en outre, celle qui permet, en raison de son intégration dans la quasi-totalité des conventions fiscales bilatérales, de relativiser dans une large mesure les distinctions entre systèmes de territorialité et de mondialité de l'IS. Cette notion, bâtie à une période où l'économie était manufacturière, ne peut être identifiée que suite au dépassement par une entreprise d'un seuil de présence physique, seuil réputé originellement comme promouvant une répartition équilibrée des compétences fiscales entre États de résidence et de source. La connexion entre intégration économique effective et présence physique de l'entreprise dans l'enclenchement de la compétence fiscale de l'État de source était donc totale (**Paragraphe 1**). L'observation des mutations économiques et organisationnelles dans l'exercice des activités des multinationales permet cependant d'arriver à une conclusion inverse à celle ayant amenée à l'instauration du système fiscal international : celle de la déconnexion entre intégration économique et présence physique (**Paragraphe 2**).

Paragraphe 1 : Une connexion entre intégration économique effective et présence physique dans la répartition actuelle de la compétence fiscale

129. La transposition fidèle, dans les conventions fiscales bilatérales conclues par les États développés, des principales dispositions du modèle OCDE implique une étude approfondie de son économie générale. De manière classique, les conventions fiscales fonctionnent toujours selon « *la méthode de classement et de répartition des sources* ». La méthodologie en est donnée par l'OCDE : la classification des revenus perçus dans diverses catégories entraîne l'application de règles distributives de nature cédulaire. Selon la nature du revenu en question, deux cas de figure peuvent être envisagés. Soit un État dispose d'une compétence fiscale exclusive à l'égard de la matière imposable, soit elle est partagée entre un État considéré comme prioritaire et un autre État contractant se voyant reconnaître une compétence résiduelle⁴⁸⁴.

⁴⁸³ Le mécanisme des retenues à la source est l'autre notion pivot permettant à l'État source d'appréhender à des fins fiscales les activités économiques d'une entreprise étrangère sur son territoire. Pour une étude approfondie de ce mécanisme et de sa potentielle capacité à répondre aux défis fiscaux par la numérisation de l'économie, cf. Partie 2, Titre 2, Chapitre 2.

⁴⁸⁴ OCDE, *Relever les défis fiscaux posés par l'économie numérique*, préc. n° 26, p. 42.

130. Dans la catégorie des bénéficiaires d'entreprise, l'article 7 du modèle OCDE de convention fiscale dispose que « *les bénéficiaires d'une entreprise d'un État contractant ne sont imposables que dans cet État, à moins que l'entreprise n'exerce son activité dans l'autre État contractant par l'intermédiaire d'un établissement stable qui y est situé* »⁴⁸⁵. Si le principe est celui de la compétence fiscale exclusive au profit de l'État de résidence de l'entreprise⁴⁸⁶, ce principe est tempéré dès lors qu'il est situé dans l'État d'accueil ou d'origine un établissement stable (ES). L'identification de cette présence taxable est subordonnée à l'intégration effective d'un contribuable à la vie économique de l'État de source. En l'absence actuelle de mise en œuvre de la solution Pilier 1 OCDE, cette intégration ne peut être considérée comme effective que dans la mesure où une entreprise dépasse un certain seuil de présence physique. En d'autres termes, le critère d'octroi de la compétence fiscale à l'État d'origine repose sur la réalisation par une entreprise étrangère d'une activité économique sur son territoire par le biais de moyens matériels ou humains, ou les deux **(I)**. Pour autant, et de manière remarquable, l'ONU a développé dans son modèle de convention fiscale, la notion d'ES de services, seule notion de nature à relativiser la connexion entre intégration économique effective et présence physique dans la répartition de la compétence fiscale **(II)**.

I. Une connexion exprimée au travers de la notion d'établissement stable traditionnel

131. L'exigence de caractérisation d'une présence matérielle d'une entreprise étrangère sur un territoire aux fins d'attribution de la compétence fiscale ressort clairement des deux démembrements traditionnels de la notion d'ES : l'installation fixe d'affaires (IFA) **(A)** et l'agent dépendant **(B)**. Une application de ces deux facettes sera ensuite envisagée spécifiquement à l'économie numérique **(C)**.

A. L'installation fixe d'affaires

132. L'IFA constitue le démembrement traditionnel de l'ES. Elle est une émanation de la théorie de l'appartenance économique, « *selon laquelle constitue un ES toute installation*

⁴⁸⁵ Article 7, Modèle de Convention fiscale concernant le revenu et la fortune, M-27, 2017.

⁴⁸⁶ L'État de résidence est généralement celui où l'entreprise dispose de son siège de direction effective, c'est-à-dire le lieu d'où les activités sont effectivement dirigées et contrôlées. La notion de siège de direction effective, mobilisée dans un contexte conventionnel pour départager deux États prétendant qu'une même société est résidente de chacun d'eux, n'est pas sans poser de difficultés à l'égard d'entreprises internationalisées et numérisées, cf. à ce titre *infra*. n° et s. ; Depuis la modification de 2017 du modèle de convention OCDE, le paragraphe 3 de l'article 4 ne fait plus prévaloir le critère du siège de direction effective mais invite les autorités compétentes des États contractants à déterminer d'un commun accord l'État contractant duquel cette personne est réputée être un résident aux fins de la Convention, eu égard à son siège de direction effective, au lieu où elle a été constituée en société ou en toute forme juridique et à tout autre facteur pertinent.

permanente qui s'intègre à l'économie d'un pays »⁴⁸⁷. Ses éléments constitutifs doivent être étudiés (1) avant d'envisager les exceptions à la qualification d'établissement, dont le resserrement traduit une volonté d'accorder une importance accrue à la compréhension des modèles d'affaires des entreprises (2).

1. Les éléments constitutifs de l'installation fixe d'affaires (IFA)

133. Les commentaires OCDE, au travers d'une démarche quelque peu tautologique⁴⁸⁸, soulignent que trois éléments doivent être réunis pour conclure à l'existence d'une IFA sur un territoire donné : une installation, un caractère fixe et l'exercice d'activités par l'entreprise.

134. Une installation - Concernant ce premier élément, il est nécessaire qu'il se traduise par des éléments tangibles, à savoir l'existence d'un local ou dans d'autres cas, de machines et d'outillages et ce peu importe qu'ils soient la propriété de l'entreprise ou juste mis à sa disposition. En outre, une filiale peut constituer une IFA de sa mère et donc un ES de celle-ci⁴⁸⁹.

135. Un caractère de fixité - L'installation doit être fixe, c'est-à-dire posséder un « certain degré de permanence »⁴⁹⁰. S'oppose ainsi des activités purement temporaires qui ne sont pas de nature à caractériser une présence économique effective d'une entreprise étrangère sur un territoire donné. L'appréciation de la fixité revêt dans certaines circonstances un caractère subjectif. Il convient ainsi d'adopter une approche circonstanciée en fonction de la nature des activités en cause⁴⁹¹.

136. L'exercice d'activités – Pour reprendre les termes de B. GOUTHIÈRE : « *la référence à un critère « d'activités » implique qu'un ES existe dès que l'entreprise commence à «travailler» au moyen de l'installation* »⁴⁹². L'activité sera réputée commencer non au moment de la

⁴⁸⁷ F. LE MENTEC, « La notion d'établissement stable », *JurisClasseur Fiscal Impôts Directs Traité*, Fasc. 3320, Septembre 2014, par. 2 ; La théorie de l'appartenance économique se distingue de la théorie de la réalisation selon laquelle les installations ne permettant pas la réalisation d'un profit réel ne sont pas susceptibles de caractériser un ES. Pour de plus amples développements sur ces deux théories, N. MELOT, *Territorialité et Mondialité de l'Impôt*, Dalloz, 2004, Thèse, n° 40 et s.

⁴⁸⁸ L. CYTERMANN, Conclusions CE, Plén., Min. c/ Société Conversant International Ltd, n° 420174, 11 décembre 2020, par. 1.2, p. 8.

⁴⁸⁹ Commentaires OCDE, C (5) n° 10 et n° 116.

⁴⁹⁰ Commentaires OCDE, C (5) n°28. Est donné, par ailleurs, des exemples non limitatifs d'établissement stable par l'article 5.2. du modèle OCDE : un siège de direction, une succursale, un bureau, une usine, un atelier et tout lieu d'extraction de ressources naturelles peuvent constituer une installation fixe d'affaires.

⁴⁹¹ Pour des développements sur cette notion à l'égard des activités de technologie de l'information et de la communication, cf. *infra*. n° et s.

⁴⁹² B. GOUTHIÈRE, préc., p. 315, § 17360.

« mise en place » des installations mais dès le début de la période de « préparation » des activités⁴⁹³.

2. Les exceptions liées à la qualification d'établissement stable

137. En dépit de la réunion des trois éléments susmentionnés, certaines installations ne peuvent être considérées comme des ES. La raison se trouve dans les activités qu'elles exercent, de nature préparatoire ou auxiliaire (a). La mise en œuvre des mesures de lutte « *anti-BEPS* » au travers de l'instrument multilatéral vient réduire le spectre des stratégies d'évitement artificiel du statut d'ES. Il sera désormais nécessaire que les activités menées au travers de l'installation constituent dans les faits une activité préparatoire ou auxiliaire au regard de la nature des activités de l'entreprise et de l'ensemble de ses opérations. Le passage d'une approche *in abstracto* à *in concreto* est ainsi entérinée (b).

a. Les activités à caractère préparatoire ou auxiliaire

138. Les activités préparatoires⁴⁹⁴ ou auxiliaires⁴⁹⁵ exercées par l'intermédiaire d'une installation fixe d'affaires ne sont pas susceptibles de caractériser un ES en ce qu'elle ne concourt pas de manière assez directe à la formation du profit de l'entreprise. En d'autres termes, ces activités n'atteignent pas le seuil de présence économique nécessaire à la caractérisation d'un ES. L'article 5.4 du modèle de convention OCDE énumère l'ensemble des activités concernées par cette exception, en prenant soin depuis la révision de 2017, de s'assurer que ces activités indépendamment de leur qualification revêtent bien, dans les faits, un caractère préparatoire ou auxiliaire⁴⁹⁶. Pour autant,

⁴⁹³ Commentaires OCDE, C (5), n° 44.

⁴⁹⁴ Commentaires OCDE, C (5), n°60 : « En règle générale, une activité qui revêt un caractère préparatoire est une activité qui est exercée dans la perspective de l'exercice de ce qui constitue la partie essentielle et notable de l'activité de l'entreprise dans son ensemble ».

⁴⁹⁵ *Ibid.*, « D'autre part, une activité qui revêt un caractère auxiliaire correspond généralement à une activité qui supporte, sans en faire partie, l'activité essentielle et notable de l'entreprise dans son ensemble ».

⁴⁹⁶ Art. 5. 4. *Nonobstant les dispositions précédentes du présent article, on considère qu'il n'y a pas « établissement stable » si :*

a) *il est fait usage d'installations aux seules fins de stockage, d'exposition ou de livraison de marchandises appartenant à l'entreprise ;*

b) *des marchandises appartenant à l'entreprise sont entreposées aux seules fins de stockage, d'exposition ou de livraison ;*

c) *des marchandises appartenant à l'entreprise sont entreposées aux seules fins de transformation par une autre entreprise;*

d) *une installation fixe d'affaires est utilisée aux seules fins d'acheter des marchandises ou de réunir des informations, pour l'entreprise ;*

e) *une installation fixe d'affaires est utilisée aux seules fins d'exercer, pour l'entreprise, toute autre activité ;*

f) *une installation fixe d'affaires est utilisée aux seules fins de l'exercice cumulé d'activités mentionnées aux alinéas a) à e),*

à condition que cette activité ou, dans le cas visé à l'alinéa f), l'activité d'ensemble de l'installation fixe d'affaires revête un caractère préparatoire ou auxiliaire. »

l'appréciation en pratique de ces caractères est malaisée. Seul apparaît déterminant de rechercher «*si les activités de l'installation fixe d'affaires constituent en elles-mêmes une part essentielle et notable des activités de l'ensemble de l'entreprise*»⁴⁹⁷. Pour exemples, l'identité d'objet entre l'installation et l'entreprise comme l'exercice de fonctions de direction, délégués par une multinationale à des bureaux régionaux, sont exclusifs de la qualification d'activités de nature préparatoire ou auxiliaire. Néanmoins, les difficultés pratiques seront, selon nous, plus marquées dans la ligne de démarcation des activités auxiliaires que dans celle des activités préparatoires. En effet, dans le cadre de ces dernières peut être mobilisé un critère temporel visant à exclure les activités trop éloignées de la réalisation du bénéfice⁴⁹⁸. Dans le cadre des activités auxiliaires, celles-ci revêtent un caractère protéiforme. Seule l'analyse des moteurs de création de profit (profit value driver) des modèles d'affaires peut être de nature à tracer une ligne de démarcation convaincante⁴⁹⁹.

b. Une approche *in concreto* renouvelée

139. La prépondérance accordée à l'analyse de l'ensemble des faits et circonstances pertinentes démontrent l'ambition renouvelée, aussi bien au travers de la révision du modèle OCDE 2017 que de l'instrument multilatéral (I.M), d'achever la réalisation de l'action 7 BEPS relative à la lutte contre les stratégies d'évitement artificiel d'une présence taxable sur un territoire donné. Dans cette mesure, les développements récents de l'OCDE visent globalement à réduire les exceptions liées à la qualification d'ES, aussi bien dans des situations présentant des indicateurs d'artificialité que dans des situations ne révélant a priori aucune manipulation abusive de l'entreprise.

140. Concernant l'appréhension de situations *a priori* non-abusives, le modèle OCDE et l'I.M s'attachent à circonscrire le bénéfice de l'exception à la démonstration du caractère préparatoire ou auxiliaire de l'activité. L'exclusion par principe de fonctions considérées dans une économie manufacturière comme se rattachant «*de trop loin à la réalisation effective des bénéfices*»⁵⁰⁰ (ex. activités de publicité ou de fourniture d'informations) n'aura plus vocation à jouer puisque ces fonctions constituent désormais dans certains modèles d'affaires «*une part essentielle et notable*» de l'activité de l'entreprise multinationale⁵⁰¹. Dans cette mesure, l'I.M offre en son

⁴⁹⁷ Commentaires OCDE, C (5) n°59.

⁴⁹⁸ BOI-INT-CVB-CHE-10-20-20 n°60 : à propos de la convention franco-suisse, l'administration fiscale considère que l'étude scientifique d'un marché est trop éloignée de la réalisation d'un bénéfice pour ne pas revêtir un caractère préparatoire au contraire des contacts avec la clientèle.

⁴⁹⁹ V. *infra* § 194 et s.

⁵⁰⁰ Commentaires OCDE, C (5)-14, § 23.

⁵⁰¹ Ces développements apparaissent en outre en lien avec les actions 8-10 du projet BEPS qui voient dans les activités de publicité ou de fourniture d'informations des activités susceptibles d'apporter une importante valeur ajoutée.

article 13, 1 deux options : l'option A introduisant un paragraphe nécessitant la preuve du caractère préparatoire ou auxiliaire pour l'ensemble des activités et l'option B laissant inchangée l'énumération des activités exclues par nature de la qualification d'ES.

L'option A apparaît particulièrement intéressant pour répondre à des difficultés posées par certaines entreprises numériques disposant d'un modèle d'affaire proche à celui d'entreprises plus traditionnelles. En effet, les entreprises de *e-commerce*, au contraire de certaines entreprises à forte composante numérique dont la nature des activités apparaît largement a-territoriale⁵⁰², ne présentent aucune difficultés particulières dans le rattachement territorial de l'obligation fiscale en ce qu'elles sont obligées, dans un souci de célérité et de satisfaction des clients, de disposer dans les États de marché d'entrepôts de stockage et de salariés chargés du traitement des commandes. La question se limite ainsi à la détermination du seuil à partir duquel l'activité de l'entreprise étrangère sur un territoire révèle une présence économique significative. Les commentaires OCDE révisés de 2017, par une analyse *in concreto* de l'activité menée au travers de l'IFA, permettent dès lors de démontrer que dans les faits, notamment lorsque d'importants actifs matériels y sont déployés, cette activité constitue une part essentielle et notable des activités de vente et de distribution de l'entreprise étrangère et ne peut donc bénéficier de l'exception à la qualification d'ES⁵⁰³. Les difficultés pourraient alors se déplacer sur le terrain des prix de transfert (PDT) dans l'hypothèse de relations contractuelles façonnées par le groupe d'une telle manière que le siège soit réputé réaliser effectivement la vente avec un rôle de l'ES cantonné à celui de prestataire de logistique et de gestion du stock physique. En contradiction avec ses choix opérés sur les mesures liées à l'ES, la France a toutefois privilégié l'option B. Deux raisons justifiant cette décision : la préservation de la sécurité juridique en évitant l'ajout d'une condition jugée hautement subjective⁵⁰⁴ et la capacité de la règle anti-fragmentation (art. 13, 4 de l'IM) de résoudre elle-même les abus posés en matière d'activités préparatoires ou auxiliaires⁵⁰⁵. Cette dernière a pour but d'empêcher un groupe d'entreprises étroitement liées de fragmenter un ensemble cohérent d'activités en plusieurs petites opérations pour soutenir que chacune d'elles ne présente qu'un caractère préparatoire ou auxiliaire. Ce choix apparaît néanmoins regrettable lorsqu'il est mis en perspective la possibilité de l'option A, en dehors de toutes situations présentant un indicateur d'artificialité, de constater que ce qui revêtait un

⁵⁰² Les activités a-territoriales s'appuient sur une multitude d'acteurs organisés en réseaux d'échanges de données d'une grande volatilité rendant particulièrement difficile le dessein d'arriver à une allocation équitable du profit entre les États où se situent les éléments clés de la valeur. L'exemple d'une plateforme de messagerie instantanée (ex. Whatsapp) capable avec une poignée d'employés d'être présente économiquement sur l'ensemble des territoires où sont situés les consommateurs de son service est évocateur.

⁵⁰³ Commentaires OCDE C (5), n° 62 ; P. HONGLER, P. PISTONE, "Blueprints for a New PE Nexus to Tax Business Income in the Era of the Digital Economy", IBFD, 2015, p. 24.

⁵⁰⁴ AN, Rapp. n° 1099, 20 juin 2018, comm. affaires étrangères, p.27.

⁵⁰⁵ Commentaires OCDE C (5), n° 78.

caractère préparatoire ou auxiliaire dans le cadre d'une économie traditionnelle ne le revête plus aujourd'hui dans certains modèles d'affaires numérisés.

141. Concernant l'appréhension de situations *a priori* artificielles, le paragraphe 4.1 de l'article 5 du modèle OCDE ainsi que l'article 13, 4 de l'IM par l'introduction d'une règle anti-abus ont réduit d'autant plus le champ des exceptions. Désormais, cette règle neutralise les opérations entre entreprises étroitement liées visant à fragmenter des activités, qui isolément constituent des activités préparatoires ou auxiliaires, mais qui en réalité constituent des fonctions complémentaires s'inscrivant dans un ensemble cohérent d'activités⁵⁰⁶. Ainsi, se profile une importante évolution que l'on retrouve aujourd'hui dans les débats sur la taxation des multinationales du numérique : la volonté d'analyser sur un territoire les activités d'un groupe dans son ensemble. Si cette volonté semble avoir aujourd'hui pris forme dans la récente solution du Pilier 1, il n'en reste pas moins que l'essentiel des situations resteront couvertes par le principe d'entité juridique distincte de sorte que les effets des modifications entreprises par l'IM seront fortement atténués au stade de l'attribution des profits à l'ES.

B. L'agent dépendant

142. Considéré par l'OCDE comme un « critère de rechange »⁵⁰⁷, la caractérisation d'un agent dépendant ne sera recherchée qu'en l'absence d'installation fixe d'affaires. En cela, s'il est établi une installation fixe d'affaires, il est sans importance de se prononcer sur l'existence d'un agent dépendant. Encore faut-il, bien évidemment, que les activités exercées par l'agent dépendant ne constituent pas des activités à caractère préparatoire ou auxiliaire, auquel cas il n'y aurait pas d'ES. Ses deux principaux éléments constitutifs tenant à sa dépendance (1) et à son habilitation à conclure les contrats de l'entreprise (2) ont fait l'objet de modifications récentes dans les mêmes buts que ceux évoqués précédemment à l'égard de la définition générale de l'ES. Désormais, la réalité de la relation contractuelle doit primer sur la qualification juridique retenue par les parties⁵⁰⁸.

⁵⁰⁶ La règle anti-fragmentation introduite par la révision du modèle de convention de 2017 partage de fortes similarités avec la notion de « cycle complet d'opérations » que l'on retrouve en droit français. Cette notion « correspond généralement à une série d'opérations commerciales, industrielles ou artisanales, dirigées vers un but déterminé et dont l'ensemble forme un tout cohérent » (BOI-IS-CHAMP-60-10-30). Elle apparaît néanmoins plus restrictive que la règle anti-BEPS en ce qu'elle nécessite que les opérations réalisées par une entreprise étrangère sur le territoire français soient détachables, par leur nature ou leur mode d'exécution, de ses opérations réalisées à l'étranger.

⁵⁰⁷ Commentaires OCDE, C (5) n°100.

⁵⁰⁸ Pour une étude approfondie de l'impact de ces modifications sur les schémas de planification fiscale des multinationales, et plus particulièrement celles du numérique : cf. *infra*. § 142 et s.

1. La dépendance de l'agent

143. Les conventions fiscales bilatérales, en général, ne contiennent que peu d'éléments concernant les critères de dépendance d'un agent. Seul est mentionné le fait que les courtiers, les commissionnaires ne constituent pas, en raison de leur statut indépendant, un ES de l'entreprise pour laquelle ils agissent⁵⁰⁹. Ainsi, antérieurement aux modifications du modèle de 2017, l'indépendance de l'agent se déterminait au regard de son agissement en son nom propre et de son absence de lien de subordination à l'égard de l'entreprise pour laquelle il agit. Plus précisément concernant les accords de commissionnaire, la conclusion de contrats par l'intermédiaire avec des tierces parties en son nom mais pour le compte du commettant, ne permettait pas de caractériser, à son niveau, un pouvoir d'engager propre à qualifier un agent dépendant du commettant. Cette période semble néanmoins révolue à la lecture de l'article 12 de l'I.M. En effet, la qualification d'un commissionnaire comme agent dépendant ne peut désormais être écartée du seul fait que le commissionnaire conclut des contrats avec des clients en son nom propre et non au nom du commettant. Une approche factuelle de nature économique est ainsi consacrée en considérant que le lien entre le commissionnaire et le commettant est tel que ce dernier est réputé transférer directement aux clients la propriété ou l'usage de biens qu'il possède. Les stratégies d'évitement d'un ES basées sur les arrangements de commissionnaires, et plus précisément le passage d'un contrat de distribution à un accord de commissionnaire ont dès lors vocation à être neutralisées. Conclure à l'indépendance de l'agent entraînera par principe l'exclusion de l'existence d'un ES. Par exception, un ES pourra néanmoins être caractérisé lorsque l'agent indépendant n'agit pas « *dans le cadre ordinaire de son activité* »⁵¹⁰. Un commissionnaire par exemple agissant au-delà de son activité première de vente de biens d'une entreprise en son nom propre, en disposant du pouvoir de conclure des contrats au nom de son commettant, constituera un ES pour cette seconde activité.

144. La dépendance de l'agent peut être déterminée juridiquement ou économiquement. Juridiquement s'il apparaît que le représentant reçoit des directives très précises de la part de l'entreprise et doit disposer systématiquement de son accord avant toute action⁵¹¹. Économiquement s'il apparaît que l'agent agit, en fait, exclusivement ou quasi-exclusivement pour le compte d'entreprises étroitement liées⁵¹². C'est concernant ce deuxième versant de la dépendance, que les

⁵⁰⁹ Cf. par exemple Article 2, par.9, d) de la Convention entre la France et l'Irlande du 21 mars 1968 tendant à éviter les doubles impositions et à prévenir l'évasion fiscale en matière d'impôt sur le revenu.

⁵¹⁰ Article 5, paragraphe 6 du modèle de convention fiscale OCDE 2017.

⁵¹¹ B. GOUTHIERE, *préc.*, p. 335, § 17678.

⁵¹² L'article 5, paragraphe 8 du modèle de convention fiscale, créé par la révision de 2017, procède à un élargissement de la notion de « dépendance » celle-ci devant s'apprécier en droit mais aussi en fonction des faits et circonstances

développements de la révision du modèle de 2017 et l'I.M ont été les plus novateurs. En effet, il est établi un seuil quantitatif en-deçà duquel l'agent sera considéré comme dépendant économiquement. Dès lors, si les ventes conclues par un agent pour des entreprises auxquelles il n'est pas étroitement liés représentent moins de 10 pour cents de l'ensemble des ventes qu'il conclut comme agent agissant pour d'autres entreprises, il doit être considéré comme agissant « *exclusivement ou presque exclusivement* » pour le compte d'entreprises étroitement liées⁵¹³.

2. Le pouvoir de conclure habituellement des contrats au nom de l'entreprise

145. C'est autour de la notion de « pouvoir d'engager » de l'agent que se cristallise la plupart des contentieux en matière d'ES. En effet, les solutions pourront varier selon l'analyse adoptée, quelle soit juridique ou basée sur des circonstances de fait. Cependant et ce même antérieurement à la révision de 2017, les commentaires du comité des affaires fiscales (CAF) se concentraient déjà sur la caractérisation d'un pouvoir d'engagement en fait de l'agent. Preuve en est au regard des paragraphes 32.1 et 33 des commentaires publiés respectivement en 2003 et 2005, qui réputaient remplie la condition du « pouvoir d'engager » lorsque l'agent disposait de la capacité de négocier tous les éléments et détails d'un contrat, et ce sans importance accordée à son lieu final de signature⁵¹⁴. Ces modifications visaient ainsi déjà à neutraliser une approche formaliste de la question de l'habilitation à conclure des contrats dans laquelle un groupe, par la pratique dite du « coup de tampon » (*rubber stamp*), contournait les règles de l'ES « *en autorisant l'agent à négocier tous les éléments du contrat, sauf un* »⁵¹⁵. *A contrario*, la seule participation aux négociations contractuelles par l'agent ne sera pas de nature à qualifier l'existence d'un pouvoir effectif de conclure des contrats au nom de l'entreprise⁵¹⁶. Par ailleurs, le fait, d'une part, que les contrats doivent avoir trait aux activités propres de l'entreprise et, d'autre part, que les pouvoirs soient exercés habituellement par l'agent, excluant leur utilisation de façon occasionnelle⁵¹⁷, constituent encore des conditions pérennes dans la détermination du pouvoir d'engagement de l'agent dépendant.

pertinents : « *Aux fins du présent article, une personne ou une entreprise est étroitement liée à une entreprise si, compte tenu de l'ensemble des faits et circonstances pertinents, l'une contrôle l'autre ou toutes deux sont sous le contrôle des mêmes personnes ou entreprises. Dans tous les cas, une personne ou une entreprise sera considérée comme étroitement liée à une entreprise si l'une détient directement ou indirectement plus de 50 pour cents des droits ou participations effectifs dans l'autre (...)* »

⁵¹³ Commentaires OCDE, C (5) n° 112.

⁵¹⁴ Commentaires OCDE, C (5) n° 32.1 et 33 ancien ; Ces commentaires sont au cœur de contentieux fiscaux récents entre l'administration fiscale française et des entreprises numériques relatifs à la caractérisation d'un agent dépendant, cf. § 266 et s.

⁵¹⁵ OCDE, « Questions soulevées par l'article 5 (établissement stable) du Modèle de Convention Fiscale », 7 novembre 2012, Rapport.

⁵¹⁶ Commentaires OCDE, C (5) n° 33 ancien, repris au n° 97 des commentaires actuels.

⁵¹⁷ Commentaires OCDE, C (5) n° 97.

146. Suite à la révision de 2017, le modèle OCDE dispose désormais que la condition relative au pouvoir d'engagement est remplie « *lorsqu'une personne agit dans un État contractant pour le compte d'une entreprise, et, ce faisant, conclut habituellement des contrats ou joue habituellement le rôle principal menant à la conclusion de contrats qui, de façon routinière, sont conclus sans modification importante par l'entreprise* »⁵¹⁸. Cette modification du cœur même du modèle, alliée à sa reprise par l'article 12 de l'I.M, marque une nouvelle fois la volonté de lutter contre des approches juridiques formalistes, en privilégiant une analyse des pouvoirs de fait de l'agent par rapport à son statut juridique. Dès lors, « *le seul critère juridique (pouvoir de conclure des contrats) semble disparaître au profit d'un critère fonctionnel (rôle principal dans les diligences menant à la conclusion des contrats)* »⁵¹⁹. Pour autant, si un agent dépendant est dorénavant susceptible de constituer un ES d'une entreprise étrangère dès lors que son action a une incidence directe et immédiate dans la conclusion des contrats avec les clients, c'est à la seule condition que l'entreprise étrangère ne modifie pas substantiellement les termes du contrat⁵²⁰. Les commentaires du CAF considèrent en ce sens qu'un agent, au sens du nouvel article 5, doit être réputé disposer d'un pouvoir d'engagement dès lors qu'il sollicite et reçoit des commandes transmises directement à un entrepôt à partir duquel les marchandises appartenant à l'entreprise sont livrées et lorsque cette dernière approuve les transactions par la simple apposition d'une signature sans contrôle substantiel réalisé⁵²¹.

C. L'application au commerce électronique

147. L'installation fixe d'affaires, dans les commentaires de l'OCDE, a fait l'objet du plus grand nombre d'hypothèses d'applications concernant les activités de commerce électronique (1). S'il apparaît étonnant que le CAF ait privilégié l'étude de cette nouvelle forme de commerce par le biais d'une notion fondamentalement matérielle, l'explication se trouve sans doute dans l'inaptitude intrinsèque de la notion d'agent dépendant, deuxième versant de l'ES, à appréhender ce type d'activités (2).

⁵¹⁸ Article 5, paragraphe 5 du modèle de convention fiscale OCDE 2017.

⁵¹⁹ A. LAUMONNIER, *La coopération fiscale entre États dans la lutte contre la fraude et l'évasion fiscales internationales*, Université de Bordeaux, 2017, p. 502.

⁵²⁰ B. GIBERT, F. ROUX, « Convention multilatérale : L'impact des choix de la France en matière d'établissement stable », *Dr.fisc.* n° 27 septembre 2018.

⁵²¹ Commentaires OCDE, C (5) n°89. Dans ce cas de figure, il sera nécessaire de déterminer si l'agent a joué un rôle principal dans la conclusion du contrat, c'est-à-dire si par ses actions il a convaincu la partie tierce de s'engager contractuellement avec l'entreprise étrangère. Si oui, les activités de l'agent dépendant seront constitutives d'un établissement stable, peu importe le lieu de signature des contrats dans un autre pays.

1. L'application de l'installation fixe d'affaires aux activités de commerce électronique

148. Que l'on se trouve face à des activités de commerce traditionnel ou bien électronique, le modèle de convention OCDE et les commentaires du comité prodigent toujours le même raisonnement dans la caractérisation d'une installation fixe d'affaires. La première étape consiste à se prononcer sur l'existence d'éléments matériels, la fixité de l'installation ainsi que sa disposition au profit de l'entreprise **(a)** avant d'envisager les exceptions à la qualification d'ES **(b)**.

a. La matérialité et la fixité de l'installation

149. La matérialité - Se baser sur la matérialité permet d'opérer une distinction entre les équipements informatiques pouvant faire l'objet d'une installation sur un territoire donné et potentiellement constitutifs d'un ES, et les données et logiciels faisant l'objet d'une utilisation par ces équipements. Ainsi, un site web, dépourvu de toute tangibilité et défini comme « *une combinaison de logiciels et de données électroniques* » diffère du serveur défini comme équipement disposant d'une localisation physique et « *sur lequel le site web est hébergé et par l'intermédiaire duquel il est accessible* »⁵²². Avec évidence, le site web ne rentre pas dans la définition de l'installation fixe d'affaires au contraire du serveur, en raison de son caractère matériel⁵²³. Si le modèle OCDE requiert toujours la démonstration d'une matérialité aux fins d'attribution de la compétence à l'État de source, force est de constater qu'il s'écarte dans certaines situations des éléments traditionnels caractéristiques de la présence physique d'une entreprise. En effet, un ES est susceptible d'exister même lorsque l'entreprise n'utilise aucun personnel à l'endroit d'exploitation de l'équipement informatique⁵²⁴. L'intervention humaine par le biais de l'emploi de personnel ne constitue ainsi pas une condition requise⁵²⁵.

150. La fixité - Concernant la condition de fixité, les commentaires indiquent simplement que l'équipement informatique doit être situé au même endroit pendant un « laps de temps suffisant »⁵²⁶. Seul est mentionné le fait que la fixité du serveur ne s'apprécie pas sur sa possibilité de déplacement mais sur son déplacement effectif opéré par l'entreprise⁵²⁷. Il peut être noté que le

⁵²² Commentaires OCDE, C (5) n°123.

⁵²³ Distinction dégagée pour la première fois par le CAF suite à la conférence d'Ottawa sur le commerce électronique en 1998, cf. OECD Committee on Fiscal Affairs, Clarification on the Application of the Permanent Establishment Definition in E-commerce : Changes to the Commentary on the Model Tax Convention on Article 5, December 2000.

⁵²⁴ Commentaires OCDE, C (5) n°127.

⁵²⁵ Ce contrairement à la position française, cf. *infra*. § 252.

⁵²⁶ Commentaires OCDE, C (5) n°125.

⁵²⁷ *Ibid.*

concept d'ES-serveur est directement exposé aux capacités de localisation des équipements en fonction d'un facteur fiscal pour deux raisons. D'une part, une entreprise disposant d'une multitude de serveurs pourra les localiser sans difficulté dans des États à fiscalité privilégiée, l'analyse de l'ES-serveur s'effectuant de manière séparée au niveau de chaque État de source⁵²⁸. D'autre part, ces équipements, en ne requérant peu ou pas d'intervention humaine grâce à la diffusion des technologies de l'information et de la communication (TIC), sont extrêmement mobiles et peuvent donc être localisés selon un facteur fiscal⁵²⁹.

151. La disposition de l'équipement informatique au profit de l'entreprise – L'exemple donné par le modèle OCDE est le suivant : « *Si l'entreprise exerçant une activité par le biais d'un site web a le serveur à sa disposition, par exemple si elle possède (ou loue) et exploite le serveur sur lequel le site web est logé et utilisé, l'endroit où ce serveur est situé peut constituer un établissement stable* »⁵³⁰. Le titre juridique que possède l'entreprise à l'égard du serveur est ainsi sans importance, seul étant requis qu'elle dispose de l'équipement informatique. Pour cette raison, un accord d'hébergement du site web de l'entreprise sur un serveur d'un fournisseur de services informatiques (FSI) ne saurait constituer, en lui-même, une installation fixe d'affaires⁵³¹.

b. Les exceptions à la qualification d'établissement stable dans le commerce électronique

152. Conformément aux principes développés précédemment, la qualification d'ES est écartée dès lors que les opérations de commerce électronique effectuées à l'aide d'un équipement informatique revêtent un caractère préparatoire ou auxiliaire. En principe, assurer un lien de communication entre fournisseurs et clients, faire la publicité de biens ou services, relayer des informations à l'aide d'un serveur miroir ou collecter des données sur le marché pour le compte de l'entreprise constituent des activités qui ne révèlent pas l'existence d'une présence économique de nature à caractériser l'existence d'un ES⁵³². Ce principe est néanmoins tout de suite tempéré lorsque ces fonctions constituent une partie essentielle et significative de l'activité de l'entreprise dans son ensemble et si, bien évidemment, les conditions de matérialité et de fixité de l'équipement sont remplies. Ainsi, une entreprise spécialisée dans la vente de produits sur Internet pourrait être réputée disposer d'un ES au lieu de situation du serveur dès lors que sont exercées à cet endroit les

⁵²⁸ R. DOERNBERG, L. HINNEKENS, W. HELLERSTEIN, « Electronic Commerce and Multijurisdictional Taxation », *IFA - Kluwer Law International*, The Hague, 2001, p.212.

⁵²⁹ D.M PARRILLI, « Grid and Taxation : The server as Permanent Establishment in International Grids », *Interdisciplinary Center for Law and Technology*, 23 août 2008, p.98.

⁵³⁰ Commentaires OCDE C (5), n°124.

⁵³¹ *Ibid.*

⁵³² Commentaires OCDE C (5), n°128.

fonctions typiques liées à la vente. La conclusion de contrats, le traitement des paiements ou bien la livraison des produits effectués même automatiquement par l'intermédiaire de cet équipement excèderaient donc le seuil des activités préparatoires ou auxiliaires⁵³³. De même, une entreprise spécialisée dans l'IAAS (*Infrastructure as a Service*) devrait être considérée comme disposant d'un ES au lieu de situation de son serveur, ce dernier constituant dans cette situation l'élément matériel essentiel du service proposé aux consommateurs. L'absence de déploiement de personnels dans l'État de localisation du serveur devrait ainsi être, au regard des commentaires OCDE, sans incidence sur la qualification d'ES⁵³⁴. Cependant, en dépit des volontés de réformation des cadres de la fiscalité internationale, les récents commentaires du CAF, en cloisonnant l'analyse aux fonctions liées à la vente permettent, dans le domaine des opérations de commerce électronique, de préserver l'application exclusive de la théorie de l'offre dans la répartition de la compétence fiscale, au détriment d'une approche fondée sur la demande de nature à admettre le rôle du marché dans la création de valeur.

2. L'application de la notion d'agent dépendant aux activités de commerce électronique

153. L'application de la notion d'agent dépendant dans ce domaine invite à déterminer la « personne » au sens de l'article 3 du modèle de convention fiscale qui pourrait revêtir une telle qualité. Concernant les fournisseurs de services sur l'Internet (FSI), ces derniers assurent généralement un service consistant en l'hébergement de sites web d'entreprises sur leurs propres serveurs. Dès lors, peuvent-ils constituer des agents dépendants des entreprises qui font du commerce par l'intermédiaire de sites web exploités sur leurs serveurs ?⁵³⁵ La réponse est négative pour deux raisons. Premièrement, les FSI se limitent à un rôle de prestataire de services informatiques sans lien avec une quelconque participation active dans le processus contractuel entre une entreprise et ses clients. Deuxièmement, les FSI ne peuvent être considérés comme dépendants d'une entreprise, tant leurs activités se concentrent sur la fourniture de services à une multitude d'entreprises. Concernant les sites web, il a pu être allégué que le développement de logiciels dits « intelligents » intégrés à ces sites, étaient de nature à permettre une automatisation des fonctions contractuelles au lieu de leur hébergement, justifiant leur qualification d'agent dépendant⁵³⁶. Dans une même mesure, en ce que l'intégration croissante de solutions d'intelligence artificielle autonome

⁵³³ Commentaires OCDE C (5), n°130.

⁵³⁴ Telle n'est pas la position de l'État français qui considère que l'activité réalisée par le serveur revêt un caractère préparatoire ou auxiliaire dès lors qu'aucun personnel de l'entreprise étrangère n'est déployé pour assurer son bon fonctionnement, cf. infra. n°

⁵³⁵ Commentaires OCDE C (5), n°131.

⁵³⁶ F. POINTEVIN-LAVENU, *E-Fiscalité : les règles fiscales à l'ère de la dématérialisation*, Université Panthéon-Assas, Thèse, 2011, p.55.

dans les chaînes de valeur des entreprises multinationales permettrait, par un phénomène de destruction créatrice, l'exercice sur le sol de l'État de source de fonctions automatisées remplaçant les « humains agents dépendants », cet État disposerait d'une légitimité à imposer les bénéfices issus de la réalisation de ces fonctions⁵³⁷. Si ces propositions peuvent paraître séduisantes et de nature à cerner en partie les évolutions de l'économie numérique, elle doivent être rejetées en ce qu'elles s'opposent à l'essence même du modèle de convention OCDE. En effet, le lien entre l'article 3 du modèle OCDE, restreignant l'application aux seules personnes (personnes physiques, sociétés et tous autres groupements de personnes) et le champ d'application personnel du paragraphe 5 de l'article 5 du modèle OCDE, invite assurément à rejeter les possibilités d'attribution de la qualité d'agent dépendant à un site web.

II. Une connexion à nuancer au travers de l'établissement stable de services

154. Si la question de la qualification des prestations de services⁵³⁸ en bénéfices d'entreprises ou en redevances est essentielle et fera l'objet d'une étude précise⁵³⁹, les développements à suivre partiront du postulat que les revenus sont constitutifs de revenus d'entreprise au sens communément admis par les conventions fiscales. Dès lors, naturellement, la question de l'existence d'un ES et plus particulièrement de l'installation fixe d'affaires sera centrale.

155. L'émergence de la notion d'ES de services est révélatrice des volontés d'attribution d'un pouvoir d'imposition accru au profit des États de source. Intégrée pour la première fois en 1980 par l'ONU dans son modèle de convention entre pays développés et pays en développement, le CAF de l'OCDE en a ensuite développé sa propre version dans les commentaires issus de la révision de juillet 2008⁵⁴⁰. Ces évolutions, sous l'angle du modèle OCDE, doivent être étudiées (A) avant de s'intéresser aux spécificités de l'ES de services telles que développées par le modèle de l'ONU (B).

A. L'établissement stable de services dans les commentaires OCDE

156. De manière classique, l'OCDE estime que « *les bénéfices provenant des prestations de services exécutées sur le territoire d'un État contractant par une entreprise d'un autre État*

⁵³⁷ L. DE LIMA CARVALHO, « Spiritus Ex Machina: Addressing the Unique BEPS Issues of Autonomous Artificial Intelligence by Using 'Personality' and 'Residence' », *Intertax*, n° 47, Issue 5, 2019, p. 425.

⁵³⁸ Les trois catégories principales de prestations de services dans le cadre d'activités industrielles et commerciales sont les prestations de services techniques (par exemple réalisation d'études techniques, travaux d'ingénierie ou de développements de logiciels), les prestations commerciales et les prestations administratives.

⁵³⁹ Cf. *infra* § 291 et s. pour une étude de la qualification des revenus issus de l'économie numérique.

⁵⁴⁰ Commentaires OCDE, C (5) n°42.11 à 14, tels qu'ils étaient numérotés suite à la révision du 17 juillet 2008.

contractant ne sont pas imposables dans le premier État s'ils ne sont pas imposables à un établissement stable qui y est situé »⁵⁴¹. Néanmoins, de nombreux États, en développement notamment, ne partagent pas cette vision et sont réticents à voir, dans ce domaine, une imposition exclusive au lieu de résidence en l'absence de caractérisation dans l'État de source d'une installation fixe d'affaires⁵⁴². Le CAF a ainsi tenté d'élaborer une solution d'équilibre en proposant, dans certaines hypothèses délimitées, la caractérisation d'un ES (1). Si cette disposition marque un élargissement de la conception de l'ES, force est de constater qu'elle s'appliquera toujours sous le prisme de la connexion entre intégration économique effective et présence physique (2).

1. Les hypothèses de caractérisation d'un établissement stable de services

157. Deux dispositions alternatives⁵⁴³, dans les commentaires du modèle OCDE, sont de nature à permettre l'existence d'un ES sur le territoire duquel les prestations de services sont exécutées :

« Nonobstant les dispositions des paragraphes 1, 2 et 3, si une entreprise d'un État contractant exécute des prestations de services dans l'autre État contractant

a) par l'intermédiaire d'une personne physique qui est présente dans cet autre État pendant une période ou des périodes excédant au total 183 jours durant toute période de 12 mois et si plus de 50 % des recettes brutes attribuables aux activités d'exploitation actives exercées par l'entreprise au cours de cette ou ces périodes proviennent des prestations de services exécutées dans cet autre État par l'intermédiaire de cette personne, ou

b) pendant une période ou des périodes excédant au total 183 jours durant toute période de 12 mois, et ces prestations de services sont exécutées pour un même projet ou pour des projets connexes par l'intermédiaire d'une ou plusieurs personnes physiques qui sont présentes et exécutent ces prestations de services dans cet autre État

les activités exercées dans cet autre État dans le cadre de l'exécution de ces prestations de services sont réputées être exercées par l'intermédiaire d'un établissement stable (...) ».

158. Cette disposition, novatrice dans son appréhension des bénéficiaires issus de services fournis par des entreprises non-résidentes dans l'État de source, est cependant restrictive dans son champ d'application. En effet, le seuil imposé de recettes brutes imposables à l'activité de la

⁵⁴¹ Commentaires OCDE, C (5) n°132, version actuelle du modèle de convention fiscale.

⁵⁴² Commentaires OCDE, C (5) n°135 : il est de l'avis de ces pays que la numérisation de l'économie, a favorisé à leur détriment, la mise en place par les multinationales de modèles centralisés où les services se voient fournis à distance sans nécessité de présence physique sur leurs territoires.

⁵⁴³ Cette disposition a vocation à s'appliquer dans les hypothèses où l'activité de l'entreprise ne constitue ni une installation fixe d'affaires, ni un agent dépendant. Elle ne saurait dès lors venir modifier les éléments constitutifs des deux versants classiques de l'établissement stable.

personne déployée (50 % par rapport à l'activité de l'entreprise), le seuil temporel (plus de 183 jours sur une période de 12 mois) ainsi que la limitation « *par projet ou pour des projets connexes* », invitent à se questionner sur les réelles possibilités d'existence d'un ES sur le territoire de l'État de source. Concernant cette dernière limitation, il peut être allégué une volonté de traitements similaires entre une entreprise fournissant des services pour un même projet, d'une durée inférieure au seuil de 183 jours, et une autre rendant successivement des services pour des projets distincts, chacun d'une durée inférieure au seuil sus-indiqué. Cette limitation semble pour autant ouvrir la voie à une manipulation facilitée dans l'évitement d'une présence physique sur le territoire de l'État de source : à partir du moment où les projets menés seront considérés comme « distincts »⁵⁴⁴ sans ne jamais dépasser isolément 183 jours, l'imposition de l'entreprise non-résidente, prestataire, s'opérera exclusivement au lieu de résidence. En outre, le seuil temporel de 183 jours n'est pas de nature à refléter dans toutes hypothèses, et plus particulièrement celles des prestations de services, une présence économique de l'entreprise non-résidente prestataire. En effet, la corrélation entre la durée de fourniture de prestations de services sur un territoire et les bénéficiaires en découlant se vérifie, à l'heure actuelle, avec de moins en moins d'acuité⁵⁴⁵.

2. La préservation du critère de présence physique

159. Selon l'OCDE, « *cette imposition ne doit être autorisée que si la présence dans un autre État atteint au moins un certain niveau* »⁵⁴⁶. S'il pouvait être pensé que le CAF dans le droit fil du modèle de l'ONU se détacherait du dogme de la présence physique aux fins d'attribution de la compétence fiscale, il n'en est rien. Les deux dispositions alternatives sont en effet fortement empreintes de ce caractère, exigeant une exécution des prestations de services par l'intermédiaire de personnes physiques présentes sur le territoire de l'État de la source et ce pendant une période de plus de 183 jours sur douze mois. Cette évolution des contours de l'ES se doit ainsi d'être nuancée en ce qu'elle s'inscrit dans les cadres traditionnels de la caractérisation d'une présence physique sur un territoire. À cette fin, l'analyse est portée exclusivement sur le déploiement de l'activité transfrontalière de l'entreprise non-résidente, par des biais matériels et/ou physiques, sans accorder d'importance au lieu de consommation des services fournis. Là encore est préservée l'application exclusive de la théorie de l'offre au détriment de la théorie de la demande.

⁵⁴⁴ Les difficultés se situeront dans la délimitation des adjectifs « connexes » et « distincts ». Pour une définition de l'adjectif « connexe » : « qui est lié à quelque chose d'autre par des rapports étroits, par la similitude ou la dépendance ». Dès lors, cette disposition ne devrait trouver à s'appliquer que dans le cas où les projets dits « connexes » menés par l'entreprise sont liés étroitement à la réalisation d'un projet dit « principal ».

⁵⁴⁵ Commentaires ONU sur l'article 5, § 10, p.109, Modèle de convention concernant les doubles impositions entre pays développés et pays en développement dans sa version 2011.

⁵⁴⁶ Commentaires OCDE, C (5), n°143.

B. L'établissement stable de services dans le modèle de l'ONU

160. La récente révision du modèle de convention fiscale de l'ONU a marqué une évolution importante dans les contours de la notion d'ES de services, étendant de manière significative son champ d'application. Désormais, seule une condition temporelle tenant à la fourniture de services sur un territoire est nécessaire aux fins de caractérisation de l'ES (1). Outre la prédominance du principe de la source que l'ONU continue d'affirmer, le seuil de présence physique n'est pour la première fois pas déterminant pour justifier la répartition internationale de la compétence fiscale. Indéniablement, cette notion traduit une volonté de faire jouer un rôle à la théorie de la demande dans la cristallisation des tensions entre États de résidence et de source (2).

1. L'exigence d'une seule condition temporelle

161. L'article 5, paragraphe 3, b du modèle de convention fiscale ONU, issu de la révision de 2017 dispose :

« The term permanent establishment also encompasses :

The furnishing of services, including consultancy services, by an enterprise through employees or other personnel engaged by the enterprise for such purpose, but only if activities of that nature continue within a Contracting State for a period or periods aggregating more than 183 days in 12-month period commencing or ending in the fiscal year concerned. »

162. La principale modification consiste en la suppression des termes « pour le même projet ou un projet connexe » contenus jusqu'alors dans le modèle. Deux raisons à cette suppression sont avancées par les commentaires de l'organisation. Premièrement, l'interprétation de ces termes, peu évidente lorsque s'enchevêtre la réalisation de plusieurs projets sur un territoire, entraînait des effets indésirables aussi bien du côté des entreprises que des administrations. Ainsi, l'objectif originel de prospérité du commerce international, de l'investissement et du développement assigné aux conventions fiscales bilatérales⁵⁴⁷ était mis à mal par l'emploi de ces termes, en raison de leur caractère éminemment subjectif de nature à favoriser les risques de caractérisation inopportune d'une présence taxable sur un territoire. La révision du modèle ONU s'est dès lors attachée à permettre une caractérisation de l'ES de services exclusivement par le biais d'un seuil temporel, impropre à la manipulation par les multinationales. Deuxièmement, les prestations de services sur un territoire pendant plus de 183 jours sur une année fiscale démontrait l'intégration économique

⁵⁴⁷ Commentaires ONU, Article 5, § 3, n°10.

d'une entreprise non-résidente de nature à attribuer une compétence fiscale, et ce sans importance que les services soient fournis pour divers projets indépendants les uns des autres⁵⁴⁸.

2. L'absence de référence au critère de la présence physique

163. Pour certains pays, notamment en développement, le déploiement par une entreprise étrangère d'une installation fixe d'affaires sur le territoire de l'État de la source ne semble plus constituer une condition pré-requise à l'identification d'un ES de services. Les modifications du droit interne koweïtien⁵⁴⁹ et de l'Arabie Saoudite⁵⁵⁰ en constituent de récentes illustrations. Ces approches impliquent désormais que le seul dépassement d'une condition temporelle dans la fourniture de services par une entreprise non-résidente à destination de leurs consommateurs suffit à la caractérisation d'un ES de services, indépendamment du fait qu'elle y dispose d'une présence physique sur leurs territoires. Un tel mouvement se voit par ailleurs intensifié par la pratique de certaines administrations fiscales de pays en développement qui multiplient les procédures de redressement fiscal aux fins de reconnaissance d'un ES sur leurs territoires. La décision récente d'un tribunal indien en est un exemple avec une appréciation très extensive de la notion d'ES, similaire à celles du droit koweïtien et saoudien⁵⁵¹. Comme l'a noté la juridiction, la présence physique d'une entreprise n'est pas pertinente pour déterminer l'existence d'un établissement de services sur le territoire de l'État de source. L'analyse doit dès lors uniquement se focaliser sur la fourniture de services par l'entreprise non-résidente pendant une certaine période (en l'espèce plus de 9 mois sur une année). Cette décision, en permettant l'existence d'un ES de services sans exercice d'une activité économique par l'intermédiaire d'une installation fixe d'affaires sur le territoire de l'État de source, ne contrevient toutefois pas au modèle ONU. En effet, au regard de la définition donnée par le modèle ONU à l'article 5, paragraphe 3, b, l'exécution temporelle des services pendant plus de 183 jours sur une année fiscale semble constituer le seul et unique critère⁵⁵².

164. Au-delà des impacts pratiques, cette mesure reflète à titre théorique un changement de paradigme dans le travail de caractérisation d'un lien taxable entre une entreprise étrangère et un territoire. Considérer que la source des revenus en matière de prestations de services se situe au lieu de leur consommation ou de leur utilisation implique un bouleversement majeur des cadres

⁵⁴⁸ Commentaires ONU, Article 5, § 3, n°12.

⁵⁴⁹ EY Global Tax Alert, Kuwait Tax Authorities Adopt « Virtual Service PE », 21 septembre 2015.

⁵⁵⁰ EY Global Tax Alter, Saudi Arabian Tax Authorities Introduce Virtuel Service PE Concept, 30 July 2015.

⁵⁵¹ ABB FZ-LLC v. Deputy Commr. Of Income tax (International taxation) [2017] 83 taxmann. Com 86.

⁵⁵² Pour un avis contraire considérant que la caractérisation d'un ES de services nécessite la réunion d'une condition physique et temporelle, cf. U. RISHNAN, M. YAPPAN, « Virtual Permanent Establishments : Indian Law and Practice », *Intertax*, 2018, Volume 46, Issue 6/7, p. 520.

traditionnels de la fiscalité internationale⁵⁵³. En effet, la conception ONU de l'ES de services se détache des fondements théoriques justifiant la compétence fiscale de l'État de source en matière de revenus actifs. Dès lors, par son caractère globalisant quant à la nature des prestations de services concernées, la notion d'ES de services est de nature à permettre à un État de disposer d'une compétence fiscale à l'égard d'une entreprise étrangère alors qu'il ne constitue aucunement le lieu de la production de richesse pour cette entreprise. La contrariété est ainsi frontale avec le principe d'origine selon lequel un État ne saurait disposer d'un droit d'imposition en matière de revenus actifs à l'égard d'une entreprise que lorsque celle-ci déploie sur son sol des facteurs de production. Dans cette mesure, l'analyse des multiples facettes des processus de création de valeur des modèles d'affaires numériques apparaît indispensable pour réaliser l'objectif du projet BEPS d'unir étroitement le lieu de création de valeur et le lieu de paiement de l'impôt.

Paragraphe 2 : Une déconnexion entre intégration économique effective et présence physique dans le cadre d'une économie numérisée

165. La compréhension fine des modèles d'affaires des multinationales du numérique est impérative pour se prononcer sur l'éventuelle obsolescence de la notion de *nexus* et des règles d'allocation du profit⁵⁵⁴. S'il est unanimement partagé qu'une entreprise peut désormais réaliser des profits substantiels sur un territoire sans y disposer d'une présence physique, les développements consacrés à la multiplicité des moyens intangibles de production et surtout à leur importance dans le processus de création de valeur apparaissent plus confus et divergents. Dès lors, dans un souci de clarté et de positionnement sur la nature des réformes du cadre fiscal international à adopter, un effort de catégorisation des multinationales, basé sur le critère de la numérisation⁵⁵⁵ des activités, doit être mené. En dépit du fait que la distinction entre économie numérique et économie traditionnelle soit de plus en plus difficile à opérer, tant la première irrigue les secteurs de la seconde⁵⁵⁶, l'analyse des modèles d'affaires numériques récents font ressortir, seulement pour certains d'entre-eux, une inadaptation des notions actuelles à opérer une répartition adéquate des droits d'imposition. Alors qu'il est souvent avancé que la numérisation de l'économie n'a pas encore produit l'entièreté de ses effets et pourrait dans les années à venir entraîner des bouleversements

⁵⁵³ N. RASTOGI, S. C. RUCHELMAN, « The changing face of service permanent establishments », *Insights*, 2017, Vol. 4, n° 10, p. 13.

⁵⁵⁴ La notion de « modèle d'affaires » a classiquement pour but de décrire la création et la capture de valeur par une entreprise aux fins de la transformation en profits. Cette description s'accompagnera de l'étude d'une notion qui lui est intimement liée à savoir la « chaîne de valeur », cf. *infra*. § 166 et s.

⁵⁵⁵ OCDE, *Les défis fiscaux soulevés par la numérisation de l'économie – rapport intérimaire 2018 : Cadre inclusif sur le BEPS*, 2018, p. 25 et s. : les travaux de l'organisation opèrent une catégorisation entre les entreprises à forte composante numérique et les autres. Les caractéristiques communes des premières posent les défis fiscaux systémiques les plus importants (cf. *infra*. § 170 et s.)

⁵⁵⁶ OCDE, *Op.cit.*, p. 11.

sociétaux et économiques encore plus majeurs, de nombreuses caractéristiques communes, pérennes et pertinentes d'un point de vue fiscal, peuvent néanmoins être dressées à l'égard des multinationales du numérique⁵⁵⁷. Ces caractéristiques, induisant une déconnexion entre l'intégration économique effective des multinationales sur un territoire et leur présence physique, portent sur les facteurs de production à l'origine de la création de valeur (**I**) et sur le déploiement international des activités, l'émancipation des contraintes spatio-temporelles étant de plus en plus marquée (**II**).

I. Une déconnexion au regard du processus de création de valeur numérique

166. En raison de la grande diversité des processus de création de valeur, il est nécessaire d'opérer une classification pour pouvoir en tirer des conséquences fiscalement. En effet, les difficultés des cadres de la fiscalité internationale à appréhender la création de valeur numérique semblent proportionnelles à l'intensité de la « numérisation » d'une activité. En d'autres termes, à plus l'activité de l'entreprise est tributaire du numérique, à plus les transformations affectant l'organisation de la fonction de production sont importantes. Ainsi, par-delà la déconnexion qu'induit la création de valeur numérique entre présence économique et présence physique sur un territoire, une mutation d'un autre ordre, liée à l'identité des acteurs impliqués et à leur importance dans le processus de création de valeur, se construit. La chaîne de valeur (**A**) et les modèles de réseaux et d'ateliers de valeur (**B**), classifiés par ordre croissant de pénétration du numérique dans l'activité de l'entreprise, apparaissent dès lors nécessaires dans la retranscription de cette évolution.

A. La chaîne de valeur dans la description de la création de valeur numérique

167. La compréhension du processus de création de valeur et des mutations dont il fait l'objet depuis maintenant plusieurs décennies ne peut se faire économe des travaux de M.E PORTER sur la chaîne de valeur⁵⁵⁸. Ces derniers, en modélisant les différentes séquences de l'activité de l'entreprise amenant à la création de valeur, peuvent toujours être mobilisés à l'égard de certaines entreprises que nous considérerons comme simplement numérisées (**1**). Néanmoins, certaines caractéristiques de l'économie numérique, liées à son immatérialité, remettent en cause la pertinence de la décomposition séquentielle du processus de production décrite dans ce modèle (**2**).

⁵⁵⁷ L'incertitude qui prédomine dans l'économie du 21^{ème} siècle, liée à l'innovation technologique et aux évolutions du marché amènent à considérer que les modèles d'affaires sont provisoires. Néanmoins, malgré les adaptations dont ils peuvent faire l'objet, leurs principales caractéristiques, pertinentes d'un point de vue fiscal, resteront intactes.

⁵⁵⁸ M.E. PORTER, *Competitive Advantage, Creating and Sustaining Superior Performance*, The Free Press, New York, 1985.

1. Éléments constitutifs de la chaîne de valeur

168. La chaîne de valeur constitue une théorie fondamentale dans l'évaluation et l'amélioration des avantages concurrentiels d'une entreprise, en permettant une analyse séquentielle des différentes activités créatrices de valeur⁵⁵⁹. De la logistique interne à la fourniture de services complémentaires au produit vendu, « *l'entreprise dispose d'un outil pour identifier les maillons où elle peut améliorer sa productivité, réduire ses coûts, transformer une source de coûts en source de profit et, surtout, augmenter la création de valeur en élaborant un business model* »⁵⁶⁰. Ce modèle, dans sa description du processus de création de valeur, s'adapte particulièrement aux activités d'entreprises manufacturières verticalement intégrées où « *les intrants sont convertis en extrants de façon séquentielle* »⁵⁶¹. Créer de la valeur dans le modèle de Porter s'effectue ainsi de manière binaire en proposant soit une offre de produits justifiant un prix plus élevé soit en en réduisant les coûts.

2. Les limites de la chaîne de valeur dans une économie numérisée

169. Deux limites peuvent être présentées quant à la capacité du modèle de Porter de faire état de la multiplicité des processus de création de valeur des modèles d'affaires des multinationales. Premièrement, le rôle central joué par l'information dans une économie numérisée va à l'encontre d'une étude séquentielle des activités d'une entreprise dans la création de valeur. Le modèle de Porter doit dès lors être affiné pour y intégrer les aspects virtuels de l'activité de l'entreprise. À cet effet, la chaîne de valeur virtuelle permet la prise en compte de la notion d'information, véritable dénominateur commun des activités virtuelles des entreprises⁵⁶². En effet, l'information, en irriguant l'ensemble des étapes du processus de production de l'entreprise, ne doit pas être simplement considérée comme un élément support de la chaîne de valeur mais doit se voir reconnaître la qualité

⁵⁵⁹ *Ibid.*, (chercher la page : c'est le chapitre 2 où l'auteur explique cela) : La chaîne de valeur de PORTER est constituée de cinq activités principales (logistique interne, production, logistique externe, commercialisation et vente, service) et de quatre activités de soutien (infrastructure de la firme, gestion des ressources humaines, développement technologique et approvisionnements).

⁵⁶⁰ C. VADCAR, « Création de valeur dans l'économie numérique – Transformer l'action économique », *Institut Friedland*, 2017, p. 10.

⁵⁶¹ OCDE, *Op.cit.*, p. 38, par. 70 : il est important de noter que les modèles d'affaires pouvant s'apparenter à une chaîne de valeur ne sont pas exclusivement des entreprises produisant des biens matériels. Pour exemples, des multinationales telles que Sony (production de jeux), Microsoft (production de logiciels) ou encore Netflix (production de contenus originaux) s'apparentent pour ces lignes d'activités spécifiques à des chaînes de valeur en raison de la linéarité de leur processus de production.

⁵⁶² J.F RAYPORT, J. SVIOKLA, « Exploiting the Virtual Value Chain », *Harvard Business Review*, November December 1995, p. 1-2 : les travaux des auteurs ne divergent pas fondamentalement du modèle de Porter. Plutôt, ils font état dans le monde des affaires de la réalité d'un nouveau monde virtuel, dénommé « market-space », qui gagne en importance par rapport au monde physique, « marketplace », à mesure que les technologies de l'information se diffusent dans l'économie.

de source de valeur à part entière⁵⁶³. Ainsi, au-delà des activités principales décrites dans la chaîne de valeur traditionnelle, les activités de collecte, d'organisation, de sélection et de diffusion de l'information constituent des facteurs, d'une part, d'augmentation de la profitabilité d'une entreprise et, d'autre part, de transformation de leurs stratégies⁵⁶⁴.

Deuxièmement, le modèle de Porter apparaît d'une applicabilité limitée à l'égard des modèles d'affaires basés sur la fourniture de services. Peu importe que les services soient fournis par une entreprise à forte composante numérique ou non, se baser uniquement sur la transformation d'intrants en extrants aux fins de détermination de la création de valeur s'avère peu adapté à ce type d'activités. Dès lors, ce ne sont plus tant les questions de savoir « *Qu'est ce qui est reçu, qu'est-ce qui est produit et qu'est-ce qui est expédié ?* »⁵⁶⁵ qui sont importantes, mais plutôt de déterminer les éléments qui font que dans une économie numérisée, la linéarité des processus de production ne se vérifie plus avec la même acuité. À cette fin, d'autres modèles de description de la création de la valeur doivent être mobilisés.

B. Les modèles de réseaux et d'ateliers dans la description du processus de création de valeur

170. L'extension des réflexions sur les processus de création de valeur ont permis de combler les lacunes aussi bien d'ordre théorique que pratique de la chaîne de valeur. En effet, les modèles de réseaux (1) et d'ateliers de valeur (2) constituent les outils les plus à même de décrire la création de valeur dans une économie numérisée. Tandis que le premier est de nature à englober les modèles d'affaires des entreprises à forte composante numérique et de retranscrire les enjeux d'une « *plateformisation* » de l'économie⁵⁶⁶, le second permet, en raison de ses capacités de modulation, de disposer d'une vision prospective concernant les moteurs de profit des activités de ce que certains dénomment, l'industrie 4.0 ou de la quatrième révolution industrielle⁵⁶⁷.

⁵⁶³ C'est concernant le rôle de l'information dans le processus de création de valeur que la plus importante différence à lieu entre le modèle de PORTER et les développements liés aux activités virtuelles de l'entreprise de RAYPORT et SVIOKLA. Si PORTER a considéré que l'information pouvait constituer un support des activités principales des entreprises en augmentant leur efficacité, Rayport et Sviokla ont démontré que l'utilisation de l'information pouvait constituer en soi une création de valeur pour le consommateur et in fine pour l'entreprise : *Ibid.* : « *However, Federal Express Corporation recently did just that by allowing customers to track packages through the company's World Wide Web site on the Internet. Now customers can locate a package in transit by connecting on-line to the FedEx site and entering the airbill number. After the package has been delivered, they can even identify the name of the person who signed for it. Although FedEx provides this service for free, it has created added value for the customer—and thus increased loyalty—in a fiercely competitive market.* »

⁵⁶⁴ OCDE, *Op.cit.*, p. 38, par. 68.

⁵⁶⁵ C.B STABELL, D. FJELDTSAD, « Configuring Value for Competitive Advantage : On Chains, Shops, and Networks », *Strategic Management Journal*, 1998, vol. 19, n° 5, p. 414.

⁵⁶⁶ Se dit du mouvement d'hyper-présence de certaines plateformes numériques d'un point de vue économique et social. En font partie des multinationales telles que Google, Amazon, Airbnb, Blablacar, Uber etc...

⁵⁶⁷ K.SCHWAB « The Fourth Industrial Revolution: What it Means and how to Respond », *Foreign Affairs*, 12 décembre 2015 : « *L'avènement de l'économie collaborative, associée à l'intelligence artificielle, aux mégadonnées et à l'impression en 3D, constitue une sorte de quatrième révolution industrielle* » (traduction).

1. Le modèle de réseau de valeur

171. La configuration du processus de création de valeur autour du concept de « réseau de valeur » fait ressortir deux des éléments caractéristiques principaux des entreprises à forte composante numérique : la mise en relation des utilisateurs du service numérique par le biais d'une technologie d'intermédiation **(a)** et l'extériorité des facteurs de production **(b)**. La notion de plateforme numérique constitue la synthèse de ces éléments. Elle est fondamentale car modifie, d'une part, les manières de créer de la valeur et, d'autre part, les acteurs parties à son processus.

a. L'intermédiation dans la création de valeur numérique

172. Théorisée par STABELL et FJELDSTADT, les réseaux de valeur numérique reposent essentiellement sur une technologie d'intermédiation facilitant les échanges entre utilisateurs finaux⁵⁶⁸. Il est alors considéré que la valeur se crée en raison de cette mise en relation par l'entreprise, sans laquelle les transactions entre les utilisateurs ou leurs contributions n'auraient pu avoir lieu. La majeure différence avec la chaîne de valeur se situe dans l'exécution temporelle des activités principales : tandis que les activités de la chaîne sont exécutées selon un modèle séquentiel, les activités de promotion du réseau, de prestations de services et de fonctionnement de l'infrastructure se chevauchent entre elles, avec comme facteur commun à leur exécution, l'analyse des données recueillies et la contribution des utilisateurs du réseau⁵⁶⁹. Il peut être regroupé dans cette catégorie, les réseaux sociaux, les moteurs de recherche ou encore les opérateurs permettant aux utilisateurs d'échanger entre eux qui constituent tous, à un certain point de maturation, des plateformes.

173. Une plateforme numérique peut se définir comme « *un service occupant une fonction d'intermédiaire dans l'accès aux informations, contenus, services ou bien édités ou fournis par des tiers. Au-delà de sa seule interface technique, elle organise et hiérarchise les contenus en vue de leur présentation et leur mise en relation aux utilisateurs finaux* »⁵⁷⁰.

Si le rôle d'intermédiaire d'une entreprise entre l'offre et la demande n'est pas nouveau en ce qu'il se retrouve dans des domaines plus traditionnels tels que les secteurs financiers, ou médiatiques pour le volet publicitaire, la numérisation de l'économie en a permis fortement

⁵⁶⁸ C. B. STABELL, D. FJELDSTADT, *Op.cit.*, p. 427.

⁵⁶⁹ *Ibid.*, p. 428 : « *A concurrent and layered set of activities is required to service efficiently a random need for mediation services between a large number of customers [...] The simultaneous and layered performance of activities implies strong reciprocal as opposed to sequential interdependence between primary activities.* »

⁵⁷⁰ Conseil National du Numérique, « Rapport Ambition numérique : pour une politique française et européenne de la transition numérique », 2015, p. 395.

l'élargissement. L'observation de l'organisation des principales multinationales du numérique confirme cela en ce que leurs modèles se basent essentiellement sur une logique réticulaire promouvant une interaction entre les utilisateurs situés sur différentes faces du modèle⁵⁷¹. Plus précisément, la structure des modèles de « réseaux de valeur » est susceptible de se diviser en deux grands ensembles en fonction du type de consommateurs que la plateforme numérique est censée atteindre dans son activité. En effet, alors que dans les modèles *Business to Business to Consumer* (B2B2C), la plateforme numérique co-produit avec une entreprise un service dans le but de maximiser la valeur d'usage des consommateurs, les modèles *Business to Consumer to Business* (B2C2B) sont conçus dans l'objectif d'atteindre ultimement des entreprises utilisatrices, prêtes à rémunérer la plateforme pour les services qu'elle propose de ciblage publicitaire de sa base utilisateurs/consommateurs⁵⁷². Les plateformes se trouvent ainsi en situation de tirer partie de l'ensemble de ces interactions en profitant d'effets de réseau directs, source d'externalités positives. La loi de METCALFE retranscrit ce phénomène en considérant que l'utilité d'un réseau est proportionnelle au carré du nombre de ses utilisateurs⁵⁷³. Pour cette raison, les modèles d'affaires des plateformes numériques (réseaux sociaux, modèles de publicité en ligne) reposent majoritairement sur la gratuité de leurs services dans le but premier d'atteindre un nombre suffisant d'utilisateurs. Ce n'est que dans un second temps, en raison des externalités positives des utilisateurs, que le financement du service pourra être effectué par l'autre versant du modèle (annonceurs désireux de disposer d'un espace publicitaire, vente de prestations de ciblage publicitaire...)⁵⁷⁴. Dès lors, si les TIC ont permis une métamorphose des chaînes de valeur au profit de la relation-client, les plateformes numériques ont franchi une étape supplémentaire en octroyant aux clients/utilisateurs un rôle prépondérant dans la création de valeur qu'ils n'avaient jusqu'ici jamais eu. Indéniablement, les activités des multinationales sont centrées sur le client, dans un but de satisfaction de son expérience utilisateur ou bien d'extraction de ses informations personnelles. Désormais, la chaîne de valeur se transforme en boucle de valeur, avec en son centre, le client.

571 Pour une étude approfondie de la théorie des « marchés bi-faces » ou « multi-faces », J-C. TIROLET, J. TIROLE, « Two-sided Markets : a Progress Report », 37 *The Rand Journal of Economics*, 2006, p. 645-667.

572 S. BURIK, « A New Taxing Right for the Market Jurisdiction : Where are the Limits ? », *Intertax*, Issue 3, 2020, p. 308-309.

573 C. SHAPIRO, H. R. VARIAN, *Information Rules : A Strategic Guide to the Network Economy*, Harvard Business Press, 1999, vol. 30, n °2.

574 Ce type d'externalités retranscrit la mise en relation par une plateforme d'agents interdépendants (acheteurs/vendeurs, annonceurs/audiences...). Dans ce cas de figure, les effets de réseaux seront considérés comme croisés car l'utilité de la plateforme pour une face du modèle augmentera en fonction du nombre d'agents présents sur l'autre face. V. pour une explication plus détaillée des logiques bi-face et multi-faces des plateformes : Renaissance Numérique, « Plateformes et dynamiques concurrentielles », Septembre 2015, p. 6 et s.

b. L'extériorité des facteurs de production

174. Les vecteurs de création de valeur pour les entreprises numériques sont multiples. Au côté des facteurs classiques de production, émergent des facteurs nouveaux, extérieurs à l'entreprise, dont l'importance ne cesse de croître à mesure que les NTIC se diffusent dans l'économie. Vue comme une externalité positive, la captation de valeur se fait désormais en dehors des frontières de l'entreprise, par l'action entrecroisée de millions d'individus, équipés et connectés, formant ensemble ce que certains auteurs dénomment la « multitude »⁵⁷⁵. La mise en place de relations contractuelles entre entreprises et utilisateurs n'est plus un préalable nécessaire à la formation d'un profit : le simple passage d'un individu, désintéressé, sur un site web laisse de précieuses informations susceptibles d'être collectées, traitées et revendues par des plateformes à des annonceurs soucieux d'affiner leur ciblage publicitaire. Partir du postulat que la création de valeur n'a plus lieu exclusivement dans les frontières internes à l'entreprise n'épuise cependant pas les débats qui touchent à l'appréhension des bénéfices issus des activités numériques. Dès lors, comment attribuer de la valeur à cette multitude d'interactions permise par les plateformes numériques d'intermédiation ? Si l'impossibilité de quantification de ces interactions et le caractère exclusivement immatériel de l'espace sur lequel elles s'opèrent, défient notre conception traditionnelle de la valeur, il est néanmoins possible de dégager des facteurs communs, pouvant faire l'objet d'une application concrète et pondérée selon leur importance dans le processus de création de valeur⁵⁷⁶.

175. Les données issues de l'activité des utilisateurs, qualifiées de personnelles⁵⁷⁷, sont le flux essentiel de l'économie du XXIème siècle et plus précisément la ressource commune au cœur des modèles d'affaires des multinationales du numérique⁵⁷⁸. Leur collecte en permettant l'amélioration de la performance de l'application et la personnalisation, aussi bien de l'expérience personnelle de l'utilisateur que de ses interactions avec ses pairs, joue un rôle direct dans la création de valeur⁵⁷⁹. L'exemple de Google est à ce titre caractéristique : l'ensemble des activités principales

⁵⁷⁵ N. COLIN, H. VERDIER, *L'âge de la multitude – Entreprendre et gouverner après la révolution numérique*, Armand Colin, 2ème édition, 2015, p. 13 : « S'il est un pétrole du XXIème siècle bien plus que les données – qui ne sont qu'un médium- c'est la multitude elle-même ».

⁵⁷⁶ V. notamment les développements sur l'ES virtuel, Partie 2, Titre 2, Chapitre 1.

⁵⁷⁷ Trois types de données personnelles existent et font l'objet d'une exploitation par les entreprises : les données observées (recueil de traces de navigation), soumises (font l'objet d'une saisie par l'utilisateur lui-même) ou inférées (déduites des possibilités de recoupement des algorithmes), V. n° et s. pour une étude approfondie de la valeur à leur attribuer.

⁵⁷⁸ Boston Consulting Group, *The Value of our Digital Identity*, novembre 2012 : les données personnelles collectées auprès des clients européens constituaient déjà une valeur de plus de 315 milliards d'euros avec une estimation du poids de ces données de 8 % du PIB européen en 2020.

⁵⁷⁹ P. COLLIN, N. COLIN, *Mission d'expertise sur la fiscalité du numérique*, Rapport remis au Ministre de l'économie

du réseau de valeur telles que théorisées par STABELL et FJEDSTAT, est impactée par la collecte des données, leur traitement et leur valorisation auprès de tiers. En effet, l'algorithme Page Rank ne pourrait être performant dans l'indexation d'un indice de pertinence à des pages Web sans l'infinité de clicks effectués chaque seconde par les utilisateurs du moteur de recherche. Le constat est le même à l'égard de la régie AdWords dont le fonctionnement correct apparaît largement lié au ciblage fin des préférences des utilisateurs. Là encore, seules les traces laissées au fil des sites Web parcourus permettent de dresser le portrait d'un potentiel consommateur. Finalement, il apparaît que dans les modèles d'affaires d'entreprises à forte composante numérique⁵⁸⁰, l'utilisateur peut participer de deux manières au processus de création de valeur de l'entreprise : tantôt de manière passive au regard des données qu'il soumet ou qui sont observées par la plateforme, tantôt de manière active en participant à la chaîne de valeur⁵⁸¹. Dans cette deuxième hypothèse, l'économie numérique au contraire de l'économie traditionnelle, de nature consumériste, constitue « *une économie contributive, dans laquelle les utilisateurs d'applications sont aussi, par leurs contributions ascendantes, des auxiliaires de la production et de la distribution* »⁵⁸². L'utilisateur devient désormais acteur dans la création de contenus et est ainsi considéré dans certains modèles d'affaires comme un véritable « collaborateur-partenaire » dans l'amélioration des services proposés par une plateforme⁵⁸³. À ce titre, quel intérêt pourrions-nous trouver à des plateformes d'hébergement, telles que Youtube sans les millions de contenus originaux publiés par les usagers ? Indéniablement, cette nouvelle forme de contribution que certains dénomment « travail gratuit »⁵⁸⁴ met au centre l'usager dans la création de valeur. Vient dès lors à l'esprit la délicate question de la pondération des éléments clés de valeur : qui de l'algorithme ou des contributions actives et passives des usagers doit se voir reconnaître le plus de valeur aux fins d'imposition ?⁵⁸⁵

des Finances, janvier 2013, p. 52.

580 Les plateformes de médias sociaux, les moteurs de recherche ainsi que les places de marchés virtuelles peuvent être cités comme les modèles d'affaires où la collaboration des utilisateurs et leur participation active sont au centre de la création de valeur.

581 OCDE, *Op.cit.*, p. 60, par. 148 : l'OCDE identifie trois types de participation active des utilisateurs selon leur intensité : faible, moyenne ou élevée. Faible avec une action de marquage de page, moyenne dans l'attribution d'une note destinée à informer d'autres utilisateurs sur un restaurant ou un lieu (Tripadvisor) ou forte lorsque l'utilisateur contribue directement à l'agrandissement du réseau de la plateforme (Facebook avec les ajouts d'amis).

582 P. COLLIN, N. COLIN, *préc.*, p. 52.

583 C.K PRAHALAD, V. RAMASWAMY, « Co-Opting Customer Experience », *Harvard Business Review*, janvier-février 2000 : la notion de « co-création » en constitue une autre illustration dans laquelle l'utilisateur d'une application va s'adonner à des contributions volontaires qui pourront ensuite être converties de diverses manières en valeur par la plateforme-hôte. Wikipédia en constitue l'exemple le plus illustratif.

584 V. notamment pour une autre appellation du « travail gratuit », la notion de « capitalisme cognitif » : Yann MOULIER-BOUTANG, *Transformation de la valeur économique, de son appropriation et de l'impôt*, in T. BERNS, J.- C. DUPONT et M. XIFARAS (éd.), *Philosophie de l'impôt*, Bruylant, 2006.

585 La réponse à cette question s'effectuera au travers de l'étude des règles de répartition des profits au sein d'une entreprise multinationale, cf. notamment Partie 2, Titre 2, Chapitre 1.

2. Le modèle d'atelier de valeur

176. De manière générale, le modèle d'atelier de valeur numérique correspond pour une entreprise, suite à l'identification des besoins d'un client, à lui apporter une solution personnalisée, fondée sur une utilisation intensive des TIC. Ces activités, dans leur finalité de satisfaction des besoins d'un client, s'avèrent ainsi particulièrement proches de celles de vente et de marketing menées dans le cadre d'une chaîne de valeur. STABELL et FJELDSTADT identifient cinq activités principales dans les ateliers de valeur : la constatation et l'appropriation des problèmes, la résolution de problèmes, le choix, l'exécution et en dernier lieu le contrôle et l'évaluation de la solution apportée au client⁵⁸⁶. Cette troisième configuration de la création de valeur permet d'englober des modèles d'affaires numériques sans équivalent dans le secteur traditionnel. Par exemple, les entreprises d'informatique en nuage proposent des services innovants à leurs clients, basés sur une utilisation intensive de la technologie qui ne pourraient prospérer sans une forte intégration des TIC dans les processus de création de valeur⁵⁸⁷. En effet, ces dernières, en permettant aux entreprises d'externaliser leur activités informatiques sur des réseaux de serveurs à distance plutôt que d'investir massivement dans l'achat ou la location de serveurs locaux jouent « *un rôle fondamental dans la numérisation accélérée [...] de l'ensemble de l'économie* »⁵⁸⁸.

II. Une déconnexion au regard du déploiement international des activités des multinationales

177. L'une des principales caractéristiques communes des modèles à forte composante numérique consiste dans la capacité des multinationales à pénétrer économiquement de manière effective des territoires sans pour autant y déployer de la masse physique (A). Deux facteurs d'inégale importance sont à l'origine de cette capacité : la mondialisation mais aussi et surtout la dématérialisation de l'économie qui, du fait de l'émergence des NTIC, a permis l'émancipation des contraintes spatio-temporelles jusque là présentes dans la conduite internationale des activités économiques. L'entreprise du numérique décrite alors comme « organisation virtuelle »⁵⁸⁹ revêt un caractère inégalé de flexibilité et de souplesse. En son centre, une nouvelle fois, les NTIC qui en même temps qu'elles permettent une meilleure réticulation des activités créatrices de valeur entraînent, dans une recherche de compétitivité, un resserrement des activités sur les fonctions dites

⁵⁸⁶ C. B. STABELL, D. FJELDSTADT, *Op.cit.* n° 208, p. 423 et s.

⁵⁸⁷ OCDE, *Op.cit.*, par. 89, p. 44.

⁵⁸⁸ *Ibid.*, p. 81, par. 223.

⁵⁸⁹ V. entre autres pour des écrits théorisant « l'organisation virtuelle » et ses implications dans la mutation des structures organisationnelles des entreprises, R. MEISSONNIER, *Organisations virtuelles : Conceptualisation, Ingénierie et pratiques*, Thèse, 2000 ; F. N. CRANDALL, J. WALLACE, « Inside the virtual workplace : forging a new deal for work and rewards », *Compensation & Benefits Review*, Vol. 29, n°1, p. 27-36.

essentielles. Pour ces raisons, l'importance de la composante territoriale dans le déploiement des activités des multinationales tend à être relativisée (**B**). Cependant, si la force du concept de territorialité est amoindri par l'ensemble de ces évolutions, certains de ses fondements restent pertinents dans le rattachement de la matière imposable numérique à un territoire donné.

A. La portée internationale sans masse (*scale without mass*)

178. S'il existe un consensus entre l'ensemble des pays de l'OCDE concernant l'essentialité de ce caractère dans la création de valeur⁵⁹⁰, l'analyse concrète des modèles d'affaires des principales entreprises du numérique révèle de fortes différences dans le déploiement de leurs activités sur un territoire. En effet, l'intensité de la portée internationale sans masse varie considérablement selon le type d'activités numériques en cause (**1**). Dès lors, les problématiques fiscales soulevées divergeront et ne pourront amener à des réponses uniformes. Il est néanmoins une caractéristique commune à l'ensemble de ces entreprises : la prépondérance des actifs incorporels dans la création de valeur (**2**).

1. L'intensité du *scale without mass* au regard des modèles d'affaires du numérique

179. La déconnexion entre intégration économique effective et présence physique d'une entreprise sur un territoire est le fruit d'une action positive, stratégique des multinationales rendue possible par le double mouvement de mondialisation et de numérisation de l'économie.

Premièrement, l'émergence des chaînes de valeur mondiale a vu l'adoption par les multinationales de stratégies de localisation des maillons de production dans le but essentiel de générer plus de profitabilité, avec une attribution majoritaire de la valeur aux activités de R&D et de distribution, et corrélativement une attribution infime de valeur à l'étape de fabrication⁵⁹¹. Ce mouvement de rationalisation de la production, aux fins de bénéficier des avantages situés dans le pays hôte (coûts de production faibles) se prêtait aisément à une économie matérielle, séquentielle où les processus productifs pouvaient faire l'objet d'une décomposition internationale⁵⁹².

⁵⁹⁰ OCDE, *Op.cit.*, p. 27, par. 36 : la portée internationale sans masse et les actifs incorporels constituent des éléments essentiels dans le processus de création de valeur des multinationales du numérique, et désormais dans une plus large mesure à l'égard de l'ensemble des multinationales. En revanche, aucun consensus n'existe dans le rôle que joue la participation des utilisateurs et leurs données recueillies dans le processus de création de valeur.

⁵⁹¹ L'exemple d'Apple avec l'Iphone est à ce titre évocateur. L'assemblage des différents composants de l'iphone a été confié en Chine à Foxconn, une firme taiwanaise. Pour cette activité, la firme ne se voit attribuer que 4 % de la valeur ajoutée. L'essentielle de la valeur se trouve ainsi répartie entre les États-Unies (conception), la France, l'Italie et l'Allemagne (électromécanique et système de mise en veille), ainsi que le Japon et la Corée du Sud (écran tactile et processeur).

⁵⁹² W. ANDREFF, « La déterritorialisation des multi-nationales : firmes globales et firmes réseaux », *Cultures et Conflits*, 21-22, 1996, p. 4 : « Plus un produit est complexe, plus il contient de composants qui peuvent être fabriqués de façon autonome les uns des autres, plus il offre de possibilité de décomposition internationale du processus productif, et plus la multinationale peut associer deux décisions : celle de segmenter les opérations de

Deuxièmement, l'essor des TIC et leur intégration dans les chaînes de valeur mondiale constituent un autre bouleversement majeur dans le déploiement des activités des multinationales. En effet, les entreprises sont désormais en capacité de reproduire des biens et services numériques (logiciels, livres électroniques, musique sur un support numérique) à un coût marginal presque nul⁵⁹³. En découle, dans une tentative de pénétration ou de conservation d'une position dominante sur un marché, une attribution plus importante de ressources à la phase amont au contraire de la phase de maintien, de vente et de distribution du produit qui peut elle s'effectuer désormais à un prix très bas et ce sans contrainte temporelle. La numérisation, notamment par l'expansion d'Internet, a ainsi permis une accélération des activités économiques au niveau international avec un caractère d'instantanéité dans les relations entre entreprises et individus. Plus encore, les activités des multinationales révèlent un basculement dans la chaîne de valeur vers la phase d'aval (marketing et services) où l'innovation, contrairement à une innovation incrémentale, se nourrit «*de l'acquisition de connaissances et de savoirs nomades, exigeant flexibilité, adaptabilité et créativité*»⁵⁹⁴. La migration de la valeur au profit des phases d'amont et d'aval a ainsi tendance à s'accroître. Dès lors, les entreprises ayant été capables d'opérer une délocalisation de la R&D et de la production avec une intégration des TIC dans la chaîne de valeur possèdent bien souvent, au sein des marchés numériques, des positions oligopolistiques, voire même dans certains cas, monopolistiques.

180. Si l'avènement des services « infonuagiques » est de nature à uniformiser le degré de numérisation des entreprises en mettant à leur disposition des capacités de stockage informatique sans investissement matériel supplémentaire, l'étude des modèles d'affaires amène à relativiser la parfaite corrélation entre entreprises à forte composante numérique et portée internationale sans masse. En effet, certaines activités favorisées par l'expansion d'Internet conservent de nombreuses caractéristiques communes avec les activités traditionnelles et nécessitent sur les territoires de situation de marché le déploiement de moyens matériels conséquents pour être au plus près des clients. Le modèle de revendeur de biens matériels sur Internet en constitue une illustration. Bien que l'utilisation d'Internet augmente considérablement la portée géographique de leur offre, il est nécessaire pour ce type d'activités, dans un souci de célérité, de disposer dans l'État de marché

production préalables à l'assemblage du produit final d'une part, et celle de délocaliser certaines de ces opérations dans divers pays hôtes d'autre part ».

⁵⁹³ E. BRYNJOLFSSON, « Scale without Mass : Business Process Replication and Industry Dynamics », *Harvard Business School*, 2008, p. 6 : « For example, when a software engineer improves a sorting algorithm in a database management program, a digital copy of that improved process can be instantly copied and included in thousands or even millions of copies of the next release of that program. The high productivity levels and productivity growth rates of software firms are consequences of this fact. »

⁵⁹⁴ M. MARCHESNAY, « L'hypofirme, vivier et creuset de l'innovation hypermoderne », *Innovations*, 2008/1, n°27, p.151.

d'entrepôts de stockage et de salariés chargés du traitement des commandes. Dès lors, la problématique est différente d'une multinationale qui, sans déploiement de moyens physiques, est présente économiquement dans les territoires où sont situés les consommateurs de son service⁵⁹⁵. Ici, l'entreprise de revente de biens, dont le siège se situe dans un autre État (souvent à fiscalité privilégiée), dispose bien d'une présence taxable dans l'État de consommation sous la forme classique d'une filiale chargée des prestations de services intra-groupes. Ainsi, les relations contractuelles du groupe sont façonnées d'une telle manière que le siège est réputé réaliser effectivement la vente tandis que la filiale locale se voit cantonnée à un simple rôle de prestataire de logistique et de gestion du stock physique présent dans l'État de consommation. « *Le débat se déplace donc de l'interrogation « qui réalise la vente ? » vers le terrain des prix de transfert et de l'allocation de la marge entre les fonctions présentes dans différents pays* »⁵⁹⁶. La mobilisation de la notion d'ES perdra par conséquent de son importance à mesure que le groupe aura fait le choix d'une implantation au travers d'une filiale ou succursale sur le territoire de l'État de consommation.

2. La conséquence du *scale without mass* : une prédominance des actifs incorporels

181. Indéniablement, la création de valeur s'effectue à l'ère du numérique par la possession et l'exploitation d'actifs incorporels⁵⁹⁷. Par la possession car les multinationales du numérique ont tendance à adopter des stratégies d'acquisition ciblée de jeunes entreprises innovantes pour centraliser les actifs incorporels source future de valeur et empêcher l'émergence de concurrents capables de contester leur position monopolistique⁵⁹⁸. Par l'exploitation car le transfert d'actifs incorporels de valeur propriété du siège à ses différentes filiales leur octroie un fort avantage compétitif par rapport aux concurrents nationaux⁵⁹⁹. L'augmentation continue de l'investissement

⁵⁹⁵ Commission des finances, de l'économie générale et du contrôle budgétaire, Compte rendu n° 65, 3 avril 2019, Audition de Pascal SAINT-AMANS, p. 2-3 : « Nous avons aussi identifié le fait que beaucoup d'activités peuvent être exercées avec une économie d'échelle importante, « *scale without mass* » : vous pouvez opérer au niveau mondial, avec quelques employés seulement ; je crois que Whatsapp, à moins que ce ne soit une entreprise similaire, parvient à avoir une présence mondiale avec une vingtaine d'employés seulement ».

⁵⁹⁶ F. TEPPER, « Quelle fiscalité pour Internet ? Enjeux pour les États et les opérateurs », *Dr. fisc.* n° 39, 2013, par.3.

⁵⁹⁷ Les échos, Création de valeur et actifs incorporels, 28 novembre 2016, <https://www.lesechos.fr/2016/11/creation-de-valeur-et-actifs-incorporels-233001> : selon le cabinet américain spécialisé en propriété intellectuelle, Ocean Tomo, les actifs incorporels représentent désormais 85 % du bilan des entreprises S&P 500 en 2015, contre 20 % en 1975.

⁵⁹⁸ Depuis 2001, Google a acquis plus de 100 sociétés. Le plus gros montant a été dépensé pour l'acquisition de Motorola Mobility (fabricant de téléphones) pour un montant de 12,5 milliards de dollars américains. Ces dernières années, la plateforme numérique s'est concentrée dans l'acquisition d'entreprises spécialisées dans des activités de cloud computing, d'intelligence artificielle ou bien de production 3D. En ce sens le rachat par Google en 2016 de la start-up française Moodstocks spécialisée dans le développement d'algorithmes de reconnaissance visuelle et de machine learning, <https://www.lesechos.fr/2016/07/la-start-up-francaise-moodstocks-rachete-par-google-212584>.

⁵⁹⁹ Les stratégies de création, d'appropriation et d'exploitation des actifs incorporels par les multinationales peuvent être théorisées au travers du modèle de DUNNING basé sur le triptyque Ownership/Location/Internalization (OLI). Le recours à la création d'une filiale sera favorisé pour lui faire bénéficier des avantages compétitifs liés à l'actif incorporel possédé par le siège de la multinationale, pour baisser les coûts de transactions internes et enfin pour qu'elle bénéficie des avantages locaux liés à son territoire d'implantation. V. à ce propos J. DUNNING, Trade,

dans les pays de l'OCDE en matière d'actifs incorporels tend à démontrer qu'ils constituent un élément central des stratégies de pénétration de marchés des multinationales.

182. Délimiter la notion d'actifs incorporels est une tâche ardue tant le caractère d'immatérialité, propre à l'identification de ces actifs, semble lié à l'économie numérique dans son ensemble. Sans s'attacher à la définition établie aux fins des prix de transfert⁶⁰⁰, la notion de capital intellectuel (*knowledge based capital*) a été privilégiée par l'OCDE pour englober les éléments à l'origine de l'innovation. Sont concernés tous les investissements relatifs aux actifs non-physiques tels la R&D, les données, le software, les brevets, les nouveaux processus organisationnels de l'entreprise ainsi que les compétences spécifiques et design de la firme⁶⁰¹. Est ainsi amorcé un processus de mise à égalité de ces différents éléments dans l'augmentation de la productivité des entreprises. L'étude concrète des modèles des multinationales du numérique confirme cela. En effet, certaines entreprises créent de la valeur majoritairement au travers du design de leur service et/ou de la collecte de données destinée à améliorer le service plutôt qu'au travers d'une technologie qui sous-tendrait la plateforme⁶⁰². Définitivement, certaines entreprises à forte composante numérique ne constituent pas des entreprises technologiques et nécessitent dès lors de relativiser l'importance des activités de R&D dans le processus de création de valeur.

B. Une composante territoriale relativisée dans le déploiement international des activités

183. Les développements précédents permettent, en filigrane, de différencier trois catégories de revenus des activités numériques et de les hiérarchiser en fonction des difficultés qu'ils entraînent à l'égard du principe de territorialité. Comme le notent V. RENOUX et S. BERNARD : « *les revenus non imposés parce qu'ils sont artificiellement déplacés par des montages fiscaux agressifs doivent être distingués des revenus non imposés du fait de l'anachronisme de la territorialité de l'impôt* »⁶⁰³. Néanmoins, la réalité des modèles d'affaires semble compliquer fortement ce constat binaire. Si la première catégorie doit être conservée et s'apparente classiquement à une déterritorialisation de la matière imposable comme le combat le

location of economic activity and the multinational enterprise: a search for an eclectic approach, in Ohlin Hesselborn and Wijkman (eds), *The international allocation of economic activity*, Macmillan, 1977.

⁶⁰⁰ Cf. *infra*. § 194 et s.

⁶⁰¹ OCDE, *New Sources of Growth : Knowledge-Based Capital Key Analysis and Policy Conclusions*, Synthesis Report, 2013, p.6.

⁶⁰² N. COLIN, H. VERDIER, *Op.cit.*, n°217, p.93 : les auteurs donnent l'exemple de la plateforme BlaBlaCar qui a innové essentiellement en matière de design de service pour assurer aux utilisateurs une expérience fluide et interactive.

⁶⁰³ V. RENOUX, S. BERNARD, « Quelle imposition des revenus de l'économie numérique ? », *Rev. dr.fisc.* n°39, 28 septembre 2017, 477, § .4.

projet BEPS, la deuxième, dans le souci d'une retranscription exhaustive, se doit de faire l'objet d'une subdivision. Dès lors, doivent être distingués en son sein les revenus issus d'activités reposant sur l'exploitation d'un réseau numérique, frappés d'a-territorialité (1), des revenus issus d'activités technologiques, encore fortement méconnues, qui du fait de leur autonomie amorcent une nouvelle problématique dans leur rattachement territorial (2).

1. L'a-territorialité des activités numériques

184. De manière globale, un décalage apparaît entre la conception de la territorialité de l'impôt et le déploiement international des activités des multinationales. Leur organisation est en effet désormais tournée vers des approches recherchant une synergie dans la coopération d'entreprises inter-connectées et géographiquement proches, par le biais de clusters⁶⁰⁴, ou plus encore vers des approches par fonction mondiale en déconnectant totalement l'outil de reporting à la localisation géographique du système de production⁶⁰⁵. C'est concernant cette deuxième approche que la territorialité s'avère la plus malmenée. Comme le note G. PACHÉ : « *l'entreprise en réseau repose sur d'étroites interdépendances entre les ressources d'une aire géographique et les ressources d'autres aires articulées au sein d'un même espace de transaction. Les flux générés par les réseaux dynamiques divergent vers plusieurs pôles et ne sont plus assimilables à un espace géographiquement restreint : « la continuité spatiale » est rompu* »⁶⁰⁶. Dès lors, la répartition de la valeur territoire par territoire est-elle cohérente avec l'organisation des multinationales selon une approche mondiale de leurs activités ?

185. Au-delà des évolutions des modes de fonctionnement des activités entrepreneuriales, l'économie numérique, marquée par la domination économique et financière des plateformes, constitue un nouveau tournant dans le processus de déterritorialisation des bases fiscales. Plus qu'un changement de fonctionnement, ces plateformes ont induit en raison du caractère ubiquitaire de leurs activités et d'une parfaite intégration des TIC dans leur processus de création de valeur, une

⁶⁰⁴ O. DE GROMARD, « Le modèle de la firme-réseau : innovation ou réinvention anglo-saxonne ? », *Revue LISA*, Vol. IV, n°1, 2006, p. 260, par. 14 : les clusters peuvent se définir comme « des grappes d'entreprises, au sein desquelles des entités indépendantes d'une même région coopèrent entre elles pour développer des synergies autour d'une même technologie ».

⁶⁰⁵ K. UZAN, La territorialité de l'impôt : la crise est-elle surmontable ?, Colloque, Assemblée Nationale, 21 juin 2018 : ces évolutions organisationnelles s'observent chez l'ensemble des multinationales, qu'elles opèrent dans le domaine de l'industrie lourde (nécessitant de forts investissements dans des actifs matériels) ou qu'elles constituent des *pure players*. Par exemple, le groupe Lafarge, spécialisé dans la création et la fabrication de béton, est résolument centré sur une approche globalisée et dispose à cet effet d'une ligne de business spécialisée dans le développement d'une technologie à vocation mondiale.

⁶⁰⁶ G. PACHÉ et C. PARAPONARIS, *L'entreprise en réseau : approches inter et intra-organisationnelles*, Ed. de L'ADREG, 2006, p. 147.

disparition des bases fiscales d'une ampleur jusqu'ici inégalée. Car s'il apparaît que la mobilité des contribuables et des principaux actifs incorporels de valeur a constitué le facteur premier de déterritorialisation, permettant un transfert massif de la matière imposable des pays développés vers les États à fiscalité privilégiée, c'est aujourd'hui la nature des activités des multinationales qui complexifie le dessein de parvenir à une nouvelle allocation équitable du profit entre les États où se situent les éléments clés de la valeur. En effet, le processus à l'oeuvre n'est désormais plus celui d'une déterritorialisation mais d'une a-territorialisation⁶⁰⁷ des bases imposables aboutissant paradoxalement, dans un monde marqué par les intermédiaires numériques, à une complète désintermédiation de la chaîne traditionnelle de valeur⁶⁰⁸. L'étude de l'allocation des profits ne doit ainsi plus être effectuée sous le prisme de la fragmentation de la chaîne de valeur mondiale mais bien au contraire de manière globale au regard de l'ensemble du cercle vertueux de valeur que crée la plateforme, dans lequel se trouve en son centre l'utilisateur.

2. Le rattachement territorial des activités d'organisations autonomes décentralisées (OAD)

186. La notion d'hétérotopie, développée par M. FOUCAUT en 1966⁶⁰⁹, s'intéresse à la description de lieux totalement autres (*hétéro-topos*) et autonomes qui ne sont pas sous l'emprise de la réalité spatiale et temporelle de notre monde. L'utilisation de ce concept permet de mettre en avant les faiblesses du principe de territorialité dans la retranscription de la réalité des activités d'OAD. En effet, la fiscalité, intimement liée au territoire d'un État et à l'expression de sa souveraineté s'oppose à ces activités qui, par leur désintermédiation totale, ne nécessitent l'intervention d'aucun tiers de confiance. Le lieu d'exercice de ces activités, déconnecté d'une quelconque assise territoriale peut ainsi difficilement faire l'objet d'une représentation par la conscience collective humaine⁶¹⁰. Le risque est alors l'élaboration d'une fiscalité, fondée sur un modèle territorial, étant incapable d'attribuer correctement la compétence fiscale en fonction de la situation des éléments clés de valeur.

De manière plus prospective, la technologie de la *blockchain* constituera sûrement, après l'équipement à l'échelle mondiale des ordinateurs individuels et de l'essor d'Internet, une nouvelle

⁶⁰⁷ L-A BOUVIER, « De la déterritorialisation à l'a-territorialisation de l'impôt : la taxation des bénéficiaires des sociétés face à la révolution numérique », *RFFP*, n°139, sept. 2017, p.166 : les activités à l'origine de l'a-territorialisation des bases fiscales sont celles s'appuyant « sur une multitude d'acteurs organisés en réseaux d'échanges de données d'une extrême volatilité ».

⁶⁰⁸ G. MONSELATTO, *Économie digitale : vers un nouveau modèle fiscal ?*, Cercle de Prospective Fiscale, 9ème Session, 2018, p.7.

⁶⁰⁹ M. FOUCAULT, Les hétérotopies, Radio Feature, 1966, <https://www.youtube.com/watch?v=lxOruDUO4p8> : « Il y a donc des pays sans lieu et des histoires sans chronologie. Des cités, des planètes, des continents des univers dont il serait bien impossible de relever la trace sur aucune carte ni dans aucun ciel tout simplement car ils n'appartiennent à aucun espace ».

⁶¹⁰ Conseil d'État, « L'a-territorialité du droit à l'ère numérique », Conférence, 28 septembre 2016.

étape majeure dans la numérisation de l'économie. Se définissant comme une « *technique de stockage et de transmission d'informations transparentes, sécurisées et, surtout, qui ne nécessite aucun organe de contrôle* »⁶¹¹, cette technologie, à la logique libertarienne, constitue dès lors une organisation autonome décentralisée (OAD) se basant « *sur une simple existence cryptographique et algorithme non écrite* »⁶¹². Plus précisément, la *blockchain* est le « *résultat de la combinaison de trois techniques connues : les bases de données numériques partagées, la cryptographie et les échanges en pair à pair* »⁶¹³. Dès lors, cette technologie ne nécessite aucunement une intervention humaine : l'exécution numérique est automatique et est garantie aussi bien dans l'espace, avec des techniques de codification, que dans le temps, avec une validation de l'opération en fonction de l'enchaînement d'opérations antérieures. L'absence de mécanisme centralisé de gouvernance laisse ainsi entrevoir de nouvelles possibilités d'évasion fiscale, permettant l'émergence de moyens de paiement favorisant l'anonymisation de leurs émetteurs et bénéficiaires⁶¹⁴.

187. Dans un autre sens, les activités numériques ont toujours besoin d'un point d'ancrage physique dans le monde réel pour prospérer. Dès lors, l'étude du déploiement des activités des multinationales permet de « *casser le mythe qui laisse sous-entendre que l'économie immatérielle est indépendante des infrastructures matérielles et qu'elle n'a donc rien à voir avec le monde industriel* »⁶¹⁵. Le développement de solutions innovantes dans des bâtiments dédiés, par des salariés hautement qualifiés, apparaît ainsi toujours constituer un préalable nécessaire à l'amélioration globale de la productivité d'une activité⁶¹⁶. Plus précisément concernant la collecte de données issues d'utilisateurs/consommateurs, si la numérisation permet aux entreprises « *de dissocier l'emplacement de la source des données de celui de leur stockage, leur analyse ou leur utilisation* »⁶¹⁷, le rattachement territorial de ces activités, considérées ou non comme essentielles dans le processus de création de valeur en fonction de circonstances propres, ne présente pas de difficultés particulières. De plus, certaines technologies hautement numérisées, telles que la géolocalisation, induisent une connexion entre un point d'accès sur Internet et une localisation

⁶¹¹ Conseil d'État, « Droit comparé et territorialité du droit », Cycle de conférences, Tome 2, 2017, p.160.

⁶¹² *Ibid.*

⁶¹³ P. GUÉDON, « Blockchain et prix de transfert », *Dr. fisc.* n°38, 20 septembre 2018, 392.

⁶¹⁴ OCDE, *Op.cit.* n°199, p.236 et s. : les crypto-monnaies, nouveau mode de paiement basé sur la technologie des Blockchain ne posent pas simplement des problématiques d'évasion fiscale tenant à leur caractère mobile et anonyme. Leur traitement fiscal en tant qu'actif financier numérique constitue aussi un sujet d'actualité : cf à ce sujet, CE, 8ème-3ème ch. Réunies, 26 avril 2018, n°417809 : les profits tirés de la cession de Bitcoin (crypto-monnaies) relèvent du régime des plus-values de cession de biens meubles posés par l'article 150 UA du Code général des impôts.

⁶¹⁵ A. VOY-GILLIS, (Re)-Territorialiser l'économie immatérielle, Conclusion, Fiscalité numérique : le match retour, Septembre 2021, p. 52.

⁶¹⁶ Conseil d'État, *Op.cit.*, p.168

⁶¹⁷ OCDE, *préc.*, p. 59.

physique⁶¹⁸. Enfin, il pourrait même être considéré que les entreprises d'informatique en nuage, au contraire des plateformes d'extraction des données personnelles, amorcent un véritable processus de reterritorialisation des moyens de production informatiques⁶¹⁹. Dans cette mesure, la régulation de l'Internet ne peut s'effectuer que par l'identification d'un point d'entrée de ce réseau pour le rattacher au territoire d'un État. L'arrêt *Google Spain* de 2014⁶²⁰ dans le domaine du droit de la protection des données à caractère personnel en a été une illustration notable avec l'adoption par la CJUE d'une approche très extensive de l'applicabilité territoriale de la directive du 24 octobre 1995. En effet, par « *une interprétation libérale à la limite de la réécriture normative* »⁶²¹, la Cour a pu considérer que le traitement des données à caractère personnel réalisé par une entreprise localisée en dehors de l'UE était effectué sur le territoire d'un État membre, dès lors que l'exploitant du moteur de recherches avait créé dans cet État une succursale ou une filiale chargée de la vente des espaces publicitaires disponibles sur ce moteur. Par conséquent, « *si les activités de traitement des données du responsable du traitement ou du sous-traitant établi en dehors de l'Union, sont inextricablement liées aux activités d'un établissement local établi dans un État membre, elles peuvent déclencher l'applicabilité du droit communautaire, même si cet établissement ne joue en fait aucun rôle dans le traitement des données lui-même* »⁶²².

En réalité, à partir du moment où être identifié avec suffisamment de certitude au centre du processus de création de valeur, le rôle des utilisateurs/consommateurs ou bien des actifs incorporels à forte valeur, le rattachement territorial de la compétence fiscale conserve sa pertinence. Seules des technologies comme la Blockchain, viennent nuancer ce postulat en raison de la rupture totale qu'elles entraînent avec la conception territoriale de l'imposition.

Section 2 : Le principe de pleine concurrence dans le cadre d'une économie numérisée

188. Encore aujourd'hui, les principes développés dans le rapport CARROLL constituent les fondements dominants de la répartition internationale des revenus et des dépenses entre entreprises associées membres d'un groupe⁶²³. L'absence d'appréhension du groupe international en

⁶¹⁸ L. FELIPE ALVAREZ, « The Digital Economy and Variegated Capitalism », *Canadian Journal of Communication*, 2015, vol.40, p.645 : « For the purposes of identification and location addressing, each computer or device that connects to the Internet is assigned an Internet Protocol address, or IP address. »

⁶¹⁹ M. CAMELJANE, *préc.*

⁶²⁰ CJUE, gr. ch., 13 mai 2014, *Google Spain SL, Google Inc. c/ Agencia Española de Protección de Datos (AEPD), Mario Costeja González*, aff. C-131/12, comm. n° 111, p. 539-544 in Michaël Karpenschif et Cyril Nourissat.

⁶²¹ M. POLIDORI, L'arrêt *Google Spain* de la CJUE du 13 mai 2014 et le droit à l'oubli, *Civitas Europa*, 2015/1, n° 34, p. 246 et s.

⁶²² E. THELISSON, « La portée du caractère extraterritorial du RGPD », *Revue internationale de droit économique*, 2019/4, t. XXXIII, p. 509.

⁶²³ L'on notera néanmoins avec intérêt que le projet de modèle de convention fiscale de 1933, adopté suite au rapport CARROLL, faisait mention en son article 3 de la possibilité de recourir à la méthode de la taxation unitaire dans l'hypothèse où le principe d'entité juridique distincte était inapplicable, cf. SDN, *Projet de Convention sur la*

tant que tel sur le plan fiscal⁶²⁴ implique dès lors l'assimilation de chacune des entités membres à des entreprises indépendantes dans lesquelles le montant des transactions intra-groupes se voit déterminer en fonction d'un référentiel de pleine concurrence. Ainsi, « *l'appartenance à un même groupe ne justifie aucunement que l'une des sociétés affiliées fasse une fleur à une autre, même si c'est dans l'intérêt suprême du groupe. C'est le principe de l'égoïsme sacré qui doit dominer les relations intra-groupes* »⁶²⁵. Aux termes de cette citation est présentée en filigrane la fonction originelle des règles en matière de prix de transfert (PDT) : celle d'assurer une taxation équitable des entreprises indépendamment de la forme d'organisation des activités choisie. La deuxième fonction, postérieure au rapport CARROLL et qui tend à gagner en importance ces dernières décennies, vise à assurer la répartition équitable des revenus des entreprises multinationales entre États⁶²⁶.

189. L'OCDE a joué un rôle majeur dans la diffusion sur le plan international des principes directeurs nécessaires à l'application du PPC. Néanmoins, plus encore qu'à l'égard de l'ES, les « Principes applicables en matière de prix de transfert » dont la dernière révision a eu lieu en 2017⁶²⁷ ne peuvent fournir de réponses concrètes à chaque hypothèse en raison des particularités touchant les groupes et les systèmes nationaux. En effet, l'analyse économique à laquelle répond l'allocation des profits implique une compréhension circonstancielle et approfondie de la chaîne de valeur des groupes internationaux. Dans cette mesure il sera pertinent, avant d'étudier la transposition en droit interne français de la norme universelle de pleine concurrence⁶²⁸, de faire référence à certaines approches nationales, singulières quant à leur application des principes OCDE⁶²⁹. Ces derniers, appliqués par une grande partie des États⁶³⁰, justifieront au travers du référentiel de pleine

Ventilation des Bénéfices, « Annexe du Rapport au Conseil sur les travaux de la Quatrième Session du Comité », n° C.399.M.204.1933.II.A, 26 juin 1933.

⁶²⁴ Si le groupe est désormais appréhendé sur le plan fiscal au travers du régime de l'intégration fiscale (article 223 A du CGI), reste que la question de la reconnaissance de sa personnalité fiscale fait encore largement débat. Cf. à ce titre, A. DE BISSY, La personnalité fiscale du groupe en question(s), Réflexions à propos de l'intégration fiscale et de la TVA consolidée, in La personnalité juridique, Presses Université Toulouse 1 Capitole, p.233-241, 2013.

⁶²⁵ M. COZIAN, F. DEBOISSY, M. CHADEFaux, *Précis de fiscalité des entreprises*, 2020-2021, 44^{ème} édition, p. 455.

⁶²⁶ Pour une étude approfondie des notions d'équité inter-individuelle et inter-nation et de leur importance en matière de prix de transfert, cf. *supra*. n° et s.

⁶²⁷ Cette révision a eu lieu afin de refléter les modifications issues du projet BEPS concernant l'alignement de la taxation des bénéfices sur la création de valeur (Action 8-10 et 13). Nous y reviendrons tout au long des développements de cette section.

⁶²⁸ Cf. *infra*. Partie 1, Titre 2, Chapitre 2.

⁶²⁹ V. notamment sur la pratique concernant les avantages spécifiques de localisation § 203 et s.

⁶³⁰ Les États en développement se réfèrent plus couramment au « Manuel pratique en matière de prix de transfert pour les économies en développement » de l'ONU publié en 2012 et actualisé en mai 2017. Si les orientations concernant le principe de pleine concurrence semblent partagées par les deux organisations, certains États en développement en modulent l'application pour attirer sur leurs territoires une part plus importante des profits des entreprises multinationales. Cf. notamment à ce titre § 203 et s pour les pratiques indiennes et chinoises.

concurrence le prix appliqué à une transaction intra-groupe ou le niveau de rémunération des différentes parties à un ensemble de transactions. Ainsi, « l'analyse de comparabilité » de l'entité contrôlée constitue la première étape en ce sens (**Paragraphe 1**). En découlera l'application de la méthode la plus appropriée pour la détermination du prix de pleine concurrence (**Paragraphe 2**).

Paragraphe 1 : L'analyse de comparabilité

190. La question des PDT, au travers de l'application à des fins fiscales du PPC tel qu'énoncé à l'article 9 du modèle OCDE⁶³¹, englobe dans une large mesure les règles d'attribution des bénéfices aux ES (article 7 modèle OCDE)⁶³². Dès lors, l'approche autorisée OCDE (*Authorized OECD Approach*) assimilant l'ES à une entité fonctionnellement distincte de son siège suit en substance les règles de détermination des bénéfices imposables des sociétés liées⁶³³. Des différences subsistent néanmoins au regard de l'absence de personnalité juridique distincte de l'ES par rapport au reste de l'entreprise dont il fait partie. Nous les mentionnerons dans la présente section. Une première différence doit cependant à ce stade être notée entre filiales et ES : alors que la filiale est susceptible d'être imposée sur l'ensemble de ses revenus sans importance accordée à leur source, l'ES ne peut se voir imposé que sur les seuls revenus imputables à son activité. Le modèle OCDE, au contraire du modèle ONU en son article 7 § 1, répudie ainsi le principe de « force attractive » visant à attribuer à un ES situé sur un État tous les bénéfices qu'un non-résident pourrait tirer de cet État et ce peu importe que l'ES ait participé ou non à leur réalisation⁶³⁴.

Fondé originellement sur trois piliers à savoir le principe d'entité séparée, la pertinence des arrangements contractuels et l'analyse de comparabilité⁶³⁵, le PPC a vu ses modalités d'application en partie renouvelées par les actions BEPS. L'analyse de comparabilité dans cette mesure « *repose sur une comparaison entre les conditions d'une transaction contrôlée et celles qui auraient été appliquées si les parties avaient été indépendantes et si elles avaient effectué une transaction comparable dans des circonstances comparables* »⁶³⁶. Ainsi, avant d'entreprendre une comparaison

⁶³¹ L'article 9 du modèle de convention fiscale OCDE dispose que : « [Lorsque] *les deux entreprises [associées] sont, dans leurs relations commerciales ou financières, liées par des conditions convenues ou imposées, de celles qui seraient convenues entre des entreprises indépendantes, les bénéfices qui, sans ces conditions auraient été réalisés par l'une des entreprises, mais n'ont pu l'être en fait à cause de ces conditions, peuvent être inclus dans les bénéfices de cette entreprise et imposés en conséquence.* »

⁶³² G. COTTANI, « Recent Developments on Attribution of Profits to Digital Permanent Establishments, in *Transfer Pricing Developments Around the World* », Chapter 8, 2019, *Wolters Kluwer*, p. 257.

⁶³³ Cette approche a été privilégiée à celle de « l'activité commerciale pertinente » dans laquelle les bénéfices à retenir correspondent à ceux que l'entreprise dans son ensemble tire de l'activité de laquelle relève l'ES, la répartition des bénéfices entre ce dernier et le siège s'effectuant ensuite selon une méthode proche du « profit split ».

⁶³⁴ Pour une étude des différentes conceptions du principe de force attractive de l'ES, cf. *infra*. § 550 et s.

⁶³⁵ IFA, *The future of Transfer Pricing*, Cahiers de droit fiscal international, Volume 102 b, 2017, p.22.

⁶³⁶ OCDE, *Principes de l'OCDE applicables en matière de prix de transfert à l'intention des entreprises multinationales et des administrations fiscales*, 2017, p.46, § 1.33.

des transactions contrôlées avec les transactions sur le marché libre (II), il est nécessaire d'en déterminer précisément les contours (I).

I. La délimitation des transactions intervenues entre les entités membres du groupe

191. Trois problématiques en matière de PDT ont amené à l'adoption des actions 8 à 10 du projet BEPS : le transfert d'actifs incorporels (A.I) à un prix inférieur à leur valeur réelle, la surcapitalisation d'entités faiblement taxées et enfin une allocation contractuelle importante du risque à des d'entités situées dans des États à fiscalité privilégiée⁶³⁷. Les actions 8-10, dans le but de neutraliser les manipulations de PDT en fonction d'un facteur fiscal, ont ainsi mis l'accent sur l'alignement de l'imposition des bénéfices sur le lieu de création de valeur. Si ces actions ne sauraient être constitutives d'une révolution au regard de l'attachement fort sinon viscéral de l'OCDE au PPC, il ne peut être nié qu' « *un transfert lexical sur le principe même des prix de transfert [s'opère] : il ne s'agit plus de déterminer un prix de pleine concurrence, il s'agit de répartir les bénéfices selon la création de valeur* »⁶³⁸. La délimitation des transactions permet ainsi l'analyse précise des relations commerciales ou financières entre entités membres au travers de trois principales « caractéristiques économiques pertinentes »⁶³⁹ : les dispositions contractuelles de la transaction (A), les fonctions exercées par les parties à la transaction compte tenu des actifs utilisés et des risques supportés (analyse fonctionnelle) (B), et les circonstances économiques (C).

A. L'étude des dispositions contractuelles de la transaction

192. L'existence d'un accord contractuel écrit entre entités membres d'un groupe constitue « *le point de départ pour définir la transaction entre elles et pour décider de la répartition des responsabilités, risques et résultats escomptés de leurs relations au moment de la conclusion de l'accord* »⁶⁴⁰. Ces contrats seront ensuite complétés des autres « caractéristiques économiques pertinentes » afin de disposer d'une vision précise des relations commerciales ou financières entre les entités. Préalablement aux principes directeurs de 2017, l'OCDE considérait que les administrations ne pouvaient faire abstraction de la structure adoptée par les entreprises associées

⁶³⁷ J. ANDRUS, P. OOSTERHUIS, « Transfer Pricing After BEPS : Where Are We and Where Should We Be Going », *The Tax Magazine*, March 2017, p.90.

⁶³⁸ S. GÉLIN, « Prix de transfert : la méthode de partage des bénéfices, meilleure et seule méthode », *Dr. fisc.*, 24 juillet 2014, 456.

⁶³⁹ Les principes directeurs de l'OCDE font état de deux caractéristiques économiques pertinentes supplémentaires : les caractéristiques des biens et des services et les stratégies économiques poursuivies par les parties. Nous les intégrerons au fil des développements de ce I.

⁶⁴⁰ OCDE, *préc.*, p. 51, § 1.42.

pour la réalisation de la transaction que dans deux cas précisément délimités⁶⁴¹. Le premier, relatif à la substance économique, se caractérisait par une discordance entre la forme de la transaction et sa nature économique sur le fond⁶⁴². Le deuxième se présentait lorsque les modalités de la transaction étaient différentes de celles qu'auraient adoptées des entreprises indépendantes dans une optique commerciale rationnelle, et que, en pratique la structure empêchait l'administration de déterminer un PDT approprié. Si les principes directeurs de 2017 recentrent le propos sur ce deuxième cas en explicitant davantage les contours de la rationalité de l'acteur dans sa conduite de l'opération⁶⁴³, le nouveau concept de « délimitation précise des transactions » (*accurate delineation*) vient accroître les possibilités pour l'administration de re-caractériser la nature des transactions pour aboutir à un résultat prétendu conforme au PPC. Désormais, la seule constatation par une administration d'un décalage entre l'apparence contractuelle et la réalité de la relation des parties est de nature à lui permettre d'ignorer les dispositions contractuelles pour établir l'imposition selon sa propre vision. La frontière apparaît pourtant ici bien fine entre ce type de raisonnement et celui retrouvé dans l'application de mécanismes anti-abus⁶⁴⁴. Toujours est-il que la redéfinition des stipulations contractuelles par l'administration dans le but d'attribuer à une entité située sur son territoire une part plus importante de bénéfices ne pourra faire l'économie d'une analyse précise du processus de création de valeur de l'entreprise multinationale dans son ensemble.

B. L'analyse fonctionnelle

193. L'analyse fonctionnelle tend à exposer, au travers du triptyque fonctions exercées, actifs utilisés et risques contrôlés, le processus de création de valeur du groupe multinationale et les apports particuliers de l'entité contrôlée à ce processus. La situation de l'entreprise n'est cependant pas seulement décrite de façon statique⁶⁴⁵. La vision de l'entreprise et de son environnement y est tout aussi dynamique en intégrant des données historiques et prospectives (politique économique, la

⁶⁴¹ OCDE, Examen de la comparabilité et des méthodes transactionnelles de bénéfices : Révision des Chapitres I-III des Principes applicables en matière de prix de transfert, 22 juillet 2010, p. 18-19, § 1.65.

⁶⁴² La doctrine de la substance économique, développée originellement aux États-Unis et codifiée au paragraphe 7701(o) du Internal Revenue Code est constituée de deux volets : l'intention du contribuable à l'origine de l'opération économique ne doit pas être exclusivement fiscale et l'opération doit posséder un objectif commercial ; Pour une application de la notion de « substance économique » telle qu'interprétée par les juridictions administratives françaises aux schémas de planification fiscale d'entreprises numériques, cf. *infra*. n° et s.

⁶⁴³ OCDE, Principes directeurs 2017, préc., Paragraphe 1.122 : une transaction peut être rejetée lorsqu'elle est le résultat d'un accord significativement différent de celui qu'aurait conclu des entreprises indépendantes agissant de manière économiquement rationnelle. À ce titre est introduit pour les administrations fiscales un double-test de rationalité commerciale. Soit le caractère irrationnel de la transaction est démontrable en lui-même, soit la transaction contrôlée s'est traduite par une détérioration d'ensemble de la situation du groupe.

⁶⁴⁴ C. SILBERZTEIN, C. DERO, « L'objet des conflits de juridiction : l'attribution de la matière imposable », *Dr. fisc.* n°39, 28 septembre 2017, 472.

⁶⁴⁵ X. DALUZEAU, S. GÉLIN, B. GIBERT, A. LE BOULANGER, *Prix de transfert : Détermination, justification et gestion des différends, problématiques connexes*, Édition Francis Lefebvre, 2020.

stratégie économique poursuivie par le groupe et l'entité contrôlée), éléments qui s'avéreront déterminants au stade de l'analyse des transactions sur le marché libre. Néanmoins, la mutation des structures organisationnelles des multinationales, l'intégration des TIC dans leur chaîne de valeur et le caractère immatériel de leurs activités complexifient grandement la compréhension du processus de création de valeur. L'analyse fonctionnelle doit prendre en compte ces évolutions et favoriser une vision dynamique dans laquelle la création de richesses n'est plus la conséquence de fonctions prises isolément mais au contraire de leur interdépendance et de la capacité des entités associées à capter la valeur au travers d'éléments qui leur sont extérieurs. Il est dès lors judicieux d'intégrer le triptyque classique en deux étapes distinctes. La première, à savoir l'identification des moteurs de profits, procède d'une vision nouvelle dans laquelle il ne s'agit plus de se cantonner à la simple étude de l'activité exercée par l'entité contrôlée mais d'analyser plutôt comment celle-ci s'intègre « *de manière large dans le processus de création de valeur globale du groupe* »⁶⁴⁶ (1). La deuxième étape, plus classique, est celle des fonctions exercées par les entités (2).

1. L'identification des moteurs de profit

194. L'identification des facteurs clés de création de valeur doit constituer le point de départ dans l'exercice de répartition des profits d'un groupe d'entreprises⁶⁴⁷. En effet, la richesse fonctionnelle de certaines plateformes numériques invite à « *ne pas se perdre dans un luxe de détails, mais à isoler les deux ou trois paramètres opérationnels clés, les pilotes de la valeur (value drivers)* »⁶⁴⁸. Par facteur « clé », il doit être entendu les compétences propres de l'entreprise (*competencies*) la distinguant d'entreprises opérant dans des secteurs similaires⁶⁴⁹. Dès lors, si ces facteurs contribuent évidemment à créer de la valeur comme le feraient des activités de routine ou des compétences standardisées, ils sont surtout à l'origine de rentes économiques dans lesquelles les profits générés sont supérieurs à la rentabilité moyenne constatée sur le marché. En ce qui concerne plus précisément les plateformes numériques, les actifs incorporels (A.I) (a) et la masse des données personnelles collectées sur leurs utilisateurs/consommateurs (b) constituent potentiellement une source de rentes économiques. L'application des règles de répartition des profits au processus de création de valeur de ces modèles d'affaires, tel que décrit précédemment, permettra ainsi d'apporter les premiers éléments de réponse à la question de la pertinence actuelle du PPC.

⁶⁴⁶ C. SILBERZTEIN, C. DERO, *préc.*,

⁶⁴⁷ Le fichier principal (*master file*), élément constitutif de la documentation des PDT avec la déclaration et le reporting pays-par-pays (CBCR), nécessite à ce titre l'identification des facteurs clés de création de valeur pour l'entreprise multinationale.

⁶⁴⁸ F. MEUNIER, *Comprendre et évaluer les entreprises du numériques* : Eyrolles, 2017, p. 143.

⁶⁴⁹ I. VERLINDEN, S. DE BAETZ, V. PARMESSAR, *Grappling with DEMPE's in the Trenches* : « Trying to Give It The Meaning It Deserves », *Intertax*, Volume 47, Issue 12, p. 1042.

a. La notion d'actifs incorporels dans les règles de prix de transfert

195. La création de valeur à l'ère du numérique est largement le fait de la détention et de l'exploitation d'éléments incorporels⁶⁵⁰. L'objectif des règles de PDT est alors d'identifier et d'appréhender les transferts et exploitations d'incorporels intra-groupe qui auraient fait l'objet d'une rémunération distincte si ils ou elles avaient eu lieu entre entreprises indépendantes. Car là est l'essentiel : une rémunération distincte sera justifiée lorsque l'incorporel en question disposera d'une certaine valeur aux yeux d'entreprises indépendantes⁶⁵¹. La mise en place d'une catégorisation entre les différents types d'A.I, par exemple entre incorporels de commercialisation⁶⁵² et incorporels manufacturiers, n'apparaissait ainsi pas pertinente. L'OCDE a dans cette mesure adopté une définition détachée de toute référence à des normes comptables ou de propriété intellectuelle. Les A.I y sont définis de manière négative « *comme une chose qui n'est pas un actif corporel ni un actif financier, qui peut être possédée ou contrôlée aux fins d'utilisation dans le cadre d'activités commerciales, et dont l'utilisation ou le transfert serait rémunéré s'il avait lieu dans le cadre d'une transaction entre parties indépendantes dans des circonstances comparables* »⁶⁵³. Si les incorporels classiques (brevets, marques, savoir-faire...) ont vocation à intégrer cette définition, l'approche de l'OCDE, éminemment économique tend désormais à englober des éléments tels que le *goodwill*, la valeur de la main d'oeuvre existante ou encore la culture d'innovation, dès lors qu'ils donneraient lieu pour leur utilisation ou leur transfert à une rémunération entre entreprises indépendantes dans des circonstances similaires. Sans définition précise de ces éléments, il est un risque non négligeable de voir une augmentation des contentieux entre contribuables et administrations sur l'identification et la juste valorisation de ces éléments incorporels⁶⁵⁴.

⁶⁵⁰Le capital immatériel des entreprises du CAC 40 représenterait en 2019 plus de 76 % de leur valeur boursière totale, cf. S. BONNET-BERNARD et M. LEFÈVRE, *Profil financier du CAC 40*, étude EY, 13 éd., 2019.

⁶⁵¹ U. SEJATI, *Value Creation in the Digital Economy*, in *Taxation in a Global Digital Economy*, Subtopic 3, Kershner Somare Edition, Volume 107, 2017, p. 273.

⁶⁵² Ce type de bien se définit comme un : « Bien incorporel... lié à des activités de commercialisation, qui contribue à l'exploitation commerciale d'un produit ou d'un service et/ou a une valeur promotionnelle importante pour le produit concerné. Suivant le contexte, les actifs incorporels de commercialisation peuvent être, par exemple, des marques de fabrique, des noms commerciaux, des listes de clients, des relations avec la clientèle, ainsi que des données exclusives sur des marchés ou des clients qui sont utilisés pour ou contribuent à la commercialisation et la vente de biens ou services à des clients » (Principes de l'OCDE, *préc.*, n° 398, p.27).

⁶⁵³ OCDE, *préc.*, par. 6.6. L'on notera que le Tax Cuts and Jobs Act aux États-Unis est venu réviser la définition des A.I pour désormais inclure : « *any goodwill, going concern value, or workforce in place (including its composition and terms and conditions (contractual or otherwise) of its employment) ; or any other item the value or potential value of which is not attributable to tangible property or the services of any individual* » (IRC 936(h)(3)(B)).

⁶⁵⁴ Seuls certains États comme la Chine, l'Inde ou les États-Unis disposent d'une définition spécifique des actifs incorporels en matière de PDT. D'autres, comme la Belgique ou le Brésil font référence aux principes comptables comme éléments pertinents pour définir ces actifs. Pour de plus amples développements sur la pratique des États, IFA, *préc.*, n° 393, p. 35 et s. ; L'on notera que par une décision américaine du 16 août 2019, la cour du 9ème circuit, plus importante cour d'appel fédérale, a considéré que la réglementation sur les PDT de 1994 et 1995 (années en cause du litige) ne nécessitait pas de valoriser dans le prix d'achat d'A.I existants les « actifs résiduels » transmis. La décision, ainsi que le note la cour, aurait été toute autre, si le litige avait été soumis à la nouvelle définition

196. Pourtant, deux raisons principales sont souvent présentées pour justifier l'adoption d'une approche globalisante. La première est l'impossibilité pour une définition comptable ou limitée aux seuls droits de P.I protégés de retranscrire avec acuité l'ensemble des éléments immatériels à l'origine de la création de valeur pour une entreprise. D'une part, certains A.I, comme par exemple ceux résultant de coûts en interne (frais de R&D et de publicité), font l'objet d'une rémunération dans le cadre d'une transaction entre entreprises indépendantes alors qu'ils ne figurent pas au bilan⁶⁵⁵. D'autre part, l'idée selon laquelle un A.I fortement protégé juridiquement constitue la source principale de valeur ne se vérifie pas dans toutes les circonstances. En effet, certains groupes opérant dans des secteurs traditionnels « *disposent d'un savoir-faire et d'une clientèle dont la valeur dépasse celle de leur nom commercial et de la technologie qu'ils utilisent et qui est accessible à tous* »⁶⁵⁶. La deuxième tient au fait que le champ d'application, s'il apparaît étendu, n'en est pour autant pas illimité. En effet, pour recevoir la qualification d'A.I, les éléments doivent pouvoir être possédés ou contrôlés par l'entreprise. Ainsi, les synergies de groupe, la force de travail, les avantages spécifiques liés à la localisation ou encore le *goodwill*⁶⁵⁷ ne sont pas considérés comme des A.I nécessitant en tant que tels une rémunération distincte. Plutôt, l'OCDE, au nom d'une approche économique réaliste, considère ces éléments comme des moteurs de profits susceptibles d'avoir une incidence sur l'analyse de comparabilité et la détermination des prix de pleine concurrence. Un traitement spécifique leur sera dès lors consacré⁶⁵⁸.

b. L'appréhension des données personnelles au travers des règles de prix de transfert

197. Les données personnelles constituent-elles des moteurs de profit à part entière pour les entreprises à l'origine de leur collecte ? Trois réponses peuvent être données à cette question.

La première considère que la valeur, dans les modèles d'affaires numérisés, est la résultante de quatre principaux facteurs : les algorithmes, les données des utilisateurs, les fonctions de vente et les connaissances spécifiques de l'entreprise. Dès lors, « *si une part significative de la valeur de la donnée se crée au niveau de l'intégrateur, [il] convient d'estimer à sa juste valeur les données*

adoptée par l'OCDE en 2017 (US Court of Appeals for the Ninth Circuit, Amazon.com, Inc. & Subsidiary v. Commissioner, No. 17-72922 (2019)).

⁶⁵⁵ C. SILBERZTEIN, « Prix de transfert et actifs incorporels : travaux en cours à l'OCDE », *Dr. fisc.* n° 20-21, 19 mai 2011.

⁶⁵⁶ S. GÉLIN, « De quelques idées reçues sur la fiscalité des incorporels », Étude, *Bulletin Fiscal Lefebvre*, août/septembre 2008.

⁶⁵⁷ Le *goodwill* est défini par les principes directeurs comme « la différence entre la valeur globale d'une entreprise en exploitation et la somme des valeurs de tous ses actifs corporels et incorporels identifiables séparément » (p. 287, Paragraphe 6.27). Plus précisément, la « valeur de notoriété » qui permet à une entreprise de facturer des prix plus élevés en raison de sa réputation dans son secteur d'activités peut constituer un élément de survalueur et doit dès lors être prise en compte dans la détermination du niveau de rémunération adéquate.

⁶⁵⁸ Cf. *infra*. § 207.

brutes, car, quelle que soit la qualité du traitement de la donnée par la multinationale en question, cette dernière est obligée, pour prospérer, d'absorber continuellement de nouveaux volumes massifs de données »⁶⁵⁹. Les profits, notamment entre l'État de situation de développement de l'algorithme et l'État de localisation des utilisateurs, doivent par conséquent se répartir en fonction de l'importance respective de ces quatre facteurs dans le processus de création de valeur de la plateforme numérique⁶⁶⁰. À titre d'exemple, dans un modèle d'affaire où les données personnelles recueillies sur un utilisateur sont monétisées à des fins publicitaires, le profit résiduel résultant de la transaction devrait, non plus être centralisé exclusivement dans l'État de localisation de développement de l'algorithme, mais partagé avec l'État de consommation en ce que cet État contribue à la valeur créée par la plateforme numérique aussi bien directement, en fournissant par exemple une infrastructure de réseau performante et/ou un cadre légal propice à la conduite d'activités économiques, qu'indirectement, par le recueil intensif de données d'utilisateurs résidents sur son territoire.

La deuxième considère que les données et la participation des utilisateurs ne constituent pas une source de valeur. En effet, les données brutes ne disposeraient d'aucune valeur et ne devraient pas par elles-mêmes pouvoir légitimer l'attribution d'une compétence fiscale à l'État de localisation des données collectées ou être considérées comme un moteur de profit pour l'entreprise à l'origine de la collecte⁶⁶¹. Plutôt, ces éléments s'assimilent à des intrants commerciaux provenant de tiers indépendants dans la chaîne d'approvisionnement de l'entreprise (*business input*)⁶⁶². La réussite des plateformes numériques ne s'expliquerait donc que par leur capacité à innover technologiquement pour améliorer sans cesse l'expérience utilisateur.

La troisième s'intéresse elle aux objectifs à l'origine de la collecte des données. Dès lors que ces dernières s'assimilent à un produit, en générant un flux de revenus distincts (par exemple la fourniture d'un service publicitaire ciblé ou une vente de données à des tiers), l'État de situation des utilisateurs serait en droit d'imposer une part des profits issus de l'activité de l'entreprise à l'origine de la collecte⁶⁶³. En sens inverse, l'utilisation par l'entreprise de données à des fins internes, i.e données métriques et données professionnelles, en ce qu'elles ne génèrent pas de flux de revenus

⁶⁵⁹ A. GOBEL, « Fiscalité internationale et économie numérique : la juste valeur des Big Data », Étude, *BF* 6/13.

⁶⁶⁰ G. KOFLER, J. SINNIG, « Equalization Taxes and the EU's Digital Services Tax », Chapter 6 in *Tax and the Digital Economy*, *Wolters Kluwer*, Volume 69, 2019, p.117.

⁶⁶¹ M. LYKKEN, « The Philosophy of Digital Taxation », *Tax Notes International*, 25 february 2019, Volume 93.

⁶⁶² Si cette vision s'oppose à une appréhension et quantification des données recueillies sur les utilisateurs aux fins de taxation à l'IS, elle considère néanmoins qu'une taxe sur la consommation pourrait s'appliquer. L'interaction entre les utilisateurs bénéficiant de l'accès gratuit à un service numérique et une plateforme disposant du droit de recueillir leurs données constituerait à cette fin une opération de troc. Cf. à ce titre R. AVI-YONAH, N. FISHBIEN, « The Digital Consumption Tax », *Intertax*, 2020, Volume 48, Issue 5.

⁶⁶³ S. BURIK, « A New Taxing Right for the Market Jurisdiction : Where Are the Limits ? », *Intertax*, Volume 48, Issue 3, 2020, p. 311.

séparés, ne devrait pas avoir pour effet d'attribuer à l'État de consommation une part de profits plus importante que celle dont il dispose en l'état actuel des règles de PDT.

Une réponse nuancée doit être adoptée. S'il apparaît fortement complexe d'attribuer une valeur fiscale aux données collectées, qu'elles soient observées, soumises ou inférées, faute de référence communément acceptée dans leur tarification et de transactions monétaires établies entre la plateforme collectrice et l'utilisateur⁶⁶⁴, il est néanmoins évident, au moins dans les modèles d'affaires de réseau de valeur, que les données constituent un maillon essentiel de la chaîne de valeur. En effet, « *la collecte et l'ordonnement des données [...] permettent à ces entreprises, d'accroître l'efficacité de leur processus de commercialisation, d'améliorer la qualité des services rendus, d'accélérer leur cycle d'innovation [et] d'augmenter les revenus tirés d'une concession d'utilisation des données* »⁶⁶⁵. Dans cette mesure, la donnée, dans une économie numérisée, ne peut s'assimiler à un simple intrant commercial. Elle est même un moteur de profit essentiel lorsque l'entreprise à l'origine de sa collecte la revend à des tiers sans mise en place d'un procédé de retraitement significatif. Les activités de fabrication intégrant dans les produits des solutions d'apprentissage automatique dit *machine learning* constituent à cet effet un exemple typique puisque les données collectées interviennent positivement au moins deux étapes distinctes de la chaîne de valeur de l'entreprise. Premièrement, l'entreprise est en mesure de modifier en temps direct l'activité de production en fonction des préférences manifestées par les consommateurs au travers de la collecte de leurs données. Deuxièmement, les capacités du *machine learning* sont *de facto* améliorées par des données précises collectées sur les habitudes des utilisateurs⁶⁶⁶. La part des profits attribuable à l'État de situation des consommateurs devra ainsi dans cette hypothèse être réévaluée à la hausse. Ces développements ne reviennent toutefois pas à nier l'importance considérable que peuvent prendre les A.I (ex. l'algorithme *Page Rank* de Google) de traitement, d'assemblage et de recoupement des données personnelles dans le processus de création de valeur des entreprises. En effet, dans de nombreuses entreprises à forte composante numérique, la valeur apparaît largement attribuable aux capacités humaines ou fonctions humaines (*significant people function*) permettant d'optimiser le traitement des données au travers d'A.I uniques et difficiles à évaluer aux fins des PDT⁶⁶⁷. Dans cette mesure, ces fonctions doivent se voir attribuer l'essentiel du profit du groupe en ce qu'elles ont permis la transformation de données brutes en informations

⁶⁶⁴ A. ASLAM, A. SHAH, « Corporate Income Taxes under Pressure, Chapter 10, Taxing the digital economy », *IFM*, 2021, p. 195-198.

⁶⁶⁵ A. GOBEL, *préc.*

⁶⁶⁶ A. HAINES, Smart Manufacturing Blurs the Definition of PE, Goods and Services, ITR, 14 may 2019, consultable à l'adresse suivante : <https://www.internationaltaxreview.com/article/b1fq9g8rqfmm1/smart-manufacturing-blurs-the-definitions-of-pe-goods-and-services>.

⁶⁶⁷Pour une étude approfondie des actifs incorporels difficiles à évaluer (AIDE) en matière de PDT, cf. *infra*. § 231 et s.

constituant une source essentielle de revenus pour la plateforme numérique⁶⁶⁸.

Toutefois, force est de constater qu'en égard aux importantes réticences d'États quant à la possibilité de reconnaître un A.I aux fins des règles de PDT qui ne rempliraient pas les conditions posées par les règles comptables⁶⁶⁹, il ne peut à l'heure actuelle être attribué une valeur certaine aux données collectées pour répartir adéquatement le profit en résultant, quand bien même il est avéré qu'elles sont un moteur de profit essentiel dans certains modèles d'affaires numérisés.

2. Les fonctions exercées par les parties

198. Le PPC est aujourd'hui considéré par bon nombre d'auteurs et d'États comme inapte à répartir équitablement les profits entre entités constitutives d'un groupe multinationale. Néanmoins, ces critiques ne prennent que rarement en compte l'évolution majeure instituée par le projet BEPS dans l'application du PPC. En effet, les lignes directrices OCDE s'attachent désormais à ce que les revenus issus de l'exploitation d'actifs incorporels et les revenus associés à l'allocation des risques soient liés à l'exercice par l'entreprise de « fonctions humaines significatives »⁶⁷⁰. Par ces fonctions s'entend « *les activités menées par des personnes suffisamment qualifiées pour s'engager dans le développement, l'amélioration, l'entretien, la protection et l'exploitation des actifs incorporels (fonctions DEMPE) et disposant de la capacité de maîtriser les risques financiers y compris ceux liés à l'exploitation d'actifs incorporels* »⁶⁷¹. Dès lors, la connexion opérée entre la force de travail et la création de valeur⁶⁷² permet de renverser la perception selon laquelle le propriétaire juridique d'un A.I clé est en droit de percevoir l'ensemble des profits résiduels de l'activité après rémunération des entités à risques limités ou de routine. La notion de « propriété économique » prend ainsi tout son sens **(a)**. La reconnaissance d'un dédoublement de propriété à l'égard d'un même actif ne sera cependant pas sans poser de difficultés pratiques **(b)**.

⁶⁶⁸ J. LAMMERS, « The OECD Concept of User Participation And a More Pragmatic Way to Tax Rent Seeking », *Tax Notes International*, 18 novembre 2019, p.613.

⁶⁶⁹ Pour une étude approfondie de l'approche française dans la caractérisation d'un A.I, cf. *infra*. § 352 et s.

⁶⁷⁰ L'OCDE faisait déjà référence à ces termes dans son rapport de 2010 sur l'attribution des bénéfices aux ES et notamment à l'égard de l'ES-serveur. La part des bénéfices à attribuer à ce dernier devait et doit encore être très réduite en ce qu'il n'exerce aucune « fonction humaine significative » (absence de personnel agissant pour le compte de l'entreprise).

⁶⁷¹ I. GRINBERG, « International Taxation in an Era of Digital Disruption : Analyzing the Current Debate », *Taxes The Tax Magazine*, March 2019, p. 89 (traduction).

⁶⁷² *Ibid.* : l'auteur voit dans les fonctions DEMPE, renommées par ses soins « the bourgeois labor theory of value » (BLTV), une traduction de la théorie marxiste dans laquelle la valeur d'un bien ou d'un service est fonction de la force de travail mobilisée pour sa production.

a. La dissociation entre propriété juridique et propriété économique

199. La propriété économique peut se définir comme « *la relation d'une personne juridique relativement à un bien dont elle n'est pas juridiquement propriétaire, laquelle relation, d'une part, résulte d'un acte juridique, le plus souvent un contrat conclu entre cette personne et le propriétaire juridique et, d'autre part, confère à cette même personne un droit dont l'exercice lui donne vocation à bénéficier, pour elle-même et à titre exclusif de la totalité de la substance économique du bien* »⁶⁷³. Elle est une manifestation de la réalité économique, dans laquelle une ou plusieurs personnes peuvent s'approprier, en raison de droits conférés par le propriétaire juridique, la valeur dudit bien⁶⁷⁴. En d'autres termes, une duplication de propriété intervient entre le patrimoine du propriétaire et celui du concessionnaire⁶⁷⁵.

Plus précisément en ce qui concerne les relations intra-groupe, cette réalité est parfois déformée au travers de la mise en œuvre de schémas de planification fiscale agressive dans le but de dénier au propriétaire économique, souvent localisé dans un État à forte pression fiscale, la substance économique du bien normalement acquise dans l'exercice de ses fonctions. En effet, certaines entités concessionnaires et exploitantes d'un A.I, lesquelles exercent des fonctions augmentant considérablement la valeur de ce dernier, ne se voient pour autant attribuer qu'une part des profits bien inférieure à leur réelle contribution au processus de création de valeur de l'entreprise. Dans ce type de schémas, l'entité bénéficiaire de l'ensemble des profits résiduels est le propriétaire juridique, souvent localisé dans un État à fiscalité privilégiée, sans substance, et dont la fonction essentielle se limite à la détention de l'A.I (*cash boxes*). L'absence de remise en cause de ces structururations révèle une approche fondamentalement juridique. La personne qui concède les droits d'usage, indépendamment des activités exercées par les concessionnaires ainsi que des investissements réalisés pour valoriser le droit, a vocation seule à recevoir une rémunération pour l'utilisation de ce droit. Comme le note Stéphane GÉLIN : « *Est seule considérée la personne à la source des droits qui, sans elle, n'auraient pu être exercés. Le principe de la rémunération est acquis à celui qui dispose du monopole* »⁶⁷⁶.

200. Les fonctions DEMPE ont été mises en œuvre pour neutraliser les schémas décrits ci-dessus et assurer que les produits des A.I soient alignés avec le lieu d'exercice des fonctions

⁶⁷³ G. BLANLUET, *Essai sur la notion de propriété économique en droit privé français. Recherches au confluent du droit fiscal et du droit civil*, préf. P. CATALA et M. COZIAN, LGDJ, Bibliothèque de droit privé, 1999, n° 305.

⁶⁷⁴ *Ibid.*, p. 339.

⁶⁷⁵ I. ROUBEROL, « Prix de transfert : l'accession mobilière, un fondement légal de la propriété économique ? », *Dr.fisc.* n°27-28, juillet 2011, 470, § 3.

⁶⁷⁶ S. GÉLIN, *préc.* n° 415.

humaines significatives⁶⁷⁷. L'approche est ici résolument économique, fondée sur une exigence de substance, dans laquelle les revenus issus de l'exploitation d'A.I doivent être répartis entre les entités membres d'un groupe exerçant des fonctions, utilisant des actifs et assumant des risques associés au DEMPE de ces actifs. L'entité propriétaire juridique ne sera susceptible dès lors d'en percevoir les fruits que lorsqu'elle exercera les fonctions DEMPE. À défaut, seule une rémunération, au titre de la détention de l'actif pourra lui être attribuée⁶⁷⁸. Cette règle de source positive⁶⁷⁹ implique ainsi une analyse de l'allocation des risques au sein du groupe afin de déterminer la ou les entités qui contrôle(nt) en fait les risques économiquement significatifs. La notion de risque apparaît dans cette mesure consubstantielle à l'attribution de la propriété économique d'un bien incorporel. Sans prétendre à l'exhaustivité quant au processus d'analyse des risques dans une transaction contrôlée⁶⁸⁰, une entité sera réputée prendre en charge un risque (par exemple lié à la mise au point d'un A.I ou à l'atteinte aux droits sur ces actifs) lorsqu'elle le contrôlera effectivement et disposera de la capacité de l'assumer dans l'hypothèse où il surviendrait⁶⁸¹. Ainsi, une entité qui fournit un financement sans pour autant contrôler les risques y afférents et sans exercer de fonctions relatives au DEMPE sera considérée comme simple investisseur⁶⁸². Une différence survient alors avec l'approche autorisée OCDE considérant qu'un ES prend en charge un risque lorsqu'il exerce les fonctions humaines significatives pertinentes à

⁶⁷⁷ L'on notera avec intérêt que l'OCDE a adopté la même démarche au titre de l'action 5 du plan BEPS (lutte contre les pratiques fiscales dommageables). L'approche *nexus*, élevée au rang de standard minimum, oblige à ce que l'octroi d'un régime préférentiel par un État soit lié à l'exercice sur son territoire d'une activité substantielle par un contribuable. L'activité substantielle sera mesurée au regard des dépenses effectuées par le contribuable sur ledit territoire. Plus précisément en ce qui concerne les régimes préférentiels de propriété intellectuelle (PI), l'exigence de substance permettra un meilleur alignement des produits de la PI avec le lieu d'exercice des activités pertinentes en réduisant les possibilités de transférer artificiellement les bénéfices du pays où a lieu la création de valeur. Pour une étude approfondie du nouveau régime de PI français (article 238 CGI) suite au rapport de l'OCDE considérant l'ancien article 39 terdecies, 1 du CGI comme une pratique fiscale dommageable, C. SILBERZTEIN, R. BRICARD, Réforme des modalités d'imposition des produits de propriété industrielle : un environnement fiscal international complexe, des opportunités pour les logiciels, Février 2019, *Dr. fisc.* n° 9, 172.

⁶⁷⁸ OCDE, *préc.*, p. 295, par. 6.42.

⁶⁷⁹ A. MARTIN JIMENEZ, « Recents Developments on the Nexus Rule to Tax Business Profits at Source, in Transfer Pricing Developments Around the World », Chapter 7, 2019, *Wolters Kluwer*, p. 208 : le projet BEPS a mis en place dans le cadre des actions 8-10 une règle de source positive dans laquelle l'attribution des profits doit être effectuée à l'endroit où les fonctions sont exécutés, les actifs utilisés et les risques supportés dans le DEMPE des actifs incorporels et une règle de source négative dans laquelle est combattu le transfert de profits dans une filiale dépourvue d'une substance économique suffisante.

⁶⁸⁰ Cf. pour une analyse approfondie O. MARICHAL, B. GABELLE, « Le projet BEPS : risques et contrôle des risques de prix de transfert », *FR Fiscal Social* 9/16. Les auteurs notent notamment dans ce domaine que « la pierre angulaire [...] est la détermination de la capacité à gérer un risque qui passera nécessairement par une étude de la réalité des fonctions humaines déployées par les entités et de leur pouvoir effectif de décision ».

⁶⁸¹ *Ibid.*, p.60-61 ; L'OCDE, en utilisant la notion de « contrôle du risque » considère implicitement qu'une entreprise ne peut assumer un risque que lorsqu'elle le contrôle effectivement. Ce lien entre « assumer » et « contrôler » interroge quant à sa conformité avec le PPC. En effet, il apparaît en pratique que certaines entreprises indépendantes assument et supportent des risques qu'elles ne contrôlent pourtant pas ou à tout le moins pas entièrement, cf. à ce titre J. ANDRUS, P. OOSTERHUIS, *préc.*, n° 397, p. 89 à 96.

⁶⁸² I. VERLINDEN, S. DE BAETS, V. PARMESAR, *préc.*

l'acceptation initiale et à la gestion ultérieure de ce risque⁶⁸³. Dès lors, les conditions visant à attribuer à l'ES la prise en charge d'un risque apparaissent plus souples que celles mentionnées dans le cadre de l'article 9 du modèle OCDE. À situations équivalentes, l'attribution des profits ou des pertes aux ES sera donc plus importante que celle revenant aux filiales en ce que ces premiers sont susceptibles de se voir attribuer lesdits risques dès lors qu'ils exercent activement les fonctions nécessaires à leur acceptation et à leur gestion⁶⁸⁴. L'attribution des risques revêtira ici une double importance puisque le capital « propre » et les bénéfices et pertes attribués à l'ES seront fonction des risques assumés par ce dernier. En effet, comme le note l'OCDE, « *une entreprise qui assume des risques supplémentaires importants devrait accroître son capital en parallèle afin de conserver le même niveau de solvabilité* »⁶⁸⁵. Tel est assurément le cas pour des établissements engagés dans la recherche de solutions numériques innovantes qui nécessitent l'attribution d'un montant élevé de capital pour faire face à une éventuelle concrétisation des risques.

b. Les difficultés pratiques

201. Les difficultés pratiques dans l'application des fonctions DEMPE tiennent au fait que l'analyse est factuelle. Si l'application ne pose guère de problèmes à l'égard de transactions dans lesquelles le propriétaire juridique n'exerce à l'évidence aucune fonction essentielle au développement de la valeur des A.I, les choses sont différentes lorsque le flux intra-groupe contrôlé ne présente aucune marque d'artificialité. L'exemple d'un accord de distribution entre un propriétaire juridique d'une marque de fabrique et un distributeur associé illustre cela. Le partage des profits, conformément au PPC, entre l'entreprise propriétaire juridique et le distributeur exploitant la marque s'avère en effet délicat lorsque tous deux exercent des fonctions liées au DEMPE. Ainsi, « *le risque [...] de transférer demain plus de marge vers le marché et moins vers le propriétaire juridique de l'incorporel, et ceci même quand le propriétaire juridique n'est pas une société coquille dans un paradis fiscal* »⁶⁸⁶ ne peut être occulté. Pour éviter en partie cet écueil, l'analyse doit se fonder prioritairement sur la nature des droits conférés⁶⁸⁷. Dès lors, quand le contrat revêt un caractère exclusif et à long terme, les fonctions exercées par le distributeur peuvent être considérées comme augmentant la valeur de l'A.I⁶⁸⁸. La rémunération pourra ainsi prendre la forme

⁶⁸³ OCDE, Rapport sur l'attribution de bénéfices aux établissements stables, 2010, p. 19, Paragraphe 24.

⁶⁸⁴ W. EGGER, *Transfer Pricing and Value Creation in the Context of Permanent Establishment*, in *Transfer Pricing and Value Creation*, Linde, Michael Lang Ed., 2019, p. 48.

⁶⁸⁵ OCDE, *préc.*, p. 30, § 71.

⁶⁸⁶ C. SILBERZTEIN, C. DERO, *préc.*

⁶⁸⁷ Ces difficultés pourront être atténuées par une application élargie de la méthode de partage des bénéfices (profit split), cf. *infra*. n° et s. pour une étude détaillée de cette méthode.

⁶⁸⁸ OCDE, *préc.*, p. 309, par. 6.76.

d'une hausse des bénéfices tirée des activités de distribution, d'une portion des bénéfices liés à l'augmentation de la valeur de l'actif ou d'une réduction du taux de la redevance⁶⁸⁹. Le paiement de la redevance s'avérera même discutable dans l'hypothèse où une filiale concessionnaire aura supporté d'importants efforts marketing pour décliner la marque localement et la totalité des coûts permettant son développement mondial⁶⁹⁰.

Une nouvelle étape dans les difficultés est franchie lorsque la création de valeur n'est plus le fait de fonctions individuelles mais de l'interconnexion entre des moteurs de profit variés de nature à différencier le groupe multinational d'entreprises concurrentes. La dilution de la création de valeur entre plusieurs entités démontre dès lors qu'il peut être identifiée en pratique une co-propriété économique à l'égard d'un seul et même actif⁶⁹¹. Comme le note justement I. VERLINDEN : « *Value creation is in other words not necessarily attached to the 'important functions' but rather a cross-functional collective mastery across the entire value chain* »⁶⁹². La création de rentes économiques reposera ainsi majoritairement sur trois éléments distincts : une identité claire⁶⁹³, des moteurs de profit (les synergies, know-how ou encore des actifs à forte valeur) et enfin une capacité, grâce à des employés hautement qualifiés et/ou aux TIC, à les associer à grande échelle⁶⁹⁴. De ces développements ressort l'idée que la réalité organisationnelle des multinationales à l'heure actuelle n'est plus celle d'une répartition absolue des fonctions entre entités mais plutôt d'un souci de les intégrer dans un univers plus global où l'interconnexion entre ses différentes composantes constituera un facteur clé dans la maximisation des richesses. Comme le notaient déjà Stéphane GÉLIN et Arnaud LE BOULANGER en 2001 : « *Ce fait est d'autant plus marqué que la plupart des groupes raisonnent au quotidien non pas en termes d'entités juridiques, mais de divisions, de business units, de « centres de profits » ou de « centres de coûts »* »⁶⁹⁵.

⁶⁸⁹ *Ibid.* p. 310-311, § 6.78.

⁶⁹⁰ S. GÉLIN, *préc.*

⁶⁹¹ I. ROUBEROL, *préc.*, § 15. Comme le note l'auteure, cette constatation diverge de celle effectuée par G. Blanluet considérant que le propriétaire économique a vocation à appréhender la totalité de la substance de la chose.

⁶⁹² I. VERLINDEN, B. MARKEY, « From Compliance to the C-Suite : Value Creation Analysed Through the Transfer Pricing Lens », *Intertax*, Volume 44, Issue 10, 2016, p. 774 et s.

⁶⁹³ Les GAFAs disposent d'une forte identité d'entreprise avec des idées d'innovation, d'ergonomie, ou même d'une conception de la société qui leur sont propres et fondent dès lors un avantage compétitif impossible à dupliquer par des entreprises concurrentes, cf M. JASOR, L'identité d'entreprise, un avantage compétitif, Les Échos, 3 juillet 2006, <https://www.lesechos.fr/2006/07/lidentite-dentreprise-un-avantage-competitif-574975>

⁶⁹⁴ I. VERLINDEN, B. MARKEY, *préc.*

⁶⁹⁵ S. GÉLIN, A. LE BOULANGER, « Du principe de pleine concurrence à l'analyse de la valeur dans l'entreprise », *Dr. fisc.* n°48, 28 novembre 2001, 100249.

C. Les circonstances économiques des parties à la transaction et du marché

202. Deux principales circonstances économiques sont susceptibles d'avoir une incidence sur l'analyse de comparabilité et la détermination des prix de pleine concurrence⁶⁹⁶. La première a trait aux avantages spécifiques de localisation (ASL) ou économies de localisation et se définissent comme des avantages liés à un territoire ou à un marché spécifique dont bénéficient une entreprise dans le cadre de son activité de nature à augmenter la profitabilité de son activité par rapport à des entreprises similaires exerçant leurs activités sur un autre territoire⁶⁹⁷ (1). La deuxième concerne les synergies d'entreprise, puissant moteur de profits dans le cadre de groupes intégrés et dont les particularités nécessiteront un traitement distinct aux fins des PDT (2).

1. Les avantages spécifiques de localisation

203. La question des ASL est, dans le cadre de cette étude, d'une importance première en ce qu'elle est une réponse possible à l'insuffisance du pouvoir d'imposition de l'État de consommation dans le cadre d'une économie globalisée et numérisée. Les débats concernant l'établissement d'un système de taxation juste et équitable des entreprises multinationales se nourrissent en effet de l'agacement de certains États de ne voir les activités d'exploitation de leur marché que très faiblement rémunérées, agacement d'autant plus exacerbé par la localisation dans des États à fiscalité privilégiée des revenus issus de l'exploitation des A.I. Pour remédier à cette situation et combler les lacunes pratiques du PPC relatives notamment à un défaut de comparables pertinents⁶⁹⁸, certains pays comme la Chine et l'Inde, à la fois État de production et de consommation, déclinent les ASL en deux éléments distincts : les économies de coûts (a) et les primes de marché (b).

a. Les économies de coûts

204. Les économies de coûts sur un territoire peuvent être réalisées de nombreuses manières par les entreprises multinationales : par des dépenses moins élevées en matière de sécurité sociale,

⁶⁹⁶ Le collectif de travail est mentionné par l'OCDE comme une autre circonstance relative aux caractéristiques de l'entreprise multinationale susceptible de devoir faire l'objet d'un ajustement de comparabilité pour aboutir à un résultat de pleine concurrence. La constitution d'un ensemble d'employés dont les qualifications et l'expérience revêtent un caractère unique doit dès lors être prise en compte dans le cadre de l'analyse de comparabilité (OCDE, *préc.*, p.95-97) ; La crise sanitaire du Covid-19 sera aussi susceptible d'avoir des conséquences sur l'établissement des PDT. Des ajustements de comparabilité devront être appliqués pour aboutir à un résultat de PC, cf. *infra*. § 214.

⁶⁹⁷ U.N, Practical Manual on Transfer Pricing for Developing Countries, 2017, p. 568, D.2.4.41.

⁶⁹⁸ U.N, *préc.*, D. 2.4.3.1 : le manque de comparables pertinents en Chine constitue un problème majeur dans l'élaboration de prix de pleine concurrence entre une entreprise étrangère et une filiale ou succursale chinoise. En effet, alors que seulement 3 000 entreprises chinoises sont listées et fournissent des données pertinentes en matière de PDT, les entreprises privées ne sont aucunement tenues d'une obligation de révéler publiquement leurs informations financières.

de protection de l'environnement ou encore par l'utilisation de main d'oeuvre locale à bas coût dont les techniques et compétences propres se sont par ailleurs nettement améliorées au cours des dernières décennies. À ce titre, l'augmentation du pouvoir d'imposition de l'État de consommation vu ici dans son versant État de production se justifie par la notion d'équité du système économique mondial⁶⁹⁹. En effet, en vertu du PPC, le prix à acquitter dans le cadre d'une transaction intra-groupe est déterminé en fonction de celui qui aurait été versé entre entreprises indépendantes dans des circonstances similaires. Une connexion est ainsi opérée entre la notion de «juste prix» et la mécanique du marché libre. Néanmoins, le prix constaté sur le marché libre ne reflète pas toujours la juste valeur marchande d'une transaction. Ainsi, dans certains pays à faibles revenus, l'utilisation d'une main-d'oeuvre exploitée ne traduira manifestement pas un prix de marché juste⁷⁰⁰. L'entreprise étrangère sera dès lors en mesure, en toute conformité avec le PPC, d'attribuer une part des revenus à l'entité de production en-deca de sa réelle contribution au processus de création de valeur du groupe⁷⁰¹. Pour remédier à cette difficulté, la différence entre les prix de marché dits non-exploités et ceux exploités pourrait s'ajouter au prix des biens vendus à la société mère par l'entité de production ce qui aurait pour conséquence l'augmentation des profits attribuables à cette dernière⁷⁰².

b. Les primes de marché

205. L'Inde et la Chine considèrent que la fourniture de leurs marchés à des entreprises étrangères désireuses d'intégrer économiquement leurs territoires constitue pour ces dernières un facteur important de profit⁷⁰³. Le caractère unique de leurs économies, lié entre autres à une forte croissance économique, à la taille de leur marché ainsi qu'à la rigidité de la demande, nécessite en effet l'engagement d'efforts de vente moindres de nature à augmenter l'efficacité et la rentabilité de l'activité de l'entreprise étrangère. Dès lors, ces facteurs, externes à l'entreprise, justifient l'octroi d'une part plus conséquente de la matière imposable à la filiale ou succursale située sur leurs territoires⁷⁰⁴. La question de l'identification et de quantification de ces avantages partage en outre

⁶⁹⁹ M. LIAO, C. SILBERZTEIN, « Chine : fiscalité internationale et prix de transfert », *Dr.fisc.* n° 22, 2013, 298.

⁷⁰⁰ L'exemple d'Unilever est à ce titre évocateur. Cette multinationale dont le siège social se situe au Royaume-Uni fait l'objet de vives critiques concernant le versement de salaires jugés indécents à de la main-d'oeuvre située dans des États en développement. Les employés de sa filiale vietnamienne (activité de fabrication de vêtements) sont par exemple rémunérés entre 46 et 85 cents de dollars par heure. Si ces montants apparaissent supérieurs au seuil de pauvreté internationale de 2 dollars par jour, une étude démontre qu'ils sont néanmoins bien inférieurs au plancher salarial en Asie et à ce qui peut être considéré comme nécessaire pour vivre décemment, cf. OXFAM, *Labour Rights in Unilever's Supply Chain: From Compliance Towards Good Practice* (2013), https://www.unilever.com/Images/tr-unilever-supply-chain-labour-rights-vietnam-310113-en_tcm244-409769_en.pdf

⁷⁰¹ A. CHRISTIANS, L. BAN APPELDORN, « Taxing Income Where Value Is Created », *Florida Tax Review*, Volume 22, 2018, n°1, p.3.

⁷⁰² *Ibid.*, p.37.

⁷⁰³ C. SILBERZTEIN, C. DERO, *préc.*

⁷⁰⁴ M. HERZFELD, « Moving to Market : Competing Considerations », *Tax Notes International*, 4 mars 2019, p. 908.

une forte connexité avec celle de l'attribution de biens incorporels de commercialisation à des entités réputées exercer des fonctions de routine. Les administrations de ces États ont en effet tendance à voir dans les entités situées sur leurs territoires non pas des entités de routine mais des entités qui, au travers du temps, acquièrent une expérience et des compétences particulières accroissant la valeur des A.I transmis originellement⁷⁰⁵. Plus précisément, les activités menées par les entités chinoises ou indiennes de promotion de la marque, de marketing ou de déclinaison du produit pour l'adapter aux préférences culturelles etc... permettent une augmentation de leurs revenus de vente mais aussi de ceux de filiales étrangères déjà largement implantées. L'exemple des entreprises dans l'industrie du luxe est évocateur. L'argent dépensé par des ressortissants chinois représente en effet une part de plus en plus importante du CA réalisé par des filiales étrangères (environ 12%) et ce grâce aux dépenses effectuées par les filiales chinoises dans la promotion de ces marques. Ainsi, comme le note la Chine dans le manuel ONU : « *Cette portion des revenus de vente et des profits devrait être attribuée aux filiales chinoises ayant réalisées les contributions marketing et ainsi faire l'objet d'une imposition en Chine* »⁷⁰⁶.

206. L'approche de ces États, si elle ne peut être considérée comme frontalement contraire au PPC, révèle néanmoins une transposition à géométrie variable des règles de répartition des profits en fonction de leurs intérêts respectifs et de leurs capacités administratives⁷⁰⁷. Elle apparaît néanmoins instructive dans les débats animant la taxation des entreprises du numérique. D'abord car elle constitue, dans le même sens que l'analyse des fonctions DEMPE, un contrepois à l'égard de règles de PDT classiquement appliquées comme récompensant « *la technologie, les synergies et les infrastructures juridiques de façon bien trop disproportionnée, par rapport aux personnes « qui travaillent, souffrent et créent de la valeur* »⁷⁰⁸. Ensuite, et surtout, l'attribution au marché d'un rôle moteur dans la génération des profits d'une activité marque un changement de perspective dans l'analyse du processus de création de valeur. Ainsi, l'entreprise multinationale ne crée plus seulement de la valeur. Elle est capable aussi désormais de capter des éléments qui lui sont extérieurs pour optimiser sa rentabilité⁷⁰⁹. L'État de consommation voit ainsi dans la présence de ces éléments sur son territoire un prétexte tout trouver à l'extension de son pouvoir d'imposition.

⁷⁰⁵ U.N, *préc.*, p. 572-573, D.2.4.5.2.

⁷⁰⁶ *Ibid.*, p. 572, D.2.4.4.12.

⁷⁰⁷ Ces divergences dans l'interprétation des règles de répartition internationale des profits s'expliquent notamment par le fait que les États en développement n'ont pas été inclus dans leur élaboration sur un pied d'égalité avec les États développés. Plus, il apparaît que le projet BEPS, conduit largement par le G20 et les membres de l'OCDE, a été élaboré dans un but de satisfaction des intérêts des États développés. Dans un autre sens, il ne peut être nié que d'importants efforts ont été mis en place par le Cadre inclusif, avec la réunion de plus de 130 pays, pour intégrer les États en développement dans l'application des règles issues du projet BEPS.

⁷⁰⁸ M. LIAO, C. SILBERZTEIN, « Chine : fiscalité internationale et prix de transfert », *Dr.fisc.* n°22, 2013, 298.

⁷⁰⁹ A. MARTIN JIMENEZ, *préc.*, p. 281.

2. Les synergies de groupe d'entreprises

207. Les synergies au sein d'un groupe d'entreprises découlent notamment « *d'économies d'échelle, de la conjonction et de l'intégration des systèmes informatiques et de communication, d'un système de gestion intégré, de l'élimination de double-emploi, d'une capacité d'emprunt accru, ainsi que de nombreux autres facteurs similaires* »⁷¹⁰. L'exercice de leur quantification et de leur répartition s'avère constituer une tâche ardue en ce que la valeur produite par la réalisation de ces économies ne peut être attribuée à une entreprise en particulier. En effet, chacune des entités constitutives du groupe contribuera plus ou moins à la réalisation de ces économies globales. L'OCDE a ainsi, pour la première fois dans ses principes directeurs en 2017, exprimé une position claire sur le traitement des synergies au sein d'un groupe d'entreprises. À ce titre, les avantages synergiques résultant de l'appartenance à un groupe ne doivent faire l'objet d'une rémunération distincte ou d'une répartition que lorsqu'elles découlent d'actions délibérées et concertées des entités⁷¹¹. Par suite, la répartition de ces avantages s'effectuera entre « *les membres du groupe à proportion de leur contribution à la création de la synergie considérée* »⁷¹². L'exemple le plus courant est celui d'une société disposant du rôle de directeur des achats centraux pour l'ensemble du groupe. Les synergies, c'est-à-dire la baisse du prix des produits achetés à des fournisseurs indépendants et découlant de la puissance d'achat combiné des entités, seront en général réparties en fonction du chiffre d'affaires réalisé par chacune de ces entités⁷¹³.

208. La liste établie par l'OCDE ne s'attache néanmoins pas à relever certains éléments caractéristiques des modèles d'affaires numériques pourtant aisément assimilables à des synergies pour l'entreprise exploitante. Parmi ces éléments, les interactions permises par la technologie d'intermédiation entre les consommateurs/utilisateurs sur différentes faces (modèle d'affaire multi-faces) d'un même marché constituent pour la plateforme numérique une source majeure d'externalités positives. Mais alors que les principes directeurs s'attachent à ce que le profit résiduel lié aux synergies « classiques » soient partagés entre les entités membres du groupe en proportion de leur contribution à la création de ladite synergie, les plateformes numériques disposent elles de la capacité de centraliser l'ensemble des bénéfices découlant des synergies liées aux activités des utilisateurs dans des entités faiblement taxées⁷¹⁴. Cette différence de traitement apparaît

⁷¹⁰ OCDE, *préc.*, p. 97, § 1.157.

⁷¹¹ *Ibid.*, par. 1. 158 à 1. 160 : une action délibérée et concertée est caractérisée « dès lors qu'une entreprise associée exerce des fonctions, utilise des actifs ou assume des risques au bénéfice d'une ou plusieurs autres entreprises associées de telle sorte qu'une rémunération de pleine concurrence s'impose ».

⁷¹² *Ibid.*, § 1. 162.

⁷¹³ *Ibid.*, p. 101 (Exemple 3).

⁷¹⁴ V. PLEKHANOVA, *Value Creation Within Multinational Platform Firms : A Challenge for the International*

difficilement justifiable lorsqu'il est considéré que la valeur est le résultat d'une co-production entre l'entreprise plateforme et les consommateurs.

II. La recherche de transactions comparables sur le marché libre

209. Les résultats relatifs à la délimitation précise de la transaction contrôlée au travers de l'ensemble des étapes décrites précédemment viendront dicter les contours de la recherche de transactions comparables sur le marché libre. À ce titre, une certaine continuité peut être observée entre la délimitation des transactions contrôlées, la recherche de comparables et la méthode de calcul du montant de pleine concurrence⁷¹⁵. L'identification des « transactions indépendantes comparables » aux transactions réalisées au sein du groupe constitue ainsi l'étape préalable à l'application de la méthode de PDT. Cet exercice, difficile à mener en pratique, a conduit les entreprises multinationales et les administrations à s'orienter davantage vers une recherche d'entreprises fonctionnellement distinctes (A). Conclure à une comparabilité entre une transaction contrôlée et une transaction sur le marché libre ne signifie cependant pas entre ces deux une similarité parfaite au niveau de leurs caractéristiques, tant il apparaît que le comparable « parfait » n'existe pas⁷¹⁶. Ainsi, des transactions pourront être retenues dans l'hypothèse où des ajustements de comparabilité suffisamment précis seront en mesure d'éliminer l'incidence de leurs différences (B).

A. D'une recherche de transactions comparables à une recherche d'entreprises fonctionnellement comparables

210. Le choix de l'OCDE d'autoriser uniquement l'analyse de comparables indépendants pour la détermination du résultat de pleine concurrence est loin d'être anodin. L'application du PPC nécessite en effet une comparaison entre les entreprises « *de [leurs] profits fonctionnels, mesurés par des ratios de retour sur fonctions et risques assumés. Ainsi, à fonctions et risques comparables, ratios de marge comparable* »⁷¹⁷. Dès lors, le tout est de disposer de comparables sur des entreprises indépendantes opérant dans des circonstances similaires et ce sans tenir compte des éventuelles différences de tailles avec l'entité contrôlée. À ce titre, l'identification du marché pertinent constituera un préalable nécessaire dans le choix des comparables⁷¹⁸. Ces derniers peuvent être de deux ordres : internes ou externes. Ils seront « internes » lorsque la transaction comparable aura été

Corporate Tax System, 17 eJTR, 2020, p. 296.

⁷¹⁵ OCDE, *préc.*, p. 163, § 3.1.

⁷¹⁶ D. SIMONIN, « Importance du droit comparé dans la mise en place d'une politique de prix de transfert », *Revue internationale de droit comparé*, n°2, 1995, p. 437.

⁷¹⁷ G. MONSELLATO, J. TRUCHI, J. PELLEFIGUE, « Comparables dépendants et indépendants : les tentations de l'administration fiscale française », *Rev.dr.fisc* n° 15, 2004, v. page.

⁷¹⁸ Pour une étude de l'identification du marché pertinent dans le cadre de l'article 57 CGI, cf. *infra*. § 369 et s.

conclue entre la partie contrôlée et une entreprise indépendante et « externes » lorsque les deux parties à la transaction comparable seront des entreprises indépendantes⁷¹⁹(1). Les difficultés dans le recueil de données comparables pertinentes, intensifiées par les traits caractéristiques des modèles d'affaires numérisés, ont conduit inévitablement à des analyses de comparables basées principalement sur les fonctions exercées par les entreprises indépendantes (2).

1. Les comparables internes et externes

211. Sans établir de réelle hiérarchie entre ces types de comparables, il apparaît néanmoins que les comparables internes sont ceux susceptibles d'avoir les liens les plus directs et étroits avec la transaction contrôlée et de fournir les informations les plus complètes et les moins onéreuses. S'ils doivent satisfaire, de même que les comparables externes, aux facteurs de comparabilité, la similarité potentielle dans les pratiques comptables avec la transaction contrôlée constitue un gage indéniable de simplicité dans l'analyse financière⁷²⁰. À ce titre, l'administration fiscale française les considère comme les plus adéquats dans la mise en place d'une politique de PDT⁷²¹. Les comparables externes, pertinents notamment lorsqu'il n'existe aucun comparables internes fiables, peuvent être identifiés dans plusieurs sources d'informations. La principale source est celle des bases de données commerciales, mises en place par des éditeurs privés compilant des informations déposées par les entreprises à des organismes administratifs et dont la présentation permet des analyses statistiques facilitées⁷²². Ces bases de données peuvent être mondiales, continentales, régionales ou encore locales et sont considérées, malgré leur absence de constitution exclusive à des fins de calcul des PDT, comme les sources les plus fiables dans cette matière⁷²³.

2. Les difficultés dans l'identification de données comparables pertinentes

212. La comparaison avec les pratiques de marché est un exercice difficile à mener aussi bien pour les administrations d'États en développement que d'États développés.

Plus précisément pour les premières, la difficulté se situe dans l'insuffisance des données comparables nationales, les obligeant à fonder les analyses sur des comparables étrangers. Outre le

⁷¹⁹ OCDE, *préc.*, p. 172, par. 3.24.

⁷²⁰ *Ibid.*, § 3.27.

⁷²¹ BOI-BIC-BASE-80-10-10 n°250.

⁷²² OCDE, *préc.*, § 3.30.

⁷²³ Cf. à ce titre, FMI/GBM/OCDE/ONU, Plateforme de collaboration sur les questions fiscales, Boîte à outil pour faire face aux difficultés liées au manque de comparables dans les analyses de prix de transfert, 2017, p. 37 ; Les bases commerciales et financières les plus utilisées en France sont Diane et Amadeus (détenues toutes deux par le bureau Van Dijk, appartenant à l'entreprise Moody's). Pour de plus amples développements sur les différentes bases de données pertinentes en matière de calcul des PDT, T. RANDRIAMANALINA, *Les prix de transfert et le principe de pleine concurrence dans les pays en développement*, Université Paris Dauphine, 2019, p. 159 et 165-170.

coût relatif à l'accès de certaines bases de données privées, qui ne peut être minimisé pour certaines administrations en manque de ressources, la comparabilité même de ces transactions étrangères avec la transaction contrôlée pose question. L'administration chinoise considère à ce titre qu'une filiale d'un groupe multinational présente sur son territoire ne peut être comparée avec des entreprises indépendantes aux profils fonctionnels pourtant semblables (par ex. activité de fabrication) en raison des effets de l'intégration verticale dont elle bénéficie⁷²⁴.

Plus précisément pour les secondes, l'analyse, pour palier au manque de données comparables, s'était orientée vers la recherche de sociétés indépendantes fonctionnellement comparables à l'une des parties à la transaction contrôlée, celle exerçant l'activité la plus simple⁷²⁵. Une telle analyse, ayant pour conséquence d'attribuer l'ensemble du profit résiduel à la partie non-testée a néanmoins été fortement remise en cause ces dernières années par les travaux OCDE, augmentant ainsi les hypothèses d'application de la méthode de partage des bénéfices⁷²⁶.

213. Les caractéristiques spécifiques des A.I accentuent fortement les difficultés liées à l'identification de comparables pertinents. En effet, et ce de manière commune aux États appliquant le PPC, le caractère « unique » et/ou « monopolistique » de nombreux A.I (brevets, marques ou modèles) vient directement questionner la pertinence d'une analyse fondée sur la recherche des comparables indépendants⁷²⁷. De plus, les possibilités de trouver un comparable indépendant pertinent se trouvent amoindries lorsqu'est mis en perspective le lien fort entre l'évaluation de l'A.I et les spécificités de la juridiction dans laquelle il a été développé et pour laquelle il est utilisé. L'insuffisance de comparables pertinents s'avère enfin d'autant plus marqué à l'égard d'incorporels difficiles à évaluer (par ex. logiciels d'effets visuels avec intégration de produits technologiques) où l'identification de transactions similaires sur un marché libre relèvera de l'exception⁷²⁸.

B. Les ajustements de comparabilité

214. Les ajustements de comparabilité, visant notamment à tenir compte des différences dans le capital, les fonctions, les actifs et les risques entre la transaction contrôlée et la transaction sur le marché libre « *devraient être envisagés lorsque (et seulement lorsque) l'on peut s'attendre à*

⁷²⁴ M. LIAO, C. SILBERZTEIN, *préc.*

⁷²⁵ S. GÉLIN, A. LE BOULANGER, *préc.*

⁷²⁶ Pour une étude approfondie de la méthode de partage des bénéfices, cf. *infra*. § 222 et s.

⁷²⁷ A. T'NG, « The Modern Marketplace, the Rise of Intangibles and Transfer Pricing », *Intertax*, Volume 44, n° 5, 2016, v.

⁷²⁸ D. MEHBOOB, « Tax Challenges will likely focus on benchmarking digital products », June 2020, *International Tax Review*, Direct Tax ; Pour une étude approfondie de l'évaluation des ces actifs, cf. *infra*. § 231 et s.

ce qu'ils améliorent la fiabilité des résultats »⁷²⁹. Ces ajustements démontrent que la corrélation n'est pas dans toutes les hypothèses parfaites entre les prix pratiqués au sein d'un groupe, bien que conformes au PPC, et les prix pratiqués par des acteurs sur le marché libre. Par exemple, les synergies découlant d'économies d'échelle, absentes des relations entre entreprises indépendantes, impacteront le niveau de rentabilité globale du groupe et devront à ce titre être pris en compte dans la détermination du montant de pleine concurrence⁷³⁰.

La Covid-19 et ses conséquences économiques sont susceptibles d'impacter de manière significative les politiques de PDT des multinationales. Dans cette mesure, l'OCDE a publié le 18 décembre 2020, un guide, issu d'un consensus du cadre inclusif BEPS, pour clarifier en cette période l'application des principes directeurs⁷³¹. Quatre domaines précis sont visés : les enjeux en matière de comparabilité, l'allocation de pertes et de coûts exceptionnels dans le groupe⁷³², les mesures de soutien publics et les accords préalables de prix de transfert⁷³³. Concernant les premiers, la principale difficulté se situe dans la date de collecte des données comparables, les groupes ne pouvant disposer au mieux, en raison du décalage entre la clôture des comptes de sociétés indépendantes et la disponibilité de leurs données sur des bases publiques, que des données de l'année précédent leur exercice. Ainsi, comme le notent X. DALUZEAU et A. FAURE à propos des prestataires de services intra-groupe: « Sans ajustement, les rémunérations [...] risquent d'être déterminées sur la base de résultats pré-crise des sociétés comparables indépendantes, qui ne reflètent pas les circonstances économiques exceptionnelles subies en 2020 par les acteurs de marché »⁷³⁴. Il existe par conséquent un risque d'attribution aux entités de routine de profits « anormaux » car déconnectés de la réalité du marché pour l'exercice lié au Covid et potentiellement trop élevés au regard des référentiels d'avant-crise utilisés⁷³⁵. Pour contourner cet écueil, la modélisation des impacts de la crise économique pourra s'effectuer par un positionnement

⁷²⁹ OCDE, *préc.*, § 3.50, p. 180.

⁷³⁰ Pour une étude des circonstances économiques des parties et du marché (avantages spécifiques de localisation et synergies de groupe) justifiant l'application d'ajustements de comparabilité, cf. *supra*. § 202 et s.

⁷³¹ OCDE, Guide sur les conséquences de la pandémie de Covid-19 en matière de prix de transfert, 18 décembre 2020.

⁷³² Les difficultés liées à l'allocation des pertes dans le cadre d'un schéma classique d'entrepreneur principal sont en partie réglées par le guide de décembre 2020. Si les administrations fiscales ont tendance à considérer que l'entrepreneur principal a vocation à assumer l'ensemble des risques, en période normale comme en période de crise, l'OCDE admet qu'une entité « à risque limité » puisse supporter des pertes, dans la mesure où elle s'exposerait à un risque de marché ou de crédit se traduisant par des pertes chez des comparables au profil similaire (point 81).

⁷³³ L'analyse visant à déterminer si les changements induits par la crise de la Covid-19 portent une atteinte critique aux conditions économiques sous-tendant l'APP, nécessitant par conséquent sa renégociation, doit s'effectuer *in concreto*. L'OCDE précise qu'une variation de performance financière ne saurait constituer à elle-seule un motif de dénonciation unilatérale de l'APP (point 92) ; Pour plus de développements sur cette question, S. GÉLIN, « Tribune – Prix de transfert et crise sanitaire Covid-19 : le suivi documentaire », *Francis Lefebvre*, 19 juin 2020.

⁷³⁴ X. DALUZEAU, A. FAURE, « Prix de transfert : quelle rémunération pour un prestataire de services intra-groupe », *FR fiscal social* 29/20, 25 juin 2020.

⁷³⁵ A. LÉBOULANGER, A. BERNARD, C. HERR, « Prix de transfert et sortie de crise : la juste rémunération », *FR fiscal* 21/20, 24 avril 2020.

sur le bas de l'intervalle interquartile de données pré-crise (2016-2018), par des ajustements *a posteriori* ou encore par l'application aux données pré-crise d'estimations macro-économique de la décroissance provoquée par secteur⁷³⁶. La pertinence des données 2008-2009 s'avère, dans cet exercice, largement remise en cause par les lignes OCDE en raison de la spécificité de la crise actuelle par son ampleur et sa durée⁷³⁷.

Paragraphe 2 : Les méthodes de détermination du prix de pleine concurrence

215. L'application du PPC peut s'effectuer au travers de deux techniques d'évaluation distinctes : les méthodes traditionnelles fondées sur les transactions et les méthodes transactionnelles fondées sur les bénéfices. Cette dernière catégorie, composée de la méthode transactionnelle de la marge nette et de la méthode de partage des bénéfices, était considérée par les principes de l'OCDE de 1995 comme résiduelle car cantonnée uniquement à des hypothèses où les méthodes traditionnelles ne pouvaient s'appliquer⁷³⁸. Tel n'est plus le cas depuis le rapport BEPS avec la mise sur un pied d'égalité de l'ensemble des méthodes de PDT⁷³⁹. Le choix de la méthode la plus appropriée dépend ainsi de la transaction en cause, de l'analyse fonctionnelle et de la disponibilité des données comparables⁷⁴⁰. Une autre catégorisation des méthodes peut néanmoins être utilisée car plus pertinente pour cerner les difficultés qui entourent l'application du PPC dans le cadre d'une économie numérisée. Il s'agit de la dichotomie entre méthodes unilatérales et bilatérales. Les premières « visent à justifier la marge (brute ou nette) d'une seule des parties à la transaction, celle dont le rôle est le moins complexe, dit « de routine »⁷⁴¹. Les profits mais aussi les pertes résiduelles auront dès lors vocation à être centralisés dans les mains de l'autre partie à la transaction, dénommée « entrepreneur »⁷⁴² (I). Les deuxièmes, largement plébiscitées par l'OCDE dans le cadre

⁷³⁶ F. FONTAINE, M. ZECCA, « Lignes directrices Covid-19 et prix de transfert OCDE : entre clarification et questions », *Dr.fisc.* n°5, 4 février 2021, act. 66, § 2 ; Le Paragraphe 3.69 des principes directeurs en matière de PDT est à ce titre utile en ce qu'il permet en période d'instabilité économique la prise en compte des informations sur les changements économiques et le marché entre les années antérieures et l'année de la transaction contrôlée.

⁷³⁷ Guide, *préc.*, point 25.

⁷³⁸ OCDE, Principes directeurs applicables en matière de prix de transfert à l'intention des entreprises multinationales et des administrations fiscales, 1995, Paris.

⁷³⁹ L'on notera cependant que l'OCDE considère que lorsqu'une méthode traditionnelle et une méthode transactionnelle peuvent être appliquées avec un degré de fiabilité identique, la méthode traditionnelle est préférable en ce qu'elle est le moyen le plus direct pour déterminer si les conditions des relations spéciales entre les entités associées sont des conditions de pleine concurrence, cf. OCDE Principes directeurs applicables en matière de prix de transfert, *préc.*, n° 478, p. 106, par. 2.3.

⁷⁴⁰ *Ibid.*, p. 105, par. 2.2.

⁷⁴¹ S. GÉLIN, « Prix de transfert : BEPS et partage des profits : le feuilleton continue », *La semaine juridique Entreprises et Affaires*, n°11, 12 mars 2015, act. 215, § 6.

⁷⁴² Un « entrepreneur » peut se définir comme le « principal investisseur, principal preneur de risques du groupe, et entité par nature la mieux armée pour les gérer du fait de ses qualifications, de ses responsabilités et de ses fonctions » (S. GÉLIN, A. LE BOULANGER, « Établissement stable et prix de transfert : deux faces d'un même miroir ? », *BF* 10/04, Étude).

de transactions faisant intervenir des actifs incorporels⁷⁴³, visent elles à justifier les marges des deux parties à la transaction (II). Enfin, certains actifs incorporels qualifiés par l'OCDE de difficiles à évaluer nécessiteront l'utilisation de techniques d'évaluation *sui generis* se départissant de la recherche impérative de comparables avec la transaction contrôlée (III).

I. Les méthodes unilatérales de prix de transfert

216. Les méthodes unilatérales de PDT sont au nombre de trois: la méthode du prix de revente (A), la méthode du coût majoré (B) et la méthode transactionnelle de la marge nette (C).

A. La méthode du prix de revente

217. La méthode du prix de revente consiste à prendre comme point de départ le prix de vente final à un client indépendant et à défalquer de ce prix une marge bénéficiaire appropriée à attribuer au revendeur (*resale minus*). Cette méthode, particulièrement efficace dans le cadre d'opérations de commercialisation, « impose de déterminer un niveau correct de marge, par référence, en principe, à la marge que le même revendeur réalise sur le marché libre »⁷⁴⁴. Suite à l'analyse des fonctions exercées, des actifs utilisés et des risques assumés par l'entreprise de distribution, sa marge sera établie à l'aide d'un processus de comparaison (*benchmarking*) avec des sociétés considérées comme comparables⁷⁴⁵. Le prix de pleine concurrence entre l'entreprise productrice et l'entreprise de distribution sera ainsi égal au prix de revente auquel l'on soustraira les coûts de distribution augmentés de ladite marge.

B. La méthode du coût majoré

218. La méthode du coût majoré consiste à prendre comme point de départ le coût de fourniture des biens ou services et à y ajouter une marge bénéficiaire appropriée pour déterminer le prix de pleine concurrence (*cost-plus*). L'analyse peut être menée en termes de marge brute avec une prise en compte des seuls coûts directs et indirects de production ou nette avec l'intégration supplémentaire des dépenses d'exploitation et frais généraux. Comme le note l'OCDE, cette méthode est efficace lorsque la transaction contrôlée consiste en l'exécution de prestations de services par une partie disposant d'un profil fonctionnel simple et supportant des risques réduits dans le cadre de son activité ou encore lorsque sont vendus entre les entreprises associées des

⁷⁴³ OCDE, *préc.*, p. 332 et 333.

⁷⁴⁴ B. GOUTHIERE, *Op.cit.*, p. 1251, § 75960.

⁷⁴⁵ J. PELLEFIGUE, « Prix de transfert : un changement radical s'impose », Étude, *BF/12*, Francis Lefebvre, 2014, p. 656.

produits semi-finis⁷⁴⁶. Dans cette mesure, la solution idéale sera de déterminer la marge sur coûts du fournisseur ou prestataire par référence à sa propre marge dans le cadre de transactions comparables sur le marché libre (comparable interne).

C. La méthode transactionnelle de la marge nette

219. La méthode transactionnelle de la marge nette vise à examiner les bénéfices réalisés sur des transactions particulières entre des entreprises associées. Elle permet de déterminer, à partir d'une référence appropriée comme les coûts, les ventes ou les actifs, le bénéfice net que réalise un contribuable au titre d'une transaction contrôlée ou de transactions qu'il convient de combiner pour les besoins de l'analyse⁷⁴⁷. Ce bénéfice net, devra être déterminé, pour être considéré comme fiable, au travers d'un niveau ou standard de comparabilité similaire à celui requis pour les méthodes du prix de revient majoré et du prix de revente⁷⁴⁸. Si cette méthode possède d'importantes forces tenant notamment à son caractère unilatéral et aux indicateurs retenus du bénéfice, moins sensibles aux différences affectant les transactions que ne l'est le prix⁷⁴⁹, sa faiblesse se trouve dans son incapacité à retranscrire des marges fiables lorsque les deux parties à la transaction apportent des contributions uniques et de valeur⁷⁵⁰. Dans cette hypothèse, l'application de la méthode de partage des bénéfices sera privilégiée⁷⁵¹. De même, le manque de données comparables pertinentes compliquera fortement la détermination d'une marge en lien avec le PPC et ce même lorsqu'il est seulement nécessaire d'examiner un indicateur financier pour l'une des deux entreprises associées (la « partie testée »).

II. Les méthodes bilatérales de prix de transfert

220. Le regain de faveur pour les méthodes bilatérales n'est pas étranger aux dérives constatées par les États de résidence des entités de routine dans l'application des méthodes unilatérales. En effet, ces dernières ont eu comme conséquence de permettre en toute conformité

⁷⁴⁶ OCDE, *préc.*, p. 121, § 2.45 ; À ce titre, il est communément accepté entre administrations fiscales et entreprises qu'une marge sur coûts d'environ 5 % soit appliquée pour la rémunération des prestations de services intra-groupe de services support et ce sans besoin de se référer à une étude de comparables.

⁷⁴⁷ *Ibid.*, p. 129, § 2.64.

⁷⁴⁸ Pour un exemple d'application concernant un producteur étranger qui vend un produit à une filiale française de distribution le revendant elle-même sur le marché français, cf. Guide publié à l'intention des PME qui réalisent des opérations transfrontalières avec des entreprises qui leurs sont liées, Les prix de transfert, p. 28-29, Novembre 2006.

⁷⁴⁹ Il est néanmoins des situations où des facteurs sans rapport avec les PDT (par exemple la position concurrentielle ou la menace de l'arrivée de nouveaux concurrents) peuvent affecter les bénéfices nets réalisés par la partie testée. Ainsi, en l'absence d'un standard de comparabilité approprié, la fiabilité globale de cette méthode sera amoindrie. Des ajustements de comparabilité judicieux devront dès lors être appliqués pour prendre en compte ces différences entre entreprises associées et entreprises indépendantes.

⁷⁵⁰ *Ibid.*, p. 130, § 2.65.

⁷⁵¹ Pour une étude approfondie de la méthode de partage des bénéfices, cf. *infra*. § 222 et s.

avec les principes OCDE l'application du modèle de l'entrepreneur, qui par une vision dichotomique et simplifiée du rôle des entités dans le processus de création de valeur, attribue l'ensemble des profits résiduels à l'entrepreneur principal, localisé la plupart du temps dans des États à fiscalité privilégiée⁷⁵². La méthode du prix comparable sur le marché libre (A) et la méthode de partage des bénéfices (B) permettent chacune dans une certaine mesure la remise en cause de la répartition du profit opérée par ces modèles centralisés pour s'assurer que la localisation du profit soit alignée avec la création de valeur⁷⁵³.

A. La méthode du prix comparable sur le marché libre

221. La méthode du prix comparable sur le marché libre est, selon l'OCDE, la méthode à retenir en ce qu'elle constitue le moyen le plus direct et le plus fiable pour mettre en œuvre le PPC lorsqu'il existe des transactions comparables entre entreprises indépendantes⁷⁵⁴. En effet, elle permet de définir directement le prix de PC et de justifier implicitement la marge réalisée par les deux parties à la transaction⁷⁵⁵. Si cette méthode s'applique aisément à l'égard d'un transfert de produits de base⁷⁵⁶ entre des entreprises associées dans l'hypothèse où les caractéristiques économiques pertinentes de la transaction contrôlée sont comparables avec celles de transactions sur le marché libre, son application est aussi susceptible de s'étendre aux A.I. Par exemple, l'OCDE considère qu'en raison de l'absence de corrélation entre les coûts de développement relatifs à un A.I et sa valeur une fois développée⁷⁵⁷, seules les méthodes bilatérales sont suffisamment fiables pour une évaluation de ces actifs conformément au PPC⁷⁵⁸. Autre exemple, la détermination du taux de redevance dans le cadre de la licence d'un A.I, en pourcentage du CA, s'effectuera entre entreprises associées en comparaison avec ceux constatés dans des contrats similaires conclus entre des entreprises indépendantes exerçant des fonctions similaires et opérant dans des secteurs

⁷⁵² S. GÉLIN, « Prix de transfert : la méthode de partage des bénéfices, meilleure et seule méthode », *Dr.fisc.* n°30, 24 juillet 2014, 456.

⁷⁵³ Les régimes de protection sur une base bilatérale ou multilatérale pourraient être considérés comme une méthode visant à déterminer les PDT à l'égard de transactions contrôlées remplissant les conditions posées par ces régimes. Ces régimes, en permettant l'application de règles pré-déterminées en matière de PDT, simplifient les charges administratives parfois trop lourdes pour les contribuables exerçant des activités non-complexes et les administrations dans l'application du PPC.

⁷⁵⁴ OCDE, *préc.*, p. 109, § 2.15.

⁷⁵⁵ S. GÉLIN, *préc.*, v. p.

⁷⁵⁶ OCDE, *préc.*, p. 110-111, § 2.18 : « La référence à des « produits de base » s'entend comme englobant des biens corporels dont le prix est fixé par des parties indépendantes en utilisant un prix côté pour les transactions industrielles sur le marché libre.

⁷⁵⁷ Cette absence de corrélation est d'autant plus accentuée au regard des traits caractéristiques de l'économie numérique où des actifs incorporels à grande valeur sont tantôt développés à des coûts extrêmement importants tantôt à des coûts beaucoup plus faibles.

⁷⁵⁸ OCDE, *préc.*, p. 332, § 6.142.

économiques proches⁷⁵⁹. À ce titre, si l'analyse de comparables se révèle fructueuse, la méthode du prix comparable devra être appliquée. L'on notera enfin que cette méthode ne doit pas être rejetée au seul motif que la transaction sur le marché libre n'est pas similaire en tout point avec la transaction contrôlée. Comme le note l'OCDE : « *La question essentielle consiste à déterminer si la transaction effective présente la rationalité commerciale des accords qui seraient conclus entre des parties non associées dans des circonstances économiquement comparables et non pas si la même transaction peut être observée entre des parties indépendantes* »⁷⁶⁰.

B. La méthode de partage des bénéfices

222. Les récents travaux de l'OCDE partagent indéniablement le souhait d'élargir les possibilités de recours à la méthode de partage des bénéfices (*profit split*), tout en préservant le consensus autour du PPC. L'entreprise multinationale n'y est alors, contrairement aux méthodes de répartition proportionnellement, aucunement assimilée à une unité économique⁷⁶¹. Si cette méthode semble avoir acquis de manière pérenne le statut de méthode la plus fiable pour traiter des situations où le processus de création de valeur est complexe et où les entités parties à la transaction contrôlée disposent d'une forte technicité fonctionnelle, certains indicateurs doivent néanmoins être présents pour en justifier l'application **(1)**. La division du profit entre les parties à la transaction contrôlée, généralement sur la base du bénéfice d'exploitation (*operating profit*)⁷⁶², pourra ensuite s'effectuer selon différentes approches **(2)**. Enfin, les difficultés d'application de cette méthode seront présentées **(3)**.

1. Les indicateurs justifiant l'application de la méthode de partage des bénéfices

223. Les possibilités de recours à la méthode de partage des bénéfices (PDB) ont été étendues principalement au travers de deux travaux récents de l'OCDE : les principes directeurs de 2017 et le guide révisé de 2018 rédigé spécifiquement pour cette méthode⁷⁶³. Trois indicateurs sont dès lors de nature à justifier son application : les contributions uniques de valeur **(a)**, les opérations fortement intégrées entre les parties à la transaction contrôlée **(b)** et le partage de risques

⁷⁵⁹ P. ESCAUT, « Profit split et redevance d'incorporel », *Option Finances, Lettres Professionnelles*, Octobre 2018.

⁷⁶⁰ OCDE, *préc.*, p. 85, § 1.123.

⁷⁶¹ M.P. DEVEREUX, A.J. AUERBACH, P. OOSTERHUIS, W. SCHÖN, J. VELLA, « Residual profit allocation by income », *Oxford International Tax Group*, WP 19/01, March 2019, p.14.

⁷⁶² Il peut néanmoins être approprié dans certaines circonstances d'utiliser comme base le bénéfice brut et de déduire ensuite, au regard de la délimitation précise des transactions, les dépenses engagées par chaque entreprise partie à la transaction. Cf. à ce titre OECD, *préc.*, § 2.162, p. 22.

⁷⁶³ OECD, Revised Guidance on The Application of the Transactional Profit Split Method, Inclusive Framework on BEPS : Action 10, 2018.

économiquement significatifs ou individualisés et étroitement liés. Ce dernier n'appelant pas de remarques particulières, nous renvoyons aux développements OCDE concernant l'étude de la notion de « risques économiques significatifs »⁷⁶⁴.

a. Les contributions uniques de valeur

224. Le caractère « unique » des contributions des parties à la transaction contrôlée induit dans la majorité des situations l'insuffisance de comparables fiables⁷⁶⁵. En effet, ces contributions, représentant une source clé d'avantages économiques réels ou potentiels, apparaissent difficilement identifiables dans le cadre de relations entre entreprises indépendantes. Ainsi, lorsqu'aucune information pertinente ne peut être trouvée sur la division de profits effectuée par des entreprises indépendantes dans des circonstances similaires, la méthode de PDB permet de recourir à une répartition sur la base des fonctions exercées par les parties liées⁷⁶⁶. L'aspect fonctionnel semble dès lors ici revêtir, bien plus que dans toute autre méthode, une importance prépondérante par rapport aux actifs possédés et risques assumés par les parties liées à la transaction⁷⁶⁷. Une autre difficulté se situe dans l'interprétation du qualificatif « unique », son acception étant plus ou moins large selon le positionnement choisi, c'est-à-dire par catégorie de facteurs ou par élément individualisé. Comme le notent C. DALI-ALI et M. ZECCA : « *Si nous prenons l'exemple de l'industrie pharmaceutique, la détention de brevets, catégorie d'actifs incorporels, n'a rien d'exceptionnel ni d'« unique ». Au contraire, si l'on considère un brevet en particulier, il est nécessairement unique, d'où sa protection* »⁷⁶⁸. Risque dès lors de résulter de cette absence de précisions, une augmentation des divergences entre contribuables et administrations dans le choix de la méthode la plus appropriée.

b. Les opérations fortement intégrées

225. Cet indicateur semble pouvoir être identifié dans deux situations distinctes. La première lorsqu'au moins deux entreprises liées assument de façon indissociable des fonctions et des risques et utilisent des actifs de sorte qu'il est impossible de déterminer isolément la contribution à la génération du profit de chaque partie à la transaction⁷⁶⁹. La deuxième quand un

⁷⁶⁴ *Ibid.*, p. 17, par. 2.139 à 2.142 ; Dans la situation où les parties partagent des risques économiquement significatifs, la division des profits devrait s'effectuer sur la base des bénéfices réels et non des bénéfices anticipés en ce que ces derniers ne peuvent retranscrire que les résultats pour une seule des deux parties à la transaction contrôlée.

⁷⁶⁵ OCDE, Principes directeurs en matière de prix de transfert, *préc.*, n° 505, §. 2.115, p. 148.

⁷⁶⁶ *Ibid.*, § 2.117 et 3.39.

⁷⁶⁷ S. GÉLIN, *préc.*

⁷⁶⁸ C. DALI-ALI, M. ZECCA, « Méthode de prix de transfert et partage des bénéfices : vers une utilisation accrue ? », *FR Fiscal Social*, 41/18, 2018, n°6.

⁷⁶⁹ C. DALI-ALI, M. ZECCA, « Les recommandations de l'OCDE invitent-elles à une banalisation des modèles de partage des profits ? », *Option Finance, Lettres Professionnelles*, Octobre 2018 .

haut degré d'interdépendance peut être caractérisé, c'est-à-dire « lorsque la valeur de leurs contributions respectives ne se matérialiserait qu'au travers de leurs combinaisons et interactions »⁷⁷⁰. La difficulté réside alors dans le tracé d'une ligne de démarcation claire entre « opération fortement intégrée » et « opération intégrée »⁷⁷¹. Si les exemples donnés par le guide OCDE concernant les hypothèses d'application de cette méthode permettent de donner des précisions bienvenues sur le concept d'interdépendance⁷⁷², reste que l'intégration opérationnelle constitue à l'heure actuelle un trait commun à la majorité des entreprises multinationales. Dès lors, cette démarcation, subjective et quelque peu artificielle, accroîtra grandement son utilisation, tantôt par les contribuables, tantôt par les administrations fiscales en fonction de leurs intérêts respectifs.

2. La division du profit

226. De la délimitation précise des transactions au travers des « caractéristiques économiques pertinentes »⁷⁷³ découle l'identification du montant des revenus et dépenses à attribuer à chaque partie en relation avec ses transactions. Outre l'hypothèse où les activités contrôlées seraient soumises dans leur intégralité à la méthode du PDB, les entreprises devront « isoler au moyen d'une comptabilité analytique les actifs et les moyens utilisés, ainsi que les revenus, les coûts et les résultats de chacune d'elles. L'objectif est de distinguer, par activité, la méthode appliquée, la rémunération obtenue et le résultat dégagé »⁷⁷⁴. Vient ensuite la division des profits, réels si les deux parties à la transaction supportent les risques par exemple dans le cadre d'opérations fortement intégrées et de contributions uniques et de valeur, ou anticipés si seule l'une des deux parties supporte les risques. À ce titre, deux approches principales, non-exclusives l'une de l'autre, peuvent être appliquées : l'analyse des contributions (a) et l'analyse résiduelle (b). Restera enfin à décider des facteurs permettant la division des profits issus des transactions contrôlées (c).

⁷⁷⁰ C. DALI-ALI, M. ZECCA, *préc.*

⁷⁷¹ Pour pallier cette difficulté, le Forum conjoint sur les prix de transfert de l'UE a proposé d'élargir considérablement les situations dans lesquelles la méthode de partage des bénéfices pourraient trouver à s'appliquer, cf. à ce titre EU Joint Transfer Pricing Forum, The application of the Profit Split Method within the UE, DOC : JTPF/002/2019/EN, March 2019.

⁷⁷² Seize exemples sont donnés par l'OCDE pour étayer les hypothèses d'application de la méthode de PDB. L'on notera que le concept d'interdépendance apparaît particulièrement pertinent dans le domaine pharmaceutique lorsque la combinaison des contributions d'au-moins deux entreprises liées créent un produit unique et de valeur. À ce titre, l'exemple 9 évoque la situation où la combinaison d'un composant A développé par une entreprise A et un composant B développé par une entreprise B permet la création d'un médicament efficace pour traiter une maladie. Ainsi, les contributions de chacune des entreprises aux fins de partage du bénéfice ne peuvent être dissociées l'une de l'autre puisque le médicament n'aurait été créé sans la combinaison de ces contributions. Cf. à ce titre, Exemple 9, OECD, Revised Guidance on the Application of the Transactional Profit Split Method, *préc.*, p.34.

⁷⁷³ Pour une étude des « caractéristiques économiques pertinentes » aux fins de délimitation des relations commerciales et financières des entreprises associées, cf. *supra*. § 191 et s.

⁷⁷⁴ B. GOUTHIERE, « Les impôts dans les affaires internationales », *préc.*, § 76783, p. 1310.

a. L'analyse des contributions

227. L'analyse des contributions implique que la répartition des profits issus des transactions contrôlées entre les entreprises associées soit effectuée de la même manière que celle qui aurait été réalisée par des entreprises indépendantes dans des circonstances similaires. En l'absence de données comparables, la répartition pourra être basée sur la valeur relative des fonctions exercées par chacune des parties aux transactions contrôlées, compte tenu des actifs qu'elles emploient et des risques qu'elles assument⁷⁷⁵.

b. L'analyse résiduelle

228. L'analyse résiduelle opère une division des profits issus des transactions contrôlées en deux étapes distinctes. La première vise à attribuer aux entreprises associées une rémunération de PC pour leurs contributions considérées comme peu complexes (de routine) et à l'égard desquelles il existe des données comparables fiables. Les méthodes traditionnelles de PDT ou la méthode transactionnelle de la marge nette sont ainsi utilisées à cette fin. La deuxième vise ensuite à répartir les profits restants ou résiduels entre les entreprises parties aux transactions en se basant sur une ou plusieurs clés d'allocation censées retranscrire de manière cohérente leurs contributions respectives à la génération du profit⁷⁷⁶. Cette deuxième étape constitue une évolution notable dans la doctrine de l'OCDE en envisageant pour la première fois l'intégration d'une approche formulaire dans l'application du PPC. Si cette évolution reste mineure, elle permet néanmoins l'alignement de la conception de l'OCDE avec celle de certains États de consommation comme la Chine qui n'hésitent aujourd'hui plus à recourir à des formules de répartition basées sur des facteurs de valeur ajoutée (*value-adding factors*) pour allouer, conformément au PPC, le profit issu de transactions réalisées entre des entreprises liées⁷⁷⁷.

⁷⁷⁵ OCDE, Principes directeurs en matière de prix de transfert, *préc.*, § 2.125.

⁷⁷⁶ U. SEJATI, *Value Creation in the Digital Economy*, in *Taxation in a Global Digital Economy*, Subtopic 3, Kershner Somare Edition, Volume 107, 2017, p. 277.

⁷⁷⁷ China's State Administration of Taxation, Special Tax Adjustments, Draft, 17 septembre 2015 ; Si cette méthode, Value Contribution Allocation (VCA), n'a finalement pas été retranscrite dans le Bulletin 6 des instructions fiscales chinoises, des auteurs considèrent toutefois que l'administration fiscale chinoise pourrait la mettre en œuvre en ce qu'elle est en droit, selon les instructions, d'appliquer « toute autre méthode » pour respecter le principe selon lequel les profits doivent être taxés là où la valeur est créée. Cf. à ce titre, R. AVI YONAH, H. XU, *China and BEPS*, Laws 2018, 7, 4, p. 17-18.

c. Les facteurs dans la division du profit

229. L'analyse fonctionnelle et l'analyse du contexte dans lequel sont exécutés les transactions (le secteur économique de l'entreprise et son environnement) sont essentielles pour déterminer les facteurs pertinents de répartition du profit ainsi que leur pondération⁷⁷⁸.

Les actifs ou le capital (actifs d'exploitation, actifs immobilisés, incorporels...), les coûts (dépenses de R&D, ingénierie, marketing) ou encore des facteurs centrés sur les fonctions (nombre de salariés, coût salarial) constituent les éléments les plus souvent utilisés pour constituer la clé de répartition. Alors que le manque de fiabilité de l'indicateur des dépenses engagées invite à ne pas le retenir pour évaluer un A.I aux fins des PDT, celui-ci conserve une certaine pertinence pour mesurer les contributions respectives des parties liées à la création de valeur. Par exemple, les dépenses en matière de marketing peuvent être prises en compte dans la clé de répartition lorsque les publicités génèrent un A.I unique et de valeur pour le distributeur⁷⁷⁹.

Concernant la pondération des facteurs, la principale remarque se situe dans la difficulté d'attribuer objectivement un pourcentage à une fonction au regard de son importance dans la génération du profit. L'administration, motivée par un intérêt propre, pourra ainsi toujours voir dans les paramètres d'application choisis par le contribuable, des paramètres décorrélés de la réelle contribution de l'entité située sur son territoire à la création de valeur. En d'autres termes, « *cette remise en cause subjective de tel ou tel critère (la contribution d'une entité donnée à la fonction marketing doit-elle être estimée à 60 % ou bien 80 % ?) conduira aisément à un redressement* »⁷⁸⁰.

3. Les difficultés d'application

230. Les difficultés d'application de la méthode de PDB sont bien connues. Elles ont trait, comme l'ensemble des méthodes de PDT, à l'insuffisance de données comparables pertinentes pour calculer un montant fiable de pleine concurrence. Cette insuffisance est exacerbée par le caractère bilatéral de cette méthode, le contribuable étant même parfois dépourvu d'informations suffisamment précises sur la partie liée pour déterminer son niveau de profitabilité⁷⁸¹. Pour pallier en partie à ces difficultés, le renforcement de la transparence, nouveau dogme fiscal mondial⁷⁸², au

⁷⁷⁸ OECD, *préc.*, p. 24, § 2.169.

⁷⁷⁹ *Ibid.*, p. 26, § 2.181 ; L'on notera qu'une répartition des profits basée sur le facteur « coût » n'est pas sans poser de difficultés pratiques, notamment en ce qui concerne les différences temporelles dans l'engagement des dépenses par les parties liées aux transactions ou encore le choix de la période sur laquelle les dépenses doivent être utilisées.

⁷⁸⁰ S. GÉLIN, *art. préc.*

⁷⁸¹ *Ibid.*

⁷⁸² O. DEBAT, « Regard sur la transparence, le nouveau dogme mondial en droit fiscal ? » : *RD bancaire et fin.* 2017, alerte 42.

travers de la documentation exigée en matière de PDT (*Master File, Local File et Country by Country Reporting*⁷⁸³) pourrait permettre aux administrations, d'une part, d'identifier de manière plus appropriée les facteurs de division du profit et, d'autre part, de mieux cibler les risques importants de transferts de bénéfices grâce à l'analyse de la répartition mondiale du CA du groupe⁷⁸⁴. Si les informations contenues dans le CBCR ne sauraient selon l'OCDE constituer la base des contrôles effectués par les administrations en matière de PDT, reste que cette documentation semble marquer un premier pas vers l'adoption de formules de répartition ou à tout le moins à une ouverture vers plus de *profit split*⁷⁸⁵.

III. L'estimation de la valeur des incorporels difficiles à évaluer (AIDE) à des fins de prix de transfert

231. L'approche relative à l'évaluation des AIDE, issue des principes directeurs de 2017, est souvent présentée comme marquant un important bouleversement dans l'application du PPC, au regard de la possibilité attribuée aux administrations, dans des situations où il existe une asymétrie d'informations⁷⁸⁶, de considérer les résultats *ex post* comme une présomption de preuve du bien-fondé d'un prix convenu *ex ante* (A)⁷⁸⁷. Pourtant, cette approche ne peut être considérée comme novatrice au regard du mécanisme anti-abus américain « *Commensurate With Income* » introduit en 1986⁷⁸⁸. Ce dernier implique en effet que dans les transactions faisant intervenir un transfert ou la licence d'un actif incorporel : « *le revenu relatif à ce transfert ou à cette licence doit être proportionnel au revenu attribuable à l'incorporel* ». La détermination de la rémunération de PC s'effectue dès lors, non pas au travers de la recherche de comparables, mais au regard des revenus générés par ledit actif postérieurement à son transfert⁷⁸⁹. Les principes directeurs de l'OCDE de 1995, de 2010, de 2017 et de 2022 s'inscrivent peu ou prou dans cette lignée avec la volonté claire

⁷⁸³ La déclaration « pays par pays » est obligatoire, selon l'OCDE, pour les entreprises multinationales dont le CA dépasse 750 millions d'euros. Au titre de cette déclaration, doit être transmis des informations sur le CA, profits, impôts payés et autres indicateurs économiques. La déclaration devra être déposée auprès de l'administration de la société-mère du groupe. Cf. à ce titre pour le dernier travaux concernant cette documentation, OCDE, Instructions relatives à la mise en œuvre de la déclaration pays par pays- BEPS Action 13, Décembre 2019, Paris.

⁷⁸⁴ G. CAPRISTANO CARDOSO, *Global Transfer Pricing Developments, in Transfer Pricing Developments Around the World*, Chapter 1, p.7, 2019.

⁷⁸⁵ C. SILBERZTEIN, C. DERO, « L'objet des conflits de juridiction : l'attribution de la matière imposable », *préc.*

⁷⁸⁶ En ce que le transfert d'un A.I est généralement valorisé sur la base de données prospectives essentiellement internes à l'entreprise (ex. business plan), l'administration fiscale est en quelque sorte subordonnée au bon vouloir de l'entreprise pour mener à bien l'évaluation de l'A.I.

⁷⁸⁷ A. GUILLEMONAT, G. LOITRON, T. TRANCART, « Prix de transfert : Actifs incorporels difficiles à valoriser : voyage dans la machine à remonter le temps dans la création de valeur », *Rev. dr. fisc.* n° 12, 21 mars 2019, 202.

⁷⁸⁸ IRC Paragraphe 482 ; Treas. Reg. § 1.482-4 (f)(2)(i).

⁷⁸⁹ Pour une critique de la conformité de l'approche « *Commensurate with Income* » avec le principe de pleine concurrence, B. A. CRUZ MARTINEZ, « The Arm's Length Standard vs The Commensurate With Income Standard : Transfer Pricing Issues In the Valuation Of Intangibles Assets », 2 U. P.R. Bus. L.J., p.302-313, 2011.

d'assurer la sécurité juridique des contribuables et de réduire le risque de double-imposition économique. Pour faire face aux difficultés que posent ce type d'actifs incorporels dans la réalisation de l'action 8 du plan BEPS, des préconisations pratiques dans leur évaluation doivent être formulées (B).

A. L'approche OCDE relative aux actifs incorporels difficiles à évaluer

232. L'approche proposée par l'OCDE⁷⁹⁰ aux administrations fiscales doit être étudiée au travers des conditions requises à sa mise en œuvre (1) et des exceptions (2) à son application.

1. La mise en œuvre de l'approche

233. Deux conditions cumulatives doivent être remplies pour identifier un AIDE : « (i) *il n'existe pas de comparables fiables et (ii) [...] les prévisions de flux de trésorerie ou de revenus futurs susceptibles d'être tirés de l'A.I transféré ou les hypothèses utilisées pour évaluer l'A.I sont très incertaines, et rendent difficiles la prévision du niveau de réussite finale de l'A.I au moment du transfert* »⁷⁹¹. Les situations dans lesquelles peuvent être identifiées ces A.I sont nombreuses. Par exemple, lorsque l'incorporel n'est que partiellement développé au moment de son transfert ou lorsqu'il ne doit pas être commercialisé avant plusieurs années⁷⁹².

Le référentiel dans ce type de transactions est similaire à celui de l'ensemble des méthodes de PDT : le comportement d'entreprises indépendantes dans des circonstances comparables. En d'autres termes, il convient de répondre à la question suivante : comment les entreprises indépendantes auraient tenu compte de l'incertitude dans l'évaluation de l'A.I pour fixer le prix de la transaction ? Sur le marché libre, les entreprises procéderont de diverses manières pour tenir compte de cette incertitude. Par exemple, par une fixation sur la base des avantages escomptés en déterminant précisément dans quelles mesures l'évolution future est envisageable et prévisible, en intégrant des clauses de révision des prix pour se prémunir contre des événements imprévisibles lorsque le niveau de réussite futur de l'actif apparaît plus incertain ou encore en mettant en place des redevances courantes comportant des éléments ajustables⁷⁹³.

Cependant, en raison des difficultés éprouvées par les administrations dans la vérification du

⁷⁹⁰ Comme le note les principes directeurs de l'OCDE de 2017 au § 6.188 : « cette section propose une approche conforme au principe de pleine concurrence que les administrations fiscales peuvent adopter pour pouvoir déterminer les situations (...) ».

⁷⁹¹ OCDE, Principes directeurs en matière de prix de transfert, *préc.*, p. 349, § 6.189.

⁷⁹² O. FEDUSIV, « Transactions With Hard-To-Value-Intangibles : Is BEPS Action 8 Based on the Arm's Length Principle ? », *International Transfer Pricing Journal*, Volume 23, n°6, 2016, p.484.

⁷⁹³ OCDE, Principes applicables en matière de prix de transfert à l'intention des entreprises multinationales et des administrations fiscales, 2010, § 6.29, p. 223.

comportement de PC d'entreprises dans des transactions impliquant un AIDE, l'OCDE leur a fourni un outil permettant de considérer les résultats *ex post* comme une présomption d'éléments probants relatifs au bien-fondé des accords *ex-ante*⁷⁹⁴. L'utilisation des éléments *ex post* n'est néanmoins pas illimitée. Seuls ceux qui auraient pu ou dû être raisonnablement prévisibles par les parties lors de la transaction sont concernés. Doit ainsi être pris en compte pour fonder l'évaluation révisée sur les revenus ou les flux de trésorerie réels, la probabilité, à la date de la transaction, que ces revenus ou flux se concrétisent⁷⁹⁵. Pour réfuter cette présomption, l'entreprise devra fournir des éléments démontrant que l'évaluation repose sur des informations fiables et objectives.

234. L'application de cette approche soulève plusieurs questions distinctes. La première a trait aux difficultés liées au cadre temporel de l'évaluation, le temps écoulé entre le transfert de l'AIDE et l'émergence des résultats *ex post* pouvant dans certaines situations être manifestement plus étendu que les délais légaux de vérification et de prescription en vigueur dans le droit interne d'une juridiction donnée. Pour pallier cette problématique, l'OCDE suggère aux États de modifier certains aspects de leur législation en introduisant par exemple une obligation de notifier le transfert d'AIDE ou une modification ciblée du délai de prescription⁷⁹⁶. La deuxième a trait aux difficultés liées aux caractéristiques des entreprises hautement numérisées. En effet, dans ces dernières, il n'est pas rare que les transferts impliquent plusieurs A.I, uniques, dont les interactions juridiques et économiques compliquent fortement leur évaluation. Ainsi, « *les innovations apportées par certaines entreprises, fruits d'incorporels mêlant notamment collecte et analyse des données, intelligence artificielle et distribution digitale, illustrent qu'il ne s'agit pas seulement d'évaluer un, mais plusieurs AIDE fortement synergiques* »⁷⁹⁷. Enfin, le bien-fondé d'une évaluation *ex ante* pourrait être contestée alors même que la réalisation des éléments *ex post* n'aurait pu être raisonnablement anticipée par les parties. Tel sera le cas d'une évolution de position stratégique de l'entreprise exploitante de l'actif ou de changements imprévisibles impactant le marché sur lequel l'A.I devait être déployé. L'on peut dès lors douter, en toutes circonstances, de la conformité avec le PPC des ajustements de PDT opérés par les administrations sur le fondement de cette approche. En effet, les difficultés à reconstituer virtuellement le comportement d'entreprises concernant la prise en compte d'événements futurs et incertains⁷⁹⁸, rendront particulièrement poreuse la frontière entre

⁷⁹⁴ OCDE, Principes applicables, *préc.*, n° 505, § 6. 192, p. 350.

⁷⁹⁵ OCDE, Instructions à l'intention des administrations fiscales sur l'application de l'approche relative aux actifs incorporels difficiles à évaluer, Cadre Inclusif sur le BEPS : Action 8, Juin 2018, § 6.

⁷⁹⁶ *Ibid.*, par. 15.

⁷⁹⁷ A. GUILLEMONAT, G. LOITRON, T. TRANCART, *préc.*

⁷⁹⁸ U. SEJATI, *Transfer Pricing of Intangibles in the Digital Economy*, in *Taxation in a Global Digital Economy*, Subtopic 3, Kershner Somare Edition, Volume 107, 2017, p. 297.

l'objectivement prévisible et l'imprévisible légitime.

2. Les exceptions à l'application de l'approche

235. Quatre situations, relatives à des situations où il n'existe pas d'asymétrie d'informations entre administrations et contribuables, excluent l'application de l'approche des AIDE.

La première concerne l'hypothèse où le contribuable démontre que, d'une part, les événements prévisibles au moment de la transaction ont bien été pris en compte dans la détermination du prix et, d'autre part, les différences entre les prévisions et les résultats sont uniquement dus à des événements imprévisibles⁷⁹⁹. La deuxième concerne les hypothèses où le transfert d'AIDE est couvert par un APP bilatéral ou multilatéral. La troisième, sans doute la plus significative, concerne les situations où les différences observées n'ont pas pour conséquence de réduire ou d'augmenter la rémunération de 20 % par rapport à la rémunération définie au moment de la transaction. L'application d'un seul seuil, à tous les incorporels, et ce peu importe leur stade de développement apparaît néanmoins questionnable. Pour prendre l'exemple du cycle de vie d'une marque, « *entre les étapes de lancement de confirmation, de consolidation, de déploiement et de position orbitale, la durée de vie économique probable et donc l'incertitude sur la valeur varient significativement* »⁸⁰⁰. Enfin, la quatrième vise des situations où une durée de commercialisation de 5 ans s'est écoulée après l'année au cours de laquelle l'AIDE a généré pour la première fois des revenus d'une partie non liée pour le cessionnaire et pendant cette période le seuil de 20 % précité n'a pas été dépassé⁸⁰¹.

B. La préférence pour une méthode d'évaluation des actifs incorporels difficiles à évaluer

236. L'évaluation aux fins de détermination des PDT est appréhendée par l'OCDE de manière alternative, en intervenant dans la mise en œuvre de l'une des cinq méthodes classiques ou lorsqu'il n'existe aucun comparable sur le marché libre pour déterminer un prix de pleine concurrence. En effet, « *elle peut s'avérer plus fiable que n'importe quelle méthode de prix de transfert, en particulier en l'absence de transactions comparables sur le marché libre* »⁸⁰². Dès lors « *si cette évaluation demeure soumise à l'ensemble des impératifs propres au PPC [...] nul doute que l'administration examine avec la plus grande attention la cohérence entre les paramètres retenus lors de cette évaluation propre aux PDT et ceux fondant toute autre évaluation (e.g.*

⁷⁹⁹ OCDE, Principes directeurs en matière de prix de transfert, *préc.*, 2017, § 6.194.

⁸⁰⁰ A. GUILLEMONAT, G. LOITRON, T. TRANCART, *préc.* ; Pour les incertitudes tenant à la transposition de cette exception en droit français, cf. *infra*. § 379 et s.

⁸⁰¹ OCDE, Principes directeurs, *préc.*, n° 505, par. 6.193.

⁸⁰² OCDE, Principes directeurs, *préc.* n°, chapitre VI, D. 2.6.3 Utilisation des techniques d'évaluation.

financière lors d'opérations stratégiques) »⁸⁰³. Dans cette mesure, les techniques d'évaluation fondées sur l'actualisation de flux futurs pour déterminer les PDT portant sur des A.I doivent impérativement suivre certaines pratiques permettant une plus grande transparence de la documentation de PDT avec l'introduction par exemple d'une « *analyse de sensibilité portant sur les effets des changements des paramètres* »⁸⁰⁴. Si le taux de croissance des flux de trésorerie correspond souvent à un taux sectoriel, la détermination du taux d'actualisation⁸⁰⁵ adéquat est susceptible de s'avérer extrêmement complexe dans les situations où il existe un fort aléa. L'entreprise doit alors veiller à analyser précisément le taux de rentabilité raisonnablement atteignable pour être en mesure de justifier des différences significatives entre la rentabilité attendue et celle réalisée. Toutefois, en pratique, l'application de cette méthode doit être rejetée, dès lors que du fait d'un aléa très important, le taux d'actualisation est supérieur à 35 %⁸⁰⁶.

Alternativement, la méthode permettant, en pratique, d'atteindre un niveau de fiabilité le plus important consiste d'abord à déterminer la valeur globale de l'entreprise avant d'analyser « *la contribution à la création de valeur des actifs corporels et incorporels, à la lumière des facteurs clés de succès de l'entreprise, pour [disposer] de la valeur relative des actifs par rapport à la valeur globale de l'entité* »⁸⁰⁷. L'anticipation des flux futurs globaux de l'entreprise peut dans cette mesure s'avérer plus pertinente que la détermination de la valeur d'un flux afférent à un actif isolé.

⁸⁰³ A. GUILLEMONAT, G. LOITRON, T. TRANCART, *préc.*

⁸⁰⁴ *Ibid.*

⁸⁰⁵ *Ibid* : Le taux d'actualisation correspond « au taux de rentabilité attendu par l'entreprise exploitant l'actif incorporel, tout en tenant compte de l'incertitude sur la réalisation des flux de trésorerie futurs »

⁸⁰⁶ *Ibid.*

⁸⁰⁷ M. NUSSEMBAUM, G. JACQUO, « La marque, actif à géométrie variable » : *La revue des marques* janv. 2003, n° 41, cité par A. GUILLEMONAT, G. LOITRON, T. TRANCART, *préc.*

CONCLUSION CHAPITRE 2

237. Le glissement de la répartition de la compétence fiscale et des profits en faveur de l'État de consommation, déjà largement à l'oeuvre avant les propositions de l'OCDE sur le pilier 1⁸⁰⁸, ne cesse de s'intensifier.

Concernant les travaux de l'OCDE, menés pendant une longue période en faveur des intérêts des États développés, les récents ajouts opérés dans le corps même de ses principes démontrent que les positions des États en développement, la plupart du temps États de consommation, sont désormais discutées sur un pied d'égalité. Cette réalité se matérialise aussi bien à l'égard des critères de rattachement de l'obligation fiscale que de l'attribution des profits à ladite présence. L'élargissement de la notion d'ES par l'intégration en juillet 2008 de la notion d'ES de services dans les commentaires du CAF en est par exemple une manifestation. En ce qui concerne les lignes directrices des PDT, des notions comme les « biens incorporels de commercialisation », les « avantages spécifiques de localisation » ou encore l'intérêt porté en matière de documentation PDT sur des informations telles que le CA, les profits, les impôts payés et d'autres indicateurs économiques sont autant d'éléments qui justifieront explicitement ou implicitement une attribution plus importante des bénéfices des entreprises multinationales au profit des États de consommation.

Concernant les travaux de l'ONU, le paradigme n'est pas le même puisqu'a été assigné à l'organisation, dès ses origines, le devoir de publier rapports et manuels favorisant une imposition à la source. Certaines lignes contenues dans ces travaux, par une prise en compte des spécificités des économies d'États en développement, constituent ainsi pour ces derniers, un outil de premier plan pour atténuer les conséquences de l'application des règles OCDE qu'ils jugent inéquitables dans la répartition internationale de la matière imposable.

238. La description des mécanismes visant à attribuer un pouvoir d'imposition accru à l'État de consommation doit toujours être mise en perspective avec l'impératif de sécurité juridique en matière fiscale pour les administrations et les contribuables. Chaque proposition de réformation du cadre fiscal qu'elle soit nationale, européenne, ou internationale doit en effet préserver cet impératif si ce n'est le renforcer⁸⁰⁹. Pourtant, force est de constater que la multiplication des mesures unilatérales de taxation adoptées par les États, l'agressivité de certaines administrations fiscales de

⁸⁰⁸ Pour une étude approfondie du pilier 1, cf. *infra*. Partie 2, Titre 1, Chapitre 2.

⁸⁰⁹ Le principe de sécurité juridique en matière fiscale est au centre des efforts visant à parvenir à un consensus international pour relever les défis fiscaux posés par la numérisation de l'économie, cf. à ce titre la récente déclaration des ministres des Finances du G20 les 22 et 23 février 2020 à Riyad, en Arabie-Saoudite, consultable en ligne: <https://g20.org/en/g20/Documents/Communique%CC%81%20Final%2022-23%20February%202020.pdf>.

pays en développement dans la vérification des politiques de PDT ou encore les divergences plus ou moins marquées dans l'application des standards internationaux amènent à considérer que le XXIème siècle est, pour les multinationales, le siècle de l'incertitude. L'objectif d'efficacité qui prévalait alors à l'origine du système global, à savoir de lutte contre la double-imposition, a ainsi fait place à « *une logique du « chacun pour soi » qui prime avec un objectif de taxation accrue* »⁸¹⁰. Si les entreprises en sont les premières à en pâtir, les répercussions négatives sur l'investissement international, l'emploi et la croissance, certes difficilement mesurables, ne doivent pas être minimisées. Dès lors, seules des règles conçues dans le souci de respecter les principes généraux énoncés par les conditions cadres d'Ottawa (neutralité, efficience, certitude, simplicité, efficacité, équité, flexibilité⁸¹¹) permettront, au moins d'atténuer la « cacophonie fiscale internationale »⁸¹² que nous traversons et, au mieux, d'en sortir.

⁸¹⁰ P. LAMY, G. MONSELATTO, M. AUJEAN, J. PELLEFIGUE, G. DE VOGUE, « Fiscalité des entreprises en 2025 : concurrence, conflits ou coopération ? », *Dr.fisc.* n°41, 2015, § 8.

⁸¹¹ OCDE, Conditions cadres pour l'imposition du commerce électronique, Rapport du Comité des affaires fiscales, 1998, p. 4.

⁸¹² G. MONSELLATO, « Pour un nouveau contrat fiscal », *Les Notes Stratégiques*, Institut Choiseul, avril 2013, p.18.

CONCLUSION TITRE 1

239. Deux constats peuvent être tirés de l'étude des cadres actuels d'imposition des bénéficiaires des entreprises multinationales.

Premièrement, affirmer l'obsolescence des règles d'attribution de la compétence fiscale et de répartition des profits au sein d'un groupe par une simple mise en perspective des caractéristiques de certains modèles d'affaires d'entreprises, ne constitue pas un élément convaincant de réponse à la question de la taxation du numérique. Plus précisément, l'affirmation selon laquelle le principal problème à l'ère du numérique se situe dans l'absence de présence physique des entreprises multinationales sur le territoire de l'État de consommation est, si elle n'est pas fondamentalement fautive, largement insuffisante pour cerner l'ensemble des difficultés qui touchent à ce sujet. Considérer cela reviendrait *in fine* à aboutir à une solution globalisante, inapte à assurer un alignement des règles d'imposition sur la réalité organisationnelle et économique de ces entreprises multinationales. Car là est un sujet dépassant le cadre de notre étude mais néanmoins présent en filigrane de nos développements : les rapports entre le droit fiscal et l'économie⁸¹³. La description des modèles d'affaires hautement numérisés et des mutations organisationnelles des entreprises multinationales, reposant essentiellement sur des concepts de sciences économiques et de gestion, constitue un passage obligé pour opérer une évolution du droit qui soit conforme au monde nouveau dans lequel il doit s'insérer⁸¹⁴. À ce titre, seul un renforcement de l'interdisciplinarité entre le droit et l'économie est de nature à faire émerger des réponses juridiques conformes aux objectifs d'équité et d'efficacité sur lesquels reposent depuis ses origines la conception du système fiscal international.

Deuxièmement, la diversité des cadres et méthodes institués aussi bien par l'OCDE que l'ONU, laisse entrevoir, déjà à ce stade des développements, une capacité de modulation importante des règles traditionnelles de la répartition des droits d'imposition pour capter les bénéficiaires issus des activités du numérique. Assimiler sans nuance le critère d'établissement stable à la présence physique d'une entreprise étrangère sur un territoire et le principe de pleine concurrence à la détermination d'un prix au regard des seules pratiques identifiables sur le marché libre procède d'une vision réductrice et erronée. Il convient dès lors à présent d'étudier la façon dont sont

⁸¹³ V. ZENCKER, *Les rapports du droit et de l'économie*, Thèse, Université Paris Descartes, sous la direction de M. BEHAR-TOUCHAIS, 2012.

⁸¹⁴ Cette démarche est celle de la *Law and Economics* ou analyse économique du droit qui poursuit le but d'orienter l'élaboration des règles du droit vers la plus grande efficacité possible, cf. notamment en ce sens pour des écrits français, T. KIRAT, *Economie du droit*, Paris, La Découverte, coll. Repères, 2012 ; E. MACKAAY et S. ROUSSEAU, *L'analyse économique du droit*, Dalloz-Les Editions Thémis, 2021. Pour des développements complémentaires sur l'interdépendance entre le droit et l'économie, V. introduction générale § 20.

transposés et réceptionnés ces rapports, commentaires ou lignes directrices dans l'ordre juridique interne français afin de déterminer s'il est nécessaire de recourir à d'autres voies et méthodes pour s'assurer que les multinationales étrangères du numérique soient soumis, dans l'État français, à une imposition « juste » et « équitable » de leurs bénéfices.

TITRE 2

LE DROIT FISCAL FRANÇAIS DANS LE RATTACHEMENT TERRITORIAL DES BÉNÉFICES DES MULTINATIONALES DU NUMÉRIQUE

240. En droit français, l'imposition des bénéfices des sociétés est gouvernée par le principe de territorialité énoncé à l'article 209 I CGI. Ce principe soumet en substance à l'impôt sur les sociétés (IS) les revenus réputés prendre leur source sur le territoire français⁸¹⁵, que ceux-ci soient réalisés par des sociétés françaises ou par des sociétés disposant de leur siège à l'étranger⁸¹⁶. Symétriquement, les bénéfices ou pertes se rattachant à une exploitation étrangère ne peuvent affecter le résultat d'exploitation d'une entreprise imposée en France, sauf à ce que les pertes soient devenues inutilisables dans l'État d'implantation de l'exploitation⁸¹⁷. Le principe de territorialité de l'IS consiste dès lors « à rattacher à un pays -en l'occurrence la France- une valeur ajoutée réalisée par une unité de production »⁸¹⁸. Les critiques touchant à l'obsolescence du principe de territorialité s'intensifient continuellement. Élaboré durant la première partie du XX^{ème} siècle⁸¹⁹ dans le cadre d'une économie manufacturière où l'internationalisation des entreprises était encore balbutiante, ce principe serait aujourd'hui inapte à appréhender les bénéfices réalisés par les entreprises numériques tant en raison de leur « nomadisme fiscal »⁸²⁰ -synonyme d'une capacité accrue à se livrer à des pratiques de planification fiscale agressive- que de la nature de leurs activités, largement déconnectées de tout ancrage territorial⁸²¹. Pourtant, les capacités de modulation du principe de territorialité de l'IS invitent à nuancer ce constat. En effet, s'il ne peut être nié un décalage entre la conception territoriale de l'impôt et le déploiement international des activités des multinationales, le

⁸¹⁵ Le territoire fiscal français au titre de l'IS est constitué de la France métropolitaine, les collectivités territoriales de Martinique et de Guyane, les départements de la Guadeloupe, La Réunion et Mayotte et le plateau continental.

⁸¹⁶ Concernant les sociétés disposant de leur siège à l'étranger, elles doivent, pour rentrer dans le champ d'application personnel de l'IS français tel que défini par l'article 206 du CGI, être assimilables à une société de capitaux ou, à défaut, se livrer à une activité lucrative.

⁸¹⁷ Cf. CJUE, gr. ch., 12 juin 2018, aff. C-650/16, Bevola et Jens W. Trock : EU : C : 2018 :424 : Dr. fisc. 2018, n° 26, act. 291 ; RJF 11/2018, n° 1186 par lequel la Cour a étendu aux ES sa jurisprudence relative au transfert de déficit d'une filiale à sa société mère située dans un autre État membre (CJCE, gr.ch., 13 déc. 2005, aff. C-446/03, Marks & Spencer plc : Rec. CJCE, p. I-10837 ; Dr. fisc. 2005, n°51, act. 260 ; Europe 2006 comm. 48, note F. MARIATTE ; Dr. sociétés 2006, comm. 31, note J.-L. PIERRE ; JCP E 2006, 1518, note B. BOUTEMY et E. MEIER.

⁸¹⁸ C. TOUZET, La territorialité de l'impôt sur les sociétés, Mémoire DEA, 2001-2002, Université de Strasbourg, p. 28.

⁸¹⁹ Créé par le décret du 9 décembre 1948, l'IS s'est vu étendre les règles de territorialité applicables pour l'imposition des BIC à la taxe proportionnelle issues de la loi du 31 juillet 1917 (article 34 ancien du code). Pour de plus amples développements sur l'aspect historique du principe de territorialité, J-R PELLAS, « Les principes de territorialité et de mondialité de l'impôt en France », *RFFP*, n°151, Septembre 2019, p. 31 et s.

⁸²⁰ C. MARPILLAT, *La territorialité de l'impôt sur les sociétés dans l'économie numérique*, Larcier, 2018, p. 23 et s.

⁸²¹ V. RENOUX, *Fiscalité réelle pour un monde virtuel*, *Digital New Foundation*, Note de Synthèse, Août 2017.

rattachement territorial de la compétence fiscale conserve une pertinence certaine, et ce même à l'égard d'activités numériques qui n'ont *a priori* besoin d'aucun point d'ancrage physique pour prospérer. La plasticité de ce principe permet dès lors avec réalisme l'appréhension du processus de création de valeur des multinationales du numérique aux fins de rattachement de la compétence fiscale à l'État français (**Chapitre 1**). La vitalité du principe de territorialité de l'IS ne permet néanmoins pas de résoudre la totalité des problématiques relatives à l'imposition des bénéfices des sociétés étrangères du numérique. En effet, c'est concernant l'étape de l'attribution d'une base imposable à l'entité rattachée en France et plus globalement de la répartition du bénéfice entre sociétés apparentées, que les difficultés sont, selon nous, les plus importantes. Ces difficultés surviennent principalement à la lecture des motivations ayant présidées à l'adoption de l'article 57 CGI⁸²², et indiquant que cet article ne vise pas à déterminer un « juste » prix au travers d'un référentiel de pleine concurrence dans les transactions effectuées entre entreprises liées mais seulement à rectifier des situations considérées par l'administration comme s'écartant du principe de pleine concurrence (PPC)⁸²³. Autrement dit, le contrôle opéré des prix de transfert (PDT) en droit français « *consiste à éviter les manipulations des prix entre contribuables dits apparentés afin de préserver les ressources budgétaires de l'État [plus] qu'à répartir équitablement les bénéfices dégagés au sein des groupes de sociétés entre les différents États où sont localisés leurs activités activités* »⁸²⁴. Il convient dès lors de déterminer si les pratiques de l'administration de rectification de l'assiette fiscale sur le fondement de l'article 57 et la construction jurisprudentielle autour de cet article, appréhendé comme mécanisme correctif de la territorialité de l'IS, amènent à une répartition « juste » et « équitable » des profits au sein des groupes d'entreprises du numérique (**Chapitre 2**).

822 Loi portant fixation du budget général de l'exercice 1933, Article 76, JO 1er Juin.

823 C. CHAUMET, « Le juge de l'impôt face au développement du contentieux des prix de transfert », *REIDF*, 2019/2, p.255.

824 N. MELOT, *préc.*, p. 715.

CHAPITRE 1

LA PLASTICITÉ DE LA TERRITORIALITÉ DE L'IMPÔT SUR LES SOCIÉTÉS DANS L'APPRÉHENSION DES BÉNÉFICES DES ENTREPRISES ÉTRANGÈRES DU NUMÉRIQUE

241. Dans son choix de privilégier une approche territoriale de l'IS, la France est souvent présentée comme une « exception »⁸²⁵. Deux raisons permettent néanmoins d'atténuer les divergences apparentes entre le principe de territorialité et le principe de mondialité dans la taxation des bénéfices des entreprises. Premièrement, les résultats sont similaires entre un État adoptant un principe de territorialité et un autre État favorisant un principe de mondialité combiné avec un réseau conventionnel d'exemption des revenus de sociétés attribuables à un ES situé dans un autre État. « *Le droit français atteint donc en une seule étape un résultat que d'autres droits atteignent en deux étapes* »⁸²⁶. Deuxièmement, certaines règles internes françaises visant à lutter contre le transfert artificiel de bénéfices vers des pays à fiscalité privilégiée, permettent de déroger au principe de territorialité⁸²⁷. Ainsi, comme le note le Conseil des prélèvements obligatoires (CPO)⁸²⁸, un passage à un système de mondialité de l'IS ne s'impose pas. Le particularisme du système français resurgit cependant dans le traitement réservé aux sociétés françaises disposant d'une entreprise exploitée dans un État n'ayant pas conclu de conventions fiscales avec la France. L'absence de soumission à l'IS des résultats se rattachant à cette exploitation amène dès lors à considérer que le système français n'est pas un pur système de territorialité mais plus exactement un système de mondialité tempéré par un mécanisme d'exemption des revenus « actifs » réalisés dans des entreprises exploitées à l'étranger⁸²⁹.

⁸²⁵ B. LIGNERIEUX, « Le principe de territorialité de l'impôt sur les sociétés », Rapport particulier n°4, CPO, Juin 2016, p.5 : si la plupart des pays ont abandonné le principe de territorialité à la fin du XXème siècle, les récentes évolutions fiscales démontrent une certaine résurgence de ce principe. Outre la Suisse et le Danemark qui ont toujours conservé un système de taxation territorial des entreprises, les Pays-Bas, l'Italie, le Royaume-Uni, le Portugal ont opté récemment pour un système d'exonération des résultats des ES étrangers. Par la réforme Tax Cuts and Jobs Act de 2017, un infléchissement vers un système territorial s'est de même produit aux États-Unis.

⁸²⁶ D. GUTMANN, *Op.cit.*, p.480, §735.

⁸²⁷ L'article 209 B du CGI en constitue le meilleur exemple. Cf. les conclusions de S. Austry, commissaire du gouvernement sous l'arrêt Schneider Electric pour une description détaillée de ce mécanisme (BDCF 10/02, n°120).

⁸²⁸ CPO, *Adapter l'impôt sur les sociétés à une économie ouverte*, déc. 2016, p.102. Réaffirmé récemment par le CPO en soulignant les adaptations significatives effectuées par le système français concernant l'IS, cf. CPO, *Adapter la fiscalité des entreprises à une économie mondiale numérisée*, septembre 2020, p. 58 et s.

⁸²⁹ N. MELOT, *Territorialité et mondialité de l'impôt – Étude de l'imposition des bénéfices des sociétés de capitaux à la lumière des expériences françaises et américaine*, LGDJ, Nouvelle Bibliothèque de Thèse, 2004.

242. Tel qu'énoncé à l'article 209, I du CGI⁸³⁰, le principe de territorialité a vocation à appréhender l'ensemble des bénéfices rattachables à une activité commerciale, industrielle ou artisanale au sens de l'article 34 CGI, exercée en France de manière habituelle. Autrement dit, le lieu d'exploitation de l'entreprise détermine l'imposition des bénéfices à l'IS (**Section 1**). Si le critère essentiel reste alors celui « d'entreprise exploitée en France », le législateur a néanmoins élargi par interventions successives le spectre de la territorialité à certaines catégories de revenus, non pas en fonction de la localisation de l'activité de la société mais au regard de la localisation de leur source propre⁸³¹, démontrant ainsi l'aptitude de ce principe à faire coïncider lieu de création de valeur et lieu d'imposition des bénéfices (**Section 2**).

Section 1 : L'imposition des activités génératrices de bénéfices réalisées sur le territoire français

243. En vertu du principe de subsidiarité des conventions fiscales⁸³², une convention bilatérale ne peut, par elle-même, directement servir de base légale à l'imposition, le juge de l'impôt devant d'abord effectuer un contrôle de légalité de l'acte d'imposition fondé sur les dispositions du droit interne avant de déterminer si la convention fait obstacle à l'application de la loi⁸³³. Si le juge a paru un temps s'écarter de cette prescription méthodologique en recherchant directement l'existence d'un ES au sens des conventions⁸³⁴, les raisonnements récents marquent un retour à une certaine orthodoxie⁸³⁵. Dès lors, les développements suivants traiteront en premier lieu du rattachement de l'obligation fiscale au territoire français en l'absence de convention fiscale bilatérale (**Paragraphe 1**) avant d'étudier la situation, largement majoritaire, où une convention a été conclue entre l'État de résidence de l'entreprise étrangère et la France (**Paragraphe 2**).

⁸³⁰ L'article 209 I, CGI dispose que : « *les bénéfices passibles de l'impôt sur les sociétés sont déterminés [...] en tenant compte uniquement des bénéfices réalisés dans les entreprises exploitées en France, de ceux mentionnés aux a, e, e bis et e ter du I de l'article 164 B ainsi que ceux dont l'imposition est attribuée à la France par une convention internationale relative aux doubles impositions* »

⁸³¹ V. RENOUX, *préc.*, p.25.

⁸³² Pour de plus amples développements sur ce principe, A. TRINDADE MARINHO, *La subsidiarité des conventions fiscales*, Thèse, Université Paris I, 2015.

⁸³³ CE, Ass., 28 juin 2002, n° 232276, Min. c/ Société Schneider Electric : JurisData n°2002-080182 ; Dr. fisc. 2002, n°36, comm. 657, chron. P. Dibout, p. 1133 ; Dr. sociétés 2002, comm. 184, note J.-L. PIERRE ; RJF 2002, n° 1080, chron. L. OLLÉON, p. 755 ; BDCF 2002, n° 120, concl. S. AUSTRY.

⁸³⁴ Cf. notamment, CE, Sect., 20 juin 2003, n°224407, Min. c/ Sté Interhome AG : JurisData n° 2003-080370, Dr. fisc. 2004, n°30-36, comm. 657, note P. MASQUART ; RJF 10/2003, n° 1147, chron. L. OLLÉON, p. 751 ; BDCF 10/2003, n° 130, concl. S. AUSTRY ; CE, 5 avril 2006, Min. c/ SARL Midex, n° 281098, Inédit : RJF 7/06 n° 909.

⁸³⁵ CE, 3e et 8e ss-sect., 31 juillet 2009, n°296471, Sté Overseas Thoroughbred Racing Stud Farms Ltd : Dr. fisc. 2009, n°50, comm. 580 ; V. en dernier lieu, concl. É. CRÉPEY sur CE, 10e et 9e ch., 18 oct. 2018, n° 405468, Sté Aravis business retreats Ltd ; Comme le note L. CYTTERMAN dans ses conclusions sous l'arrêt Valueclick, le fait pour les juridictions du fond de se dispenser de cette démarche en deux étapes ne devrait néanmoins pas avoir comme conséquence à elle-seule de justifier l'annulation de l'arrêt en cassation.

Paragraphe 1 : Le rattachement de l'obligation fiscale au territoire français en l'absence de convention fiscale bilatérale

244. L'absence de définition législative de la notion d'exploitation au sens de l'article 209, I du CGI invite à se référer aux règles dégagées par la jurisprudence et la doctrine administrative. Il en ressort qu'une activité constitue une entreprise exploitée lorsqu'elle est effectuée soit dans le cadre d'un établissement autonome (I), soit au travers d'un représentant dépendant et permanent (II) ou par la réalisation d'un cycle commercial complet (CCC) d'activités (III). Si les notions d'établissement et de représentant sont proches de celles conventionnelles d'IFA et d'agent dépendant, elles ne se recoupent pour autant pas totalement. La véritable spécificité du droit interne française se situe cependant davantage dans la notion de CCC, notion inconnue des conventions fiscales. En découle *a priori* une conception territoriale plus large en droit interne que conventionnel. Toutefois, ce constat est à nuancer au regard des récentes actions OCDE abaissant le seuil de caractérisation d'un ES de sorte que pourrait être inversée la perception selon laquelle « *l'impuissance du droit fiscal positif à appréhender les profits de l'économie numérique provien[drait] semble-t-il davantage des faiblesses du droit conventionnel que du droit interne* »⁸³⁶.

I. La caractérisation d'un établissement autonome

245. Aux termes de la doctrine administrative : « *un « établissement » [...] se caractérise en principe, par l'existence : d'un organisme professionnel ; dont l'installation présente un certain caractère de permanence ; et qui possède une autonomie propre* »⁸³⁷. Si les critères de matérialité et de fixité ne posent pas de difficultés nouvelles en ce qu'ils sont similaires à ceux permettant de caractériser une IFA dans un contexte conventionnel, la condition de l'autonomie apparaît elle singulière. Cette condition peut être remplie selon l'administration par « *l'existence d'un personnel distinct ou d'un préposé spécialement délégué ; de services commerciaux, financiers ou techniques propres ; d'une comptabilité séparée de celle du siège ; d'un centre de décision* »⁸³⁸. Dès lors, l'autonomie peut s'entendre de deux façons distinctes : au sens fonctionnel en déterminant s'il existe une organisation matérielle par l'intermédiaire de laquelle est réalisée les prestations inhérentes à l'activité de la société étrangère ou au sens décisionnel avec la recherche de l'implantation sur le territoire français d'un centre de décision⁸³⁹.

⁸³⁶ A. DE BISSY, *La permanence des mécanismes fiscaux à l'épreuve des évolutions dans le domaine économique et social*, in *La discontinuité en droit, Titre 1 : Rupture et évolutions face aux permanences institutionnelles et conceptuelles*, LGDJ, 2014, p.92.

⁸³⁷ BOI-IS-CHAMP-60-10-10, § 90, 27 juin 2014.

⁸³⁸ BOI-IS-CHAMP-60-10-10, § 110, 27 juin 2014.

⁸³⁹ D. GUTMANN, « L'établissement stable : une entreprise autonome ? », *Dr. fisc.* n° 45, 12 novembre 2021, 417.

De manière inédite dans un arrêt Société Aravis du 18 octobre 2018⁸⁴⁰, le CE a dissocié le champ d'application de l'établissement au sens du droit interne de celui d'ES au sens conventionnel révélant entre ces deux notions « *une différence d'intensité dans la fixation du standard de la présence taxable* »⁸⁴¹. Ainsi, une société de droit anglais peut voir ses bénéficiaires assujettis à l'IS en France en raison de l'existence d'un ES alors qu'elle n'y dispose d'aucune entreprise exploitée au sens de l'article 209 I CGI faute d'y exercer une activité au travers d'un établissement pourvu d'une autonomie de gestion. En d'autres termes, « *la caractérisation d'un ES ne commande pas l'existence d'une quelconque autonomie de gestion* »⁸⁴². La portée de l'arrêt doit toutefois se limiter aux faits particuliers de l'affaire, révélant selon le rapporteur public E. Crépey, un « cas limite » dans la territorialité de l'IS. Les faits étaient les suivants : une société anglaise organisait des séminaires conçus et commercialisés au Royaume-Uni, dans un chalet situé en France et faisait intervenir à ce titre ses salariés, sous contrat de travail anglais ainsi que des prestataires extérieurs. La société contestait relever du champ territorial de l'IS en ce que tous ses dirigeants résidaient en Grande-Bretagne, qu'elle n'employait en France aucun salarié, qu'elle n'y effectuait aucune démarche commerciale et que toutes les opérations se rapportant à la gestion de l'activité se réalisaient en Grande-Bretagne. Ressortait ainsi clairement des éléments de l'instruction que l'installation dans laquelle la société anglaise exerçait son activité en France était dépourvue d'une autonomie de gestion. En effet, les salariés étaient tous sous contrat de travail anglais et se déplaçaient en France uniquement pour dispenser les séminaires, sans qu'aucun compte bancaire ne soit ouvert en France ni de comptabilité propre tenue. Si le CE a considéré que la CAA avait commis une erreur de qualification juridique des faits en jugeant que la société anglaise exploitait une entreprise en France au sens de l'article 209, il valide néanmoins son raisonnement sur le terrain conventionnel. La société anglaise, au regard des pièces du dossier, disposait bien en France d'un local permanent constitutif d'une IFA où elle exerçait, par l'entremise de ses salariés et de prestataires soumis à ses instructions, une partie de son activité. Cette conception large de l'IFA, lorsqu'une société étrangère n'a que peu de points d'attaches sur le territoire français, ne saurait être exagérée au vu de l'exercice par la société de son activité même en France, à savoir l'organisation de séminaires d'entreprise pour le compte de ses clients britanniques⁸⁴³.

De plus, cette décision ne saurait surprendre puisque le CE avait précédemment par deux arrêts Sté Overseas Thoroughbred de 2009 et Midex de 2006⁸⁴⁴ censuré pour erreur de droit le

⁸⁴⁰ CE, 10^e et 9^e ch., 18 octobre 2018, n°405468, Sté Aravis Business Retreats Ltd : JurisData n° 2018-018093, Dr. fisc. 2019, n°38, comm. 374, concl. É. CRÉPEY.

⁸⁴¹ D. GUTMANN, *préc.*

⁸⁴² E. DINH, « Fiscalité internationale : chronique de l'année 2018 », *Dr. fisc.* n° 10, 7 mars 2019, 189, § 46.

⁸⁴³ E. DINH, *préc.*, § 46.

⁸⁴⁴ CE, 31 juillet 2009, n°296471, Sté Overseas Thoroughbred, *préc.* ; CE, 5 avril 2006, Min. c/ SARL Midex, *préc.*

raisonnement de CAA qui avaient cru devoir subordonner l'existence d'IFA à leur autonomie et indépendance par rapport à l'entreprise étrangère. Elle apparaît néanmoins contestable en ce qu'elle conduit à fonder l'imposition à l'IS sur une disposition conventionnelle alors que la loi fiscale l'écartait⁸⁴⁵, réduisant *in fine* le rôle du principe de subsidiarité au simple état de prescription méthodologique. Quand bien même la non-aggravation de la situation d'un contribuable en vertu d'une convention fiscale n'est pas reconnue comme principe⁸⁴⁶, un raisonnement de cette nature questionne au regard de sa conformité avec le principe de subsidiarité, découlant des articles 34 et 14 de la DDHC⁸⁴⁷ et de l'objet des conventions fiscales d'élimination de la double-imposition. Toutefois, la modification de l'article 209 du CGI opérée par la loi du 28 décembre 1959⁸⁴⁸, « *traduction de l'aggravation en tant que règle* »⁸⁴⁹, dissipe en grande partie les difficultés en fondant l'imposition en France également lorsqu'une convention fiscale le prévoit⁸⁵⁰.

II. La réalisation d'opérations par l'intermédiaire d'un représentant dépendant et permanent

246. La notion de « représentant dépendant et permanent » présente des singularités par rapport à celle conventionnelle d'agent dans chacun de ses deux critères à savoir l'indépendance (A) et le pouvoir de conclure habituellement des contrats au nom de l'entreprise étrangère, ce dernier n'étant pas en toutes circonstances indispensable à sa caractérisation en droit interne (B).

⁸⁴⁵ Pour des arrêts considérant que la situation du contribuable n'a pas à être analysée au regard des stipulations d'une convention fiscale lorsqu'aucune disposition de la loi fiscale ne fonde l'imposition, CE, 3e et 8e ss-sect., 13 juill. 2007, n° 290266, Sté Pacific espace : JurisData n° 2007-081167 ; Dr. fisc. 2007, n° 43, comm. 937, note J.-Ch. GRACIA et CE, 10e et 9e ss-sect., 11 avr. 2008, n° 285583, M. CHEYNEL : JurisData n° 2008-081315 ; Dr. fisc. 2008, n° 24, comm. 377, concl. C. LANDAIS.

⁸⁴⁶ CE, 9e et 10e ss-sect., 12 mars 2014, n° 362528, Sté Céline : JurisData n° 2014-004866 ; Dr. sociétés 2014, comm. 112, note J.-L. PIERRE ; Dr. fisc. 2014, n° 19, act. 275, note É. MEIER et M. VALETEAU ; Dr. fisc. 2014, n° 22, comm. 356, concl. Fr. ALADJIDI, note Ph. DURAND ; RJF 2014, n° 602 ; Pour des écrits en faveur du principe de non-aggravation, G. TIXIER, G. GEST, Droit fiscal international, *spéc.* p. 158 et O. FOUQUET (Conclusions sous CE, 17 décembre 1984, n° 47293, RJF 2/85 n° 308 RDF 1985, n° 11, com. 553) considérant que la supériorité des conventions de double-imposition sur la loi doit se limiter à la non-aggravation de la situation des contribuables ; Pour des écrits contre ce principe puisqu'il serait contraire au principe de supériorité des normes conventionnelles sur le droit interne, V. notamment, B. CASTAGNÈDE, *Précis de fiscalité internationale*, PUF, 6^{ème} édition, 2019 et B. GOUTHIERE, *préc.*, p. 198.

⁸⁴⁷ A. TRINDADE MARINHO, *préc.*, p. 41.

⁸⁴⁸ Article 3, III, de la loi n° 59-1472 du 28 décembre 1959 portant réforme du contentieux fiscal et divers aménagements fiscaux.

⁸⁴⁹ A. TRINDADE MARINHO, *préc.*, p. 278.

⁸⁵⁰ Cf. pour un avis contraire le commentaire effectué par P. DIBOUT sous les arrêts Swiss International Air Lines et Overseas Thoroughbread du 31 juillet 2019 (Dr. fisc. n° 50, 10 décembre 2009, comm. 580) où l'auteur considère que l'article 3, III de la loi du 28 décembre 1959 disposerait d'un effet asymétrique à raison de la résidence des sociétés, rendant ainsi impossible, en l'absence d'entreprise exploitée en France, la taxation des bénéfices d'une société étrangère considérée comme disposant d'un ES.

A. La dépendance du représentant

247. Si la dépendance de l'agent en droit interne recouvrait les mêmes hypothèses qu'en droit conventionnel jusqu'en 2017, année de l'adoption de la nouvelle définition conventionnelle de l'agent dépendant (A.D), une divergence apparaît depuis lors entre ces deux conceptions, révélatrice une fois encore d'un seuil de déclenchement de l'obligation fiscale dans l'État de source plus bas en matière conventionnelle qu'en droit interne. En effet, la doctrine administrative, reprenant la jurisprudence en ce domaine, énonce que : « Lorsque les « représentants » ont une personnalité professionnelle indépendante (commissionnaires, courtiers et d'une manière générale, tous intermédiaires à statut indépendant), l'entreprise qui effectue des opérations par leur entremise dans un pays étranger doit être considérée comme n'exerçant personnellement aucune activité dans ce pays. Elle doit être regardée comme n'exploitant qu'une seule entreprise et elle est par suite imposable dans son propre pays à raison de l'ensemble des bénéficiaires afférents à cette entreprise »⁸⁵¹. L'approche est alors ici résolument juridique au contraire de celle économique de l'article 12 de l'IM considérant que le lien entre le commissionnaire et le commettant est tel que ce dernier est réputé transférer directement aux clients la propriété ou l'usage de biens qu'il possède⁸⁵². Ainsi, dans les litiges postérieurs à l'adoption de l'IM pour les conventions couvertes par l'article 12 un commissionnaire constituera un ES de son commettant. Cependant, dans des situations où aucune convention n'a été conclue entre la France et l'État de résidence de l'entreprise étrangère ou que l'article 12, 1 de l'IM ne trouve à s'appliquer, l'entreprise commettant ne disposera d'aucune présence taxable au lieu d'exercice de l'activité du commissionnaire sauf à ce qu'un infléchissement de la jurisprudence traditionnelle n'intervienne.

B. L'absence relative du critère du « pouvoir de conclure habituellement des contrats »

248. Alors que la condition du « pouvoir de conclure » cristallise une grande partie des débats contemporains concernant la caractérisation d'un A.D en France pour les entreprises numériques étrangères⁸⁵³, elle n'est néanmoins pas requise en toutes situations dans un contexte non

⁸⁵¹ BOI-IS-CHAMP-60-10-10, § 180, 27 juin 2014.

⁸⁵² L'administration fiscale française dans ses récents commentaires de l'IM (BOI-INT-DG-20-25, Paragraphe 260, 16 décembre 2020) reprend cette approche économique, les activités exercées par le commissionnaire en France étant couvertes par la définition de l'agent dépendant prévue au 12, 1 de l'IM. Cette nouvelle version de l'A.D remet dès lors en cause la jurisprudence Zimmer considérant qu'un commissionnaire ne peut en principe constituer un ES du commettant du seul fait qu'il vend, tout en signant les contrats en son propre nom, les produits ou services du commettant pour le compte de celui-ci (CE, 10e et 9e ss-sect., 31 mars 2010, n° 304715 et 308525, Sté Zimmer Ltd : JurisData n° 2010-003056 ; Dr. fisc. 2010, n° 16, comm. 289, concl. J. BURGUBURU, note É. RIVIÈRE, P. ESCAUT et É. BONNEAUD) ; Pour de plus amples développements sur la jurisprudence Zimmer et ses interactions avec les décisions récentes du CE concernant la caractérisation d'ES d'entreprises numériques, cf. *infra*. n° et s.

⁸⁵³ Cf. *infra*. § 264 et s.

conventionnel. En effet, selon l'administration fiscale, doit être imposée à l'IS « *une société étrangère qui fait fabriquer et livre en France les commandes reçues par elle à l'étranger, à la suite d'une publicité faite en France où elle a un représentant auquel elle transmet journallement les commandes reçues par elle et qui surveille la fabrication, fait des envois et enregistre les recouvrements* »⁸⁵⁴. En l'absence de mention de la condition de « pouvoir de conclure », un élargissement en droit interne de la compétence fiscale de la France en tant qu'État source peut dès lors être constaté par rapport à l'article 5 (5) du modèle OCDE⁸⁵⁵. Cet élargissement doit toutefois se limiter à cette situation particulière. En effet, l'administration note dans le même paragraphe qu'une entreprise étrangère doit être soumise à l'IS lorsque son représentant est installé dans des locaux en France, porte l'enseigne de l'entreprise et dispose d'un stock de marchandises pour satisfaire à ses commandes, dès lors qu'il possède le pouvoir de traiter directement avec la clientèle⁸⁵⁶. Cette notion de « pouvoir de traiter », proche de la notion de « négociateur » de l'article L. 134-1 du Code de Commerce, impliquerait ainsi qu'un représentant puisse constituer un ES d'une entreprise étrangère lorsqu'il dispose soit d'une habilitation à conclure des contrats au nom de l'entreprise étrangère⁸⁵⁷ soit d'une force de vente démontrant son rôle principal dans la conclusion des contrats entre l'entreprise étrangère et les clients français. Cette notion, plus large que celle de « pouvoir de conclure » serait par conséquent de nature, au travers d'une approche économique, à révéler l'existence d'une présence taxable locale lorsque l'action du représentant aura été déterminante dans la formation du contrat entre l'entreprise étrangère et les clients⁸⁵⁸.

III. Le critère du cycle commercial complet

249. En l'absence en France d'établissement autonome ou de représentant dépendant et permanent, une entreprise dont le siège est situé à l'étranger peut tout de même être considérée comme exploitant une entreprise sur le territoire français lorsque les opérations qu'elle y réalise forment un CCC. Cette notion, « *dont l'exemple le plus caractéristique est celui des opérations d'achat de marchandises suivies de leur revente*⁸⁵⁹, correspond généralement à une série

⁸⁵⁴ BOI-IS-CHAMP-60-10-30, Paragraphe 120 (issu de D. adm. 4H-1413, n°42, 1er mars 1995).

⁸⁵⁵ Un autre élargissement peut être noté concernant la conception interne du représentant en ce qu'elle n'exclut pas de son périmètre les représentants dont les activités sont purement préparatoires ou auxiliaires. Néanmoins, les évolutions mises en place depuis 2017 au sujet de la démonstration du caractère préparatoire ou auxiliaire des activités risquent de rendre cet élargissement marginal en pratique.

⁸⁵⁶ BOI-IS-CHAMP-60-10-30, § 120.

⁸⁵⁷ Cf. CAA Bordeaux, 4e ch., 11 octobre 2017, n°15BX03878, Sté SEPI SL pour un exemple d'un représentant d'une société andorrane disposant du pouvoir d'engager cette société vis-à-vis des tiers.

⁸⁵⁸ Ces développements rapprochent la notion interne de « représentant dépendant et permanent » de celle issue du modèle de convention OCDE suite à la révision de 2017.

⁸⁵⁹ Pour une application du CCC concernant une société française réalisant des opérations d'achat de marchandises suivi de leur revente à l'étranger, CE, 14 février 1944, n° 67442, RO, p.38 ; Pour une application du CCC concernant une société étrangère réalisant des opérations d'achat-revente en France, CE, 22 mai 1963, n°46870, RO p.340.

d'opérations commerciales, industrielles ou artisanales, dirigées vers un but déterminé et dont l'ensemble forme un tout cohérent »⁸⁶⁰. L'intérêt premier est alors, contrairement à l'établissement et au représentant, de permettre l'imposition d'une société étrangère en France alors même qu'elle n'y dispose d'aucune présence physique permanente. S'il doit être constaté une similarité dans les critères retenus par la jurisprudence pour amener à la caractérisation d'une entreprise exploitée en France ou à l'étranger, il n'en est pas de même concernant la notion de CCC où l'appréciation jurisprudentielle apparaît largement asymétrique en fonction du lieu de réalisation du CCC (A). Qualifiée de « catégorie-balais »⁸⁶¹, cette notion au champ d'application potentiellement très large pourrait permettre l'imposition en France de certaines opérations réalisées par des entreprises numériques et ce en l'absence de présence physique et de tout pouvoir décisionnel local⁸⁶² (B).

A. Une appréciation jurisprudentielle asymétrique en fonction du lieu de réalisation du cycle commercial complet

250. Lorsque les opérations sont réalisées à l'étranger par une société française – Selon l'administration, est susceptible d'échapper à l'IS « *une entreprise française à raison des opérations qu'elle effectue à l'étranger dès lors que celles-ci forment un CCC et se détachent, par leur nature ou leur mode d'exécution, des opérations faites en France* »⁸⁶³. Les opérations réalisées à l'étranger doivent dès lors, pour caractériser une entreprise exploitée hors de France, être autonomes de celles effectuées au siège français de la société, une confusion s'opérant ainsi largement entre la notion de CCC et celle d'activité détachable⁸⁶⁴. L'interprétation retenue par la jurisprudence du caractère détachable des opérations réalisées à l'étranger se révèle alors « très stricte »⁸⁶⁵ car la non-réalisation complète du cycle commercial à l'étranger entraîne la soumission intégrale des résultats d'exploitation à l'IS français. C'est ainsi qu'une société qui vend à l'étranger des produits achetés à l'étranger mais dirige et gère les opérations commerciales depuis son siège en France ne dispose pas d'un CCC à l'étranger⁸⁶⁶. Plus récemment, concernant une activité de transmission-émission de satellites d'une société française où seul le droit interne s'appliquait en l'absence de conventions fiscales conclues entre la France et le ciel, le TA de Montreuil a considéré que ces activités, pourtant pleinement autonomes, n'étaient pas détachables de l'activité du siège dès lors que

⁸⁶⁰ Rép. Min. *Valleix*, JOAN Q, 22 septembre 1980, p. 4019 – Reprise au bulletin officiel (BOI-IS-CHAMP-60-10-10-§ 210).

⁸⁶¹ T. PONS, S. GÉLIN, « in Taxation of income derived from electronic commerce », *IFA*, Vol. LXXXVIa, 2001, Rapport français, p. 387-388.

⁸⁶² *Ibid.*

⁸⁶³ BOI-IS-CHAMP-60-10-20, § 110.

⁸⁶⁴ G. GOULARD, Conclusions CE 4 juillet 1997, n° 146930, SA Marbreck, BDCF 4/97, n°71, p.4.

⁸⁶⁵ Pour reprendre les termes mêmes de l'administration fiscale, BOI-IS-CHAMP-60-10-20 § 190.

⁸⁶⁶ CE, 5 février 1968, n° 62333, RJCD, 1re partie, p. 26 ; CE, 3 mars 1976, n° 98680 ; CE, 14 mars 1979, n° 7098, RJF 5/79 n° 282, concl. P. RIVIÈRE Dr. Fisc. 9/79 c. 470.

l'intégralité des tâches de direction et de gestion s'effectuait en France⁸⁶⁷. L'introduction de l'article 247 CGI par la LF pour 2019 a néanmoins remis en cause cette solution en considérant qu'échappent à l'IS français les bénéfices provenant de l'exploitation de satellites de communication localisés sur des positions orbitales géostationnaires qui ne sont pas la propriété de ces entreprises. Ainsi, la réalisation d'opérations commerciales à l'étranger doit en général, pour constituer une entreprise exploitée à l'étranger, être couplée à l'existence sur ce même territoire d'un pouvoir décisionnel local⁸⁶⁸.

Cependant, lorsque les opérations sont inextricablement liées au territoire de l'État d'accueil, l'interprétation du caractère détachable par la jurisprudence s'assouplit, laissant penser que la seule démonstration de la réalisation des opérations à l'étranger permet de conclure à l'existence d'une entreprise exploitée hors de France. Les opérations de forage en sont un exemple topique. En effet, ce type d'activités « *eu égard à la continuité, à l'importance et à l'autonomie technique des opérations réalisées sur place* » doit être regardée, alors même que des tâches de gestion et de direction étaient exécutées en France, comme celle d'une entreprise exploitée hors de France par la société⁸⁶⁹. Cet intérêt porté au lieu de réalisation de l'activité dans la délimitation de la compétence fiscale de la France se manifeste de même à propos des « ensembles industriels clés en main ». La jurisprudence en ce domaine, résultant notamment d'une décision du CE de 1978⁸⁷⁰, est en effet particulièrement intéressante en ce qu'elle démontre que « *le critère du CCC peut conduire à un découpage assez fin des différentes prestations assurées par l'entreprise pour une même opération* »⁸⁷¹. Les faits d'espèce concernaient une société fournissant des usines à l'étranger dont l'activité se divisait entre une partie réalisée en France (études préalables, coordination de l'opération) et une autre réalisée à l'étranger (construction de bâtiments, montage de machines, formation du personnel). Le CE a alors jugé que les différentes étapes de la chaîne de production, rattachables sans difficultés au territoire de deux États en l'occurrence la France et la Roumanie, constituaient une succession de CCC. S'il a pu être considéré que cette décision marquait un rejet de la notion de CCC au profit exclusif du lieu de réalisation de l'activité⁸⁷², nous y voyons plutôt, comme le notait C. TOUZET, un affinement de l'application du principe de territorialité dans le but

⁸⁶⁷ TA Montreuil, 12 mars 2019, n° 1707963, Sté Eutelsat Communications et Eutelsat SA.

⁸⁶⁸ CE, 9e-8e s.-s., 4 juillet 1997, n° 146930, SA Marbreck ; CE 5 février 1968, n° 62333, Dupont.

⁸⁶⁹ CE, 29 juin 1981, n°16095 : RJF 10/81 n° 857 ; CE 11 juillet 1991, Société française des techniques Lummus : RJF 10/91 n° 1208.

⁸⁷⁰ CE, Sect. 23 juin 1978, SA Compagnie européenne d'équipement industriel, n° 99444, RJF 9/78 n° 343, concl. P. RIVIÈRE ; Confirmé depuis lors par CE, 17 mai 1989 n° 34380, Procofrance : RJF 7/89 n° 815, concl. Mme LIEBERT-CHAMPAGNE et CE, 7e et 9e ss., 11 juillet 1991, n°57391.

⁸⁷¹ B. LIGNEREUX, « Le principe de territorialité de l'impôt sur les sociétés », *préc.*, p.13.

⁸⁷² B. GOUTHIERE, *Les impôts dans les affaires internationales*, 5ème éd., 2001, Fr. Lefèbre, § 310.2 (voir si ces développements sont repris dans les versions actuelles).

de déterminer de manière réaliste la quote-part des bénéfices imposables en France et à l'étranger⁸⁷³. En effet, la chaîne de production d'un ensemble industriel clé en main démontre que les étapes la constituant peuvent être largement autonomes les unes des autres et constituer *in fine* un cycle détachable pour chacune d'entre elle. Ainsi, les opérations de constructions effectués en Roumanie et les études préalables menées en France, de natures différentes, impliquaient que la valeur ajoutée en découlant soient respectivement imposées sur les territoires où elles s'étaient réalisées. Dans un autre sens, si les opérations effectuées à l'étranger n'avaient revêtu qu'un caractère accessoire par rapport aux études réalisées en France, aucun cycle détachable à l'étranger n'aurait alors pu être caractérisé et l'ensemble des bénéfices découlant de ces activités aurait été soumis à l'IS français. Pour reprendre les termes de C. TOUZET, « *ce qui constituait par le passé un seul et unique cycle, constitue aujourd'hui une succession de « petits » circuits de production détachables les uns des autres* »⁸⁷⁴ permettant d'appréhender avec réalisme la complexité grandissante des montages internationaux mis en place par les entreprises.

251. Lorsque les opérations sont réalisées en France par une société étrangère – Selon l'administration fiscale, « *la jurisprudence du CE retient une notion assez large du « cycle complet d'opérations » réalisé en France par une entreprise dont le siège est situé à l'étranger* »⁸⁷⁵. En effet, rares sont les décisions qui subordonnent l'existence d'un CCC en France à la démonstration du caractère détachable, par leur nature ou leur mode d'exécution, des opérations réalisées en France par rapport à celles du siège étranger. Seul peut être cité un arrêt du CE de 1980 dont la particularité des faits invitent clairement à en limiter la portée⁸⁷⁶. Était en cause l'installation par une société monégasque d'un chantier de longue durée situé en France (en complément d'un autre situé à Monaco) ayant comme objet la construction d'une digue édifiée en majeure partie dans les eaux territoriales monégasques. Si le juge pouvait se lancer dans le délicat exercice de découpage territorial des différentes opérations menées par la société monégasque, le lieu final d'édification de la digue, commun aux deux chantiers, démontrait par évidence que l'activité réalisée en France constituait le prolongement de celle réalisée à Monaco. Dès lors, l'exercice de division des opérations en plusieurs cycles pour aboutir à un partage de la matière imposable entre les États de localisation des opérations ne peut s'effectuer lorsqu'il est manifeste que l'activité réalisée en France présente une identité de nature avec celle du siège. Dit autrement, cette jurisprudence, loin de subordonner l'existence d'un CCC à la preuve du caractère détachable des opérations effectuées en

⁸⁷³ C. TOUZET, *préc.*, p.35-36.

⁸⁷⁴ *Ibid.*

⁸⁷⁵ BOI-IS-CHAMP-60-10-30 § 170.

⁸⁷⁶ CE, 30 avril 1980, n° 5761, RJF 6/80, n° 479, concl. Fabre.

France, vise uniquement à ce que dans des « cas-limites » où l'enchevêtrement des opérations entre le territoire français et le siège étranger est tel que les différentes opérations apparaissent indissociables, le pouvoir d'imposition soit exclusivement attribué à l'État de situation du siège.

Hormis cette situation particulière, il n'est fait aucune mention ni dans le BOFip ni dans les décisions du CE d'un éventuel critère de « détachabilité »⁸⁷⁷. Dès lors, la seule démonstration d'un cycle complet d'opérations réalisé sur le territoire français permet de conclure à l'exercice habituel en France d'une activité imposable⁸⁷⁸. Ainsi, le CE a pu juger, bien antérieurement à l'avènement de l'Internet, qu'une société de radiodiffusion monégasque qui recueillait des ordres d'annonces publicitaires destinées à être diffusées à des auditeurs français disposait d'un CCC en France⁸⁷⁹. L'interprétation jurisprudentielle de la notion de CCC apparaît d'autant plus large qu'une seule opération d'achat-revente, en l'espèce une acquisition d'un bien immobilier et sa revente au cours de la même année, est susceptible de caractériser une entreprise exploitée en France⁸⁸⁰. Plus récemment à propos d'opérations dématérialisées, une société de droit britannique a été considérée, au regard d'un faisceau d'indices démontrant *in concreto* l'exercice habituel en France d'une activité⁸⁸¹, comme réalisant un CCC d'achat-revente⁸⁸². En effet, l'existence d'un CCC apparaissait évidente au motif que la société disposait d'une adresse postale en France, avait principalement des clients français, recevait les règlements de commandes sur des comptes bancaires ouverts en France à son nom et avait exclusivement des fournisseurs français. L'on notera que contrairement au cas où les opérations sont réalisées à l'étranger par une société française, le fait que certaines opérations intermédiaires (ex. facturation ou conditionnement) soient effectuées hors de France ou que le centre de décision soit situé à l'étranger reste sans influence sur le caractère complet du cycle commercial réalisé en France⁸⁸³. Par conséquent, une société andorrane, même disposant d'une

⁸⁷⁷ Dans une instruction fiscale ancienne datant du début des années 2000, l'administration avait indiqué que des réassureurs établis aux Bermudes pouvaient être considérés comme réalisant un CCC d'opérations en France si ces opérations apparaissaient détachables de l'activité réalisée hors de France. Cependant, comme le notent T. PONS et S. GÉLIN (IFA, *préc.*, n° 623, p. 388), une définition très large avait été retenue du caractère détachable en considérant que les activités effectuées avec des clients français étaient séparables des activités réalisées à l'étranger, parce qu'indissociables de l'activité de l'assureur français, son client.

⁸⁷⁸ Dans un sens inverse, une société étrangère qui dispose en France de son siège de direction effective mais réalise l'ensemble de ses opérations commerciales à l'étranger ne verra pas ses bénéfices imposés à l'IS français, CE, 27 juin 2008, Sté Progemo, n° 282910, RJF 11/08 n° 1210, concl. L. OLLÉON BDCF 11/08 n° 128.

⁸⁷⁹ CE, 13 juillet 1968, n°66503, Dupont.

⁸⁸⁰ CAA Paris, 5^{ème} ch., 3 juillet 2017, APH Vitry, n°16PA00728.

⁸⁸¹ Pour une liste détaillée des indices qui permettent au juge de fonder sa solution sur l'existence ou non d'une entreprise exploitée en France, C. CASSAN, L'exercice d'une activité occulte par un établissement stable : les éclairages de la jurisprudence récente, note ss CAA Paris, 2^e ch., 4 févr. 2015, n° 13PA02100, Sté Centenium Ltd : JurisData n° 2015-024159 ; Dr. fisc. 2015, n° 46, comm. 678.

⁸⁸² CAA Paris, 2^e ch., 2 oct. 2013, n° 12PA01844, M. STASSART, concl. Y. EGLOFF, note A. CALLOUD et S. DARDOUR-ATTALI : JurisData n° 2013-033357 ; Dans le même sens concernant une société de droit suisse qui exerçait une activité de vente de produits naturels, de compléments alimentaires et de cosmétiques, en exploitant un site internet marchand situé chez un hébergeur à Bordeaux, CE, 8^e et 3^e ch., 27 mars 2020, n° 421627, B. D. et E. C. : JurisData n° 2020-004304 ;

⁸⁸³ Cf CE, 13 novembre 1964, n° 50944 et 60449, RO, p. 185 où une société monégasque faisant fabriquer des produits

activité effective sur son territoire d'implantation, peut réaliser un CCC en France lorsqu'elle assure depuis le domicile de son représentant les relations avec les fournisseurs, les clients et les sous-traitants établis en France nécessitant l'usage de deux lignes téléphoniques françaises⁸⁸⁴.

Pour conclure, l'approche extensive de la notion de CCC, en dehors de toute démonstration du caractère détachable, « illustre l'absence de symétrie des approches dans un contexte d'exploitation en France ou à l'étranger »⁸⁸⁵.

B. Les potentialités d'application aux opérations numériques des entreprises étrangères

252. Les notions d'établissement et de représentant peinent à appréhender les bénéfices réalisés par les entreprises numériques sur le territoire français. En effet, un fournisseur d'accès à Internet français ne peut constituer un représentant du prestataire ou du fournisseur étranger⁸⁸⁶. De même, l'administration française considère qu'un site web ou un serveur ne peut constituer un établissement sauf à ce que l'entreprise étrangère emploie du personnel pour intervenir activement dans le fonctionnement de l'équipement ou dans la réalisation de la vente⁸⁸⁷. L'intervention humaine constitue dès lors, au contraire du modèle OCDE, une condition requise pour caractériser une présence taxable en France de l'entreprise étrangère⁸⁸⁸. C'est ainsi que la notion de CCC, en nuanciant la connexion entre intégration économique effective et présence physique dans la caractérisation du *nexus*, permet un alignement plus réaliste entre le lieu de création de valeur dans une économie numérisée et le lieu d'imposition des bénéfices. Nous prendrons pour illustrer cette affirmation l'exemple de deux plateformes numériques : les plateformes d'intermédiation (1) et les plateformes de *Cloud computing* (2).

1. Application du critère à des plateformes d'intermédiation numérique

253. Concernant les plateformes étrangères d'intermédiation, l'application du critère du CCC par la France en tant qu'État de consommation apparaît pertinente en ce que ces plateformes

pharmaceutiques en France par une tierce entreprise et les vendant ensuite sur le territoire français par l'intermédiaire d'un représentant a été considérée comme accomplissant un cycle complet de fabrication et de vente et ce alors même que des opérations de conditionnement des produits étaient effectuées à Monaco et CE, 8e et 3e ch., 27 mars 2020, *préc.*, où une partie des produits était expédiée en Allemagne pour être reconditionnée en petites unités avant d'être récupérés par deux salariés, résidant en France.

⁸⁸⁴ CAA, Bordeaux, 4e ch., 11 oct. 2017, n° 15BX03878, Sté SEPI SL

⁸⁸⁵ T. PONS, S. GÉLIN, *préc.*, p. 388.

⁸⁸⁶ Le même constat peut être effectué à l'égard de la notion conventionnelle d'agent dépendant, cf. *supra*. n°

⁸⁸⁷ V. en ce sens Réponses Chazeaux, n°15728 : JOAN 26 octobre 1998 p.5849 et n°56961 : JOAN 30 juillet 2001 p.4395 non reprises au BOFiP.

⁸⁸⁸ La raison dans cette nécessité s'explique en partie par la conception de l'établissement. Cette conception implique que l'établissement présente une certaine autonomie juridique qui se révélera par la disposition d'un personnel propre, une comptabilité distincte ou encore un centre de décision (BOI- IS-CHAMP-60-10-10, § 110).

réalisent de nombreuses opérations sur le territoire français, de natures diverses, et sont ainsi susceptibles de constituer un ensemble suffisamment cohérent pour être taxées à l'IS français. La difficulté n'est alors pas celle d'identifier dans les activités de ces plateformes des points de rattachement territoriaux à la France⁸⁸⁹ mais de démontrer que les opérations y étant réalisées forment un cycle complet. Cette difficulté se résout néanmoins facilement au regard des caractéristiques de leurs modèles d'affaires. En effet, rares sont celles qui se bornent à collecter des données sur un territoire sans y réaliser d'activités complémentaires⁸⁹⁰. Plus exactement, les activités de collecte, de traitement mais aussi de revente de données sont, lorsqu'elles ne constituent pas en elles-mêmes l'activité principale de la plateforme étrangère, des activités au soutien de celle plus globale de prestation de services ou de ventes de biens. Dès lors, une plateforme d'intermédiation étrangère dont les opérations en France ne se limiteraient pas à la vente de services (ex. services de ciblage publicitaires pour des annonceurs français) mais incluraient d'autres opérations effectuées sur le territoire français, réalisées par elle-même voire même par des tiers lui étant liés ou indépendants (ex. collecte de données permettant une amélioration du service proposé) devrait être considérée comme réalisant en France un CCC.

2. Application à des plateformes de *Cloud computing*

254. Concernant les plateformes de *Cloud computing*, les choses sont plus complexes en ce que les services d'exploitation d'applications d'une entreprise française proposés par ces plateformes peuvent être réalisés sans aucune installation matérielle technique en France (État de consommation). Ce fait a de plus tendance à s'accroître à mesure que les entreprises spécialisées dans le *Cloud* intègrent dans leurs services des solutions d'intelligence artificielle ou d'IoT (*Internet of Things*). Dit autrement, la dissociation est de plus en plus marquée entre le lieu d'exercice de l'activité et le lieu de détention des moyens informatiques. La difficulté n'est alors pas celle de procéder à un découpage de leur processus de création de valeur aux fins de répartition de la compétence fiscale entre État de résidence et État de situation des clients -le Cloud constituant seulement un mode nouveau de fourniture et de financement des ressources informatiques⁸⁹¹- mais de déterminer si les services fournis, par leur nature ou leur mode d'exécution, sont susceptibles de constituer un ensemble suffisamment cohérent pour être taxés à l'IS français. Car là est selon nous

⁸⁸⁹ Pour s'en convaincre, le juge administratif a pu conclure à l'existence d'un CCC du seul fait de la location d'un navire de stockage de produits pétroliers et a rattaché le lieu de l'activité au lieu de situation des biens loués, CAA 3e ch., Paris, 26 mai 1992, n° 89-1404, SARL Compagnie maritime Wallisienne.

⁸⁹⁰ Une société étrangère dont la seule activité se limite en France à la collecte de données ne devrait pas, selon nous, être considérée comme y réalisant un CCC d'opérations.

⁸⁹¹ CREG, Cloud computing, la révolution du monde informatique, 3 janvier 2011, <https://creg.ac-versailles.fr/cloud-computing-la-revolution-du-monde-informatique>.

une différence fondamentale entre la notion d'ES et la notion de CCC. Alors que la première retranscrit un seuil à partir duquel la pénétration économique d'une entreprise étrangère sur un territoire est suffisante pour donner à un État compétence fiscale sur les bénéfices issus de cette activité, la deuxième vise à lier l'attribution de la compétence fiscale à un État à la seule démonstration de la réalisation sur son territoire d'opérations formant un tout. Dès lors, le seuil de présence économique pour caractériser un ES est bien plus élevé qu'en matière de CCC. Cette constatation apparaît même devoir être affirmée à l'égard de la notion d'ES de services développée dans le modèle ONU⁸⁹². Si cette notion ne nécessite pas de même la présence physique d'une entreprise étrangère sur le territoire d'un État pour caractériser une présence taxable, reste qu'un critère de temporalité, relatif à la poursuite d'activités pour le même projet ou un projet connexe plus de 6 mois sur un an⁸⁹³, doit être rempli. Rien de tel pour la notion de CCC. Ainsi, dans la mesure où les opérations réalisées en France par une entreprise spécialisée dans le Cloud ne se limitent pas à des prestations de services mais incluent aussi par exemple des opérations de prospection commerciale et/ou des études préalables menées sur le marché français, cette entreprise devrait être considérée comme y réalisant un CCC.

Paragraphe 2 : Le rattachement de l'obligation fiscale au territoire français en présence de conventions fiscales bilatérales

255. La France, dans sa pratique conventionnelle, suit généralement le modèle établi par l'OCDE. L'interprétation dans l'ordre juridique français de la notion d'ES, critère conventionnel de rattachement territorial des bénéfices des entreprises, ne saurait dès lors être indifférente aux commentaires du modèle publiés par le CAF. Bien au contraire, ces derniers constituent un terreau favorable aux interprétations jurisprudentielles constructives de l'ES dans le but avoué d'appréhender fiscalement les revenus réalisés par les entreprises du numérique dans les États de consommation. L'heure est alors, par une lecture évolutive de la lettre des conventions, à une résurgence marquée de l'autonomie et du « réalisme » du droit fiscal traditionnel⁸⁹⁴. Sans aller néanmoins jusqu'à considérer que le droit fiscal devrait, en raison de l'objectif de taxation qui l'anime, ignorer les règles, notions ou qualifications du droit commun⁸⁹⁵, le contexte de crise des

⁸⁹² Pour de plus amples développements sur la notion d'ES de services, cf. *supra*. n° et s. ; Concernant l'approche OCDE, le seuil pour caractériser un ES de services est à l'évidence plus élevé car les commentaires exigent la présence physique du personnel de l'entreprise étrangère sur le territoire de l'État de source, cf. *supra*. n° et s.

⁸⁹³ Sur les difficultés d'interprétation liées à cet article du modèle de convention ONU, cf. *supra*. § 154 et s.

⁸⁹⁴ F. DAL VECCHIO, *L'opposabilité des conventions de droit privé en droit fiscal*, L'Harmattan, 2014, p. 103-104 : « La question de l'autonomie du droit fiscal [...] connaîtra nécessairement des soubresauts dans le futur en fonction de l'évolution des comptes de la Nation, des exigences formulées par la société française, du développement de l'ingénierie contractuellement et de l'intensité de la concurrence internationale des différentes juridictions fiscales ».

⁸⁹⁵ L. TROTABAS, *La nature juridique du contentieux fiscal en droit français*, in Mélanges M. HAURIOU, Sirey, 1929, p.712 : conclure à l'autonomie et au réalisme du droit fiscal ne revient pas à voir en ce dernier une

finances publiques combiné à la lenteur des avancées au sein de l'OCDE invitent à favoriser des approches économiques fondées sur la substance des opérations menées par les contribuables au contraire de raisonnements formalistes. Ainsi, la malléabilité des deux branches traditionnelles de l'ES à savoir l'IFA (I) et l'A.D (II) apparaissent chacune d'entre elles aptes dans des hypothèses distinctes à appréhender les profits issus d'activités dotées d'un faible ancrage territorial.

I. La notion d'installation fixe d'affaires

256. Les critères permettant la caractérisation d'une IFA sont, au regard de leurs contours matériels *a priori* bien délimités, une source de sécurité juridique et de prévisibilité pour les entreprises étrangères déployant leurs activités en France (A). Ce constat est néanmoins de nature à s'effriter dans le cas où une filiale abriterait les éléments constitutifs d'une IFA de la société mère, par exemple un bureau dirigé par un préposé de la société étrangère. S'il est acquis par une lecture extensive de l'économie de l'article 5, § 1 du modèle de convention OCDE⁸⁹⁶ qu'une filiale peut en sa qualité d'IFA constituer un ES de sa mère, une telle requalification doit néanmoins être menée avec extrême prudence en la cantonnant aux seules situations où l'essentiel de l'activité propre de la société étrangère apparaît manifestement réalisée dans les locaux de sa filiale (B).

A. Le caractère purement matériel de la notion d'installation fixe d'affaires

257. L'IFA ne fait généralement pas l'objet d'une définition dans les conventions fiscales bilatérales conclues par la France. Les conventions se contentent plutôt d'énumérer de manière non-exhaustive les installations susceptibles de caractériser un ES de l'entreprise étrangère. À titre d'exemple, la convention fiscale franco-irlandaise en son article 2, Paragraphe 9, a) reprend à l'identique l'article 5 du projet de modèle OCDE de 1963 en considérant que constitue un ES-IFA, un siège de direction, une succursale, un bureau, une usine, un atelier, une mine ou un chantier de construction dont la durée dépasse douze mois. La jurisprudence, conformément aux commentaires du modèle OCDE, a alors dans la délimitation des contours de la notion d'IFA intimement lié sa caractérisation à la présence matérielle voire physique d'une entreprise étrangère sur un territoire⁸⁹⁷. Par exemple, une société étrangère exerçant en France son activité propre de maintenance d'avions

« indépendance totale, et moins encore, une méconnaissance et violation systémique du droit privé ».

⁸⁹⁶ Au contraire de la thèse restrictive considérant que le principe d'indépendance des filiales implique que le contrôle exercé sur ces dernières par les sociétés mères étrangères n'est pas suffisant pour conclure à l'existence d'ES à travers ces filiales. Dès lors, une filiale ne peut constituer un ES de sa mère que si elle remplit les conditions de l'article 5, Paragraphe 6 du modèle OCDE (agent dépendant). Pour de plus amples développements sur cette thèse, K. VOGEL, « On Double Taxations Conventions » : *Kluwer Law*, 1997, p. 352 et 353.

⁸⁹⁷ G. DE LA TAILLE, « Juste imposition des services numériques : l'établissement stable peut être assez souple », *Chronique sur CE* plén., 11 déc. 2020, n° 420174, min. c/ Société Conversant International Ltd, RJF 02/2021.

et de formation de pilotes par l'intermédiaire de locaux, d'équipements et de personnels tous situés en France y dispose d'une IFA⁸⁹⁸. Cette approche purement matérielle, basée sur la réunion de trois critères à savoir l'existence d'une installation d'affaires, le caractère de fixité et l'exercice des activités de l'entreprise par l'intermédiaire de l'installation⁸⁹⁹, permet de distinguer clairement la notion d'IFA de celle d'A.D où prime une approche personnelle. En effet, alors que des considérations tenant à la nature des liens contractuels ou capitalistiques entre une société et un agent sont déterminantes dans l'assimilation de l'agent à un ES de la société⁹⁰⁰, elles apparaissent sans incidence à l'égard de l'IFA en raison d'une appréciation fondée exclusivement sur sa matérialité. Cette constatation ne saurait être atténuée par les deux décisions Coma et Estienne d'Orves du CE du 31 mars 2017 où la qualification d'une IFA a été subordonnée à l'existence, d'une part, de moyens matériels et, d'autre part, de pouvoirs juridiques du représentant de l'entreprise étrangère⁹⁰¹. La spécificité de ces deux décisions tient au libellé de l'ancienne convention franco-luxembourgeoise du 1er avril 1958 en son article 2, Paragraphe 4. Cet article disposait, par une formulation distincte du modèle de convention OCDE, qu'« *un représentant [...] agissant dans un des territoires pour le compte d'une entreprise de l'autre territoire [n'est] considéré comme [un établissement stable], entendu comme une installation fixe d'affaires, que s'il dispose de pouvoirs généraux qu'il exerce habituellement lui permettant de négocier et de conclure des contrats au nom de l'entreprise* ». Dès lors, le raisonnement du CE, centré sur la combinaison d'éléments matériels et juridiques - en l'espèce les locaux d'une société française ainsi que la capacité des dirigeants et salariés de cette société de conclure des contrats au nom d'une société étrangère - ne saurait surprendre, la solution retenue ayant été dictée par cette rédaction particulière. Ainsi, outre ce cas, lorsque l'activité d'une entreprise - par exemple spécialisée dans la distribution commerciale des produits d'un groupe - se réaliserait par la conclusion de contrats, l'absence de pouvoirs contractuels de ses agents travaillant dans les locaux d'une entreprise étrangère ne devrait pas empêcher la qualification d'une IFA dès lors que les critères classiques sont vérifiés⁹⁰². En d'autres termes, une personne dépendante d'une entreprise peut constituer un ES de cette dernière, même si dépourvue de pouvoir de représentation, elle prend part aux activités déployées au sein d'une IFA. Cette lecture restrictive des décisions du 31 mars 2017 est d'autant plus confortée par le refus constant du juge de

⁸⁹⁸ CE, 31 juillet 2009, n° 297933, min. c/ Sté Swiss International Air Lines AG : RJF 11/09 n° 980, chronique V. DAUMAS p. 819, concl. E. GLASER BDCF 11/09 no 133.

⁸⁹⁹ Pour une description de ces critères, cf. *supra*. n° et s.

⁹⁰⁰ Pour de plus amples développements sur la caractérisation du pouvoir contractuel de l'agent, cf. *infra*. n° et s.

⁹⁰¹ CE 8e-3e ch., 31 mars 2017, n° 389577, Sté Coma Défense et n°389573, Sté Estienne d'Orves, : Dr. fisc. 2017, n° 48, comm. 563, concl. R. VICTOR, note F. LUGAND et P. LUCAS ; RJF 6/2017, n° 538.

⁹⁰² F. DEBOISSY et G. WICKER dans leur note sous l'arrêt Valueclick (Dr. fisc. n° 4, 28 janvier 2012, comm. 117, Paragraphe12) opèrent une autre lecture de la décision Estienne d'Orves en en élargissant la portée. Pour ces auteurs, lorsque l'activité de l'entreprise étrangère se réalise par la conclusion de contrats, la caractérisation d'une IFA ne pourra s'effectuer que par une combinaison d'éléments matériels et juridiques.

subordonner la qualification d'une IFA à la démonstration de son autonomie de gestion⁹⁰³.

B. L'existence d'une installation fixe d'affaires dans les locaux d'une autre société

258. S'il est désormais de jurisprudence constante qu'une « *personne morale puisse être regardée comme donnant le gîte et le couvert à l'IFA d'une autre* »⁹⁰⁴ (1), la situation apparaît bien plus incertaine lorsqu'une convention de prestations de services intra-groupe aux contours larges a été conclue entre deux sociétés membres. La troisième condition relative à l'exercice par l'entreprise étrangère de son activité propre dans les locaux de la filiale prestataire sera dès lors, au regard de la nature essentiellement factuelle du contentieux, celle la plus difficile à vérifier (2).

1. Le cas de la filiale installation fixe d'affaires de sa mère

259. Le commissaire du gouvernement S. AUSTRY notait dans ses conclusions sous la décision de section Interhome de 2003⁹⁰⁵ que le « *critère de l'IFA repose [...] sur une approche purement matérielle de la notion d'ES, qui exclut [...] qu'une personne juridiquement distincte de la société étrangère puisse être regardée en tant que telle comme un ES de cette dernière* ». La section du CE avait alors, conformément à ces conclusions, considéré qu'une filiale ne pouvait être qualifiée d'ES qu'à la condition de remplir les critères de l'A.D. Cette position a néanmoins évolué à l'occasion d'un arrêt du 12 mars 2010 Sté Imagination, conformément aux modifications des commentaires du modèle OCDE dans ce domaine⁹⁰⁶, pour considérer qu'une société luxembourgeoise pouvait disposer d'un ES-IFA dans les locaux de sa filiale française⁹⁰⁷.

L'analyse des décisions rendues par le juge administratif démontre que la qualification d'une IFA dans ce type de situations repose principalement sur deux éléments concordants : l'absence de substance suffisante de la société étrangère et la réalisation de la quasi-totalité de son activité propre dans les locaux d'une filiale française⁹⁰⁸. Pour reprendre les faits de l'arrêt Sté Imagination, les saisies réalisées par l'administration suite à une visite domiciliaire avaient démontré que la société

⁹⁰³ V. notamment CE, 31 juillet 2009, n° 297933, min. c/ Sté Swiss International Air Lines AG, *préc.* ; CE, 5 avril 2006, n° 281098, min. c/ SARL Midex, *préc.* ; CE, 18 octobre 2018, n° 405468, Sté Aravis Business, *préc.*

⁹⁰⁴ G. DE LA TAILLE, *préc.*, n°669.

⁹⁰⁵ CE, Sect., 20 juin 2003, n°224407, Min. c/ Sté Interhome AG, *préc.*

⁹⁰⁶ Commentaires OCDE, C (5), n° 4 et n° 41.

⁹⁰⁷ CE, 12 mars 2010, n° 307235, Sté Imagin'action Luxembourg : RJF 5/2010, n° 465 ; BDCF 2010, n° 53.

⁹⁰⁸ L'absence de substance de la société étrangère, si elle est un indicateur fort de la réalisation par la filiale française de l'activité propre de la société étrangère, ne constitue évidemment pas une condition *sine qua none* pour caractériser une IFA de cette dernière dans les locaux de sa filiale. Ainsi, une CAA a pu retenir la qualification d'IFA au seul motif que la société étrangère, au regard notamment de factures de vente qu'elle avait émises à l'intention de clients français et de factures d'achat de matériel auprès de fournisseurs établis en France, exerçait dans les locaux de sa filiale une activité commerciale distincte de cette dernière (CAA Paris, 12 juillet 2011, n°09PA06458, Sté Cintra Liban : RJF 1/2012, n° 58).

luxembourgeoise, spécialisée dans le commerce de gros et d'exportation de parfum, n'employait qu'un comptable à mi-temps alors que l'essentiel des correspondances et des livraisons était effectué et centralisé dans les locaux de la filiale française par un de ses salariés. De même, une société spécialisée dans des activités de marchand de biens qui disposait de son siège social en France jusqu'à son transfert au Luxembourg, avait continué, faute de moyens matériels et humains permettant à la société luxembourgeoise d'exercer son activité, à poursuivre son activité dans les locaux de son ancien siège social⁹⁰⁹. Il était à cet effet démontré que la société continuait à recevoir des correspondances à l'adresse des locaux de son ancien siège social et qu'elle avait ouvert un compte bancaire en France pour gérer le financement de l'opération immobilière. Dans ces « cas-limites » où la disproportion de substance est manifeste entre la filiale française et sa mère étrangère, cette dernière ne constituant finalement qu'une simple adresse de domiciliation, la notion d'IFA apparaît opérante pour appréhender de manière réaliste la source de la matière imposable.

2. Le cas d'une convention de prestation de services intra-groupe conclue entre sociétés membres d'un groupe

260. La question liée à l'assimilation d'une filiale à une IFA de sa mère ou de sa sœur lorsqu'un contrat de PS a été conclu entre ces deux entités s'est posée dans deux contentieux opposant l'administration à des entreprises numériques fournisseurs de services de publicité en ligne : dans l'affaire Valueclick et en appel dans l'arrêt Google⁹¹⁰ (**a**). Si la conclusion d'une convention de PS ne saurait faire obstacle à la reconnaissance d'une filiale comme IFA d'une autre société, cette requalification doit néanmoins être menée, dans un souci de préservation de la sécurité juridique des contribuables, avec précaution pour éviter que ne plane sur ces derniers la menace perpétuelle d'une taxation d'office pour activité occulte effectuée par l'intermédiaire d'un ES non déclaré (**b**).

a. Les arrêts *Valueclick* et *Google*

261. Premièrement, dans la décision Valueclick anciennement Sté Conversant du 1er mars 2018, la CAA de Paris avait considéré qu'eu égard à la généralité des termes d'un contrat de PS intra-groupe conclu entre une société irlandaise et sa sœur française prestataire, ces prestations couvrant en l'espèce l'essentiel des activités qu'une entreprise de marketing digital est susceptible

⁹⁰⁹ CAA Paris, 5eme ch., 3 juillet 2017, APH Vitry, n°16PA00728.

⁹¹⁰ Pour la première fois en appel dans l'arrêt Google, l'administration avait invoqué – à titre subsidiaire seulement- le critère de l'IFA.

d'accomplir⁹¹¹, la société française ne pouvait être regardée comme ayant réalisée une autre activité que celle prévue par le contrat et dont les résultats avaient déjà été soumis à l'IS français⁹¹². Deuxièmement, concernant un contrat de PS aux contours similaires, la CAA de Paris dans l'arrêt Google du 25 avril 2019, avait considéré laconiquement « *que [...] les locaux et le personnel de la SARL Google France, qui sont à la disposition de celle-ci pour son activité propre de prestataire de services, telle que définie par le contrat de prestation de services du 16 mai 2002, ne caractérisent pas l'existence d'un bureau constituant une IFA de la société Google Ireland Limited, au sens du (c) du 9° de l'article 2 de la convention franco-irlandaise* »⁹¹³. L'examen de la décision *Valueclick* par le CE en plénière⁹¹⁴ n'a au final pas fourni d'indications supplémentaires, le juge de cassation n'ayant pas l'obligation, suite à la censure de l'arrêt d'appel sur le fondement du refus de caractériser un A.D de la société irlandaise, de se prononcer sur la qualification d'IFA⁹¹⁵.

262. Pourtant, force est de constater au regard des faits particuliers de l'arrêt *Valueclick*, révélateurs d'un « cas-limite » dans la répartition des fonctions entre sociétés membres d'un groupe, que la société française aurait pu être considérée comme abritant une IFA de sa société sœur irlandaise. Il fallait pour cela, conformément aux décisions du CE Estienne d'Orves et Comala Défense du 21 mars 2017⁹¹⁶, s'écarter des considérations tenant à la nature de l'activité propre de la société hôte pour centrer le raisonnement uniquement sur les modalités d'exercice de l'activité de la société étrangère. Tel n'avait pas été la solution du rapporteur public en appel, considérant que l'IFA ne pouvait être identifiée puisque les moyens techniques, i.e. les serveurs informatiques dotés des plateformes numérique, nécessaires à la réalisation de l'activité de services de publicité digitale n'étaient pas situés en France⁹¹⁷. Pourtant, deux arguments principaux permettent de remettre en cause le bien-fondé de ce raisonnement.

D'une part, si les équipements techniques apparaissaient effectivement regroupés dans des centres de données à l'étranger, l'adoption d'un principe selon lequel une IFA ne pourrait être identifiée à l'unique condition que les moyens techniques soient localisés sur le territoire de l'État de

⁹¹¹ Au titre de la convention de PS, la société française s'engageait à rendre les services suivants à la société irlandaise : une assistance marketing, consistant à agir comme le représentant marketing de la société irlandaise, ce qui inclut (mais pas seulement) l'identification, la prospection et le signalement des clients potentiels à cette dernière, des services continus de management et services d'assistance back-office et une assistance administrative, incluant la comptabilité, la gestion des ressources humaines, les technologies de l'information et la trésorerie.

⁹¹² CAA Paris, 9e ch., 1er mars 2018, *Valueclick International Ltd*, n°17PA01538.

⁹¹³ CAA Paris, 25 avril 2019, *Google Ireland Limited*, n°17PA03067 : RJF 8-9/19 n°835.

⁹¹⁴ CE, plén. fisc., 11 déc. 2020, n° 420174, min. c/ *Conversant International Ltd*, concl. L. CYTERMANN, note F. DEBOISSY et G. WICKER : *JurisData* n° 2020-020358.

⁹¹⁵ Cf. CE, sect., 22 avr. 2005, n° 257877, *Commune de Barcarès* : *JurisData* n°2005-068351 ; Lebon, p. 170, concl. J.-H. STAHL ; RFDA 2005, p. 557, chron. C. LANDAIS et F. LENICA ; BJD 2005, p. 201, note J.-C. BONICHOT.

⁹¹⁶ CE 8e-3e ch., 31 mars 2017, n° 389577, *Sté Coma Défense et n°389573*, *Sté Estienne d'Orves*, préc.

⁹¹⁷ F. PLATILLERO, concl. ss. CAA, 9e ch., 1er mars 2018, *Sté Conversant International Ltd*, préc.

source n'apparaît pas adaptée à certaines spécificités des modèles d'affaires numériques. En effet, comme le note L. Cyttermann dans ses conclusions en cassation sur le point de l'ES en matière de TVA, « *si l'on retenait [ce principe], la reconnaissance d'un ES dans l'économie numérique deviendrait de plus en plus rare car le lieu des moyens techniques est de plus en plus souvent dissocié du lieu de l'activité économique destinée aux clients de l'entreprise* »⁹¹⁸. Pourtant, la réalité des faits démontrait qu'en dépit de la localisation sur le sol français des centres de données abritant les équipements techniques, la société Valueclick France disposait, compte tenu de la nature de l'activité, des moyens pour assurer la mise en œuvre des contrats qu'elle négociait avec les clients. La transposition du raisonnement finalement adopté par le CE dans l'identification d'un ES en matière de TVA⁹¹⁹ pour identifier une IFA assurerait, dans ce type de « cas-extrême », que la dissociation artificielle entre l'exercice de l'activité et la détention des moyens informatiques nécessaires ne permette plus d'échapper à toute imposition sur les bénéficiaires en France. En d'autres termes, « *l'intelligence de la solution apportée est d'avoir su ignorer – et donc dépasser – la problématique de localisation du serveur, inséparable pourtant de la prestation effective de marketing digital, pour se focaliser sur l'aspect purement fonctionnel des tâches qui auraient dû être effectuées par la société irlandaise* »⁹²⁰.

D'autre part, les faits de l'affaire Valueclick révélaient un « cas-extrême » dans lequel il apparaissait que la société française réalisait l'essentiel de l'activité propre de la société irlandaise. Cette constatation était corroborée par deux éléments principaux : la comparaison des effectifs entre les deux sociétés (entre 5 et 7 pour la société irlandaise alors que la société française en employait plus de 50) et la diversité des prestations de marketing digital fournies par la société française. Les stipulations contractuelles, conformes sur ce point à la réalité des relations entre les parties, devaient alors logiquement aboutir à l'assimilation de la société française comme IFA de sa sœur irlandaise. Dès lors, « *s'il est écrit dans la convention que la prestation de services consiste à faire en France tout le travail de la société étrangère, alors loin de permettre d'écarter la qualification d'IFA, la convention devient un indice en ce sens* »⁹²¹. L'erreur de droit commise par la CAA de Paris, en centrant son raisonnement uniquement sur l'activité de la société hôte, apparaissait encore plus nettement lorsqu'il était mis en perspective l'action de force de vente de la société française et les missions de négociation commerciale dont elle avait la charge. L'essentiel de l'activité commerciale

⁹¹⁸ L. CYTERMANN, Conclusions CE, Plén., Min. c/ Société Conversant International Ltd, n° 420174, *préc.*, p. 23.

⁹¹⁹ CE, Plén., Min. c/ Société Conversant International Ltd, n° 420174, *préc.*, considérant 15 : « Il ressort ainsi des pièces du dossier soumis aux juges du fond que les salariés de la société française doivent être regardés comme disposant de moyens techniques adaptés rendant possible, de manière autonome, la fourniture des prestations de la société irlandaise, quand bien même aucun centre de données utilisé pour l'exécution des fonctionnalités de mise en relation n'est localisé en France, pas davantage d'ailleurs qu'en Irlande ».

⁹²⁰ S. DORIN, « Arrêt de renvoi Conversant : une affaire à suivre... », *Dr. fisc.* n° 7-8, 17 Février 2022, comm. 120.

⁹²¹ *Ibid.*, p. 10.

de distribution des produits du groupe Valueclick, activité propre de la société irlandaise, était en effet réalisée par les salariés de la société française dans ses locaux.

Tel n'était pas le cas dans l'affaire Google où la répartition des rôles entre Google Ireland et la SARL Google France apparaissait bien plus équilibrée. Tant au niveau des effectifs des deux sociétés (la société irlandaise disposant indéniablement d'une substance) que des PS fournies par la société française, cantonnées au conseil et à l'assistance commerciale, il ne pouvait être considéré que Google Ireland exerçait dans les locaux de la société française son activité propre de commercialisation de services publicitaires. Cela d'autant plus que Google Ireland, au contraire de Valueclick International Ltd, dispose d'un rôle technique à forte valeur ajoutée dans la commercialisation des services publicitaires avec une centralisation dans ses locaux d'importants moyens humains et techniques. Le rejet de caractérisation d'une IFA ne saurait de plus surprendre en ce que la CAA avait considéré plus tôt que les employés de la filiale française ne disposaient pas du pouvoir d'agir au nom et pour le compte de la société irlandaise car cette dernière portait une appréciation sur l'opportunité d'engager une relation contractuelle avec les annonceurs, matérialisée par des refus rares mais existants de signer des contrats⁹²². Un certain recoupement peut dès lors être observé entre l'IFA et la notion d'A.D lorsque l'activité de l'entreprise étrangère consiste à conclure des contrats, en l'espèce de PS de marketing digital, le pouvoir d'engager la société étrangère constituant un indice permettant de considérer que cette dernière exercerait son activité par l'intermédiaire de la société française⁹²³.

b. L'encadrement de la requalification au regard des exigences de sécurité juridique

263. Deux situations distinctes devraient permettre la requalification d'une filiale en IFA de sa sœur ou de sa mère, nonobstant l'existence d'une convention de PS. La première est celle de l'arrêt Valueclick où la convention est rédigée en des termes si larges qu'il est possible de voir dans la filiale le prolongement de l'activité propre de la société étrangère. La deuxième tient en la possibilité pour l'administration de dissiper les apparences contractuelles trompeuses lorsque la filiale dépasse largement son rôle de prestataire de services pour réaliser en réalité la quasi-totalité de l'activité de la société étrangère. L'encadrement strict de la requalification en ce domaine est nécessaire pour préserver la liberté d'organisation des entreprises et éviter que le risque de reconnaissance d'une IFA ne pèse sur l'ensemble des sociétés étrangères dispensant leur activité via une filiale de service ou recourant à des sous-traitants français⁹²⁴. Si cette question reste encore

⁹²² CAA Paris, 25 avril 2019, Google Ireland Limited, *préc.*, considérant 11.

⁹²³ L. CYTERMANN, *préc.*, p.10-11.

⁹²⁴ G. DE LA TAILLE, *préc.*

ouverte, faute de réponse donnée par le CE, il est à prévoir une augmentation de l'implantation juridique des entreprises étrangère sur le territoire français sous la forme de succursales ou de filiales pour favoriser une certaine prévisibilité fiscale⁹²⁵. La question de l'attribution des profits à ces présences taxables, au travers des règles de PDT, ne cessera alors de gagner en importance⁹²⁶. Pour conclure, hormis les « cas-limites » susmentionnés, le caractère essentiellement factuel du contentieux de l'IFA, les conséquences néfastes pour un contribuable étranger liées à la découverte par l'administration d'un ES⁹²⁷ ainsi que les difficultés liées à l'attribution du profit à cette installation conformément au principe de pleine concurrence invitent à basculer sur la notion d'A.D pour déterminer si cette dernière est apte, dans des situations où la répartition des rôles entre entités est plus équilibrée, à appréhender la réalité des activités réalisées en France par ces entreprises.

II. La notion d'agent dépendant

264. Le réalisme économique de la notion d'ES apparaît avec vigueur en sa branche A.D. En ce qu'elle ne requiert pas, contrairement à l'IFA, le dépassement d'un seuil de présence physique prédéterminé, cette notion permet avec une plus grande plasticité d'appréhender les profits réalisés par les entreprises du numérique sur le territoire de l'État de consommation. Les récentes interprétations constructives menées par le CE en matière d'IS en sont le reflet et traduisent, au même titre que les modifications des règles de territorialité dans le domaine de la TVA⁹²⁸, un basculement vers une approche de l'ES par la demande⁹²⁹. Ce basculement s'avère d'autant plus

⁹²⁵ Au même titre, l'augmentation des demandes de rescrits fiscaux ES (L.80 B-6° et R 80 B-9° LPF) se poursuit depuis l'introduction du plan BEPS et ce même si le nombre de dossiers-rescrits traités par la DGFip ne suit pas toujours la même tendance. Cf à ce titre, DGFip, Rapport sur l'activité en matière de rescrit, 2019, p.14 et s.

⁹²⁶ Pour une étude approfondie de l'attribution de profits à un ES au travers des règles françaises, cf. *infra*. § 333 et s.

⁹²⁷ Sur le fondement du 2° de l'article L. 66 LPF et du 3° de l'article L. 68 LPF, l'identification d'un ES permettra à l'administration d'appliquer, d'une part, la procédure de taxation d'office si le contribuable n'a pas régularisé sa situation dans les 30 jours suivant une première mise en demeure et, d'autre part, le délai spécial de reprise de 10 ans. Le contribuable aura alors la charge de démontrer le caractère exagéré des redressements qui lui auront été adressés (L.193 LPF). Pour faire échec à ce délai et à la pénalité de 80 % en cas d'activité occulte (article 1727-1 c du CGI) entraînant automatiquement la dénonciation du dossier au procureur de la République depuis la loi du 23 octobre 2018 relative à la lutte contre la fraude, le contribuable devra démontrer « *qu'il a commis une erreur justifiant qu'il ne se soit acquitté d'aucune de ses obligations déclaratives* ». La justification de l'erreur commise s'appréciera en prenant en considération le niveau d'imposition dans l'État étranger ainsi que les modalités d'échange d'informations entre celui-ci et la France (CE, plén. 7 décembre 2015, n° 368227, *Frutas y Hortalizas Murcia SL* : RJF 2/16 n° 160). Très récemment, la CAA de renvoi, dans l'affaire *Valueclick* (CAA Paris, 2e ch., 8 déc. 2021, n° 20PA03971), a apporté un éclairage fondamental dans l'appréciation de l'erreur commise par les groupes d'entreprises numériques dans ce domaine. Dès lors, « compte tenu des incertitudes majeures existant au cours desdites années sur les modalités d'imposition des groupes internationaux exerçant leur activité dans ce secteur, l'absence de souscription de déclaration par l'intéressée doit être regardée comme ayant constitué une erreur justifiant qu'elle ne se soit pas acquittée de ses obligations ». Cette position permet dès lors, aux groupes dans une situation semblable, d'éviter, pour les années antérieures à la décision, les conséquences fiscales – voire pénales – de la qualification d'activité occulte.

⁹²⁸ Cf. Directive 2008/8/CE, 12 février 2008 modifiant la directive 2006/112/CE en ce qui concerne le lieu de PS.

⁹²⁹ G. DE LA TAILLE, *préc.*

marqué à l'égard du deuxième critère de l'A.D -*le pouvoir de conclure des contrats au nom de l'entreprise étrangère* – où la faveur récente pour une approche économique permet le rattachement en France des bénéficiaires issus d'actions d'intermédiaires, qu'ils soient ou non juridiquement des agents (B) si bien que le premier critère de l'agent – *sa dépendance avec l'entreprise étrangère* – risque de devenir le critère principal de caractérisation d'un ES⁹³⁰ (A). Encore faut-il cependant que l'agent dispose de la capacité d'engager l'entreprise étrangère dans une relation commerciale ayant trait aux opérations constituant les activités propres de cette dernière (C).

A. La dépendance de l'agent

265. La démonstration d'un lien de dépendance juridique ou économique entre l'intermédiaire et l'entreprise étrangère est un marqueur de l'interdépendance forte existante entre l'ES et les PDT, ce lien constituant une condition requise à l'application de l'article 57 CGI⁹³¹. Il n'est alors pas rare que l'administration, ayant opté originellement pour une rectification des résultats d'une filiale sur le fondement de l'article 57, bascule sur le terrain de la caractérisation d'un ES⁹³².

Similairement aux commentaires du modèle OCDE, la jurisprudence considère qu'une personne juridiquement ou économiquement dépendante d'une entreprise étrangère peut qualifier un A.D⁹³³. L'appréciation portée par le CE diverge néanmoins de la ligne des commentaires OCDE concernant le périmètre de la dépendance économique. En effet, deux situations amènent dans cette hypothèse le CE à conclure à la dépendance de l'agent. La première, lorsqu'il exerce exclusivement son activité pour le compte de l'entreprise étrangère. La deuxième, lorsqu'il ne supporte aucun risque financier dans l'exercice de son activité, particulièrement en cas de versements récurrents de subventions d'équilibre par l'entreprise étrangère. Les commentaires OCDE sont quant à eux plus mesurés en donnant à l'analyse de l'ensemble des faits et circonstances une importance première « *pour déterminer si les activités de l'agent constituent une activité d'entreprise autonome qu'il conduit et dans le cadre de laquelle il assume les risques et perçoit une rémunération [...]* »

⁹³⁰ G. BLANLUET, « Le commissionnaire, un établissement stable du commettant ? Réflexions autour de l'affaire Zimmer », *Dr.fisc.* n° 3, 21 janvier 2010, 79 : l'auteur redoute que l'approche économique de la notion du « pouvoir d'engager », en privilégiant la relation commerciale sur le lien juridique, n'aggrave trop fortement la sécurité et la prévisibilité fiscale des acteurs économiques. Des entreprises distributeurs exclusifs ou des concessionnaires ou franchisés, n'ayant pas la qualité juridique d'agent, mais dont la dépendance économique au réseau est très forte, pourraient alors se voir assimiler à des ES d'entreprises étrangères.

⁹³¹ Cf. à ce titre, S. GÉLIN, A. LE BOULANGER, « Établissement stable et prix de transfert : Deux faces d'un même miroir ? », *BF* 10/04, Francis Lefèbre ; Pour une étude approfondie du mécanisme institué à l'article 57 CGI, cf. *infra*. § 344 et s.

⁹³² Cf. CE, Sect., 20 juin 2003, n°224407, Min. c/ Sté Interhome AG, *préc.* ; Le Conseil d'État note d'ailleurs que « *cette situation pourrait, le cas échéant, justifier un redressement des bénéfices de la filiale française en vertu de l'article 57 du Code général des impôts* ».

⁹³³ Pour une application récente du critère de dépendance juridique à l'égard d'un agent spécial en Nouvelle-Calédonie d'une société d'assurance française, CE, 10 e et 9e ch., 21 janv. 2021, n° 429996, SMABTP, concl. A. Lallet.

d'entrepreneur »⁹³⁴.

L'arrêt du CE Interhome de 2003 en est une illustration. En l'espèce, une société de droit suisse (Interhome AG) exerçait une activité consistant à intervenir pour le compte de propriétaires de résidences de vacances, notamment en France, afin d'en assurer la location. Deux filiales françaises avaient à cet effet été créées par cette société : l'une disposant du statut d'agent de voyages et l'autre du statut d'agent immobilier. Dans un premier temps, le CE note que le statut d'agent immobilier implique, au regard des dispositions de l'article 5, Paragraphe 6 de la convention fiscale franco-suisse, l'indépendance juridique de la filiale française par rapport à sa mère suisse. Dans un second temps, le CE considère néanmoins que la filiale française est dépendante économiquement de sa mère sur la base de deux éléments : l'exercice exclusif de son activité pour l'exécution des mandats obtenus par sa société mère et le versement récurrent par cette dernière d'une subvention d'équilibre, en sus de la rémunération habituelle. Comme le notent P. DIBOUT et J-P LE GALL, « *cette dernière circonstance crée à n'en pas douter une présomption très forte de dépendance* » de sorte qu'elle pourrait à elle seule justifier la dépendance économique de la filiale française⁹³⁵. Toutefois, l'on ne saurait aller jusqu'à considérer, en l'espèce, que le critère de l'exclusivité était superfétatoire. C'est bien la combinaison des deux éléments sus-mentionnés qui a amené le CE à considérer que la filiale française était sous la dépendance économique de la société Interhome AG. Ainsi, en n'envisageant aucunement les circonstances qui auraient pu démontrer l'autonomie de la filiale française (ex. risques supportés dans l'exercice de l'activité), l'analyse du CE apparaît laconique. Pourtant, les indications de son autonomie transparaissaient nettement au travers de la diversité des activités qu'elle réalisait : suivi de la bonne exécution des prestations rendues aux locataires réalisées dans une trentaine de bureaux situés en France, exécution des formalités administratives et juridiques (conclusions et signatures des contrats de locations) et enfin réalisation de prestations matérielles telles que l'entretien et le nettoyage des propriétés. La démonstration de la dépendance de l'agent personne physique ou morale est ainsi une question complexe de droit et de fait. Les difficultés s'intensifient encore davantage dans le versant économique où il est nécessaire de déterminer un seuil en deçà duquel l'agent est considéré comme exerçant son activité de façon exclusive ou prépondérante au bénéfice de l'entreprise étrangère. Les commentaires du modèle OCDE apportent un élément de réponse convaincant atténuant l'incertitude liée à cette question. Le critère de l'exclusivité devrait être considéré comme rempli dès lors que les ventes conclues par l'agent pour des entreprises auxquelles il n'est pas étroitement liés représentent moins de 10 % de l'ensemble des ventes qu'il conclut comme agent agissant pour

⁹³⁴ Commentaires OCDE C(5) n°109.

⁹³⁵ P. DIBOUT, J.P LE GALL, « Un hybride atypique : la filiale française établissement stable de sa société mère étrangère (Première partie) », *Dr. fisc.* n° 47, 18 novembre 2004, 44, § 28.

d'autres entreprises⁹³⁶.

B. La qualité d'agent

266. Les plus vives critiques concernant l'obsolescence de l'ES sont dirigées à l'encontre de la qualité d'agent, et plus précisément du « pouvoir de conclure » des contrats au nom de l'entreprise étrangère. Ce critère était en effet considéré, en raison de sa conception juridique, comme permettant la transformation par un groupe d'un distributeur de plein exercice en un commissionnaire et ainsi de transférer indirectement dans des États à fiscalité allégée la différence de marge correspondante entre ces deux intermédiaires⁹³⁷. L'administration fiscale avait alors cru pouvoir neutraliser ces pratiques en recourant à la procédure de l'abus de droit ou en démontrant sur le fondement de l'article 57 CGI que le commissionnaire continuait à exercer les mêmes fonctions que le distributeur⁹³⁸. Ces tentatives n'ont cependant pas abouti. Elle s'est alors focalisée sur le terrain de l'agent en considérant que l'entreprise étrangère commettant disposait au travers de l'action du commissionnaire d'un ES. Ainsi, un agent disposant du pouvoir de conclure des contrats en son nom mais pour le compte d'une entreprise étrangère constitue-t-il un ES de ce dernier ? **(1)** Si la réponse à cette question apparaît désormais établie, tel n'était pas encore le cas récemment de l'agent qui, dépourvu du pouvoir formel de conclure des contrats, jouait dans les faits un rôle essentiel menant à la conclusion des contrats entre l'entreprise étrangère et ses clients. Par un arrêt *Conversant* du 11 décembre 2020⁹³⁹, le CE a finalement tranché cette question en adoptant une vision réaliste du processus de formation contractuelle **(2)**.

1. L'intermédiaire disposant du pouvoir de conclure des contrats

267. L'état actuel de la jurisprudence ne saurait amener à considérer que la qualification d'un ES en cette matière est gouvernée uniquement sous le prisme du formalisme **(a)**. L'administration fiscale n'apparaît en effet pas tenue en toutes circonstances de se fonder sur les apparences juridiques présentées par un contribuable pour établir l'imposition **(b)**.

⁹³⁶ Commentaires OCDE, C (5) n° 112.

⁹³⁷ A. DE MONTGOLFIER, Rapport sur le projet de loi autorisant la ratification de la convention multilatérale pour la mise en oeuvre des mesures relatives aux conventions fiscales pour prévenir l'érosion de la base d'imposition et le transfert de bénéfices, Commission des finances, 11 avril 2018, n° 410,

⁹³⁸ Pour une description détaillée du contexte des affaires *Interhome* et *Zimmer*, R. JAUNE, Le droit et la régulation des prix de transfert, Thèse, Université Paris I, 2018, p. 117 et s.

⁹³⁹ CE, plén. fisc., 11 déc. 2020, Min. c/ Société *Conversant International Ltd*, n° 420174, *préc.*

a) Un formalisme jurisprudentiel à nuancer

268. En substance, la circonstance qu'en droit, les contrats conclus par un commissionnaire n'engagent pas directement le commettant vis-à-vis des cocontractants, implique que le commissionnaire ne puisse être regardé comme un ES du commettant sauf à ce que la réalité de la relation ne soit pas celle d'un contrat de commissionnaire. Telle est la solution rendue par le CE en sous-section réunies dans l'arrêt Zimmer de 2010 dont l'application ne se limite pas aux seuls contrats de commissionnaire régis par l'article L.132-1 du Code de commerce mais s'étend potentiellement à toute relation entre une entreprise étrangère et un intermédiaire⁹⁴⁰. Antérieurement à cette décision, le CE avait dans l'arrêt Interhome de 2003 fait usage d'une formule pour le moins étonnante en considérant qu'une filiale pouvait être qualifiée d'A.D si elle « *exerce habituellement en France, en droit ou en fait, des pouvoirs lui permettant d'engager cette société dans une relation commerciale* »⁹⁴¹. Si l'expression « d'exercice en droit ou en fait » paraît incorrecte en ce qu'un engagement ne peut être qu'en droit et non en fait, elle recouvre néanmoins pour l'administration fiscale la même faculté que celle présente dans l'arrêt Zimmer de requalification des stipulations contractuelles d'un contrat lorsqu'elles apparaissent en décalage avec la réalité de la situation contractuelle. Ce rapprochement dans la portée concrète de ces jurisprudences se vérifie à la lecture des conclusions de J. BURGUBURU dans l'arrêt Zimmer, largement critique à l'égard de la terminologie employée dans l'arrêt Interhome, et qui n'avait pour autant pas entendu fermer en toutes circonstances la possibilité à l'administration de caractériser un ES dans une relation entre un commettant et un commissionnaire⁹⁴². Considérer ainsi que l'arrêt Zimmer subordonne la qualification de l'ES-agent dépendant à la capacité juridique de ce dernier d'apposer une signature sur les contrats qu'il conclut pour le compte de l'entreprise étrangère reviendrait à opérer une lecture *a contrario* ou à tout le moins trop restrictive du dispositif⁹⁴³. La décision Zimmer n'est alors pas la consécration d'une conception purement formelle du « pouvoir de conclure ». Bien au contraire, elle est une expression de la primauté de la substance sur la forme ou du fond sur la lettre du contrat lorsque la réalité de la relation entre les parties n'est manifestement pas celle d'un contrat de commissionnaire⁹⁴⁴. Pour autant, cette solution ne s'appliquera plus à l'égard des conventions fiscales modifiées par l'article 12, 1 de l'IM. Les activités exercées par un commissionnaire au nom

⁹⁴⁰ CE, 10e et 9e ss-sect., 31 mars 2010, n° 304715 et 308525, Sté Zimmer Ltd, *préc.*

⁹⁴¹ CE, Sect., 20 juin 2003, n°224407, Min. c/ Sté Interhome AG, *préc.*

⁹⁴² J. BURGUBURU, Conclusions CE, 10ème-9ème ss, n°304715 et 308525, Sté Zimmer Ltd, *préc.*, p.7 à 10.

⁹⁴³ Pour un avis contraire, R. JAUNE, *Le droit et la régulation des prix de transfert*, *préc.*, p. 124 et s.

⁹⁴⁴ Bien évidemment, lorsque la relation des parties s'insère dans une catégorie du droit civil et que cette dernière correspond effectivement à la réalité de leur relation, l'exigence de sécurité juridique invite à ce que la qualification fiscale soit similaire à celle de droit civil.

de son commettant sont en effet désormais couvertes par la nouvelle définition de l'A.D et ce malgré l'absence de droits et d'obligations juridiques créés entre le commettant et les tierces parties. L'autonomie du droit fiscal est alors le reflet du contexte actuel, marqué par une crise des finances publiques sans précédent et une intensification de l'ingénierie contractuelle, dans lequel les institutions de tout ordre n'hésitent plus à s'écarter des catégories et règles du droit civil pour poursuivre efficacement l'objectif de taxation juste et équitable des contribuables.

b) Le champ d'application du pouvoir de requalification de l'administration fiscale

269. À la lecture des jurisprudences Interhome et Zimmer, l'administration fiscale est en mesure de requalifier dans deux situations distinctes la situation contractuelle apparente présentée par les parties en fonction des pouvoirs « réels »⁹⁴⁵ de l'agent.

La première, découlant directement de l'arrêt Zimmer, concerne la situation où il apparaît, au regard de l'analyse des faits, que le commissionnaire dispose en réalité du pouvoir juridique d'engager l'entreprise étrangère pour laquelle il agit. La relation n'est alors plus celle d'un contrat de commissionnaire tel que définit à l'article L. 132-1 du Code de commerce. Cette possibilité, pouvant être jugée comme restrictive en ce qu'elle se cantonne à une approche juridique, ne saurait néanmoins recevoir critique lorsque sont mis en perspective les effets réels et personnels en droit civil du contrat de commissionnaire. Comme le note G. BLANLUET à l'égard de ce contrat de représentation dit « imparfaite » : « *Le pouvoir de contracter conféré au commissionnaire ne l'autorise pas à agir juridiquement au nom du commettant [...] En cela, il se distingue nettement du mandataire, qui agit ouvertement au nom du mandant, en vertu d'un vrai contrat de représentation, représentation que l'on qualifie alors de « parfaite* »⁹⁴⁶. L'analyse des effets juridiques attachés au contrat de commission démontre alors que le commettant n'est jamais directement lié au client final par l'action de son commissionnaire. Pour preuve, le client ne dispose d'aucune action directe contre le commettant en ce que ce dernier est étranger au contrat qu'il a conclu avec le commissionnaire⁹⁴⁷. Considérer au plan fiscal qu'un commissionnaire serait susceptible de caractériser un ES de son commettant reviendrait ainsi à méconnaître le régime juridique de ce contrat, aucun rapport

⁹⁴⁵ F. DEBOISSY, G. WICKER, « Ne pas confondre signature et consentement pour une qualification d'établissement stable conforme à la réalité – À propos de TA Paris, 12 juill. 2017, Sté Google Ireland Ltd », *Dr. fisc.* n° 10, 8 mars 2018, 209 : les auteurs préfèrent à l'emploi des termes « in concreto » la distinction entre les pouvoirs « apparents » et les pouvoirs « réels » de l'agent, l'imposition devant être établie en fonction de ces derniers.

⁹⁴⁶ G. BLANLUET, « Le commissionnaire, un établissement stable du commettant ? - Réflexions autour de l'affaire Zimmer », *Dr. fisc.* n° 3, 21 janvier 2010, 79, § 2.

⁹⁴⁷ Cf. notamment Com. 13 mai 1958 Bull Civ III n° 153 ; 15 juillet 1963 Bull civ III n° 378 ; Pour un écrit considérant que le mécanisme de la représentation imparfaite devrait induire au contraire l'existence d'une action directe contre le tiers, B. STARCK, *Les rapports du commettant et du commissionnaire avec les tiers*, in *Le contrat de commission*, Dalloz 1949, p. 148.

d'obligations ne naissant à l'évidence entre le commettant et le client avec lequel le commissionnaire a contracté⁹⁴⁸. Cela au contraire des contrats de *common law* où « *le fait que l'agent agisse en son nom propre n'est pas un obstacle à la création d'un lien juridique direct entre le client et le « principal », c'est-à-dire la personne que l'agent représente. Ainsi, l'agent engage juridiquement le principal, même s'il agit en son nom propre* »⁹⁴⁹. En d'autres termes, la personne représentée est tenue juridiquement à l'égard du tiers et ce alors même que le contrat n'est pas conclu en son nom⁹⁵⁰. Par conséquent, dès lors que l'entreprise étrangère est engagée régulièrement dans des relations juridiques au travers de l'action d'un intermédiaire dans des activités lui étant propres, elle dispose dans l'État de situation des clients d'une présence taxable sous la forme d'un ES-agent dépendant. En définitive, le critère décisif est celui de déterminer si l'agent dispose du pouvoir d'engager l'entreprise, c'est-à-dire de l'obliger envers le client final⁹⁵¹. Tel est le cas pour les contrats de commissionnaire de droit anglo-saxon au contraire des contrats de commissionnaire de droit français, la qualification d'ES telle qu'énoncée classiquement au Paragraphe 5 article 5 devant pour ces derniers être exclue. Ainsi, antérieurement aux modifications apportées par l'I.M, la forme du contrat de commissionnaire, lorsqu'elle coïncide avec la réalité de la pratique contractuelle des parties, doit déterminer la qualification fiscale des opérations économiques.

La deuxième, présente en germe dans les arrêts *Interhome* et *Zimmer*, concerne la situation, à l'origine des contentieux *Google* et *Valueclick*, où l'intermédiaire est cette fois-ci dépourvu formellement du pouvoir d'engager l'entreprise étrangère dans une relation contractuelle tout en disposant du pouvoir de négocier, préparer et exécuter des contrats pour le compte de cette dernière. Cette possibilité a néanmoins semblé un temps fermé par l'arrêt du CE *Iota* de 2010 où un bureau français d'une société suisse, en dépit des pouvoirs susmentionnés, ne pouvait qualifier un A.D de cette dernière, dès lors qu'il ne disposait pas du pouvoir de signer lesdits contrats et ce même si la société suisse n'en avait jamais modifié le contenu⁹⁵². Reste que la portée de cet arrêt, rendue en sous-section jugeant seule, doit être relativisée par la solution de l'arrêt *Conversant* où la diversité des tâches de nature contractuelle réalisées par un agent permet de révéler, dans certaines circonstances précises, un pouvoir d'obliger l'entreprise étrangère pour laquelle elle agit.

⁹⁴⁸ Pour un avis contraire considérant que le commettant est lié au commissionnaire en ce qu'il est assujéti à une obligation de le livrer, J-P LE GALL, RTD com., 2007, p.854 ; De même, il pourrait être considéré que des liens ou relations s'établissent entre commettant et clients puisque les effets réels se produisent directement entre ces personnes. Ainsi, « dans le cas d'une commission à la vente, le transfert de propriété s'effectue directement d'un patrimoine à l'autre, sans passer par celui du commissionnaire » (J. BURGUBURU, *préc.*, p.6).

⁹⁴⁹ G. BLANLUET, *préc.*, § 3.

⁹⁵⁰ Pour de plus amples développements sur ce point, J. SASSEVILLE, A. A. SKAAR, « Is There a Permanent Establishment ? », *Cahiers de droit fiscal international*, Vol. 94 A, 2009, p. 51 et s.

⁹⁵¹ G. BLANLUET, *préc.*

⁹⁵² CE, 9e ss-sect., 6 oct. 2010, n° 307680, Sté Iota : RJF 2/2011, n° 143.

2. L'agent dépourvu formellement du pouvoir de conclure des contrats

270. La question au cœur des litiges *Google* et *Valueclick* est différente de celle posée dans *Zimmer*. Elle est ici avant tout centrée sur l'analyse des modalités d'exécution des contrats liant les entreprises étrangères irlandaises avec leurs clients annonceurs français⁹⁵³. En effet, « *le juge n'avait pas à se demander si un contrat avait été conclu entre la société étrangère et les clients. Un tel contrat existait bien [...] La question posée ne portait donc pas sur l'existence de l'engagement lui-même, comme dans l'affaire Zimmer, mais sur la personne qui a le pouvoir d'engager* »⁹⁵⁴. Si une certaine similarité apparaît alors dans la segmentation contractuelle de l'activité de marketing digital de ces deux entreprises du numérique, l'analyse des faits démontre *in fine* que la répartition des pouvoirs contractuels a été effectuée par le groupe Google - dans un but d'éviter la qualification d'un ES sur le territoire français - avec une plus grande dextérité **(a)**. Tel n'est pas le cas dans *Valueclick*, révélateur d'un cas-extrême, où les actions de la filiale concourraient directement à la formation des contrats avec les clients de l'entreprise étrangère sans que cette dernière ne porte au moment de leur signature une appréciation sur l'opportunité de l'engagement **(b)**. Dans un dernier temps, nous analyserons les termes de « choix de conclure » utilisés par le CE dans la décision *Valueclick* afin de déterminer s'ils revêtent les mêmes hypothèses que l'article 12 de l'Instrument multilatéral **(c)**.

a. L'arrêt Google : le refus de caractériser un agent dépendant de la société étrangère

271. Les faits essentiels sont les suivants : la société Google Ireland Ltd (GIL), filiale de la société américaine Google Inc, propose un service payant de référencement sur Internet (Adwords) permettant à un annonceur, par référencement préalable de mots-clés, de commander l'apparition sur l'écran d'internautes qui auraient saisis ces mots clés, d'un lien promotionnel accompagné d'un message publicitaire. La conclusion de ce contrat de services intervient selon deux modalités. Soit les annonceurs gèrent en ligne et de manière autonome leurs commandes de publicité, le contrat étant conclu directement et sans intermédiaire avec la société irlandaise, soit ils choisissent un service d'assistance pour déterminer le contenu de leur contrat et le formaliser. Ils peuvent à cette fin s'adresser à la SARL Google France, elle aussi filiale de la société américaine Google Inc. C'est à l'égard de cette deuxième modalité, dite Direct Sales Organization (DSO), que l'administration fiscale a considéré, au regard de l'article 9,2,c de la convention franco-irlandaise, conforme à

⁹⁵³ T. JOUNO, « Jurisprudence des cours administratives d'appel, à propos de CAA Paris, 9e ch., 25 avr. 2019, n° 17PA03067, min. c/ Google Ireland Ltd » : *Dr. fisc.* 2019, n° 36, comm. 350, spéc. n°5.

⁹⁵⁴ G. BLANLUET, « Décision Conversant : une vraie surprise, un faux revirement », *Fiscalité internationale* 1-2021, Éditorial, p.3.

l'article 5, 5 du modèle OCDE, que la SARL Google France constituait un A.D de la société irlandaise. Les termes du contrat de prestation de services (PS) liant les deux sociétés apparaissaient pourtant clairs : la société française s'engageait uniquement à rendre des PS et de conseils aux clients de la société irlandaise et elle ne disposait pas du pouvoir d'engager la société irlandaise dans une relation commerciale. Ainsi, la situation contractuelle apparente invitait à considérer que la portée de l'intervention de la société française était limitée à celle d'un prestataire de services ne participant aucunement de façon décisive à la conclusion des contrats entre la société irlandaise et les annonceurs français⁹⁵⁵. L'administration, pour dissiper ces apparences contractuelles, devait alors démontrer que dans les faits, les salariés de la SARL Google étaient investis du pouvoir de conclure des contrats au nom de la société requérante. Au soutien de ses prétentions, elle relevait que l'ensemble des tâches de nature contractuelle réalisées par les salariés de la société française – recherche active des cocontractants de la société irlandaise, détermination de l'ensemble du contenu du contrat ouvert à la négociation, rédaction de contrats commerciaux - associée à l'apposition formelle et routinière par la société irlandaise d'une signature sur les contrats retournés par la société française démontrait que le consentement au contrat avait été effectivement donné par cette dernière. En d'autres termes, qu'elle disposait d'un pouvoir de décider sans signer⁹⁵⁶. Ces éléments n'ont néanmoins convaincu ni le TA le 12 juillet 2017 ni la CAA de Paris le 25 avril 2019 qui ont considéré, conformément aux conclusions de leurs rapporteurs publics, que les éléments apportés par l'administration étaient insuffisants pour établir que les salariés de la SARL Google étaient investis du pouvoir d'agir pour le compte et au nom de la société GIL. Largement critiqués par la doctrine en raison d'un raisonnement prétendument exclusivement formaliste⁹⁵⁷, il ne nous semble pour autant pas que le juge ait entendu fermer la voie de la requalification lorsqu'une filiale, dépourvue d'une délégation de contracter, amène dans les faits à obliger l'entreprise pour laquelle elle agit. Plus précisément, l'administration semble en mesure, conformément aux Paragraphe 32.1 et 33 des commentaires de l'article 5 introduits en 2003⁹⁵⁸, de relever l'existence d'un A.D lorsqu'un

⁹⁵⁵ F. DEBOISSY, G. WICKER, *préc.*, § 5 et 6.

⁹⁵⁶ B. GOUTHIERE, « Un agent dépendant qui décide de transactions caractérise un établissement stable même s'il ne les conclut pas formellement », *Dr. fisc.* n°1-2, 8 janvier 2021, act. 1, *spéc.* n°1.

⁹⁵⁷ Cf. notamment F. DEBOISSY, G. WICKER, *préc.* concernant le jugement du TA de Paris et la CAA de Paris et A. LAUMONIER, La coopération fiscale entre États dans la lutte contre la fraude et l'évasion fiscales internationales, *préc.* n°293, Paragraphe 992, p. 499 qui note : « La lecture de cet édifiant jugement démontre bien à quel point il est aisé d'éviter la qualification d'établissement stable qui, en dernière analyse, se résume donc à la question suivante : a-t-il existé des contribuables dont les facultés intellectuelles étaient à ce point affaiblies qu'ils auraient été assez imprudents pour consentir à leur filiale une délégation du pouvoir de signer des contrats ? ».

⁹⁵⁸ Un débat persiste dans la portée à attribuer à ces commentaires. Alors que J. BURGUBURU et G. BLANLUET considèrent que leur portée doit se limiter aux seuls contrats de commissionnaires de *common law* puisqu'introduits pour répondre à la préoccupation des États anglo-saxons relative à la capacité du commissionnaire d'engager son commettant alors même qu'il agit en son nom propre, S. AUSTRY dans ses conclusions sous l'arrêt Interhome leur attribuent une portée bien plus large en les insérant dans la possibilité pour l'administration de ne pas s'en tenir à la seule apparence juridique de signer des contrats pour établir l'imposition.

groupe d'entreprises a segmenté contractuellement son activité de manière à éviter la caractérisation d'un ES en autorisant l'agent à négocier l'ensemble des éléments des contrats tout en lui déniait la capacité de les signer. La possibilité pour l'administration de neutraliser cette pratique dite « rubber stamp » ou « coup de tampon » en requalifiant le contrat ne saurait surprendre en ce que *« l'intervention de l'entreprise étrangère, purement routinière, est en réalité formelle, la mère acceptant d'avance la décision de l'agent à qui le pouvoir de contracter est en substance délégué. Ce n'est là que l'application des théories appliquées par les divers systèmes fiscaux : form versus substance, simulation, requalification, etc »*⁹⁵⁹. À cet égard, encore faut-il démontrer que l'échange des consentements se situe en France sans que l'entreprise étrangère au moment de l'apposition de la signature n'exerce un contrôle d'opportunité sur l'engagement contractuel⁹⁶⁰. Cette démonstration, selon les professeurs DEBOISSY et WICKER semble ici acquise au regard de la théorie civiliste française du consensualisme, selon laquelle, sauf exceptions légales ou prévisions des parties, un contrat est réputé formé dès l'échange des consentements⁹⁶¹. Cette théorie - applicable pour éclairer la notion de « pouvoir de conclure » en l'absence de définition conventionnelle et ce peu importe que les contrats conclus avec les annonceurs aient été régis par la loi irlandaise⁹⁶² - est intéressante en ce qu'elle ne marque aucune rupture avec la jurisprudence Zimmer en focalisant l'analyse sur l'engagement juridique, c'est-à-dire le consentement. Selon ces mêmes auteurs, la distorsion apparaît en l'espèce manifeste entre le consentement donné par la société française au nom de la société irlandaise, auquel correspond la situation réelle, et la signature apportée par la société irlandaise, réputée nécessaire à la formation et à l'exécution des contrats, auquel correspond la situation apparente créée par les parties⁹⁶³. Le TA de Paris suivi de la CAA auraient ainsi opéré une confusion entre le consentement donné à la conclusion des contrats et leur signature.

Une telle analyse ne nous convainc pas. Les solutions rendues par les juridictions du fond se basent uniquement sur les éléments avancés par l'administration, éléments insuffisants en l'espèce

⁹⁵⁹ P. DIBOUT, J.P LE GALL, *préc.*, § 31.

⁹⁶⁰ F. DEBOISSY, G. WICKER, Ne pas confondre signature et consentement pour une qualification d'établissement stable conforme à la réalité, *préc.* n° 715.

⁹⁶¹ Article 1109 du Code Civil : « Le contrat est consensuel lorsqu'il se forme par le seul échange des consentements quel qu'en soit le mode d'expression ».

⁹⁶² Il a pu être considéré que l'interprétation de la notion conventionnelle de « pouvoir de conclure » dans les affaires Google et Valueclick ne pouvait s'effectuer par les catégories du droit civil français en ce que les contrats en question étaient soumis à la loi irlandaise (Cf. notamment L. CYTTERMANN, concl. sous Valueclick *préc.*, p.8 et T. JOUNOT, *préc.* N°724, § 5). Néanmoins, ces analyses sont contraires au principe de droit international selon lequel les règles de conflits de lois ne s'appliquent pas aux lois de droit public, la loi étrangère ne s'imposant en matière fiscale ni au juge ni à l'administration (Cf. à ce titre CE, 9e et 10e ch., 13 avr. 2018, n° 392871, Sté LVMH : Dr. fisc. 2018, n° 50, comm. 500, concl. E. BOKDAM-TOGNETTI ; RJF 2018, n° 727). Ainsi, « lorsque le juge français doit interpréter la règle fiscale applicable au contrat, et non le contrat lui-même, il doit interpréter cette règle par référence à ses concepts nationaux » (F. DEBOISSY, G. WICKER, « La qualification d'établissement stable déduite de la réalité du pouvoir d'engager la société étrangère : un coup d'arrêt aux montages contractuels purement formels », *Dr. fisc.* n° 4, comm. 117, § 8).

⁹⁶³ F. DEBOISSY, G. WICKER, *préc.*, n° 715.

pour démontrer que le pouvoir de contracter était effectivement exercé par les salariés de la SARL Google France. En cela, les jugements ne sont pas purement formalistes. En effet, comme le note la CAA, « *il est constant qu'elle [la société irlandaise] revoit systématiquement les contrats avant signature, qu'elle a refusé d'en signer certains et qu'elle justifie par les pièces produites lors du contrôle et au cours de la procédure contentieuse que la mise en ligne des campagnes publicitaires n'intervient qu'après signature par elle des contrats* ». Dès lors, la CAA apporte, en mettant au centre de son raisonnement le contrôle de l'opportunité de l'engagement effectué par la société GIL, une réponse aux critiques relatives à la potentielle confusion opérée par le TA de Paris entre la formation du contrat et sa signature. Le TA avait en effet considéré que la validation effectuée par GIL, matérialisée par un contreseing électronique « *dût-elle ne constituer qu'un contrôle purement formel [...] conditionne en droit l'effectivité du contrat souscrit par l'annonceur* »⁹⁶⁴. La CAA considère quant à elle que les faits révèlent l'absence de caractère formel de la validation réalisée par la société GIL. Son refus de signer certains contrats préparés par les préposés de l'entité française l'atteste : elle ne se limite pas à vérifier « *la conformité des énonciations de l'acte instrumentaire à sa volonté* »⁹⁶⁵ mais apprécie au moment de chaque apposition de signature son intérêt à s'engager contractuellement avec les annonceurs démarchés par la SARL Google France. Cela d'autant plus qu'il n'a jamais été démontré que les annonceurs avaient commencé à utiliser le service Adwords avant la signature du contrat par la société GIL⁹⁶⁶. Si cette circonstance n'est pas à elle-seule suffisante pour exclure l'existence d'un « pouvoir de conclure », l'exécution du contrat préalablement à sa signature aurait néanmoins permis de créer une apparence sérieuse d'échange des consentements en France. À défaut, le fait que la SARL dispose d'importants pouvoirs pré-contractuels durant la phase de négociation avec les annonceurs est sans incidence sur la caractérisation du « pouvoir de conclure ». C'était bien en dernier lieu la société GIL qui acceptait d'être engagée sur la base d'un jugement d'opportunité. En conclusion, loin de mériter l'adjectif d'édifiant⁹⁶⁷, ces jugements sont au contraire conformes aux règles de preuve dégagées par l'arrêt Zimmer, la faiblesse des offres de preuves présentées par l'administration ne permettant pas d'établir le pouvoir de la SARL d'engager la société GIL.

⁹⁶⁴ TA Paris, 12 juill. 2017, Sté Google Ireland Ltd, préc., considérant 13.

⁹⁶⁵ I. DAURIAC, *La signature*, Thèse, Université Paris II, dir. M. GOBERT, n°323 (cité par F. DEBOISSY et G. WICKER).

⁹⁶⁶ A. MIELNIK-MEDDAH, Conclusions sous CAA Paris, 9^e ch., 25 avr. 2019, n° 17PA03067, min. c/ Google Ireland Ltd, préc., n° 5.

⁹⁶⁷ A. LAUMONNIER, préc., § 992, p. 499.

b. L'affaire *Valueclick* : la caractérisation d'un agent dépendant de la société étrangère

272. Les faits présentent d'importantes similarités avec ceux décrits dans l'arrêt Google. Deux éléments majeurs amènent cependant à considérer que l'affaire Valueclick constitue un cas-limite dans la répartition contractuelle des fonctions entre entités membres d'un groupe. En effet, si le contrat de PS exclut, dans un modèle semblable à celui de Google, expressément la capacité juridique de la société française d'engager la société irlandaise dans une relation commerciale, il apparaît à la lecture des stipulations contractuelles que la société française, d'une part, réalise la quasi-totalité des activités susceptibles d'être exercée par une entreprise de marketing digital et, d'autre part, négocie intégralement les contrats conclus avec les annonceurs français au nom de la société irlandaise, cette dernière apposant par suite sa signature électronique de manière formelle et routinière. L'administration fiscale a alors considéré que la société française exerçait une activité de marketing digital en France, au-delà de son activité de prestataire de services, et qu'elle constituait à ce titre un ES de la société irlandaise. Ce choix dans la voie d'un redressement d'assiette surprend toutefois tant les faits, caricaturaux, se prêtaient à la caractérisation d'un montage artificiel et ainsi à se placer sur le terrain de l'abus de droit⁹⁶⁸. Infirmant le jugement du TA de Paris qui avait fait droit aux prétentions de l'administration⁹⁶⁹, la CAA de Paris a jugé le 1er mars 2018 que la société française ne constituait pas un A.D de la société irlandaise faute de disposer du « pouvoir de conclure » des contrats au nom de cette dernière⁹⁷⁰. Par un arrêt du 11 décembre 2020, le CE censure pour erreur de droit et erreur de qualification juridique l'arrêt d'appel en jugeant qu'a « *la qualité d'agent dépendant au sens des articles 2.9 et 4 de la convention franco-irlandaise, ainsi d'ailleurs qu'il résulte des paragraphes 32.1 et 33 des commentaires au modèle de convention établi par l'OCDE publiés respectivement le 28 janvier 2003 et le 15 juillet 2005, une société française qui, de manière habituelle, même si elle ne conclut pas formellement de contrats au nom de la société irlandaise, décide de transactions que la société irlandaise se borne à entériner et qui, ainsi entérinées, l'engagent* »⁹⁷¹. L'application de la théorie civiliste du consensualisme permet alors ici d'aboutir à une conclusion opposée à celle de l'affaire Google. C'est en effet au regard du rôle essentiel joué par les salariés de la société française dans la conclusion des contrats entre les annonceurs et la société française -négociation, élaboration des contrats, mise en place et suivi des

⁹⁶⁸ G. BLANLUET, « Décision *Conversant* : une vraie surprise, un faux revirement », *FI* 1-2021, Éditorial, p. 1.

⁹⁶⁹ TA, Paris, 7 mars 2017, n° 1508234/2-1.

⁹⁷⁰ CAA Paris, 9e ch., 1er mars 2018, Valueclick devenue *Conversant International Ltd*, n° 17PA01538 : JurisData n° 2018-006804 : Dr. fisc. 2018, n° 39, comm. 408, concl. F. PLATILLERO, note F. DEBOISSY et G. WICKER ; RJF 6/2018, n° 589—Adde E. MEIER, R. TORLET et H. EL-ROUAH, « Pas de moyens suffisants, pas de pouvoir d'engager... pas d'établissement stable » : *FR* 24/2018, n° 11.

⁹⁷¹ CE, Plén., 11 déc. 2020, Min. c/ Société *Conversant International Ltd*, n° 420174, *préc.*

campagnes publicitaires- et du caractère automatique de la validation effectuée par la société irlandaise qu'est démontré que la société française dispose d'une action de force de vente de nature à créer en elle-même des obligations juridiques⁹⁷². Concernant cette dernière circonstance, « *son processus de validation n'est pas fondé sur une appréciation subjective des éléments du contrat – autrement dit sur une appréciation de son opportunité –, mais sur la vérification objective de ce que la société française n'a pas outrepassé le cadre de sa mission* »⁹⁷³. Ainsi, l'échange des consentements se réalisait en France, la circonstance qu'aucun contrat n'ait commencé à être exécuté avant la validation de la société irlandaise étant sans incidence sur le moment de formation des contrats. Le juge ne saurait alors, dans le cas limite où aucun processus de revue et de validation des offres identifiées par la société française n'a été mis en place au niveau de la société irlandaise⁹⁷⁴, se limiter à une conception purement formelle du critère de « pouvoir de conclure ». Ce faisant, un rapprochement s'opère entre la caractérisation d'un ES en matière d'IS et de TVA. Le CE avait en effet récemment reconnu l'existence d'un ES en matière de TVA en requalifiant un contrat de PS entre une société française et sa sœur britannique en contrat de commissionnaire de transport au motif que la société française accomplissait, pour le compte de sa sœur, l'ensemble des démarches de recherche des clients français et négociait tous les éléments des contrats passés sans que la circonstance que cette dernière valide le choix des clients n'ait en l'espèce une incidence⁹⁷⁵.

La solution *Conversant*, applicable aux seules situations non-modifiées sur ce point par l'IM, ne consacre cependant pas, au regard de la présence en filigrane de la théorie du consensualisme, une acception autonome du critère du « pouvoir de conclure »⁹⁷⁶. Plus précisément, en focalisant l'analyse sur le « choix de conclure » des contrats, l'arrêt exprime la même idée que celle visée initialement par la décision *Interhome* sous l'expression « engager en droit ou en fait » : « *ne pas s'en tenir à la simple apparence formelle de la capacité juridique à conclure des contrats mais tenir*

⁹⁷² L'erreur de droit de la CAA de Paris était patente dès lors que sa solution venait à subordonner en toutes circonstances l'existence du critère de « pouvoir de conclure » à la capacité formelle pour l'agent d'apposer une signature sur lesdits contrats. L'échange des consentements peut alors survenir à l'issue des démarches commerciales essentielles sans que la signature n'ait encore été apposée.

⁹⁷³ F. DEBOISSY, G. WICKER, « Détermination de la qualité d'agent dépendant permettant de caractériser l'existence d'un établissement stable : ne pas confondre formation et exécution du contrat », *Dr. fisc.* n° 39, 27 septembre 2018, comm. 408, Paragraphe 14.

⁹⁷⁴ Comme le note T. JOUNO dans son commentaire sous l'arrêt d'appel *Valueclick* (T. JOUNO, *préc.* n°724,), il est des situations où les groupes d'entreprises entretiennent maladroitement leurs apparences contractuelles, l'administration n'ayant que peu de difficultés à établir l'imposition au regard de la réalité de leur relation. Nous pensons que l'affaire *Valueclick* en fait partie. Néanmoins, lorsque les conseils fiscaux auront été avisés avant la conclusion des contrats, l'administration fiscale éprouvera de grandes difficultés, au regard de la rareté des preuves à sa portée, à démontrer que le fonctionnement interne du groupe ne coïncide pas avec l'apparence de la situation contractuelle.

⁹⁷⁵ CE, 3e et 8e ch., 4 avr. 2018, n° 399884, *Sté PetO Ferrymasters LTD* : *Dr. fisc.* 2019, n° 8, comm. 167, concl. E. CORTOT-BOUCHER ; *RJF* 2019, n° 738.

⁹⁷⁶ Pour un avis contraire, G. DE LA TAILLE, *préc.* n° 668.

compte de la capacité dont dispose l'agent « en fait » d'engager l'entreprise étrangère »⁹⁷⁷. Cette capacité de lever le voile sur les apparences contractuelles doit toutefois, dans un souci de préservation de la sécurité juridique des entreprises, s'exercer en conformité avec les règles et notions du droit français, ici la théorie du consensualisme. En effet, l'interprétation d'une notion non-définie conventionnellement s'effectue uniquement par renvoi au droit interne de l'État qui applique la convention fiscale. Ainsi, un intermédiaire français, dénué du pouvoir formel de signature, dispose d'un « pouvoir de conclure » au sens des conventions fiscales traditionnelles lorsque son action fait naître l'échange de consentements avec les clients de l'entreprise étrangère et que cette dernière n'exerce aucun contrôle d'opportunité au moment de la signature du contrat sur son intérêt à s'engager. À ce titre, le CE a de manière inédite mobilisé explicitement des commentaires postérieurs à la date de signature de la convention franco-irlandaise⁹⁷⁸, les Paragraphes 32.1 et 33 des commentaires de l'article 5 du modèle OCDE, pour lutter contre la pratique de « coup de tampon » que mettait en œuvre la société irlandaise. L'incise dans le considérant précité des termes « ainsi d'ailleurs » démontrent que ces commentaires, au regard de leur « valeur persuasive »⁹⁷⁹, n'ont pas exercé une influence déterminante sur la solution adoptée par le CE, mais permettent de conforter la possibilité pour l'administration de procéder à la requalification du contrat lorsque l'apparence contractuelle présentée par les parties apparaît purement formelle. La particularité des faits de l'arrêt invite néanmoins à en limiter la portée et à préserver la solution Zimmer - dans des situations non-couvertes par l'article 12, 1 de l'IM - considérant qu'un agent qui signe des contrats « en son nom » mais pour le compte d'une entreprise n'est pas un ES de cette dernière.

c. Le « choix de conclure » revêt-il les mêmes hypothèses que la définition de l'article 12 I.M. ?

273. Des similarités apparaissent entre la notion de « choix de conclure » des contrats, retenue par le CE dans la décision Valueclick et la notion de personne « jouant habituellement le rôle principal menant à la conclusion de contrats » prévue à l'article 12 IM. En effet, le CE a adopté, dans la circonstance bien délimitée de l'affaire Conversant, une conception ouverte du critère du

⁹⁷⁷ B. GOUTHIERE, *préc.*

⁹⁷⁸ Le CE avait originellement considéré que les stipulations conventionnelles ne pouvaient être interprétées par des commentaires de l'OCDE postérieurs à la ratification de la convention en cause (CE, sect., 30 déc. 2003, n° 233894, SA Andritz : JurisData n° 2003-080472 ; Lebon, p. 527 ; Dr. fisc. 2004, n° 16, comm. 427, concl. G. BACHELIER, note P. Masquart). Néanmoins, le CE a, antérieurement à la décision Valueclick, repris de manière implicite des commentaires OCDE postérieurs à l'adoption de la convention pour interpréter la notion de « séjour habituel » (CE, 8e et 3e ch., 16 juill. 2020, n° 436570 : JurisData n° 2020-010204 ; Dr. fisc. 2020, n° 45, comm. 433, concl. K. CIAVALDINI ; RJF 11/2020, n° 932) ; On notera que les commentaires pris en compte ne peuvent concerner un article du modèle OCDE dont le contenu a été modifié postérieurement à l'adoption de la convention fiscale.

⁹⁷⁹ P. MARTIN, « L'interprétation des conventions fiscales », *Dr. fisc.* n°24, 13 juin 2013, n°12.

« pouvoir de conclure » en ne subordonnant pas son identification à la démonstration du pouvoir formel de signature de la personne agissant pour le compte de l'entreprise. Mais cette interprétation, valable uniquement pour les conventions fiscales traditionnelles, ne saurait trouver à s'appliquer aux nouvelles hypothèses de l'article 12 de l'IM dont l'objet premier est d'étendre la notion d'A.D.⁹⁸⁰.

Les notions à caractère économique introduites par l'article 12 de l'IM, en ce qu'elles entraînent un basculement du « pouvoir de conclure » vers le « pouvoir de négociier », posent d'importantes difficultés d'interprétation pour les entreprises confrontées aux problématiques d'ES. En effet, l'adoption de critères économiques relatifs à l'importance du rôle joué par un agent dans la conclusion de contrats induit une analyse plus subjective quant à leur réunion et réduit conséquemment la prévisibilité des conséquences fiscales liées aux activités déployées sur un territoire⁹⁸¹. De plus, ces termes, non-légalement définies dans l'ordre juridique interne des États parties à l'IM et basées sur la substance des activités⁹⁸², seront peu aisés à manier dans un pays civiliste comme la France où le juge reste viscéralement attaché à une conception juridique de l'engagement contractuel. Dès lors, on peut percevoir, lorsqu'il est mis en perspective les conséquences fiscales voire pénales qui peuvent découler de la qualification d'activité d'occulte, « le degré de détresse que peuvent ressentir les opérateurs de bonne foi du fait de l'absence de sécurité juridique qui plane trop souvent sur leurs opérations »⁹⁸³. La contribution de la CAA de renvoi dans l'affaire *Conversant* est à ce titre fortement appréciable en ce qu'elle vient à qualifier - pour faire obstacle à la caractérisation d'une activité occulte - l'absence de souscription de déclaration par la société étrangère au cours des années redressées d'« erreur » justifiée par les incertitudes majeures sur les modalités d'imposition des groupes internationaux numériques⁹⁸⁴.

Le salut, dans la détermination précise de la signification du nouvel A.D, pourrait alors venir d'une décision de la CJUE qui est venue récemment interprétée le champ d'application du régime de l'agent commercial, suite à une question préjudicielle posée par le tribunal de commerce de Paris⁹⁸⁵. En droit français, l'article L. 134-1 du code de commerce, transposant la directive 86/653, définit l'agent commercial comme celui qui est « chargé de façon permanente de négociier, et, éventuellement, de conclure des contrats [...] ». L'application de ce régime présente en pratique des enjeux considérables car l'agent commercial, au sens de cet article, est susceptible de bénéficier

⁹⁸⁰ E. MEIER, R. TORLET, H. EL ROUAH, « Affaire *Conversant Ltd* : une décision venant changer la donne en matière d'établissement stable ? », *FR* 4/21, 14 janvier 2021, p.6 à 10.

⁹⁸¹ B. GIBERT, F. ROUX, « Convention multilatérale : L'impact des choix de la France en matière d'établissement stable », *Dr. fisc.* n° 27 septembre 2018,

⁹⁸² S. CELOUDOU, « Conséquences fiscales de l'affaire *Trendsetteuse* : la Cour de Justice donne la tendance », 24 septembre 2020, Avis d'expert, *FL*.

⁹⁸³ S. DORIN, Affaire de renvoi *Conservant Ltd* : suite et fin, *Dr. fisc.* n° 7-8, 17 février 2022, comm. 120.

⁹⁸⁴ CAA Paris, 2e ch., 8 déc. 2021, n° 20PA03971, *Conversant International Ltd*, *préc.*

⁹⁸⁵ T.com. Paris, 19 déc. 2018, n° 2017015204.

d'une indemnité compensatrice lors de la rupture des relations commerciales et ce sans démonstration d'une faute commise par le mandant. Par un arrêt du 4 juin 2020, la CJUE a néanmoins remis en cause la construction jurisprudentielle effectuée par la Cour de cassation autour de la notion de « négociation »⁹⁸⁶. Classiquement, la Cour de cassation considérait que le « pouvoir de négociation » impliquait la capacité pour l'agent de modifier les tarifs du mandant⁹⁸⁷, d'adapter les conditions tarifaires des contrats qu'il propose à ses clients⁹⁸⁸ ou encore de disposer d'une marge de manœuvre sur une partie au moins de l'opération économique⁹⁸⁹. Adoptant une vision économique détachée de toute interprétation littérale du texte de la directive, la CJUE a quant à elle considéré « *qu'une personne ne doit pas nécessairement disposer de la faculté de modifier les prix des marchandises dont elle assure la vente pour le compte du commettant pour être qualifiée d'agent commercial* ». L'élargissement du régime de l'agent commercial opéré par cet arrêt procède dès lors de la même logique que celle animant la modification de la définition de l'A.D. Ainsi, il résulte des commentaires OCDE, repris dans une large mesure par l'administration française⁹⁹⁰, que le critère du « rôle principal » est réputé rempli lorsque les actions de l'agent amènent directement à la conclusion des contrats. Là est l'intérêt principal de la transposition de l'arrêt de la CJUE : un intermédiaire pourrait être qualifié d'A.D, sans disposer du pouvoir de négocier le contenu du contrat, par ex. dans l'hypothèse d'un contrat d'adhésion, dès lors que ses actions concourent directement à sa réalisation⁹⁹¹. Encore faut-il cependant que les contrats conclus grâce à l'action de l'intermédiaire ne soient pas modifiés substantiellement dans leur contenu par l'entreprise étrangère. Outre la difficulté d'apprécier ce que constitue en pratique une « modification importante ou substantielle » du contenu d'un contrat⁹⁹², cette nouvelle règle pourrait être contournée par la seule mise en place au niveau de l'entreprise étrangère d'un processus de revue systématique des offres recueillies par l'A.D français. Comme le note A. LAUMONIER : « *Le juridisme de la nouvelle solution est donc tout aussi (faussement ?) naïf que l'était l'ancienne règle conventionnelle et ne devrait donc avoir qu'une portée limitée* »⁹⁹³.

⁹⁸⁶ CJUE, 4 juin 2020, aff. 828/18 Trendsetteuse SARL contre DCA SARL.

⁹⁸⁷ Cass.com. 19-6-2019 n°18-11.727 : RJDA 2/20 n°71.

⁹⁸⁸ Cass. com. 27 octobre 2009, n°08-16.623.

⁹⁸⁹ Cass. Com. 9 décembre 2014, n° 13-22.476 : RJDA 4/15 n°262.

⁹⁹⁰ BOI-INT-DG-20-25, publié le 16 décembre 2020.

⁹⁹¹ S. CELOUDOU, *préc.*

⁹⁹² Les commentaires de l'administration fiscale française ne sont pas plus parlant. Une entreprise sera considérée comme approuvant de façon routinière les transactions conclues par son agent, dès lors qu'elle n'en modifie pas les aspects fondamentaux (BOI-INT-DG-20-25 n° 250, Exemple 2).

⁹⁹³ A. LAUMONNIER, *préc.*, § 998, p. 503

C. La capacité d'engager l'entreprise étrangère dans une activité lui étant propre

274. Pourvu du pouvoir de conclure des contrats pour le compte d'une entreprise, un agent sous la dépendance d'une entreprise étrangère au sens de l'article 5, Paragraphe 6 et 8 du modèle de convention OCDE ne constituera un ES de cette dernière que s'il dispose de la capacité de l'engager dans une relation commerciale ayant trait à ses activités propres. L'arrêt Google en est un exemple, l'administration fiscale ayant tenté de démontrer que la SARL Google France disposait du pouvoir d'engager GIL en raison de la signature d'accords de confidentialité et de transactions. Comme le note le rapporteur public en première instance, il peut être considéré sans difficultés que « *ces contrats ne correspondent pas au cœur de l'activité publicitaire* »⁹⁹⁴ et n'ont ainsi pas trait aux activités propres de GIL.

Déterminer si les contrats conclus par un agent rentrent dans le périmètre des « activités propres » de l'entreprise pour laquelle il agit est avant tout une question d'ordre factuel. À ce titre, une tendance se dessine dans la jurisprudence du CE : celle d'une conception restrictive des activités propres réalisées par une société étrangère. L'arrêt Interhome de 2003 en est une illustration. En l'espèce, une société suisse avait pour activité de conclure des contrats avec des propriétaires de résidences situés dans divers pays européens qui la mandatait pour donner leurs résidences en location. Elle disposait pour ce faire de deux filiales en France, l'une disposant en vertu d'une délégation qu'elle lui avait consentie du pouvoir de signer les baux avec les locataires et de veiller à leur bonne exécution, l'autre chargée d'enregistrer les réservations, d'encaisser les prix des séjours et d'orienter les locataires vers la première filiale. De manière surprenante, le CE ne s'est attardé dans sa solution que sur l'activité de la première filiale sans envisager la complémentarité des fonctions exercées par les deux filiales, révélatrices d'activités rentrant pourtant dans le périmètre des « activités propres » de la société mère⁹⁹⁵. En effet, si la société-mère tirait directement ses revenus de la conclusion de contrats avec les propriétaires de résidences, la deuxième filiale, au regard de son statut d'agent de voyages, était légalement habilitée à conclure des contrats de réservation et à encaisser les sommes y afférant avant de les reverser à sa société-mère suisse. Le caractère complémentaire des activités des filiales françaises, couvrant l'essentiel de l'activité susceptible d'être exercée par une société spécialisée dans la location de résidence, démontrait dès lors qu'elles disposaient de la capacité d'engager leur mère dans des activités lui étant propres. La circonstance que ces filiales ne négociaient ni en fait, ni en droit les contrats conclus entre la société-mère et les propriétaires de résidences aurait ainsi dû être sans incidence sur le critère de l'activité propre. Telle

⁹⁹⁴A. SEGRETAIN, concl. ss TA Paris, 12 juillet 2017, *préc.*, § 14.

⁹⁹⁵ P. DIBOUT, J-P. LE GALL, « Un hybride atypique : la filiale française et établissement stable de société mère étrangère (Deuxième partie) », *Dr.fisc.* n° 48, 25 novembre 2004, 46.

n'a pas été la solution retenue par le CE qui, en identifiant ce critère sous le seul prisme de la relation contractuelle et commerciale dont l'entreprise étrangère tire ses profits⁹⁹⁶, laisse en suspens la question de savoir si une société étrangère est susceptible de disposer en France d'un A.D en raison de l'exercice d'activités complémentaires par deux filiales.

Section 2 : L'extension du pouvoir d'imposition aux « revenus de source française »

275. L'imposition des entreprises non-résidentes en France ne dépend pas uniquement des critères de rattachement territoriaux posés à l'article 209 I CGI ou dans les conventions fiscales. En effet, une entreprise étrangère exerçant une activité en France sans y déployer de moyens physiques et matériels peut néanmoins voir, en vertu de dispositions législatives spécifiques, ses revenus soumis à l'imposition française. Le spectre de la territorialité ne se limite alors pas seulement à la localisation de l'activité de l'entreprise mais concerne des revenus réputés comme trouvant leur source même en France. À ce titre, le législateur, en conservant une pleine autonomie dans la détermination « *des critères de rattachement à sa compétence normative d'une situation ou d'une personne, fût-elle à l'extérieur de son territoire* »⁹⁹⁷, est en mesure de moduler les contours de la territorialité de l'impôt pour appréhender des revenus au caractère *a priori* a-territorial. Si l'extension du pouvoir d'imposition de l'État français à l'égard d'entreprises étrangères n'a alors de borne que la volonté du législateur en droit interne (**Paragraphe 1**), celle-ci se voit cependant largement neutralisée par l'application de normes supranationales, dont la principale conséquence est une répartition des droits d'imposition en faveur de l'État de résidence (**Paragraphe 2**).

Paragraphe 1 : Une extension notable par le mécanisme interne de retenues à la source en l'absence de normes supranationales

276. En substance, la loi fiscale distingue deux groupes de « revenus de source française ». Le premier concerne des revenus provenant de biens, de droits ou d'activités localisés en France⁹⁹⁸ tandis que le second englobe des revenus versés par un débiteur domicilié ou établi en France. Les

⁹⁹⁶ *Ibid.*

⁹⁹⁷ E. BOKDAM-TOGNETTI, concl. ss. CE, 22 octobre 2018, n° 406576, Sté Sud Trading Company, note K. JESTIN : JurisData n° 2018-018295.

⁹⁹⁸ L'article 164 B du CGI procède à une énumération limitative des revenus de source française : revenus d'immeubles sis en France ou de droits relatifs à ces immeubles, revenus de capitaux mobiliers placés en France, revenus d'activités professionnelles exercées en France, plus-values immobilières et profits immobiliers professionnels... Concernant les P-V immobilières, la situation est différente lorsque le cédant est une personne physique ou une personne morale. Alors que pour la première, le prélèvement est libératoire de l'IR, tel n'est pas le cas pour la personne morale, la P-V devant par conséquent être taxée à l'IS. En effet, depuis la modification de l'article 209 I du CGI opérée par la loi de finances rectificatives du 30 décembre 2009 (art. 22), les P-V issues d'un immeuble situé en France et détenu par une entreprise étrangère sont de fait des bénéfices passibles de l'IS et ce peu importe que cette dernière exploite ou non une entreprise en France. Cette modification revêt un caractère interprétatif.

développements suivants s'intéresseront prioritairement aux activités localisées en France et aux revenus du deuxième groupe, la prédominance d'une logique servicielle dans le cadre de l'économie numérique invitant à se focaliser sur les dispositions législatives relatives à la fiscalité applicable aux revenus de prestataires étrangers réputés localisés en France. À ce titre, l'article 182 B du CGI soumet à retenue, au taux de 26,5 %⁹⁹⁹, certains revenus de source française perçus par des entreprises n'ayant pas « d'installation professionnelle » en France. L'imposition de ces revenus s'effectue par un régime particulier, l'impôt exigible n'étant pas l'IS mais le prélèvement de retenues à la source (RALS) non-libératoire. Elles ont donc vocation à s'imputer, le cas échéant, sur le montant de l'IS dû¹⁰⁰⁰. Leur but premier est alors, non pas de lutter contre la fraude et l'évasion fiscales internationales¹⁰⁰¹, mais de garantir l'efficacité du recouvrement de l'impôt auprès d'entreprises étrangères¹⁰⁰². Pour ce faire, les conditions d'application de l'article 182 B, si elles apparaissent restrictives dans leur formulation, sont appréciées souplesment par la jurisprudence (I). De même, le champ d'application large de cet article procède d'un objectif analogue qui est de s'assurer que les entreprises, résidentes ou non, soient traitées fiscalement de manière équitable (II). Enfin, il conviendra de présenter le régime d'imposition de cette RALS (III).

I. Des conditions d'application de l'article 182 B du CGI appréciées souplesment

277. Les conditions à remplir pour que les prestations rentrant dans le champ matériel de l'article 182 B du CGI donnent lieu à l'application de la RALS ont trait aux deux parties à l'opération à savoir le débiteur de la rémunération (A) et le créancier étranger (B).

A. La condition tenant au débiteur

278. Par une loi du 29 décembre 1989, le législateur a entendu élargir, par une modification de l'article 182 B CGI, les possibilités de qualifier de « source française » des revenus perçus par

⁹⁹⁹ Ce taux de droit commun a vocation à suivre l'abaissement du taux de l'IS en cours et passera à compter du 1er janvier 2022 à 25 %. Pour les prestations artistiques ou sportives, ce taux est ramené à 15 % (article 182 A bis) tandis que pour les sommes versées à des résidents d'ETNC au sens de l'article 238-0 A du CGI, ce taux est porté à 75 %, à moins que le débiteur n'apporte la preuve que ces sommes correspondent à des opérations réelles qui ont principalement un objet et un effet autres que de permettre leur localisation dans un ETNC.

¹⁰⁰⁰ Article 219 *quinquies* CGI ; Lorsque le montant du prélèvement résultant de la RALS est supérieur à l'impôt dû par le contribuable sur ses revenus de source française, l'intéressé est en droit de réclamer la restitution de l'excédent de retenue qui ne peut être imputé sur le montant de l'impôt dû.

¹⁰⁰¹ Tel n'est pas forcément le cas des États en développement. En effet, certains de ces États adoptent des RALS visant à neutraliser l'érosion de leur base fiscale due à des paiements effectués par leurs résidents au profit d'entreprises prestataires non-résidentes. Pour une étude de l'approche de la base d'érosion, cf. *infra*. § 525 et s.

¹⁰⁰² Cf. notamment, Cons. const., 24 mai 2019, n° 2019-784 QPC, Sté Cosfibel Premium : JurisData n° 2019-008434 ; Dr. fisc. 2019, n° 42, comm. 409, note A. MAITROT DE LA MOTTE ; Dr. fisc. 2019, n° 23, act. 273, note M. PELLETIER et en droit de l'Union Européenne, CJCE, gde ch., 3 oct. 2006, aff. C-290/04, FKP Scorpio Konzertproduktionen GmbH : Rec. CJCE 2006, I, p. 9461 ; RJF 1/2007, n° 115.

des personnes non-résidentes en substituant à la condition originelle de l'établissement du débiteur en France celle de son exercice d'une activité en France¹⁰⁰³. L'article 164 B, II, b du CGI a néanmoins conservé la condition originelle en considérant les produits tirés de la cession ou de la concession de propriété industrielle ou commerciale comme des revenus de source française lorsque « *le débiteur a son domicile fiscal ou est établi en France* ». Ainsi, aux termes de ce dernier article, les revenus de PI sont de source française dans deux situations. La première quand le débiteur est une société française ou personne physique domiciliée fiscalement en France au sens de l'article 4 B du CGI. La deuxième lorsque le débiteur dispose d'un établissement en France. Dans ce dernier cas, « *les redevances ne prennent une source française que si les droits de propriété intellectuelle ou industrielle sont « utilisées » par l'établissement, ou, plus précisément, que si les redevances versées sont déductibles des résultats fiscaux de cet établissement* »¹⁰⁰⁴.

De cette différence de formulation résulte un manque apparent de clarté dans la détermination des règles de source applicables. Cette difficulté s'atténue néanmoins lorsqu'est attribué un caractère effectif à la modification législative de 1989 de l'article 182 B. En effet, par cette modification, le législateur a entendu introduire une règle de source distincte de celle de l'article 164 B, II, b du CGI. Les redevances de P.I versées par un débiteur exerçant une activité en France sans y posséder un établissement constituent dès lors, non pas des revenus de source étrangère, mais des revenus de source française sur lesquels s'appliquent la RALS de l'article 182 B¹⁰⁰⁵. Cette affirmation n'est toutefois pas sans poser de difficultés. Retenir comme critère exclusif de rattachement, la localisation en France des activités du débiteur, peut aboutir à des situations où malgré une utilisation effective des droits de P.I à l'étranger, des revenus seront considérés comme prenant une source française. Comme le note N. MELOT, une incertitude plane alors sur la qualification de source française ou non de redevances payées par une société française qui a « utilisé » les droits de P.I dans une entreprises exploitée à l'étranger¹⁰⁰⁶. Nous rejoignons l'avis de l'auteur sur l'attribution d'une source étrangère à ces revenus ceci pour éviter que les phénomènes de double voire de triple imposition ne se multiplient¹⁰⁰⁷.

¹⁰⁰³Article 30-II, loi n°89-935 du 29 décembre 1989.

¹⁰⁰⁴N. MELOT, « Territorialité et mondialité de l'impôt : Étude de l'imposition des bénéficiaires des sociétés de capitaux à la lumière des expériences française et américaine », Vol. 36, *Dalloz*, 2004, n° 246.

¹⁰⁰⁵En ce sens, P-J. DOUVIER, *Droit fiscal dans les relations internationales*, éd. A. Pédone, 1996, p. 245 ; B. GOUTHIERE, *Les impôts dans les affaires internationales, préc.*, (v. p. sur l'édition 2007, p.284)

¹⁰⁰⁶Cette incertitude tient à la particularité du système fiscal français qui contrairement au droit américain, ne fait aucunement référence au lieu d'utilisation effective des droits de la P.I pour déterminer la source des redevances, cf. sur ce point N. MELOT, *préc.*, n° 249 à 251.

¹⁰⁰⁷*Ibid.* n° 248.

B. Les conditions tenant au créancier

279. La retenue de l'article 182 B du CGI ne peut être due que lorsque les sommes versées par le débiteur exerçant une activité en France bénéficient à une personne étrangère relevant de l'IR ou de l'IS et qui n'a pas « d'installation professionnelle permanente » en France. De ces conditions tenant au créancier découlent deux interprétations possibles : l'une restrictive quant au champ d'application de l'article 182 B **(1)**, l'autre extensive **(2)**.

1. L'approche restrictive

280. L'approche restrictive consiste à considérer que la retenue ne peut être prélevée que lorsque le bénéficiaire des rémunérations versées par le débiteur rentre dans le champ matériel et territorial de l'IS. En d'autres termes, le bénéficiaire doit exercer son activité sur le territoire français au travers d'un représentant dépendant ou d'un cycle commercial complet d'activités. Dès lors, seuls les revenus passifs effectivement rattachables à une « entreprise exploitée en France » d'une société étrangère (en l'absence de disposition par cette dernière d'une « installation professionnelle permanente » en France) seront soumis à la RALS de l'article 182 B¹⁰⁰⁸.

2. La faveur pour l'approche extensive

281. L'approche extensive ne se soucie aucunement du dépassement par une entreprise étrangère sur le territoire français d'un seuil de présence économique mais considère que la retenue doit être prélevée toutes les fois où le bénéficiaire étranger réalise des PS en France passibles de l'IS. Au domaine *ratione materiae* s'ajoute le domaine *ratione personae* de l'article 206, 1 du CGI prévoyant l'assujettissement à l'IS de « toutes autres personnes morales se livrant à une exploitation ou à des opérations de caractère lucratif »¹⁰⁰⁹. Ainsi, par le critère de « lucrativité », absent du texte de l'article 209 I du CGI, l'article 206, 1 « ouvr[e] une autre voie à l'imposition d'entreprises étrangères »¹⁰¹⁰. Cette approche se voit confortée au regard de la jurisprudence **(a)** et de l'objectif législatif ayant motivé l'instauration de l'article 182 B **(b)**.

¹⁰⁰⁸Cette solution avait été adoptée par la CAA de Nancy (CAA Nancy, 23 févr. 1995, n° 93NC00679, Société des artistes peignant de la bouche et du pied : JurisData n° 1995-044628 ; Dr. fisc 1995, n° 41, comm. 1938, concl. B. COMMENVILLE ; RJF 1995, n° 692) avant d'être infirmée par l'arrêt du CE du 30 juin 1997.

¹⁰⁰⁹J-L. PIERRE, Retenues à la source sur des paiements à des personnes morales étrangères, relatifs à des prestations de services ou à des transferts des droits de propriété intellectuelle, et assujettissement éventuel de ces personnes à l'IS, Dr.fisc. n° 13, 27 mars 2008, comm. 240.

¹⁰¹⁰B. CASTAGNÈDE, « Évolution et cohérence des règles de territorialité de l'impôt sur les sociétés », *RFFP*, 1999, n°68, p. 283-284.

a. Une approche favorisée par la jurisprudence

282. La faveur de la jurisprudence pour une approche extensive de l'article 182 B s'est manifestée dans la signification donnée aux termes « relever de l'impôt ». Par un arrêt du 30 juin 1997, le CE a en effet considéré qu'il n'y avait pas lieu, pour réputer cette condition remplie, de rechercher si la société étrangère était effectivement soumise à l'IS français¹⁰¹¹. La seule perception de redevances par une entreprise étrangère, rémunérant les prestations utilisées en France, la rendait ainsi redevable de la RALS¹⁰¹². Si ces solutions n'ont guère convaincu la doctrine en ce qu'elles aboutissaient à une contradiction apparente avec la lettre de l'article 209 I du CGI, une entreprise étrangère ne pouvant être passible de l'IS que si elle exploite une entreprise en France¹⁰¹³, le CE a tenté, dans un arrêt du 25 mai 2007, de répondre à cette difficulté en adoptant une approche constructive de l'article 182 B¹⁰¹⁴. Selon le CE, la condition tenant à l'assujettissement est remplie lorsque les redevances sont versées à une personne morale étrangère qui aurait été passible de l'IS en France si elle y avait eu son siège ou son établissement. Le principal mérite de cette solution serait à en croire le rapporteur public L. OLLÉON de « *déplacer l'enjeu, en termes d'assujettissement à l'impôt sur les sociétés, de la question territoriale vers celle de la nature de l'activité, c'est-à-dire de l'article 209 vers l'article 206 du CGI* »¹⁰¹⁵. En conséquence, le champ d'application de l'article 182 B n'a eu de cesse, au travers des décisions du CE, de s'étendre avec comme point final une exigibilité automatique de la RALS dès lors que le bénéficiaire non-résident exerce au sens de l'article 206 CGI une activité lucrative en France.

b. Une approche privilégiée initialement par le législateur

283. Outre la condition de l'assujettissement à l'IS, encore faut-il que l'entreprise non-résidente prestataire ne dispose en France d'aucune « installation professionnelle permanente ». Cette dernière notion est définie, par la doctrine administrative, comme un local aménagé en vue de l'exercice de sa profession, suffisamment connu de la clientèle et permettant ainsi l'accomplissement périodique (à intervalles réguliers ou à des périodes fixes) des actes professionnels¹⁰¹⁶. La faveur du

¹⁰¹¹CE, 30 juin 1997, n° 169179, Société des artistes peignant de la bouche et du pied : RJF août-sept. 1997, n° 771, concl. J. ARRIGHI DE CASANOVA ; BDCF 4/1997, n° 87 ; LPA 6 mars 1998, p. 17, P. DONSIMONI.

¹⁰¹²CAA Nancy, 14 juin 2001, n° 97-1686 : RJF janv. 2002, n° 7, puis CE (na), 25 sept. 2002, n° 257750 : RJF déc. 2002, n° 1349.

¹⁰¹³Cf. notamment J-L. PIERRE, *préc.*, n° 779 et F. LE MENTEC, Le traitement fiscal des redevances, JurisClasseur Droit International, Fasc. 3580, Novembre 2016, § 25.

¹⁰¹⁴CE, 25 mai 2007, n° 288288, GIE Compagnie industrielle des Polyéthylènes de Normandie (CIPEN) : RJF août-sept. 2007, n° 896, chron. J. BURGUBURU, p. 703 et s ; BDCF 8-9/2007, n° 95, concl. L. OLLÉON

¹⁰¹⁵L. OLLÉON, concl. ss CE, 25 mai 2007, n° 288288, GIE CIPEN, *préc.*

¹⁰¹⁶BOI-IR&DOMIC-10-20-20-50 n°40, 12 septembre 2019.

législateur pour cette condition plutôt que celle moins restrictive « d'entreprise exploitée en France » se justifie dans l'objectif originel assigné à l'article 182 B du CGI : celui de garantir le recouvrement de l'impôt auprès de contribuables étrangers n'ayant pas dépassé en France le seuil de pénétration économique exigé au titre de l'installation. En effet, c'est à l'égard de cette catégorie de contribuables, ne disposant pas d'une présence matérielle pérenne sur le territoire français, qu'apparaît justifiée la mise en place de modalités spécifiques de recouvrement de l'impôt. *A contrario*, dans l'hypothèse où une entreprise étrangère dispose d'une telle installation en France, l'administration n'éprouvera aucune difficulté selon les modalités de droit commun à « recouvrer sa créance fiscale sur les actifs situés sur le territoire français qu'implique la présence d'une installation matérielle non éphémère »¹⁰¹⁷. Enfin, la jurisprudence démontre qu'une société étrangère peut exploiter une entreprise en France au sens de l'article 209 I CGI sans pour autant y disposer d'actifs. Le choix du critère de « l'entreprise exploitée en France » aurait ainsi eu pour conséquence d'exclure du champ de la RALS certaines sociétés qui, bien que disposant d'une présence taxable en France, posaient d'indéniables difficultés dans le recouvrement effectif de l'IS.

II. Un champ d'application matériel large

284. Le champ d'application de l'article 182 B, comme le démontre la diversité des activités susceptibles d'être concernées par la RALS, est de nature à s'adapter aux opérations numériques réalisées par des entreprises étrangères sur le territoire français (A). Cette affirmation se voit corroborée par l'interprétation jurisprudentielle extensive des termes de l'article 182 B, I, c du CGI. En effet, la maniabilité des termes « prestations fournies ou utilisées en France » permet à l'État français, en l'absence de normes supranationales, d'étendre considérablement son pouvoir d'imposition à l'égard d'entreprises prestataires non-présentes physiquement sur son territoire (B).

A. La diversité des revenus soumis à retenues

285. L'article 182 B du CGI a été introduit suite à une loi du 29 décembre 1976¹⁰¹⁸ visant à définir la notion de « revenus de source française » en y incluant au c de son article 6 aujourd'hui codifié au c du II de l'article 164 B du CGI, les « *sommes payées en rémunération des prestations de toute nature fournies ou utilisées en France* ». Le choix pour cette formule, ainsi que le démontrent les travaux préparatoires de cette loi, procède d'une « *approche délibérément large*

¹⁰¹⁷N. MELOT, *préc.*, n° 366, p. 194.

¹⁰¹⁸Loi n° 76-1234 du 29 décembre 1976 modifiant les règles de territorialité et les conditions d'imposition des français de l'étranger ainsi que des autres personnes non domiciliées en France.

d'attraction dans le champ de l'impôt français »¹⁰¹⁹. Dès lors, le champ matériel de l'article 182 B ne se limite pas à la définition conventionnelle de la notion de « redevances » de l'article 12 du modèle OCDE¹⁰²⁰ mais intègre tant les produits de droit de la P.I que les rémunérations relatives à des formes de prestations fournies ou utilisées en France qui ne rentrent pas dans les précédentes catégories citées par l'article 164 B du CGI. Par conséquent, peu importe que le client français acquiert un droit commercial d'utilisation ou de reproduction d'informations protégées par la législation du droit d'auteur fournies sur Internet ou un simple droit d'accès, l'ensemble des rémunérations versées à ce titre intégreront le champ de l'article 182 B¹⁰²¹. L'article ne procède ainsi à aucune distinction quant au support, matériel ou numérique, utilisé par le prestataire étranger dans l'exercice de son activité. Les prestations visées par l'article 182 B effectuées sur le réseau Internet ont donc vocation à rentrer dans son champ¹⁰²². Les mêmes développements se transposent à l'article 182 A bis CGI soumettant à retenue au taux de 15 % les rémunérations versées en contrepartie de prestations artistiques fournies ou utilisées en France. Par exemple, les versements en contrepartie de l'utilisation en France d'une œuvre virtuelle au moyen du téléchargement de données depuis le site d'un créateur étranger et de l'exécution du programme sur un serveur, seront soumis à la retenue de cet article¹⁰²³.

Néanmoins, l'appréhension des revenus issus d'activités dématérialisées ne saurait être totale. L'article 182 B exclut en effet de son périmètre les relations d'entreprises à consommateurs (B2C). Deux raisons expliquent cette exclusion. Premièrement, la formulation de la première condition de cet article - exercice d'une activité en France par le débiteur – invite à considérer « *que la rémunération versée au prestataire étranger doit être déductible du revenu professionnel imposable du débiteur* »¹⁰²⁴. En ce que les consommateurs, en bénéficiant à des fins personnelles de la prestation fournie par l'entreprise, ne sont pas en mesure de déduire la rémunération versée de leur revenu professionnel, les activités B2C doivent par principe être exclues de son champ d'application. Deuxièmement, d'importantes difficultés pratiques surviendraient en faisant reposer l'obligation de collecte de la retenue sur les consommateurs. En effet, l'absence d'expérience de ces

¹⁰¹⁹E. BOKDAM-TOGNETTI, ccl ss. CE, 9e et 10e ch., 22 octobre 2018, n°406576, Sté Sud Trading Company : JurisData n°2018-018295.

¹⁰²⁰Il est une hypothèse où la définition conventionnelle de « redevances » concerne des revenus qui ne rentrent pas dans le champ matériel de l'article 182 B du CGI. Certaines conventions qualifient en effet de « redevances » les revenus versés en contrepartie de la location de certains biens meubles corporels (ex. équipements industriels, commerciaux ou scientifiques). Cf. *infra*. § 292 et s. pour de plus amples développements

¹⁰²¹Les revenus versés par une entreprise française en contrepartie d'un droit d'usage ou de reproduction de logiciels protégés par les législations du droit d'auteur rentrent par exemple dans le champ matériel de cet article. La situation est néanmoins plus délicate dans un contexte conventionnel où il convient de distinguer entre les versements constituant des « redevances » ou des « bénéfices d'entreprises », cf. *infra*. n° et s.

¹⁰²²Rép. ministérielle DE CHAZEUX, n° 15729, 15 juin 1998, JO AN, p. 5850.

¹⁰²³Exemple repris du rapport T. PONS et S. GÉLIN, IFA, *préc.*, p. 396.

¹⁰²⁴T. PONS, S. GÉLIN, « in Taxation of income derived from electronic commerce », IFA, *préc.* n° 628, p. 393.

derniers en ce domaine et de règles incitatives à sa collecte milite pour une exclusion des activités B2C afin d'assurer un recouvrement effectif de l'impôt¹⁰²⁵.

B. L'interprétation jurisprudentielle extensive de la notion de « prestation utilisée en France »

286. À l'indifférence portée par l'article 182 B à la nature des prestations réalisées par une entreprise étrangère, s'est récemment ajoutée l'interprétation jurisprudentielle particulièrement extensive de la notion de « prestations utilisées en France ». Par un arrêt du 22 octobre 2018 *Sté Sud Trading Company*¹⁰²⁶, le CE a en effet, dans un courant déjà perceptible devant les juridictions du fond¹⁰²⁷, distingué conformément à la formulation législative, la notion de « fourniture » de celle « d'utilisation » de la prestation en France en attribuant à cette dernière une portée large. Dès lors, des prestations de prospection et de contrôle qualité fournies par une société Hongkongaise à une société française (requérante) devaient être soumises à la retenue de l'article 182 B car « *effectivement utilisé[e]s par la société requérante pour opérer en France des choix de gestion relatifs, d'une part, à la phase de mise en production des objets qu'elle avait conçus et, d'autre part, à la phase de commercialisation des biens produits en Chine conformément à ses prescriptions* ».

La fourniture matérielle de la prestation en France par une entreprise étrangère ne constitue ainsi pas l'unique critère de rattachement territorial. Un autre critère, tenant cette fois-ci à l'utilisation effective par le débiteur d'une prestation fournie ou exécutée depuis l'étranger pour les besoins de son activité en France, permet l'exercice du pouvoir d'imposition de la France en tant qu'État de source. Cette utilisation peut se matérialiser, à la lecture de l'arrêt, dans deux situations. La première lorsque l'usage fait par le débiteur français de la prestation réalisée à l'étranger (ex. étude technique, conseil...) impacte directement les décisions afférentes à une activité commerciale menée en France. La deuxième, évoquée par la rapporteure publique E. BOKDAM-TOGNETTI dans ses conclusions, se traduisant « *par le caractère nécessaire de ces prestations pour l'activité réalisée en France et par leur insertion et imbrication étroite dans le processus commercial français* »¹⁰²⁸. Ainsi, « *l'importance du rôle joué par la société [étrangère] dans le cycle de production et de distribution des objets vendus [par la société française]* »¹⁰²⁹ ou encore « *le rôle joué dans le cycle de production des produits commercialisés en France* »¹⁰³⁰ sont autant d'éléments

¹⁰²⁵Pour pallier cette difficulté, un mécanisme de représentation prenant appui sur les pratiques en matière de TVA pourrait être adopté.

¹⁰²⁶CE, 9e et 10e ch., *Sté Sud Trading Company*, *préc.*

¹⁰²⁷V. notamment CAA, Paris, 7e ch., 23 octobre 2017, n° 15PA02185, SAS Prominent Europe France ; CAA, Versailles, 7e ch., 18 mai 2017, n° 16VE02518, SAS Mandalay Prestige ; CAA, Douai, 1re ch., 23 mars 2017, n° 15DA01289, Act'Impor.

¹⁰²⁸E. BOKDAM-TOGNETTI, *préc.*, § 2.

¹⁰²⁹CAA, Versailles, 7e ch., 18 mai 2017, n° 16VE02518, *préc.*, considérant n°3.

¹⁰³⁰CAA, Douai, 1re ch., 23 mars 2017, n° 15DA01289, *préc.*, considérant n°4.

qui permettaient de démontrer au sens de l'article 182 B que la prestation, bien que réalisée à l'étranger, était utilisée en France car conditionnant la commercialisation des produits que le débiteur destinait au marché français¹⁰³¹. Si la solution doit être approuvée en ce que le lien est ici certain entre l'utilisation effective de la prestation et la France pour justifier l'exercice de son droit d'imposition, la réponse apportée par le CE au moyen du pourvoi relatif à l'opposabilité d'une instruction fiscale est moins convaincante. Cette instruction du 26 juillet 1977 précisait que la RALS n'avait pas à être prélevée « *lorsque le débiteur est domicilié ou établi en France, aux prestations fournies hors du territoire national dans la mesure où ces fournitures de services sont l'accessoire des prestations utilisées en France* »¹⁰³². Conformément aux conclusions de la rapporteure publique considérant qu'il était délicat de dégager une interprétation formelle de la loi fiscale au vu du caractère fort peu intelligible de l'instruction, le CE a considéré laconiquement que « *la société Sud Trading Company ne pouvait utilement se prévaloir, sur le fondement de l'article L.80 A du LPF, de l'instruction administrative référencée 5 B-24-77 du 26 juillet 1977, dans les prévisions de laquelle elle n'entre pas* ». Pourtant, l'activité de conception et de ventes d'objets réalisée par la société française ne permettait pas de conclure avec évidence au rejet du caractère accessoire des prestations réalisées à l'étranger. Ce refus du CE apparaît d'autant plus contestable à la lecture de la suite du paragraphe de l'instruction précisant que « *les commissions versées à des personnes non domiciliées en rémunération de démarches et diligences effectuées à l'étranger ne seront pas considérées comme des prestations utilisées en France* »¹⁰³³. En effet, si cet élément n'a été discuté ni par la rapporteure ni par les juges, il n'y avait *a priori* aucun obstacle de principe à considérer que les rémunérations versées par la société française et les PS effectuées par la société Hongkongaise soient respectivement assimilées à des commissions et démarches au sens de l'instruction. Tel n'a cependant pas été la décision Cosfibel du CE qui, dans une affaire factuellement proche, a levé le voile sur les contours du terme « commissions » en considérant « *que les sommes soumises à la retenue à la source prévue au c du I de l'article 182 B du CGI, ne revêtent pas la nature de commissions versées en contrepartie de démarches ou de diligences, mais constituent la rémunération des prestations de conseil, de suivi et de contrôle rendues par la société [étrangère] et effectivement utilisées en France [...]* »¹⁰³⁴.

En conclusion, hors les contraintes émanant de normes supranationales, la

¹⁰³¹K. JESTIN, « Quelques éclaircissements sur l'application de l'article 182 B, I, C du CGI », *Dr. fisc.* n°14, 4 avril 2019, comm. 210, § 2.

¹⁰³²Instr. 26 juill. 1977 : BOI 5 B-24-77, Paragraphe 26 : *Dr. fisc.* 1977, n° 31, instr. 5470

¹⁰³³La jurisprudence du CE est en ce sens, V. CE, 7e et 9e ss-sect., 27 janv. 1986, n° 49541 : *Dr. fisc.* 1986, n° 28, comm. 1324, concl. O. Fouquet ; RJF 3/1986.

¹⁰³⁴CE, 9e et 10e ch., 4 décembre 2019, n°412497, Sté Cosfibel Premium, concl. E. BOKDAM-TOGNETTI.

« discrétionnalité »¹⁰³⁵ dont dispose le législateur dans l'adoption des critères de rattachements de la compétence fiscale produit ses pleins effets. Cette extension sans cesse renouvelée du droit d'imposition de la France en tant qu'État de source, marqueur d'une forme « d'unilatéralisme exacerbé »¹⁰³⁶, pose néanmoins question au regard des exigences posées par le droit international public dans la caractérisation d'un lien suffisant légitimant la taxation d'un État¹⁰³⁷.

III. Le régime d'imposition de la retenue à la source de l'article 182 B du CGI

287. Les difficultés pratiques dans la mise en œuvre de l'article 182 B sont nombreuses. En effet, pour assurer un recouvrement immédiat et efficace de l'IR et de l'IS à l'égard de contribuables établis hors de France, la RALS repose sur des modalités particulières, d'une part, de liquidation et de recouvrement de l'IR et de l'IS (**A**) et, d'autre part, de calcul de son assiette (**B**).

A. L'instauration de modalités particulières de liquidation et de recouvrement de l'impôt

288. L'article 1671 A CGI dispose qu'il revient au débiteur français d'opérer la RALS au moment du paiement des revenus considérés avant de reverser au bénéficiaire étranger le revenu restant. Le bénéficiaire des paiements est alors le contribuable sur lequel pèse économiquement la retenue tandis que le débiteur français en est le redevable légal. En effet, ce dernier est « *en droit de réclamer au prestataire le montant de l'imposition qu'il a versée pour son compte au Trésor public sans l'avoir déduit au préalable du prix des prestations* »¹⁰³⁸. En cas de défaillance du débiteur dans la collecte, le montant des rappels de droit ainsi que les intérêts et majorations prévues aux articles 1728 et 1729 CGI seront mis à sa charge. La retenue, en ce qu'elle est un acompte sur l'impôt, doit ensuite être imputée sur l'IR et l'IS dus par le bénéficiaire. Plus précisément en matière d'IS, le CE a rappelé dans l'arrêt *Easyvista* du 17 juillet 2017 qu'« *aux termes (...) de l'article 219 quinquies du CGI : "La retenue à la source perçue en application de l'article 182 B est imputable sur le montant de l'IS éventuellement exigible à raison des revenus qui l'ont supportée"* »¹⁰³⁹. Dans la situation où le montant de la RALS est supérieur au montant exigible, l'excédent est restitué au contribuable qui en fait la demande¹⁰⁴⁰. Si ces développements tendent à assimiler la RALS de l'article 182 B à une

¹⁰³⁵A. KALLERGIS, *La compétence fiscale, préc.*, définit la « discrétionnalité » comme la marge de manœuvre dont l'État compétent dispose dans l'exercice de ses pouvoirs.

¹⁰³⁶Expression reprise de K. JESTIN, *préc.*, à propos de la décision du Sté Sud Trading Company du CE.

¹⁰³⁷Cf. *supra*. § 70.

¹⁰³⁸Cass.com., 12 févr. 2013, n° 11-11.189, Bailleul c/ Sté Sea TPI : JurisData n° 2013-002410 ; RJF 2013, n° 490.

¹⁰³⁹CE, 3e et 8e ch., 17 juillet 2017, n°407269, Sté Easyvista: Dr. fisc. 2017, n° 45, comm. 535, concl. E. CORTOT-BOUCHER, RJF 11/2017, n° 1093.

¹⁰⁴⁰CE, 3e et 8e ch., 17 février 2015, n°373230, JurisData n° 2015-003215 ; Dr. fisc. 2015, n° 18, comm. 297, concl. E. CORTOT-BOUCHER, note A. MAITROT DE LA MOTTE ; RJF 5/2015, n° 380

simple technique d'imposition visant à garantir l'efficacité du recouvrement de l'impôt, tel n'est plus le cas lorsque l'entreprise étrangère bénéficiaire des revenus ne dispose pas d'une entreprise exploitée en France au sens de l'article 209 I CGI. Dans cette situation, le CE considère que la RALS est une « imposition distincte » et non un acompte sur le paiement de l'IS puisque le contribuable étranger n'est passible d'aucun impôt en France¹⁰⁴¹. Reste désormais à déterminer si cette imposition constitue une différence de traitement contraire aux exigences constitutionnelles et européennes au regard des modalités de calcul de la RALS entre contribuables disposant d'une installation professionnelle permanente en France et ceux n'en disposant pas.

B. Les modalités de calcul de la retenue à la source

289. La récente modification de l'article 182 B par la loi de finances pour 2021 est finalement revenue sur le principe selon lequel ne peuvent être déduites de la retenue les charges exposées par le bénéficiaire des revenus à raison de l'activité non-commerciale exercée en France ou des prestations qui y sont fournies ou utilisées. Le traitement des revenus perçus par des personnes morales étrangères est donc désormais aligné avec celui des personnes physiques relevant de l'IR qui étaient d'ores-et-déjà en capacité de déduire, dans le calcul de l'assiette de la retenue, toutes les charges exposées pour la conservation ou l'acquisition du revenu « *selon les règles applicables aux revenus de même nature perçus par les personnes qui ont leur domicile fiscal en France* »¹⁰⁴². Le CE avait en effet jugé dès 2015 que, lorsqu'elle frappe des revenus perçus par des non-résidents passibles de l'IR en France, la RALS « *doit être regardée comme un acompte sur le paiement de l'IR, dont l'assiette est déterminée conformément à l'article 197 A* »¹⁰⁴³. L'égalité de traitement apparaît ainsi acquise entre contribuables résidents et non-résidents passibles de l'IR, l'impôt ne pouvant excéder celui qui serait exigible d'un résident percevant les mêmes revenus¹⁰⁴⁴. Toute différence potentielle de traitement entre des personnes morales étrangères relevant de l'article 182 B et des résidents dans une situation comparable n'est pour autant pas supprimée, notamment lorsqu'il est mis en perspective la méthode de calcul adoptée en cas de rappel relatif à l'absence de collecte de la retenue par le débiteur. En effet, la prise en charge par le débiteur de la collecte de la retenue est considérée pour le bénéficiaire comme un avantage indirect qui doit

¹⁰⁴¹CE, 3e et 8e ch., 17 juillet 2017, Sté Easyvista, *préc.*

¹⁰⁴²Article 164 A du CGI.

¹⁰⁴³CE, 3e et 8e ss-sect., 17 févr. 2015, n° 373230, *préc.*

¹⁰⁴⁴ P. DEROUIN, « La retenue à la source de l'article 182 B à l'épreuve du principe d'égalité et des droits de la défense », *Dr. fisc.* n° 45, 9 novembre 2017, 532, Paragraphe 10. L'auteur note néanmoins que l'égalité de traitement n'est pas totale, les personnes physiques étrangères passibles de l'IR subissant un décalage de trésorerie relatif à l'acquittement immédiat de la retenue ainsi que des charges administratives plus importantes liées à la formulation de la demande de remboursement *a posteriori*.

s'ajouter, par l'application de la méthode « en dehors », au revenu servant de base au prélèvement. Le CE a dans cette mesure considéré que « *l'assiette de l'amende dont il [le débiteur] est passible en vertu de l'article 1768 comprend, en plus de la somme qu'il a effectivement payée au bénéficiaire, un montant égal à l'avantage résultant, pour ce dernier, de ce que la somme reçue n'a pas supporté la retenue* »¹⁰⁴⁵. En d'autres termes, l'assiette de la retenue est égale au montant effectivement versé par le débiteur français augmentée de la retenue que ce versement implique. Ainsi, ne commet pas d'erreur de droit la CAA qui considère que « *la prise en charge par le débiteur du montant de la RALS, sans qu'il en demande le remboursement à son bénéficiaire, constitue un supplément de rémunération qui doit être intégré dans le calcul de cette même retenue à la source* »¹⁰⁴⁶.

Paragraphe 2 : Une extension largement limitée en présence de normes supranationales

290. La liberté des États dans l'adoption de critères de rattachement à leur compétence normative se voit en pratique doublement limitée par le contenu des conventions fiscales (I) et des exigences posées par le droit de l'UE (II). Cependant, même dans ces situations, une résurgence des mécanismes de droit interne peut survenir lorsque l'entreprise étrangère organise son activité de sorte à bénéficier indûment des avantages fiscaux octroyés par ces normes supranationales (III).

I. Une neutralisation par l'application des conventions fiscales bilatérales

291. Si la question de la qualification fiscale des revenus en droit interne revêt une importance relative, l'article 182 B du CGI réservant un traitement similaire aux redevances ou aux revenus de PS, elle présente néanmoins un intérêt fondamental en droit conventionnel. En effet, si les bénéficiaires d'entreprises¹⁰⁴⁷ sont, en vertu de l'article 7-1 du modèle OCDE, imposables exclusivement dans l'État de résidence de l'entreprise sauf à ce que cette dernière réalise son activité dans un autre État par l'intermédiaire d'un ES, les redevances ne suivent elles pas un régime d'imposition uniforme. Dans certaines conventions fiscales, principalement celles conclues avec des États en développement, la France s'écarte du principe d'imposition exclusive des redevances dans l'État de résidence promu par l'OCDE¹⁰⁴⁸, pour opérer un partage d'imposition entre l'État de source

¹⁰⁴⁵CE, 8e et 9e ss-sect., 13 mars 1996, n° 148038 et 165436 : Dr. fisc. 1996, n° 29, comm. 943, concl. J. ARRIGHI DE CASANOVA ; RJF 5/1996, n° 586 ; BGFE 6/1996, p. 20, obs. J.-M. TIRARD.

¹⁰⁴⁶CE, 8e et 3e ch., 22 nov. 2019, n° 423698, SAEM de gestion du Port Vauban, concl. K. CIAVALDINI, note A. MAITROT DE LA MOTTE : JurisData n° 2019-020727.

¹⁰⁴⁷Les commentaires OCDE pallient à l'absence de définition donnée de la notion de « bénéficiaires » par la convention modèle en précisant qu'elle doit être entendue dans un sens large en comprenant l'ensemble des revenus tirés de l'exploitation d'une entreprise (C (7), n°71).

¹⁰⁴⁸La France est cependant largement favorable dans la négociation des conventions fiscales bilatérales à l'instauration

et de résidence. Un droit prioritaire d'imposition est alors reconnu à l'État source, l'État de résidence devant alléger la double-imposition potentielle en accordant un crédit d'impôt égal au montant de la RALS. Dès lors, pour éviter que ne se multiplient les divergences de qualification entre États, source d'une double-imposition pour l'entreprise bénéficiaire des revenus¹⁰⁴⁹, des critères favorisant une distinction nette entre bénéfices d'entreprises et redevances¹⁰⁵⁰ doivent être privilégiés (A). La particularité de certains modèles d'affaires numérisés complexifie cependant cet exercice. En effet, les difficultés liées, d'une part, au tracé d'une ligne de démarcation entre biens et services dans le cadre d'activités industrielles numérisées (ex. impression 3D) et, d'autre part, au caractère parfois composite des contrats relatifs à des transactions numériques invitent à moduler les critères de qualification fiscale classiquement retenus pour les adapter aux spécificités de cette économie (B).

A. La qualification fiscale des revenus en droit conventionnel : la distinction entre bénéfices d'entreprise et redevances

292. Dans un souci d'éviter qu'un revenu ne puisse être intégré dans plusieurs catégories, les commentaires OCDE ont adopté « *une règle d'interprétation selon laquelle les articles applicables à des catégories spécifiques de revenus ont priorité sur l'article 7* »¹⁰⁵¹. Il convient ainsi de déterminer dans un premier temps si les rémunérations constituent des redevances. Dans la négative, ces revenus seront assimilés à des bénéfices d'entreprise. La notion de redevances, dans la version actuelle¹⁰⁵² de l'article 12-2 du modèle OCDE¹⁰⁵³, englobe les versements reçus en contrepartie, d'une part, de l'usage ou de la concession des divers éléments de P.I, littéraire et artistique spécifiés dans le texte du modèle et, d'autre part, d'un transfert de « savoir-faire » technique. Les principaux enjeux se situent alors dans la délimitation de cette dernière notion, caractérisée par l'expression « *informations ayant trait à une expérience acquise* », la pratique

d'une imposition exclusive des entreprises dans l'État de résidence.

¹⁰⁴⁹F. HUET, *La fiscalité du commerce électronique*, Éditions Litec, 2000, p. 199.

¹⁰⁵⁰Le régime d'imposition des « gains en capital » (article 13 du modèle OCDE) ne fera pas l'objet d'un traitement distinct dans la présente étude. Son champ d'application, limité aux gains provenant de l'aliénation de biens immobiliers, ne pose en effet pas de difficultés particulières dans la qualification internationale des flux de rémunérations.

¹⁰⁵¹Commentaires OCDE, C (5), n°74.

¹⁰⁵²La plus substantielle modification de l'article 12 est intervenue suite à un rapport OCDE du 23 juillet 1992 excluant de la définition des redevances « les paiements de toute nature pour l'usage ou la concession de l'usage d'un équipement industriel, commercial ou scientifique ». Selon le modèle OCDE, ces revenus font désormais parti de la catégorie des bénéfices d'entreprise. Néanmoins, de nombreuses conventions fiscales conclues par la France intègrent dans la définition des redevances ce type de paiement. V. par exemple pour les conventions conclues antérieurement à 1992 : l'Allemagne, le Brésil, la Chine, le Royaume-Uni ; Pour les conventions conclues postérieurement : l'Albanie, l'Algérie, le Chili, l'Espagne, Israël, le Japon, la Lettonie, la Lituanie, et le Vietnam.

¹⁰⁵³La notion de redevances désigne les « *rémunérations de toute nature payées pour l'usage ou la concession de l'usage d'un droit d'auteur sur une œuvre littéraire, artistique ou scientifique, y compris les films cinématographiques, d'un brevet, d'une marque de fabrique ou de commerce, d'un dessin ou d'un modèle, d'un plan, d'une formule ou d'un procédé secrets et pour des informations ayant trait à une expérience acquise dans le domaine industriel, commercial ou scientifique* ».

conventionnelle pouvant diverger dans le traitement fiscal des revenus tirés de PS ou de la mise à disposition d'incorporels (1). Se prononcer sur la qualification fiscale de flux de rémunérations isolés ne permet cependant pas de rendre compte de la complexité de certains engagements contractuels où se mêlent fourniture de PS techniques et mise à disposition d'incorporels uniques et de valeur (contrat mixte). Dès lors, les difficultés de qualification fiscale s'accroissent à mesure que les sommes perçues se rapportent à la réalisation d'obligations contractuelles diverses et variées (2).

1. Le transfert d'un « savoir-faire » au client : une qualification des revenus en redevances

293. Un critère *a priori* clair de rattachement des revenus issus de la fourniture de PS à la catégorie des redevances ressort du modèle OCDE : la communication par le prestataire d'une expérience acquise. Néanmoins, l'étude des commentaires OCDE (a) et de la jurisprudence fiscale française (b) démontrent des difficultés à manier ce critère à l'égard de contrats où le prestataire s'engage à fournir des PS techniques uniques et à forte valeur ajoutée.

a. Les commentaires OCDE dans l'identification d'un transfert de « savoir-faire »

294. La délimitation des contours de la notion de « savoir-faire » est délicate à effectuer. En effet, « *quelle grande entreprise n'a pas développé une particularité, une originalité, placée au cœur de la réussite de son modèle économique et lui conférant incontestablement un avantage concurrentiel ?* »¹⁰⁵⁴. Cette notion intègre-t-elle ainsi en son champ l'ensemble des services à forte valeur ajoutée fournis par une entreprise prestataire ? L'étude des textes juridiques permet de répondre négativement à cette question. En effet, si la législation française n'en donne aucune définition explicite¹⁰⁵⁵, la doctrine administrative¹⁰⁵⁶ dégage en matière fiscale des critères constitutifs du « savoir-faire » en se fondant sur un règlement européen du 27 avril 2007 concernant les accords de transfert et de technologie¹⁰⁵⁷. Aux termes de ce règlement, le « savoir-faire » s'entend d'un ensemble d'informations pratiques non-brevetées, résultant de l'expérience et testées, qui est : secret, substantiel et identifié. Les commentaires de l'article 12 du modèle OCDE retiennent en substance

¹⁰⁵⁴A. LORAN, H. CHRISTOPHE, « Le savoir-faire : le parent pauvre des incorporels ? », *Dr. fisc.* n° 40, 6 octobre 2016, 524.

¹⁰⁵⁵Seule la notion de « secret de fabrication » est définie par le code de la propriété intellectuelle qui en sanctionne la révélation ou la tentative de révélation (L.621-1 du CPI). Les critères de qualification du « secret de fabrication » sont proches de ceux de la notion de « savoir-faire ». En effet, il doit être tenu secret par son détenteur, présenter une certaine originalité et offrir un intérêt pratique et commercial (Cass. crim., 20 juin 1973, n° 72-92.270 : Bull. crim., n° 289 ; Ann. propr. ind. 1974, p. 85). Comme le notent A. LORAN et H. CHRISTOPHE, préc., Paragraphe 4, cette notion fait toutefois l'objet d'une interprétation très restrictive des juridictions puisqu'elle se cantonne à la protection de procédés techniques à caractère industriel.

¹⁰⁵⁶BOI-IS-CHAMP-50-10, n° 380.

¹⁰⁵⁷Règlement CE, n°772/2004 de la Commission du 27 avril 2004.

les mêmes critères, le « savoir-faire » renvoyant « à des informations non révélées au public de nature industrielle, commerciale ou scientifique ayant trait à une expérience acquise qui trouvent une application pratique dans l'exploitation d'une entreprise et dont la divulgation peut générer un avantage économique »¹⁰⁵⁸. L'adjectif « acquise » est ici central et permet d'établir une première distinction avec les contrats de PS. Les rémunérations versées ne constituent ainsi des redevances que lorsque les informations obtenues du prestataire existaient préalablement à l'exécution de la prestation. À défaut, ces rémunérations sont qualifiées de bénéfiques d'entreprises¹⁰⁵⁹. L'analyse de la nature des informations fournies ou utilisées permet d'établir une deuxième distinction entre bénéfiques d'entreprise et redevances¹⁰⁶⁰. Alors que la fourniture d'informations non-divulguées au public par un prestataire est susceptible de révéler l'existence d'un transfert de savoir-faire, les sommes se rapportant à une activité basée sur les connaissances usuelles d'une profession constituent des bénéfiques d'entreprise. Toutefois, l'utilisation par le prestataire d'une compétence ou expérience particulière dans la fourniture du service n'exclut pas en toutes circonstances les revenus perçus de la catégorie des bénéfiques. En effet, encore faut-il, pour que les versements constituent des redevances, qu'ils aient été versés en contrepartie d'un transfert effectif du savoir-faire au client. Ainsi, les informations préexistantes et secrètes utilisées par le prestataire ne doivent pas seulement revêtir un caractère transmissible mais avoir été effectivement transférées au client pour que ce dernier soit en mesure de les utiliser pour son propre compte¹⁰⁶¹. Enfin, de manière plus discutable, l'OCDE procède à une distinction entre transfert de savoir-faire et contrat de services en fonction du niveau de dépenses engagées. Ce dernier nécessiterait l'engagement d'importantes dépenses au contraire du premier qui se limiterait à la délivrance d'informations et de connaissances déjà existantes¹⁰⁶². Pourtant, force est de constater que la pratique démontre que les dépenses engagées dans ces deux contrats peuvent être substantielles, seul différant leur moment d'engagement (pour le savoir-faire avant sa transmission tandis que pour le contrat de services durant toute la phase d'exécution de la prestation). La diversité des coûts susceptibles d'être exposés dans la réalisation de ces contrats atténue en outre cette différence temporelle. Ainsi, « *il apparaît en pratique difficile de bien retracer les coûts qui, dans les deux cas, peuvent être des coûts de recherche, de conception, d'essais, de développement de dessins ou d'autres activités connexes, ou encore des coûts de sous-*

¹⁰⁵⁸Commentaires OCDE, C (12), n°11.

¹⁰⁵⁹*Ibid.*

¹⁰⁶⁰E. NAJJAR, *Impact of Digital Economy on Taxation and Characterization of Income*, Mémoire, Prix IFA, Université Paris I Sorbonne, 2014-2015, p. 64.

¹⁰⁶¹L'exemple classique est celui du contrat de franchise par lequel le franchisé développe le savoir-faire transmis initialement par le franchiseur dans un but de réaliser un meilleur impact sur le marché et de développer l'activité commerciale des entreprises concernées.

¹⁰⁶²Commentaires OCDE, C (12), n°11.3.

traitance ni activés ni ventilés »¹⁰⁶³.

b. La jurisprudence fiscale dans l'identification d'un transfert de « savoir-faire »

295. La jurisprudence fiscale ne donne que peu d'indications sur la délimitation de la notion de « savoir-faire » dans un contexte conventionnel, le CE ne s'étant à l'heure actuelle pas prononcé sur cette question. Les difficultés à distinguer une ligne jurisprudentielle claire sont d'autant plus grandes que l'analyse est effectuée *in concreto*. Il peut cependant être noté une certaine conformité des quelques décisions rendues par les juridictions du fond avec les commentaires OCDE. En effet, dans un arrêt du 14 avril 2005, la CAA de Paris a jugé que les sommes versées par une société française à des personnes établies en Suisse, au Canada, en Australie, en Italie et aux États-Unis en contrepartie de missions de conseil sur les orientations et la stratégie de recherche de la société ou à des études pharmaco-cliniques, sans mise à disposition d'un droit de P.I, ne pouvaient être regardées, en dépit du caractère confidentiel de ces prestations, comme des redevances payées pour des informations ayant trait à une expérience acquise¹⁰⁶⁴. Les rémunérations relatives à la réalisation de travaux de recherche ne sont ainsi pas des redevances en ce qu'ils ne portent pas sur des connaissances déjà acquises. De même, dans une espèce où une société française réalisait des PS notamment de prélèvements d'échantillons de forage géotechnique au large des côtes indiennes par le biais d'employés français et anglais tout en formant du personnel indien, la CAA de Paris a considéré que les rémunérations versées à ce titre ne constituaient pas des redevances mais des « fournitures de services techniques » au sens de l'article 16 de l'ancienne convention franco-indienne¹⁰⁶⁵. L'un des objectifs de l'opération était pourtant bien de former sur le tas des employés indiens afin d'améliorer la réalisation des prestations en Inde. Il pouvait ainsi tout au contraire être considéré que les personnels expatriés de la société française transmettaient progressivement aux techniciens indiens un savoir-faire et des informations pouvant s'assimiler à « *des informations concernant des expériences d'ordre scientifique mentionnées à l'article 7 de la convention* »¹⁰⁶⁶. En effet, la société indienne ne profitait pas seulement des PS techniques fournies par la société

¹⁰⁶³A. LORAN, H. CHRISTOPHE, *préc.*, § 3.

¹⁰⁶⁴CAA Paris, 2e ch., 14 avr. 2005, n° 00PA02801, Sté Parke-Davis SCA :JurisData n° 2005-296794 ; Dr. fisc. 2006, n° 16, comm. 345 ; RJF 2005, n° 1083.

¹⁰⁶⁵CAA Paris, 2e ch., 1er juin 2005, n° 01PA02850, SA URS France, 1er juin 2005.

¹⁰⁶⁶La caractérisation de l'activité réalisée par la société française en « fourniture de services techniques » au sens de l'article 16 de l'ancienne convention franco-indienne a eu pour conséquence l'imposition en Inde des rémunérations versées par l'entreprise indienne dans la mesure où lesdites rémunérations avaient trait à des activités effectivement exercées dans cet État. La société française cherchait au contraire à démontrer que les rémunérations versées constituaient des « redevances » impliquant qu'elle puisse déduire en France les charges exposées en raison de son activité. Cependant, dès lors qu'était attribué conventionnellement à l'Inde le pouvoir d'imposition, l'administration fiscale pouvait s'opposer à ce que les opérations en cause, déficitaires, soient prises en compte dans l'établissement de l'impôt de la société en France.

française mais était mise en mesure, suite à la formation des personnels indiens, de les utiliser pour améliorer l'exercice de son activité¹⁰⁶⁷. En d'autres termes, le « savoir-faire » ne demeurait pas en la possession du prestataire mais était transmis effectivement à la société indienne. Postérieurement, la CAA de Marseille a, dans un arrêt du 14 mai 2009, adopté une lecture extensive de la notion de redevances en se détachant des commentaires du modèle OCDE¹⁰⁶⁸. En effet, la cour a considéré, au sens de la convention franco-monégasque, que des sommes se rapportant à des prestations de gestion administratives et financières, en raison de la périodicité des versements, présentaient le caractère de redevances. Or, la périodicité des versements ne constitue assurément pas une condition suffisante pour conclure à la qualification de redevances, « *d'autant que la plupart des grands groupes facturent périodiquement non seulement les prestations de mise à disposition d'incorporels mais également les prestations de services administratifs* »¹⁰⁶⁹. Enfin, en ce que le pouvoir de requalification de l'administration fiscale ne souffre d'aucune limitation lorsque la réalité de la relation entre les parties ne correspond pas aux stipulations contractuelles, le TA de Rouen a jugé que les sommes versées par une société française à une société américaine, en vertu d'une convention « d'encadrement technique et commercial », constituaient non pas des bénéfices d'entreprise mais des redevances au sens de la convention franco-américaine¹⁰⁷⁰. Là encore, la décision surprend, le TA s'étant contenté laconiquement de conclure à la qualification de redevances sans vérifier la réunion des critères du « savoir-faire ». Pourtant, la diversité des prestations fournies par la société américaine, incluant notamment des prestations d'assistance technique¹⁰⁷¹, invitait à une analyse plus fine des versements effectués aux fins de leur attribuer individuellement un traitement fiscal approprié. Si la décision du TA de conférer à l'ensemble des rémunérations versées la qualification de redevances apparaît alors discutable, elle trouve cependant une explication dans l'application de la règle de l'accessoire.

2. La qualification fiscale des revenus dans les contrats mixtes

296. Concernant la qualification fiscale des revenus perçus dans les contrats mixtes, l'OCDE recommande de décomposer le montant total des rémunérations en fonction des prestations

¹⁰⁶⁷La rapporteur publique Muriel DEROG dans un arrêt de la CAA de Versailles (4 juin 2019, n° 17VE01685) exprimait cette idée en notant pour caractériser un « savoir-faire » que « [le client] ne doit pas seulement profiter des connaissances acquises par le prestataire mais il doit réellement pouvoir en user lui-même ».

¹⁰⁶⁸CAA Marseille, 3e ch., 14 mai 2009, n° 06MA03380, Sté Office Maritime Monégasque France – appel de TA Marseille, 9 oct. 2006, n° 0203363.

¹⁰⁶⁹A.LORAN, H. CHRISTOPHE, *préc.*, § 13.

¹⁰⁷⁰TA Rouen, 2e ch., 3 mars 2011, n° 0902041, SAS Cuisine solution Europe : RJF 2011, n° 1356.

¹⁰⁷¹L'administration fiscale considère que les sommes versées pour rémunérer des prestations d'assistance technique ne constituent pas des redevances mais des bénéfices d'entreprise ou exceptionnellement, lorsqu'un article conventionnel le mentionne explicitement, des PS techniques (ex. convention franco-indienne article 13-4 où ces prestations suivent le même régime d'imposition que les redevances).

fournies et de les soumettre chacune au régime fiscal approprié. Cependant, lorsqu'une « *des prestations convenues constitue de loin l'objet principal du contrat* »¹⁰⁷², un traitement fiscal uniforme devra, en vertu de la règle de l'accessoire, être accordé à l'ensemble des rémunérations. Par exemple, dans un contrat de franchise, le franchiseur accorde au franchisé le droit d'utiliser la marque, lui communique les connaissances et expériences acquises dans l'exercice de son activité et peut éventuellement lui fournir des prestations d'assistance technique. La fourniture de ces prestations revête ici un caractère marginal par rapport à la mise à disposition de la marque et du transfert du « savoir-faire ». Ainsi, en ce que l'engagement annexe suit le régime du principal, les sommes rémunérant les services d'assistances techniques, pourtant constitutives indépendamment de bénéfices d'entreprise, s'assimilent à des redevances. Néanmoins, lorsque les engagements contractuels sont de nature variés sans que le caractère accessoire d'un type de prestation ne ressorte à l'évidence, l'identification de « l'objet principal » du contrat se complexifie grandement. Dès lors, en laissant place à un choix subjectif dans la détermination de « l'objet principal », le risque de contentieux dû à une divergence d'appréciation avec l'administration fiscale s'accroît.

Similairement aux développements concernant la délimitation de la notion de « savoir-faire », les quelques précédents jurisprudentiels ne permettent pas l'établissement d'une distinction claire entre l'objet « principal » et « secondaire » du contrat. Ainsi, la CAA de Paris a pu juger dans un arrêt relatif à un contrat dans lequel une société française fournissait des prestations de conseils et d'assistance et réalisait des études réglementaires et d'opportunité pour le compte de deux sociétés marocaines, que ces études, dont les rémunérations étaient assimilées à des redevances au sens de l'article 16, c de la convention franco-marocaine, revêtaient un caractère accessoire au regard des prestations fournies¹⁰⁷³. Dès lors, l'ensemble des rémunérations devait suivre le régime d'imposition des bénéfices et être taxées uniquement à l'IS français en dépit du déploiement au Maroc d'un ES. Pourtant, la mise en perspective de l'objet des PS fournies par la société française permettait de douter du caractère accessoire des études réalisées. En effet, ces prestations avaient pour but d'aider la société marocaine à obtenir une licence en tant qu'opérateur téléphonique. Peut-on dès lors estimer que la réalisation d'études visant à se prononcer sur l'opportunité d'exercer une activité d'opérateur téléphonique revêtait un caractère accessoire au regard desdites prestations de conseils et d'assistance ? Dans le même sens, la CAA de Paris dans l'arrêt du 1er juin 2005 susmentionné, a considéré que l'ensemble des rémunérations devait être imposé sous le régime des « fournitures de services techniques » en ce que le but essentiel de l'opération n'était pas la formation de personnel indien avec le transfert subséquent d'un savoir-faire technique mais la réalisation pour le compte de

¹⁰⁷²Commentaires OCDE, C (12), n°11.6.

¹⁰⁷³CAA Paris, 10e ch., 27 nov. 2012, n° 11PA05286, Sté Pradel Global Advisors – en appel de TA Paris, 19 oct. 2011, n° 1012869/1-1.

la société indienne des PS techniques de forage géotechnique¹⁰⁷⁴. L'absence de rémunération distincte pour la formation des personnels indiens dans le contrat a sans doute constitué l'élément déterminant dans le choix opéré par la Cour. En effet, la stipulation d'un coût global en contrepartie de l'exécution de l'ensemble des engagements contractuels est un indice non-négligeable de ce qu'un élément, dont la rémunération n'a pas été spécifiée, revêt un caractère marginal.

B. La qualification fiscale des revenus d'activités numérisées

297. La numérisation de l'économie, et plus particulièrement l'émergence de nouveaux modèles d'affaires, complexifie l'exercice de qualification fiscale des revenus. Le droit éprouve en effet des difficultés à définir, de part son caractère protéiforme, la notion de « produit numérique »¹⁰⁷⁵. Dans cette mesure, le droit de la P.I paraît constituer un palliatif pertinent dans la régulation des activités basées sur la fourniture de produits sur un support dématérialisé¹⁰⁷⁶. L'OCDE considère en effet que la qualification fiscale des paiements reçus dans des transactions faisant intervenir un logiciel et plus généralement tout produit numérique dépend du traitement reçu en droit de la P.I (1). Pour les contrats relatifs aux transferts de données dans un contexte B2B (2) ou encore ceux de *Cloud computing* (3), il convient de raisonner par analogie avec les principes précédemment décrits pour déterminer si le client bénéficie ou non de la communication d'une expérience acquise.

1. Les contrats portant sur le transfert d'un logiciel

298. La référence aux commentaires OCDE concernant le traitement fiscal des revenus portant sur le transfert de logiciels est, au regard du silence quasi-systématique des conventions conclues par la France sur ce point, primordiale¹⁰⁷⁷. Ainsi, selon ces commentaires, la nature des droits que le bénéficiaire acquiert dans le cadre de l'accord particulier concernant l'utilisation et l'exploitation du programme informatique induit la qualification des revenus¹⁰⁷⁸. Dès lors, lorsque le

¹⁰⁷⁴CAA Paris, 2e ch., 1er juin 2005, n° 01PA02850, SA URS France, 1er juin 2005. Nous transposons ici les critiques effectuées de cet arrêt au n°227 tenant à ce que le savoir-faire transmis au personnel indien était substantiel et ne pouvait revêtir un simple caractère accessoire par rapport aux PS techniques. La formation sur le tas des personnels indiens permettait en effet à la société indienne, dans un domaine aussi technique que celui du forage géotechnique, d'améliorer fortement la réalisation de son activité.

¹⁰⁷⁵E. NAJJAR, *préc.*

¹⁰⁷⁶*Ibid.*, p. 11-13.

¹⁰⁷⁷Seules les conventions fiscales franco-américaine (art. 12-2), anglaise (art.13-1), russe (art. 12-1 et 2) et tchèque (art. 12-3) font explicitement référence aux logiciels en considérant que les sommes versées en considération de l'usage ou de la concession du droit d'usage d'un logiciel constituent des redevances. La convention franco-italienne (art. 12-3 et 12-4) est elle particulière puisqu'elle assimile les concessions de logiciels à des licences de droit de la propriété industrielle.

¹⁰⁷⁸Commentaires OCDE C (12), n°12.2.

client acquiert une partie des droits d'auteur sur le logiciel, les paiements apparaissent effectués en contrepartie du droit d'utiliser le programme d'une manière qui serait, en l'absence de licence, une violation de la législation relative aux droits d'auteur¹⁰⁷⁹. Par conséquent, en ce que les paiements rémunèrent l'usage de droits d'auteur, ils constituent des redevances. Cette utilisation peut se manifester par le droit de « *reproduire et de distribuer dans le public des logiciels contenant le programme qui fait l'objet des droits d'auteur ou de modifier et de diffuser le programme dans le public* »¹⁰⁸⁰. Cependant, quand le client acquiert seulement le droit de distribuer le logiciel sans pouvoir le reproduire, les sommes s'y rapportant, en l'absence de transfert d'un droit d'usage et/ou de concession, revêtent le caractère de bénéfices d'entreprise¹⁰⁸¹. Dans le même sens, constituent des bénéfices d'entreprise, les rémunérations versées en contrepartie du droit d'utiliser le logiciel en tant que consommateur final. Ces solutions trouvent alors une explication, similairement aux activités traditionnelles, dans l'existence ou non d'un transfert de connaissances acquises en sus du droit d'utiliser le produit. L'application des principes précédemment décrits aux particularités du logiciel permet ainsi d'assimiler les paiements relatifs au transfert de ce produit à des redevances lorsque le bénéficiaire dispose de la capacité de modifier le code source du logiciel pour l'adapter aux besoins de son activité¹⁰⁸². De même, la fourniture d'informations concernant les principes sur lesquels reposent le programme (ex. algorithmes, techniques de programmation...) révèle le transfert de connaissances secrètes au profit du bénéficiaire. Les paiements constituent alors des redevances.

La jurisprudence fiscale dans ce domaine se limite aux récents arrêts du CE du 18 juin 2021 jugeant conformément aux commentaires OCDE que constituent des bénéfices, au sens des conventions franco-brésilienne, marocaine, espagnole et thaïlandaise, les sommes versées en contrepartie de contrats de prestations de maintenance de logiciels, d'intégration de programmes informatiques et de fabrication de progiciels, ces derniers n'ayant pas pour objet de transférer au client, pour son usage, un droit de P.I ou des informations ayant trait à une expérience acquise¹⁰⁸³. Ces prestations visaient en effet à fournir une assistance technique de nature à améliorer les performances du logiciel et non à accorder ou étendre un droit d'utilisation sur-celui. Mais l'intérêt de cette décision se situe surtout dans le rejet de l'application de la règle de l'accessoire, lesdites prestations revêtant un caractère dissociable du droit d'utilisation du logiciel conféré en licence. Deux éléments expliquent ce rejet : d'une part, les clients de la société n'avaient aucunement l'obligation de recourir aux prestations de maintenance suite au droit d'utilisation conféré et, d'autre

¹⁰⁷⁹*Ibid.* n°13.1.

¹⁰⁸⁰*Ibid.*

¹⁰⁸¹*Ibidem* n°14.4.

¹⁰⁸²E. NAJJAR, *préc.*, p.68.

¹⁰⁸³CE, 18 juin 2021, n° 433315, 433323 et 433319, SA Sopra Steria Group – suite à CAA Versailles, 4 juin 2019, n°17VE01685-17VE02481.

part, les deux prestations faisaient l'objet d'une facturation séparée. Ainsi, bien que les rémunérations avaient été considérées par l'État de résidence des débiteurs comme des redevances, l'administration française était en droit de s'opposer à l'imputation des crédits d'impôt correspondant aux montants desdites RALS sur l'IS dont la société prestataire était redevable en France.

299. Ces développements se transposent aisément à d'autres types de revenus d'activités numériques¹⁰⁸⁴. L'on prendra en exemple les revenus tirés de la cession de fichiers 3D imprimables en ce que cette technique d'impression, largement employée par des intermédiaires professionnels (ex. *fab lab*), pose de nombreuses problématiques fiscales¹⁰⁸⁵. Concernant la qualification fiscale des revenus, l'OCDE soulevait déjà, dans l'action 1 de son projet BEPS, une difficulté majeure tenant à ce que cette industrie puisse « évoluer vers l'octroi de licences de modèles conçus pour être imprimés à distance directement par les consommateurs »¹⁰⁸⁶. De part sa flexibilité, cette technologie permet en effet la décentralisation de l'ensemble de la chaîne de production avec comme point final le transfert à l'acheteur du droit d'utiliser le « produit 3D » qui sera alors en charge de l'imprimer¹⁰⁸⁷. Dès lors, les sommes versées en contrepartie de l'octroi de licences constituent-elles des redevances, des bénéfices ou encore des honoraires versés au titre de services techniques ? Là encore, la réponse à apporter est fonction de la nature des droits dont bénéficie l'acheteur, les sommes versées en contrepartie du transfert du fichier imprimable ne pouvant constituer des redevances qu'à la condition que l'acheteur bénéficie de l'expertise grâce à laquelle le fichier a été créé. Ainsi, en raison de la disposition par le créateur sur son fichier imprimable, sous réserve d'originalité, de droits d'auteur, les solutions retenues à l'égard des logiciels apparaissent pleinement transposables. Dès lors, il est possible de considérer que « les règles fiscales actuelles [peuvent] appréhender l'inventivité technique des technologies d'impression 3D »¹⁰⁸⁸.

¹⁰⁸⁴Comme le note l'OCDE, les principes énoncés au titre des logiciels « sont également applicables aux transactions concernant d'autres types de produits numériques tels que des images, des sons ou du texte » (C (12), n°17.1).

¹⁰⁸⁵Cf. G. EXERJEAN, Impression 3D – Le droit fiscal à l'épreuve de l'impression 3D, Dr. fisc. n°50, 10 décembre 2015, 724 pour une étude des problématiques tenant à la fiscalité directe et indirecte dans un contexte interne et internationale ; Pour une étude des problématiques posées par cette activité en droit de la P.I et de la responsabilité civile, G. Courtois, L'impression 3D : chronique d'une révolution juridique annoncée : Lamy Droit de l'immatériel, 2013, p. 99. et C. LE STANC, Impression en 3D et propriété intellectuelle : Propr. industr. 2013, alerte 70 ; De quelques obstacles juridiques à l'usage étendu de l'impression en trois dimensions : Propr. industr. 2014, repère 2 .

¹⁰⁸⁶OCDE, Relever les défis fiscaux posés par la numérisation de l'économie, Action 1, *préc.*, p.67.

¹⁰⁸⁷J. ANGEL GOMEZ REQUENA, « Tax treaty Characterization of Income Derived from Cloud Computing and 3D Printing and the Spanish Approach », *Intertax*, Issue 5, Volume 46, p. 411.

¹⁰⁸⁸G. EXERJEAN, *préc.*

2. Les contrats portant sur le transfert de données

300. La qualification des revenus tirés du transfert de données entre entreprises doit s'étudier sous le prisme de la distinction traditionnelle entre les contrats de savoir-faire et ceux de fourniture de services¹⁰⁸⁹. En effet, lorsqu'une entreprise fournit des données collectées sur des clients potentiels à partir de bases d'informations accessibles publiquement (ex. services de ciblage sur-mesure des données), cette prestation ne révèle le transfert d'aucun savoir-faire au bénéficiaire des données compilées. Les rémunérations versées en contrepartie de cette prestation de services constituent ainsi des bénéfices d'entreprise. En sens inverse, lorsqu'une entreprise fournit des données confidentielles sur ses clients, cette prestation révèle le transfert d'un savoir-faire au bénéficiaire des données « *dans la mesure où elles ont trait à une expérience commerciale acquise par l'entreprise dans le cadre de ses relations avec lesdits clients* »¹⁰⁹⁰. Néanmoins, l'application de ces lignes directrices se complexifient à l'égard d'entreprises qui ne compilent pas uniquement des bases de données dans le but de répondre aux besoins de leurs clients mais proposent des solutions d'analytiques combinées avec des technologies développées en interne. En effet, à partir de quel moment peut-on considérer qu'une entreprise spécialisée dans l'analytique de données n'exerce plus son activité à l'aide des connaissances usuelles de la profession ? Lorsqu'elle met en place un processus complet d'affinage des données collectées ou uniquement à partir du moment où sont utilisés des algorithmes et méthodes qui lui sont propres ? Outre la situation où la règle de l'accessoire s'applique à l'évidence¹⁰⁹¹, seul un découpage des différents types de flux de rémunérations pour les soumettre chacun au régime fiscal approprié permettra d'atténuer les difficultés de qualification fiscale à l'égard d'activités numérisées combinant services et savoir-faire.

3. Les contrats de *Cloud Computing*

301. La transposition des principes décrits en matière de logiciels résout l'essentiel des difficultés posées par la qualification des revenus issus de contrats de *Cloud Computing*¹⁰⁹².

À l'égard des activités SaaS (*Software as a logiciel*) où l'utilisateur bénéficie du droit d'utiliser via Internet le logiciel fourni par l'entreprise de Cloud, il convient en effet de suivre un raisonnement similaire en déterminant la nature des droits acquis par le bénéficiaire. Une difficulté

¹⁰⁸⁹Cf. supra. § 293 et s.

¹⁰⁹⁰Commentaires OCDE, C (12), 11.4.

¹⁰⁹¹Cf. supra. § 296.

¹⁰⁹²Ici encore, la question de la qualification des revenus en « gains de capital », au regard de la spécificité des droits acquis par le bénéficiaire du contrat de Cloud computing, ne se pose pas. En effet, ce type de transaction n'implique pas le transfert de propriété de produits numériques au profit du consommateur, ce dernier disposant uniquement d'un accès à l'infrastructure numérique de l'entreprise de Cloud.

émerge cependant au regard de la pratique contractuelle en ce domaine puisque l'entreprise de Cloud n'apparaît qu'exceptionnellement la personne à l'origine de la conception du logiciel. En effet, généralement, un contrat en amont est conclu entre le créateur du logiciel et l'entreprise de Cloud pour donner droit à cette dernière d'utiliser, d'exploiter et de distribuer le logiciel¹⁰⁹³. Dans cette situation, les paiements versés par l'entreprise de Cloud constituent des redevances. À l'inverse, les paiements sont des bénéfices lorsque l'entreprise dispose uniquement du droit de distribuer le logiciel développé par la personne tierce. Un parallèle peut être dressé avec les applications de streaming de contenus numériques où les paiements effectués par les consommateurs pour télécharger ces contenus devraient constituer par principe, en l'absence de transfert de droits de P.I, des bénéfices d'entreprise. Cependant, comme le démontre l'application iTunes d'Apple, les paiements revêtent des natures diverses en fonction des stipulations contractuelles¹⁰⁹⁴. Classiquement, le contrat conclu en amont avec le titulaire des droits d'auteur prévoit qu'Apple bénéficie de 20 % des versements effectués, la fraction restante étant accordée au titulaire des droits d'auteur soit 80 %. Ainsi, lorsque le contrat stipule qu'Apple acquiert une partie des droits d'auteur sur le contenu numérique, seul 20 % des rémunérations perçues constitue des bénéfices d'entreprise, la fraction restante s'assimilant à des redevances. L'ensemble des paiements constitue en revanche des bénéfices d'entreprise lorsque le contrat ne transfère à Apple aucun droit d'auteur, celle-ci ne disposant alors que d'un droit de distribution sans possibilité de reproduire les données attachées au produit numérique.

À l'égard des transactions IaaS (*Infrastructure as a Service*), aucune difficulté de qualification n'émerge a priori, les revenus revêtant, en l'absence d'un quelconque transfert de droit de la P.I ou de savoir-faire, la nature de bénéfices d'entreprise. Ce constat est cependant moins évident dans les situations où les conventions fiscales incluent à l'article des redevances, l'expression « *paiements de toute nature pour l'usage ou la concession de l'usage d'un équipement industriel, commercial ou scientifique* ». En ce que les clients sont par le biais de l'IaaS en mesure d'externaliser leurs infrastructures informatiques dans un espace virtuel fourni par une entreprise, des doutes émergent sur la possibilité de considérer les sommes s'y rapportant comme rémunérant la location d'une infrastructure. Dès 2001, des éléments de réponses ont été apportés par le CAF de l'OCDE qui s'est attaché, dans le domaine des solutions ASP (application service provider) et de l'entreposage de données, à établir des critères de distinction entre les rémunérations versées en contrepartie de la fourniture de services de celles versées dans le cadre d'une location¹⁰⁹⁵. Ainsi,

¹⁰⁹³E. NAJJAR, *préc.*, p. 24-25.

¹⁰⁹⁴Exemple repris de E. NAJJAR, *préc.*, p. 70.

¹⁰⁹⁵OECD TAG, Tax Treaty Characterisation Issues Arising from E- commerce: Report to Working Party No. 1 of the OECD Committee on Fiscal Affairs, 1 February 2001, p. 12-13.

selon l'OCDE, certains facteurs doivent être réunis pour caractériser une location. Par exemple, le consommateur doit contrôler le matériel fourni, l'avoir en sa possession physique ou l'entreprise prestataire ne doit pas utiliser ce matériel simultanément pour fournir des services à des clients tiers¹⁰⁹⁶. En appliquant ces facteurs aux solutions IaaS, il apparaît que les rémunérations versées, similairement aux activités ASP et d'entreposage de données, constituent des revenus de services. En effet, dans ce type de transactions, l'entreprise prestataire préserve toujours la pleine propriété des infrastructures en en fournissant l'accès simultanément à plusieurs clients. De plus, ces contrats ne se limitent généralement pas à la seule fourniture d'un équipement mais incluent des prestations de maintenance du matériel informatique. Par conséquent, ces contrats constituent des contrats de services et les sommes s'y rapportant revêtent la nature de bénéfices d'entreprises¹⁰⁹⁷.

II. Une neutralisation par l'application du droit de l'UE

302. Les limitations à la liberté de mise en œuvre des RALS par les États membres de l'UE se situent au regard des exigences normatives et juridictionnelles. En effet, certaines directives européennes prohibent le prélèvement d'une retenue à l'égard de certains revenus (A) tandis que la CJUE dans son contrôle s'assure que les RALS ne revêtent pas un caractère discriminatoire (B).

A. L'élimination des retenues à la source par le biais des directives européennes

303. Les RALS ne peuvent, en vertu des directives « mères-filiales »¹⁰⁹⁸ et « intérêts-redevances »¹⁰⁹⁹ s'appliquer aux dividendes versés par les filiales d'un État membre à leur sociétés mères étrangères d'un autre État membre ainsi qu'aux intérêts et redevances versés entre des sociétés associées¹¹⁰⁰ ou des ES tous résidents d'États membres de l'UE. Plus spécifiquement concernant la notion de « redevances », la directive européenne retient un champ d'application plus large que celui du modèle OCDE actuel en y intégrant les paiements reçus pour l'usage ou la

¹⁰⁹⁶*Ibid.*

¹⁰⁹⁷A. BAL, « The Sky's the Limit – Cloud-Based Services in an International Perspective », *Bull.Int.Tax.* 2014, 519 ; O. HEINSEN and O. VOSS, « Cloud Computing under Double Tax Treaties: A German Perspective », *Intertax* 2012, 591.

¹⁰⁹⁸Directive 90/435/CEE du Conseil du 23 juillet 1990 concernant le régime fiscal commun applicable aux sociétés mères et filiales d'États membres différents, modifiée par la directive n°2004/123/CE du 22 décembre 2004 puis recodifiée par la directive 2011/96/UE du 30 novembre 2011.

¹⁰⁹⁹Directive 2003/49/CE du Conseil du 3 juin 2003 concernant un régime fiscal commun applicable aux paiements d'intérêts et de redevances effectués entre des sociétés associées d'états membres différents.

¹¹⁰⁰Dispose de la qualité de personne associée au sens de la directive, une personne qui détient une participation directe d'au moins 25 % dans le capital de l'autre personne morale ou lorsque l'autre personne morale détient une participation directe d'au moins 25 % dans son capital ou lorsqu'une troisième personne morale détient une participation directe d'au moins 25 % dans son capital et dans le capital de l'autre personne morale et à condition dans tous les cas que cette participation soit détenue de façon ininterrompue depuis 2 ans au moins ou fasse l'objet d'un engagement selon lequel elle sera conservée de façon ininterrompue pendant un délai de 2 ans au moins.

concession de l'usage d'un droit relatif à des équipements industriels, commerciaux ou scientifiques.

B. L'élimination des retenues à la source au caractère discriminatoire : l'impact de la jurisprudence européenne dans l'application de l'article 182 B

304. Saisi d'une QPC relative à la constitutionnalité de l'article 182 B, I, c, le CC a, par une décision du 24 mai 2019¹¹⁰¹, considéré que cet article instaurait une différence de traitement entre les contribuables disposant d'une installation professionnelle permanente en France et ceux n'en disposant pas en ce que ces derniers, contrairement aux premiers, supportaient un impôt assis sur leur CA sans possibilité de déduire les charges engagées pour leur activité. Conjugué à un taux d'imposition identique à celui des contribuables relevant de l'IS, la différence de traitement apparaît alors comme le résultat d'une combinaison de règles d'assiette et de taux (1). Dans un second temps, le CC a cependant justifié cette atteinte au principe d'égalité par une raison d'IG découlant du principe de nécessité de l'impôt et relative à l'incapacité pour l'administration française de contrôler la réalité des charges déductibles éventuellement engagées par les contribuables étrangers à raison de leurs revenus de source française. Reste qu'au regard des différences entre le CC et la CJUE dans l'intensité du contrôle de proportionnalité opéré entre l'atteinte à la liberté concernée et la raison d'IG la justifiant, la CJUE pourrait aboutir à une conclusion opposée en considérant l'article 182 B comme contraire aux exigences du droit de l'UE (2).

1. Des modalités de calcul révélatrices d'une différence de traitement fiscal entre contribuables résidents et non-résidents passibles de l'IS

305. Les particularités dans le calcul de l'assiette de la RALS de l'article 182 B - assiette brute et application de la méthode en dehors- amènent à ce que « *la RALS est supérieure au bénéfice réalisé en France chaque fois que celui-ci est inférieur à [26,5%] de l'assiette ainsi retenue* »¹¹⁰². La raison voudrait alors que cette situation induise le caractère « excessif » ou « confiscatoire » de l'imposition instaurée par l'article 182 B, I, c du CGI. Tel n'a cependant pas été la décision du CC considérant de manière laconique que le taux alors de 33,33 % ne caractérisait pas une imposition « confiscatoire »¹¹⁰³. Outre la critique classique relative à l'absence d'indication donnée sur les critères juridiques d'identification d'une imposition « confiscatoire »¹¹⁰⁴, le

¹¹⁰¹Cons. const., 24 mai 2019, n° 2019-784 QPC, Sté Cosfibel Premium, *préc.*

¹¹⁰²A. MAITROT DE LA MOTTE, « Les conditions d'application de l'article 182 B du CGI et le droit de l'Union européenne : le plan de continuité pédagogique du Conseil d'État », *Dr. fisc.* n°15-16, 9 avril 2020, comm. 224, § 10.

¹¹⁰³Cons. const., 24 mai 2019, n° 2019-784 QPC, Sté Cosfibel Premium, *préc.*, considérant n°11.

¹¹⁰⁴Le CC ne se réfère jamais à des critères juridiques d'identification d'une « imposition confiscatoire » et se contente

raisonnement du CC apparaît en partie erroné ou à tout le moins lacunaire car reposant uniquement sur l'analyse du taux adopté par le législateur¹¹⁰⁵. Or, ainsi qu'il vient d'être dit, l'imposition de la retenue peut parfois être plus élevée que le bénéfice réalisé en France. Cette situation, au-delà même de la question concernant le caractère « confiscatoire » de l'imposition de l'article 182 B, aurait dès lors pu être considérée selon la formule classique du CC comme « *faisa[n]t peser sur une certaine catégorie de contribuables une charge excessive au regard de leurs facultés contributives* ». Car là est la principale lacune du mécanisme de RALS : son absence de prise en compte de la théorie de la faculté dans l'application de l'imposition. En effet, au contraire du concept d'ES, dont le montant imposable est lié à la déduction des dépenses engagées dans la réalisation du revenu, une retenue peut être prélevée lorsqu'un contribuable non-résident n'a dégagé aucun bénéfice au titre de son activité. Dans cette situation, l'intensité de l'imposition est alors telle qu'elle devrait revêtir, au regard de la jurisprudence du CC concernant le principe d'égalité devant les charges publiques¹¹⁰⁶, un caractère « confiscatoire » comme « excessif » et ce en dépit d'une nature ayant originellement trait à assurer un recouvrement effectif de l'impôt.

La position du CE, sous l'influence de la construction jurisprudentielle de la CJUE en matière de libertés européennes de circulation, a toutefois évolué vers un traitement fiscal plus égalitaire des contribuables non-résidents passibles de l'IS en admettant la déduction de certains frais dans la détermination de la base imposable de la retenue. Par un arrêt du 22 novembre 2019 SAEM de gestion Port Vauban, le CE a en effet jugé que la libre prestation des services s'opposait à ce qu'un débiteur des rémunérations versées à un prestataire de services étranger ne puisse déduire de l'assiette de la RALS, les frais professionnels que ce dernier lui a communiqués et qui sont directement liés à ses activités en France¹¹⁰⁷. Plus récemment encore, le CE a considéré, dans une décision du 11 mai 2021, que l'impossibilité pour une société étrangère percevant des dividendes de source français de déduire des provisions techniques de l'assiette de la RALS de l'article 119 bis, 2 du CGI était contraire à la libre circulation des capitaux¹¹⁰⁸. Le législateur a dès lors, dans la LF pour

de noter que les griefs en ce sens ne sont pas fondés, cf. notamment Cons. const., 20 janv. 2015, n° 2014-437 QPC, Assoc. Française des entreprises privées (AFEP) et a. : Dr. fisc. 2015, n° 12, comm. 223, note P. Kouraleva-Cazals et Cons. const., 29 mars 2019, n° 2019-771 QPC, Sté Vermilion REP: JurisData n° 2019-004877.

¹¹⁰⁵A. MAITROT DE LA MOTTE, « Les retenues à la source et le principe constitutionnel d'égalité : remarques sur la conformité contestable du c du paragraphe I de l'article 182 B du CGI aux droits et libertés que la Constitution garantit », *Dr. fisc.* n°42, 17 octobre 2019, comm. 409.

¹¹⁰⁶Cf. Cons. const., 29 déc. 2012, n° 2012-662 DC, loi de finances pour 2013, cons. 90 : Dr. fisc. 2013, n° 1, comm. 1 ; RJF 2013, n° 335 où il a été considéré que la taxation de certaines rentes à un taux marginal supérieur à 75 %, la taxation de certaines stock-options et revenus assimilés au taux marginal de 68,2 % ou 73,2 %, et la taxation de certaines plus-values immobilières au taux marginal de 82 %, étaient contraires à la Constitution car excessives.

¹¹⁰⁷CE, 3e et 8e ch., 22 novembre 2019, n°423698, SAEM de gestion du Port Vauban, concl. K. CIAVALDINI, note A. MAITROT DE LA MOTTE : JurisData n° 2019-020727.

¹¹⁰⁸CE, 8e et 3e ch., 11 mai 2021, n° 438135, UBS Asset Management Life Ltd : Dr. fisc. 2021, n° 40, comm. 383, concl. K. Ciavaldini, note L. LECLERCQ et G. PROUIN.

2022¹¹⁰⁹, tiré les conséquences de ces décisions en permettant, à compter du 1er janvier 2022, la déduction d'un abattement forfaitaire de 10 % sur les sommes brutes perçues, le bénéficiaire pouvant effectué par voie de réclamation une demande de restitution *a posteriori* lorsque cet abattement est inférieur au montant des charges effectivement supportées au titre de l'acquisition du revenu. Cette évolution jurisprudentielle et législative ne solutionne cependant pas les difficultés relatives à la situation où la RALS constitue une imposition distincte. En effet, cette situation se manifeste, comme l'a noté le CE, lorsque les personnes morales étrangères relevant de l'article 182 B n'exploitent pas une entreprise au sens de l'article 209 I du CGI¹¹¹⁰. Ces personnes ne sont alors pas en mesure d'imputer sur leur impôt français le montant de la retenue prélevée ainsi que de récupérer l'éventuel excédent entre le montant prélevé et l'impôt dû¹¹¹¹. Reste ainsi à déterminer si cette circonstance, en ce qu'elle ferait peser sur les contribuables non-résidents une charge fiscale plus lourde que sur les résidents, est contraire aux exigences posées par le droit de l'UE.

2. Une différence de traitement potentiellement contraire au droit de l'UE

306. Si la liberté des États membres dans les modalités d'application des RALS se voit fortement altérée par les exigences du droit de l'UE en ce que ne peut subsister une imposition au caractère discriminatoire (**b**), il est néanmoins possible pour l'État percepteur de les envisager comme une technique d'imposition visant à faciliter le recouvrement des obligations fiscales des contribuables non-résidents (**a**).

a. Une technique d'imposition conforme au droit de l'UE

307. De prime abord, l'application d'une RALS par un État membre semble par nature constituer une atteinte aux règles posées par le droit de l'UE. En effet, cette technique frappant immédiatement le revenu créer « *à l'encontre du non-résident un désavantage de trésorerie dont on pourrait arguer qu'il constitue à lui seul une restriction à l'une des libertés protégées par le TFUE* »¹¹¹². En outre, la légitimité de ce mécanisme, souvent justifiée par des difficultés d'ordre

¹¹⁰⁹L. n° 2021-1900, 30 déc. 2021, art. 24, note L. LECLERCQ et G. PROUIN : JO 31 déc. 2021, texte n° 1.

¹¹¹⁰CE, 3e et 8e ch., 17 juillet 2017, Sté Easyvista, préc.

¹¹¹¹Pour une critique concernant cette différence de traitement, P. DEROUIN, *préc.*, n°816.

¹¹¹²D.GUTMANN, *Op.cit.*, n°13, p. 511, Paragraphe 772 ; L'on notera que récemment, le législateur français s'est conformé à l'arrêt *Sofina* (CJUE 22 novembre 2018, aff. C-575/17) par lequel la Cour a jugé que le principe de libre circulation des capitaux s'opposait à ce que la RALS de l'article 119 bis, 2 du CGI soit prélevée immédiatement à raison de dividendes de source française versés à une société belge déficitaire alors qu'une société résidente placée dans une situation comparable aurait acquitté l'impôt que lorsque sa situation serait redevenue bénéficiaire. La loi de finances 2020 a ainsi instauré, pour les exercices à compter du 1er janvier 2020, un mécanisme temporaire de restitution des RALS prélevées sur les dividendes de source françaises mais aussi pour les revenus prévus à l'article 182 A bis, à l'article 182 B CGI, à l'article 244 bis, bis A et bis B.

administratif dans l'imposition d'un contribuable non-résident diminue, à mesure que la collaboration fiscale entre les administrations des États membres s'intensifie. En effet, d'importants progrès ont été réalisés dans ce domaine grâce à l'adoption des directives européennes d'assistance mutuelle¹¹¹³ et d'aide au recouvrement¹¹¹⁴ ainsi qu'au large réseau conventionnel français permettant, d'une part, un accès à des informations fiscales précises et pertinentes sur la situation des contribuables non-résidents et, d'autre part, un recouvrement efficace de leurs créances fiscales¹¹¹⁵. La justification posée à l'atteinte au principe d'égalité par le CC dans sa décision *Cosfibel*, tenant à l'absence générale de prérogatives de l'administration française dans le contrôle de la réalité des charges engagées par le contribuable non-résident, laisse par conséquent perplexe. De telle sorte que l'applicabilité de l'article 182 B devrait, pour éviter toute contrariété avec le droit de l'UE, se limiter aux seules situations concrètes où il apparaît que l'administration n'est pas en mesure de vérifier la réalité des charges engagées¹¹¹⁶. Une première divergence notable apparaît alors entre le contrôle effectué par le CC et la CJUE. En effet, la CJUE, au contraire de l'herméticité du CC à toutes considérations supranationales dans l'application du principe d'égalité devant l'impôt, « examine au cas par cas les modalités de coopération des administrations, au point qu'elle ne jugerait jamais [...] que la différence de traitement en litige dans l'affaire *Cosfibel Premium* est justifiée par [cette] circonstance »¹¹¹⁷. Nous nuancerons néanmoins ces propos au regard de l'arrêt *TruckCenter* de 2008 où la CJUE a considéré que le droit de l'UE ne faisait pas obstacle à l'adoption par un État membre (Belgique) d'une RALS prélevée sur des intérêts versés à une société établie dans un autre État membre alors même qu'un autre régime d'imposition s'appliquait concernant des intérêts versés entre sociétés résidentes¹¹¹⁸. Il ressort donc de cette décision que si l'adoption d'une technique d'imposition particulière s'appliquant à des sociétés non-résidentes instaure une différence de traitement avec les sociétés résidentes, elle ne peut constituer une restriction au droit de l'UE que lorsque les sociétés sont dans une situation objectivement comparable. Or tel n'était pas le cas en l'espèce pour deux raisons. La première tenait à la position de l'État belge qui agissait tantôt comme État de résidence lorsqu'il imposait ses résidents tantôt comme État de la source lorsqu'il imposait

¹¹¹³Directive 2011/16/UE du Conseil du 15 février 2011 relative à la coopération administrative dans le domaine fiscal.

¹¹¹⁴Directive 2010/24/UE du Conseil du 16 mars 2010 relative à l'assistance mutuelle relative au recouvrement de taxes, impôts, droits et autres mesures.

¹¹¹⁵Dans des « circonstances exceptionnelles », la directive du 16 mars 2010 ne s'oppose pas à ce que l'autorité d'un État membre refuse l'exécution d'une demande de recouvrement portant sur une créance exigible dans un autre État. Tel est le cas lorsqu'une décision ordonnant une sanction pécuniaire n'a pas été préalablement notifiée à l'intéressé et viole par conséquent pas les droits fondamentaux (droit à un procès équitable), cf. CJUE, 26 avril 2018, Eamonn Donnellan, aff. C-34/17 ECLI:EU:C:2018:282.

¹¹¹⁶M. PELLETIER, « L'article 182 B du CGI devant le Conseil constitutionnel. À propos de la décision n° 2019-784 QPC *Cosfibel Premium* du 24 mai 2019 » : *Dr. fisc. 2019*, n° 23, act. 273.

¹¹¹⁷A. MAITROT DE LA MOTTE, *préc.*, n° 822.

¹¹¹⁸CJCE, 4e ch., 22 déc. 2008, aff. C-282/07, *Truck Center SA* ; *Dr. fisc. 2009*, n°26, comm. 389 ; RJF 3/2009, n° 302 ; BDCF 3/2009, n° 40, concl. J. KOKOTT.

des non-résidents¹¹¹⁹. La deuxième concernait les difficultés de recouvrement des créances fiscales sur les sociétés non-résidentes auxquelles faisaient face l'État belge. En effet, la Cour note qu'au contraire des sociétés résidentes qui peuvent faire l'objet d'un recouvrement forcé car directement soumises au contrôle de l'administration belge, le recouvrement des sociétés non-résidentes requiert une assistance de l'administration de leur État de résidence¹¹²⁰. Par conséquent, si cette circonstance ne serait certainement aujourd'hui plus mobilisée en raison des avancées notables dans le domaine de la coopération fiscale européenne, la Cour s'est néanmoins antérieurement appuyée sur celle-ci pour considérer que contribuables résidents et non-résidents ne se trouvaient pas dans une situation comparable au regard du manque de prérogatives de l'État source au-delà de ses frontières.

b. Le caractère potentiellement discriminatoire de l'article 182 B du CGI

308. En substance, la jurisprudence de la CJUE permet l'établissement de techniques d'imposition différentes en fonction de la résidence des contribuables à l'unique condition que la charge fiscale globale ne soit pas plus élevée pour les non-résidents¹¹²¹. Ainsi, lorsque l'application d'une RALS entraîne pour les contribuables non-résidents une imposition moins favorable que les résidents, elle revêt un caractère discriminatoire et doit être considérée comme contraire à l'une des libertés protégées par le Traité. Tel est le cas par exemple d'une RALS sur une base brute concernant des paiements effectués à des non-résidents, lorsque dans une situation comparable, les résidents ne supportent aucune imposition ou sont en capacité de déduire les dépenses directement liées à l'activité génératrice de revenus¹¹²². La CJUE opère alors, au contraire du CC, une distinction claire entre les RALS qui constituent une technique d'imposition et celles qui visent à asseoir l'impôt, ces dernières instaurant par nature une différence de traitement incompatible avec les libertés de circulation¹¹²³. L'absence de précision du CC dans sa décision *Cosfibel* sur cette question risque ainsi de laisser subsister une imposition contraire au droit de l'UE dans deux situations. La première, lorsque la retenue, constitutive d'une imposition distincte, est prélevée à l'égard de rémunérations perçues par un contribuable non-résident ne disposant en France ni d'une installation professionnelle permanente ni d'une entreprise exploitée au sens de l'article 209, I CGI. La deuxième, relative au calcul « en dehors » de l'assiette, le CC considérant que le débiteur, en

¹¹¹⁹Point 42 de l'arrêt.

¹¹²⁰Point 48 de l'arrêt.

¹¹²¹CJUE, 3e ch., 17 septembre 2015, aff. C-10/14, J.B.G.T. Miljoen e.a. contre Staatssecretaris van Financiën, points 70 et 71 ; CJUE, 13 juillet 2016, aff. C-18/15, Brisal-KBC Finance Ireland contre Fazenda Publica, point 22.

¹¹²²CJCE, 12 juin 2003, aff. C-234/01, Geritse ; CJUE, 14 décembre 2006, aff. C-170/05, Sté Denkvit Internationaal et Denkvit France.

¹¹²³CJUE, 4e ch., 22 déc. 2008, aff. C-282/07, Truck Center SA ; CJUE, 5e ch., 22 nov. 2018, aff. C-575/17, Sofina SA, Rebelco SA, Sidro SA : Dr. fisc. 2018, n° 49, act. 532 ; RJF 2019, n° 230. – V. C. Acard, Fiscalité financière : Dr. fisc. 2019, n° 18-19, étude 251.

omettant de prélever la retenue, entend en toutes circonstances accorder un avantage au bénéficiaire non-résident. Cette considération est dès lors de nature à instaurer une présomption irréfragable de fraude, contraire à la jurisprudence de la CJUE¹¹²⁴, puisque les parties à la transaction ne pourront démontrer qu'ils n'étaient animés d'aucune volonté d'é luder l'application de la retenue. Cette solution apparaît d'autant plus injustifiable dans l'hypothèse où la RALS constitue une simple modalité de recouvrement de l'impôt. En effet, l'intérêt pour un débiteur et un bénéficiaire étranger de s'entendre pour échapper à l'application de la retenue est inexistant dès lors que l'imposition est imputable sur le montant de l'IS ou de l'IR et restituable en cas d'éventuel excédant¹¹²⁵.

Si la récente modification législative de l'article 182 B permet sa mise en conformité avec les exigences du droit de l'UE en ce qui concerne la détermination de la base imposable de la retenue, une dernière difficulté émerge, cette fois-ci de nature temporelle, tenant au moment adéquat pour effectuer la déduction. Ainsi, « *faut-il qu'elle soit immédiate, c'est-à-dire que la retenue à la source soit une retenue nette ? Ou peut-on admettre qu'une retenue assise sur un montant brut ne pose aucune difficulté dès lors qu'une restitution ultérieure (par la voie d'une réclamation par exemple) est possible ?* »¹¹²⁶. Aucune réponse de principe n'a été pour l'instant apportée par la CJUE jugeant tantôt dans un arrêt *Scorpio Konzertproduktionen*, que l'engagement par le prestataire d'une procédure *a posteriori* de remboursement entraînait des charges administratives et économiques supplémentaires contraire à la libre prestation des services¹¹²⁷, tantôt dans un arrêt *Brisal*, que la déduction immédiate des frais par le débiteur des rémunérations entraînait pour celui-ci une charge administrative supplémentaire qui « *peut donc être évitée lorsque le prestataire est autorisé à faire valoir son droit à déduction directement auprès de l'Administration et une fois l'IRC prélevé* »¹¹²⁸.

En conclusion, le risque que l'article 182 B, même dans sa nouvelle mouture, soit jugé incompatible avec les exigences du droit de l'UE n'est pas négligeable. Cette incertitude s'explique notamment en raison des divergences d'intensité entre ces deux juridictions dans le contrôle de proportionnalité qu'elles opèrent. En effet, alors que le CC dans sa décision *Cosfibel* n'a exercé qu'un contrôle restreint en vérifiant uniquement l'adéquation de la différence de traitement avec la raison d'intérêt général qui la justifie¹¹²⁹, la CJUE a poussé son examen jusqu'à déterminer s'il

¹¹²⁴CJCE, gr. ch., 12 sept. 2006, aff. C-196/04, Cadbury Schweppes et Cadbury Schweppes Overseas : Rec. CJCE, p. I-7995 ; Dr. fisc. 2006, n° 39, act. 176 ; BDCF 12/2006, n° 146, concl. Ph. LÉGER.

¹¹²⁵A. MAITROT DE LA MOTTE, *préc.*

¹¹²⁶*Ibid.*

¹¹²⁷CJCE, gde ch., 3 oct. 2006, aff. C-290/04, FKP Scorpio Konzertproduktionen GmbH : Rec. CJCE 2006, I, p. 9461 ; RJF 1/2007, n° 115.

¹¹²⁸CJUE, 13 juillet 2016, aff. C-18/15, *Brisal-KBC*, *préc.*,

¹¹²⁹En n'ayant aucunement recherché si l'article 182 B était strictement nécessaire à la satisfaction de l'objectif d'IG allégué ou qu'il ne portait pas une atteinte disproportionnée au principe d'égalité devant la loi par rapport à l'objectif d'IG poursuivi, le CC a procédé à un contrôle « restreint » et non « entier », cf. pour de plus amples développements

n'existait pas des moyens concrets moins contraignants pour atteindre l'objectif poursuivi. Or, si la CJUE considérerait sans nul doute que la restriction instaurée par l'article 182 B se justifie par l'efficacité des contrôles fiscaux, l'examen de la dernière étape relative à la recherche de moyens alternatifs à la disposition de l'État de source, moins attentatoires aux libertés protégées par le TFUE, pourrait l'amener à conclure au caractère disproportionné de cette restriction. En effet, une RALS restrictive n'est, selon la CJUE, conforme au droit de l'UE qu'à la condition que le contribuable non-résident prestataire fournisse des services occasionnels dans l'État percepteur sans s'y implanter durablement¹¹³⁰. Les effets de la potentielle incompatibilité de l'article 182 B du CGI pourraient même s'étendre, en vertu du principe constitutionnel d'égalité corrélative, aux bénéficiaires établis dans des pays tiers¹¹³¹. En effet, bien que la libre prestation des services, protégée à l'article 56 TFUE, ne soit applicable que dans les relations entre États membres, il apparaît que les bénéficiaires établis dans des pays tiers et ne disposant pas en France d'une installation professionnelle permanente se trouvent dans une situation comparable à celle de contribuables résidents d'États membres dépourvu de ce type d'installation en France. Dès lors, cette circonstance impliquerait que soit étendue à ces bénéficiaires l'application de la jurisprudence Port Vauban du CE lorsque la retenue constitue une imposition distincte.

III. Une résurgence circonscrite des mécanismes internes de retenues en présence de normes supranationales

309. Si l'application de l'article 182 B du CGI se voit dans la majorité des situations neutralisée par le droit conventionnel et/ou les exigences posées par le droit de l'UE, le droit interne retrouve néanmoins son empire en l'absence de qualité, d'une part, de « résident » du bénéficiaire des revenus (**A**) et, d'autre part, de « bénéficiaire effectif » du récipiendaire direct des revenus (**B**).

sur l'exercice du contrôle de proportionnalité par le CC, V. GOESEL-LE BIHAN, « Le contrôle de proportionnalité dans la jurisprudence du Conseil Constitutionnel : figures récentes », *Revue française de droit constitutionnel*, 2007/2, n°70, p. 269 à 295.

¹¹³⁰CJUE, 1^{re} ch., 19 juin 2014, aff. C-53/13 et C-80/13, Strojirny Prostejov, a.s. et Odvolací finanční reditelství : Dr. fisc. 2014, n° 26, act. 353.

¹¹³¹A. MAITROT DE LA MOTTE, « L'extension des régimes fiscaux européens aux situations originellement exclues de leur champ : vers l'élimination des discriminations européennes par le principe constitutionnel d'égalité corrélative ? » : *Dr. fisc.* 2016, n° 37, étude 475 : la jurisprudence Metro Holding (Cons. constit., 3 février 2016, n°2015-520 QPC, Dr. fisc. 2016, n°12, comm. 241, note E. MEIER et M. VALETEAU) commande l'élargissement des avantages réservés à des situations transfrontalières européennes à des situations impliquant des États tiers dès lors que les contribuables résidents de ces États se trouvent, au regard de l'objet d'une législation, dans une situation comparable à celle d'un contribuable résident de l'UE.

A. L'absence de qualité de « résident » du bénéficiaire des revenus

310. Est résident, au sens de l'article 4(1) du modèle OCDE, toute personne « assujettie à l'impôt dans cet État, en raison de son domicile, de sa résidence, de son siège de direction ou de tout autre critère de nature analogue »¹¹³². Cette formulation a donné lieu à de nombreux débats dans la doctrine fiscale internationale¹¹³³ et il n'existe à l'heure actuelle aucun consensus dans son application. Les divergences nationales se situent alors dans la détermination des contours de la notion d'assujettissement à l'impôt, cette dernière conditionnant la qualité de résident fiscal. Dans cette mesure, il revient au juge national, à l'égard d'une notion ne disposant de sens ordinaire ni en droit interne ni en droit conventionnel, de l'interpréter d'après son contexte et à la lumière de l'objet et de son but. Ainsi, si la situation en droit français apparaît aujourd'hui entendue pour les personnes structurellement exonérées de l'impôt (1), des décisions récentes marquent une évolution dans la conception du terme « assujetti » de nature à la rapprocher de celle adoptée par l'OCDE (2).

1. L'exclusion des personnes structurellement exonérées de l'impôt

311. Selon l'arrêt du CE *Landesärztekammer Hessen Versorgungswerk (LVH)* du 9 novembre 2015, venu mettre un terme aux nombreuses positions contradictoires retenues devant les juridictions du fond, un prestataire étranger exonéré d'impôt dans son État de situation à raison de son statut ou de son activité ne dispose pas, au sens conventionnel, de la qualité de résident fiscal¹¹³⁴. Le raisonnement adopté s'explique par l'objet limité qu'attribue le CE aux conventions fiscales : celui d'éliminer les phénomènes de double-imposition. En raison de cet objet, les personnes structurellement exonérées de l'impôt doivent se voir refuser la qualité de résident puisqu'ils ne

¹¹³²La suite de l'article ajoute que la notion de résident « ne comprend pas les personnes qui ne sont assujetties à l'impôt dans cet État que pour les revenus de sources situées dans cet État ou pour la fortune qui y est située ». L'application littérale de cette deuxième phrase, en ce qu'elle peut s'interpréter comme exigeant que la personne soit soumise à une obligation fiscale illimitée, pourrait avoir comme conséquence d'exclure du champ d'application des conventions les personnes assujetties à un régime d'imposition territorial. Tel n'est évidemment pas la volonté de l'OCDE qui note dans ses commentaires que cette phrase « doit être interprétée à la lumière de son objet et de son but » qui n'est pas « d'exclure du champ d'application de la Convention tous les résidents de pays qui appliquent un principe de territorialité en matière fiscale » (C (4), § 8.3).

¹¹³³V. par ex. K. VOGEL, *On Double Tax Conventions* : Kluwer Law International, 3e éd., 1997, p. 220 et s. et J. WEELER, « The Missing Keystone of Income Tax Treaties » : *World Tax Journal*, June 2011, p. 253.

¹¹³⁴CE, 9e et 10e ss-sect., 9 nov. 2015, n° 371132, Sté Santander Pensionnes SA EGFP et 370054, min. c/ Landesärztekammer Hessen Versorgungswerk (LHV) : JurisData n° 2015-026398 ; Lebon, p. 376 ; Dr. fisc. 2016, n° 28, comm. 421, concl. M.-A. NICOLAZO DE BARMON, note G. GLON ; RJF 2/2016, n° 178 ; Confirmé postérieurement par le CE, 3e et 8e ss-sect., 20 mai 2016, n° 389994, min. c/ Sté Easyvista : JurisData n° 2016-010103 ; Dr. fisc. 2016, n° 28, comm. 422, concl. E. CORTOT-BOUCHER, note G. GLON ; Dr. sociétés 2016, comm. 40, note J.-L. PIERRE ; RJF 8-9/2016, n° 753 et les juridictions du fond, CAA Versailles, 6e ch., 26 oct. 2017, n° 15VE03433, LVH et CAA Paris, 7e ch., 29 sept. 2017, n°15PA01773, Greficomex : JursiData n° 2017-020993 ; Dr. fisc. 2017, n° 45, comm. 536.

peuvent pouvant, de fait, être soumis à une double-imposition¹¹³⁵. Cette approche apparaît toutefois contraire à celle du modèle OCDE qui ne subordonne pas l'octroi du statut de résident à une soumission effective à l'impôt. En effet, la circonscription du champ d'application personnel des conventions par la notion de « résidence », héritage direct du concept de « domicile » adoptée originellement au sein de la Société des Nations, exprime l'idée selon laquelle une personne doit être considérée comme assujettie à l'impôt dans un État dès lors qu'il existe un lien personnel subjectif entre cette personne et cet État¹¹³⁶. Ce lien existait manifestement entre les organismes et l'État allemand dans l'affaire LVH puisqu'ils étaient chargés des retraites des membres de l'ordre des médecins de cet État. À cette interprétation subjective de la condition de l'assujettissement s'oppose la conception objective du CE, plus restrictive quant au champ d'application personnel des conventions et dont l'application par d'autres juridictions nationales relève de l'exception¹¹³⁷.

2. L'évolution dans l'appréciation des contours de la notion d'assujettissement

312. La décision récente de la CAA de Paris du 30 juin 2020 est de nature à opérer un glissement quant à l'appréciation des contours de la notion d'assujettissement en considérant qu'une société qui n'est soumise à aucune imposition en Tunisie peut néanmoins bénéficier du statut de résidente¹¹³⁸. En l'espèce, la société établie en Tunisie bénéficiait d'un régime fiscal particulier lui permettant de déduire de son assiette imposable à l'IS les bénéfices qu'elle réalisait à l'exportation pour une durée de 10 ans. Cette déduction avait alors comme conséquence l'absence d'imposition à l'IS de ses bénéfices. Elle avait, en outre, perçu d'une société française des rémunérations en contrepartie de PS qu'elle lui fournissait. L'administration française avait alors appliqué la retenue de l'article 182 B, ce que la société française contestait au motif que la convention franco-tunisienne prévoyait qu'en l'absence d'ES en France, les bénéfices d'une société tunisienne ne devaient être imposables qu'en Tunisie. Le débat se centrait alors une nouvelle fois sur l'appréciation de la notion d'assujettissement, l'administration considérant que la société tunisienne, faute d'être effectivement soumise à l'impôt tunisien en raison de ce régime fiscal particulier, ne disposait pas de la qualité de

¹¹³⁵À l'inverse, considérer que les conventions fiscales ont pour objet la répartition de la matière imposable entre État de résidence et de source permet l'adoption d'une conception plus large de la notion de résidence conventionnelle en ne la cantonnant pas à la démonstration d'un paiement effectif de l'impôt, cf. à ce titre, J. WHEELER, « The Missing Keystone of Income Tax Treaties » : *World Tax Journal*, June 2011, p. 253.

¹¹³⁶N. VERGNET, « La résidence fiscale : de sa genèse à son interprétation par le juge de l'impôt », *Dr. fisc.* n° 2, 11 janvier 2018, 53.

¹¹³⁷*Ibid.* : l'auteur cite un arrêt de la Cour suprême canadienne de 1995 (Crown Forest Industries Ltd. c. Canada, [1995] 2 R.C.S. 802) et un arrêt de la Cour suprême des Pays-Bas de 2009 où il a été jugé que des entités exonérées d'impôt ne peuvent être regardées comme assujetties à l'impôt au sens desdites conventions et, par voie de conséquence, comme résident conventionnelle. Néanmoins, concernant ce deuxième arrêt, la rédaction de la convention américano-néerlandaise s'écartait clairement du modèle OCDE puisqu'étaient explicitement inclus dans le champ d'application personnel de la convention certaines entités exonérées d'impôt.

¹¹³⁸CAA Paris, 7e ch., 30 juin 2020, n° 18PA02724, SA Observatoire d'économie appliquée.

résident. Au regard de la jurisprudence LVH, la solution apparaissait acquise. Comme l'a noté N. VERGNET dans un article au titre évocateur « De la résidence et de l'assujettissement à l'impôt, qui est la poule et qui est l'oeuf ? » : « *il n'y avait aucun risque de double imposition : soit la France applique la RALS de l'article 182 B du CGI et les bénéficiaires litigieux sont taxés dans l'hexagone uniquement, soit elle ne le fait pas et ils sont en tout état de cause exonérés dans les deux États contractants* »¹¹³⁹. Pourtant, en centrant son raisonnement sur les caractères de l'exonération dont bénéficiait la société tunisienne, la CAA a conclu à sa qualité de résidente fiscale et ainsi à une imposition exclusive des rémunérations en Tunisie en l'absence d'ES en France. En effet, en ce que l'exonération était temporaire et partielle, la société n'était pas structurellement exonérée d'impôt en Tunisie. Pour disposer de la qualité de résident fiscal, une société n'a alors nullement besoin d'être soumise effectivement à l'impôt au titre de l'année à laquelle elle perçoit les rémunérations, seul suffisant qu'elle puisse l'être dans un avenir plus ou moins lointain. Cette décision a été confirmée récemment par le CE dans un arrêt du 2 février 2022¹¹⁴⁰. En effet, le Conseil juge à son tour que, dès lors que l'exonération ne portait que sur les bénéfices provenant de l'exportation, la société devait être regardée comme « *soumise à l'IS en Tunisie à raison de son activité* ». Toutefois, une nuance à cette solution doit être apportée à la lecture des conclusions de la rapporteure publique E. BOKDAM-TOGNETTI dans la situation où la société serait regardée comme non-résidente par les règles de territorialité du droit interne de l'autre État (par ex. les sociétés *off-shore*). Ainsi la qualité de résident ne semble pouvoir être accordée lorsque par des règles spécifiques de territorialité, l'État renonce, « *à l'égard de certaines personnes pourtant implantées sur son territoire, à faire valoir tout critère de rattachement personnel et décide de les regarder comme des non-résidents, dès lors passibles, en raison de ce statut territorial – ou plutôt extra-territorial –, de l'impôt sur leurs seuls revenus de source locale* »¹¹⁴¹.

Loin de contredire la portée de la solution LVH, cette décision ouvre néanmoins une nouvelle interrogation tenant à la détermination de l'étendue de l'obligation fiscale à laquelle doit être soumise une personne pour être qualifiée de résident. Quelques semaines plus tôt à la décision de la CAA, dans une affaire relative à l'ancienne convention franco-chinoise du 30 mai 1984, le CE avait coupé court à cette interrogation en relevant le caractère inopérant de l'étendue de l'obligation fiscale d'une personne physique pour se prononcer sur sa qualité de résident¹¹⁴². Seul apparaissait nécessaire de rechercher « *les personnes ayant des liens personnels assez forts avec l'un des États*

¹¹³⁹N. VERGNET, « De la résidence et de l'assujettissement à l'impôt, qui est la poule et qui est l'oeuf ? », *Dr. fisc.* n° 36, 3 septembre 2020, 335, § 13.

¹¹⁴⁰CE, 2 février 2022, n°443018, SA Observatoire d'économie appliquée, concl. E. BOKDAM-TOGNETTI.

¹¹⁴¹E. BOKDAM-TOGNETTI, concl. sous CE, 2 février 2022, *préc.*, p. 7.

¹¹⁴²CE, 8e et 3e ch., 9 juin 2020, n° 434972, concl. K. CIAVALDINI, note D. GUTMANN et S. AUSTRY : *JurisData* n° 2020-007852.

contractants pour que leurs revenus transnationaux puissent faire l'objet d'une répartition conforme à la convention applicable »¹¹⁴³. Ainsi, en ne mentionnant aucunement la question de l'élimination de la double-imposition, pourtant au centre de l'arrêt LVH, cette décision induit une évolution importante. En effet, par le biais de la distinction opérée entre les notions d'assujettissement à l'impôt et d'imposition effective, l'interprétation de la condition de l'assujettissement semble ici liée à la reconnaissance d'un objet plus large des conventions, à savoir celui d'assurer une répartition équilibrée du pouvoir d'imposer. Cet objet impliquerait par conséquent la seule existence d'un lien personnel substantiel entre un État et une personne aux fins de la qualification de la résidence¹¹⁴⁴. Ainsi, si toute tentative de transposition de cette décision aux personnes morales doit s'effectuer avec précaution¹¹⁴⁵, la taxation limitée d'une personne ne devrait pas, au vu de l'arrêt de la CAA, faire obstacle à la reconnaissance de son statut de résident et ce, même si la convention applicable comporte la deuxième phrase du 1 de l'article 4 du modèle OCDE¹¹⁴⁶.

B. L'absence de qualité de « bénéficiaire effectif » du récipiendaire direct des revenus

313. Insérée originellement à partir de la deuxième moitié du vingtième siècle dans certaines conventions fiscales bilatérales¹¹⁴⁷, la notion de « bénéficiaire effectif » (B.E) constitue une clause spécifique relative aux revenus passifs venant compléter la définition de résident pour s'assurer que les avantages conventionnels ne soient pas octroyés à des revenus dont le bénéficiaire réel n'est pas résident de l'autre État. En l'absence de définition univoque de cette notion en droit interne et conventionnel, la délimitation de ses contours apparaît en pratique difficile à tracer. Si elle est dès lors un autre « *de ces beaux concepts que l'on n'enserme pas dans le carcan d'une*

¹¹⁴³N. VERGNET, *préc.*, n° 915, § 27.

¹¹⁴⁴K. VOGEL, *On Double Tax Conventions* : Kluwer Law International, 3e éd., 1997, p. 229, § 24, a.

¹¹⁴⁵Notamment au regard du fait que la décision du CE s'est prononcée sur les dispositions de l'ancienne convention franco-chinoise qui ne contenaient pas la précision selon laquelle l'expression « résident » ne comprenait pas les personnes qui ne sont « assujetties à l'impôt dans cet État que pour les revenus de sources situées dans cet État [...] ». Nous rejoignons cependant l'avis de N. VERGNET, *préc.*, Paragraphe 24 qui considère que la présence de cette deuxième phrase de l'article 4 modèle OCDE constitue « une péripétie sans importance » puisque le caractère limité de l'obligation fiscale est inopérant pour se prononcer sur la qualité de résident. Ainsi, cette deuxième phrase répondrait uniquement à des considérations spécifiques relatives à des personnes physiques comme les diplomates et les fonctionnaires consulaires à l'étranger. La solution adoptée aurait ainsi été surement similaire si le CE s'était prononcé sur la nouvelle convention franco-chinoise, applicable depuis le 1er 2015, et contenant cette précision.

¹¹⁴⁶D. GUTMANN, S. AUSTRY, « La notion de résidence fiscale au sens de l'article 4, paragraphe 1 du modèle OCDE n'est pas subordonnée à une obligation fiscale illimitée dans l'État de résidence », *Dr. fisc.* n°36, Septembre 2020, comm. 339.

¹¹⁴⁷La clause de B.E a été pour la première fois insérée dans la convention fiscale entre les États-Unis et le Royaume-Uni en 1966 avant de faire son apparition en 1977 dans les articles 10, 11 et 12 du modèle OCDE. Pour de plus amples développements sur l'importance croissante prise par cette notion en droit conventionnel, A. LABARTHE, *Enquête sur une méconnue du droit fiscal : la clause de bénéficiaire effectif, entre théorie et pratique*, Mémoire, Université Toulouse Capitole, 2015-2016, p. 16 et s.

définition »¹¹⁴⁸, l'étude des commentaires OCDE ainsi que de la jurisprudence française et européenne tendent cependant à lui accorder un véritable « effet utile »¹¹⁴⁹ par rapport aux autres dispositifs anti-abus et ce tant en droit conventionnel (1) qu'euro-péen (2).

1. L'application de la notion de « bénéficiaire effectif » dans un contexte conventionnel

314. La clause de B.E fut introduite dans le modèle de convention OCDE de 1977 dans un but de neutraliser une forme particulière d'abus dite « *treaty shopping* » relative à l'interposition d'une personne dans l'État de résidence pour faire transiter un revenu provenant de l'État de source vers un État tiers¹¹⁵⁰. Selon les commentaires OCDE de 2014, lorsque le droit du récipiendaire direct des intérêts, dividendes ou redevances de les utiliser et d'en jouir apparaît limité par une obligation contractuelle ou légale de céder le paiement reçu à une autre personne, il n'en est pas le B.E et ne peut par suite bénéficier des stipulations conventionnelles¹¹⁵¹. L'approche est alors ici résolument juridique en ne s'intéressant qu'aux attributs juridiques de la propriété du récipiendaire sur le revenu¹¹⁵². L'introduction de la notion de B.E s'explique dès lors au regard de l'objet et des buts poursuivis par les conventions fiscales. En effet, le refus d'accorder le bénéfice des conventions aux bénéficiaires apparents des revenus ne saurait contrevenir au but d'élimination des situations de double-imposition en ce que le récipiendaire des revenus, lorsqu'il agit comme simple intermédiaire chargé de reverser directement le revenu à une personne résidente d'un État tiers, ne peut souffrir d'une double-imposition. Dans un autre sens, accorder l'accès aux conventions à des contribuables qui ne sont en réalité pas les B.E des revenus perçus reviendrait à « *donner une prime à tout montage d'évasion fiscale reposant sur un mécanisme de simple transit vers un tiers des redevances par le biais d'une société résidente* »¹¹⁵³. Dans cette mesure, le CE a conféré dès 1999 dans l'arrêt *Diebold Courtage* une portée très large à cette notion en considérant qu'il convenait de rechercher si les associés d'une société néerlandaise transparente à qui les redevances étaient versées étaient bien les bénéficiaires réels, et ce même en l'absence de clause de cette nature dans la convention franco-néerlandaise de 1973, pourtant antérieure à son introduction dans le modèle OCDE¹¹⁵⁴. Il peut alors

¹¹⁴⁸G. BLANLUET, *La notion de bénéficiaire effectif en droit international*, Etudes à la mémoire du professeur Maurice Cozian, Litec 2009, p. 518.

¹¹⁴⁹S. AUSTRY, S. GELIN et D. SOREL, « Les clauses de bénéficiaire effectif ont-elles un effet utile ? », *Étude RJF* 4/07.

¹¹⁵⁰R. DANON, « Clarification de la notion de bénéficiaire effectif – Remarques sur le projet de modification du commentaire OCDE d'avril 2011 », *Steuer Revue fiscale*, n° 7-8/2011, Seite 584.

¹¹⁵¹Commentaires OCDE C (12), § 4.3.

¹¹⁵²A. MADEC, « La clause de bénéficiaire effectif à la lumière de la révision 2014 des commentaires OCDE », *Dr. fisc.* n° 47, 20 novembre 2014, 632.

¹¹⁵³G. BACHELIER, concl. ss. CE, 13 octobre 1999, min. c/ Sté Diebold Courtage, n° 191191, p. 307, RJF 1999 n° 1492 avec chronique E. Mignon p. 931, *Dr. fisc.* 1999 n° 52, comm. 948.

¹¹⁵⁴CE, 13 octobre 1999, min. c/ Sté Diebold Courtage, n° 191191, préc.

être constaté la forte proximité entre la notion de B.E, applicable dans le silence des textes conventionnels, et celle de « fraude à la loi », toutes deux touchant à la situation où le montage mis en place par le contribuable a comme seul but le bénéfice des stipulations conventionnelles. Cette proximité fût encore resserrée par l'arrêt *Bank of Scotland* de 2006 dans lequel le CE, par une acception économique de la clause de B.E, jugea qu'une banque britannique s'interposant entre une société française et sa mère américaine dans le cadre d'un montage dont l'unique but était d'obtenir le bénéfice de l'article 9 de la convention franco-britannique n'était pas la B.E des dividendes¹¹⁵⁵. Cette interdépendance s'est encore manifestée récemment dans le contentieux Google où l'administration fiscale avait tenté de faire obstacle à l'application de l'article 12.1 de la convention franco-néerlandaise en démontrant que la société *Google Netherlands Holding BV* (GNH BV) n'était pas la B.E des redevances versées par GIL et rattachables à l'activité de l'ES français. En ce que la société GNH BV n'était qu'une coquille vide qui se bornait à reverser les redevances à la société *Google Irelands Holding Ltd* (GIHL), l'administration avait cru pouvoir appliquer la procédure de l'abus de droit pour soumettre GIL au paiement de la retenue de l'article 182 B. En d'autres termes, l'administration estimait que l'interposition de la société GNH BV entre GIL et GIHL était seulement destinée à exonérer GIL du paiement de la retenue. Cependant, au regard de l'absence d'ES en France de la société GIL, ce raisonnement ne pouvait prospérer. En tout état de cause, comme le notait justement A. MIENIK-MEDDAH, rapporteure publique en appel, « *même si la société irlandaise avait un ES en France, la réalité de l'activité qu'elle déploie depuis l'Irlande n'est pas remise en cause et c'est bien la société irlandaise qui est redevable de redevances, et non pas l'ES en France qui ne détient pas d'actifs incorporels* »¹¹⁵⁶.

La portée large conférée originellement à cette notion apparaît dans la jurisprudence administrative couplée à une approche éminemment économique. En effet, par un arrêt *Société Performing Rights Society* (SPRS) du 5 février 2021 contraire aux conclusions du rapporteur public, le CE a pu juger, qu'une société anglaise de perception et de répartition des droits d'auteur recevant d'une société française des redevances qu'elle redistribue pour l'essentiel à ses membres et qu'elle comptabilise ensuite en charges déductibles, n'en est pas la B.E¹¹⁵⁷. Les modalités statutaires et juridiques étaient pourtant de nature à démontrer, comme l'avaient considéré la CAA¹¹⁵⁸ et le

¹¹⁵⁵CE, 26 décembre 2006, *Ministre de l'économie, des finances et de l'industrie c/ Société Bank of Scotland*, n° 283314, au Recueil, RJF 3/07 n° 322, chronique Y. BENARD RJF 4/07 p. 319, concl. F. SÉNERS BDCF 3/07 n° 33

¹¹⁵⁶A. MIENIK-MEDDAH, concl. sous CAA Paris,

¹¹⁵⁷CE, 5 février 2021, *Société Performing Rights Society LTD*, n° 430594 ; Pour un autre exemple de mise en œuvre de la clause de B.E en dehors de toute situation abusive à l'égard d'une société holding étrangère qui, bien que propriétaire des revenus sur la forme, ne disposait en pratique que de pouvoirs très limités faisant d'elle un administrateur agissant pour le compte de son actionnaire ultime, CAA de Versailles, 3^{ème} chambre, 27 mai 2021, 19VE00090.

¹¹⁵⁸CAA Versailles, 3^e ch., *Société Performing Rights Society LTD*, n° 18VE01822, 18 juin 2019.

rapporteur public devant le CE, que la société anglaise disposait bien d'un pouvoir de disposition des fonds et ne pouvait par suite être assimilée à un mandataire ou à une société relais. L'affectation des revenus apparaissait en effet déterminée souverainement par le conseil d'administration de la société et n'aboutissait pas à un reversement exclusif au profit des membres. La contradiction entre l'approche française et celle de l'OCDE est dès lors frontale. Si l'approche française est naturellement plus efficace dans la lutte contre l'évasion fiscale puisqu'elle permet d'exclure de la qualité de B.E les sociétés relais tenues en droit ou en fait de reverser le revenu perçu¹¹⁵⁹, l'approche juridique a le mérite de gommer l'essentiel des incertitudes qui touchent à la délimitation du champ de cette notion. Par souci de préservation de la sécurité juridique et au regard de l'absence de garanties substantielles qui entourent la mise en œuvre de cette clause, l'approche juridique doit être privilégiée¹¹⁶⁰.

315. Aux incertitudes liées au potentiel inflexibilité du CE dans son acception de la clause, s'ajoutent des problématiques d'articulation avec des dispositifs conventionnels anti-abus de portée plus générale (ex. la clause *Principal Purpose Test* (PPT)) et nationaux (ex. abus de droit) d'une telle intensité que des auteurs ont pu en proposer sa mise au rebut¹¹⁶¹. Pourtant, force est de constater qu'à la lumière des commentaires de l'article 12, il n'apparaît nullement indiqué que l'OCDE conditionne la remise en cause d'une exonération conventionnelle à la démonstration d'un abus. L'OCDE note au contraire que la notion de B.E ne vise à neutraliser que certaines formes de « chalandage fiscale » tandis que la clause PPT peut elle refuser l'accès aux conventions à des contribuables qui disposent pourtant de la qualité de B.E¹¹⁶². De même, la notion de B.E s'applique de manière autonome par rapport à la fraude à la loi, le refus de l'exonération conventionnelle se fondant alors sur la seule preuve par l'administration de l'absence de qualité de B.E du bénéficiaire direct du revenu. En d'autres termes, « *la qualité de bénéficiaire effectif est à la fois une condition autonome du bénéfice des exonérations [conventionnelles] et un indice de l'existence d'un abus de droit* »¹¹⁶³. L'arrêt du CE du 5 février 2021 SPRS confirme ce mode de dévolution de la charge de la

¹¹⁵⁹Cf. récemment CAA de Bordeaux, 4ème chambre, 5 octobre 2021, n°19BX00473 et n°20BX03606 où une société française versait des redevances en contrepartie d'un contrat de sous-licence conclu avec une société néerlandaise, elle-même bénéficiaire d'un contrat de « master licence » conclu avec une société établie originellement dans les Îles vierges britanniques avant d'être transférée au Panama. En ce que l'obligation contractuelle de rétrocession des produits de sous-licence prévue dans le contrat de « master licence » par la société néerlandaise contraignait dans les faits fortement son pouvoir d'utilisation et d'affectation des fonds perçus de la société française, elle ne pouvait en être considérée comme le B.E.

¹¹⁶⁰A. MADEC, *préc.*

¹¹⁶¹D. GUTMANN, « Contre la théorie du bénéficiaire effectif en droit fiscal européen et international », *Fiscalité Internationale* n° 2-2019 mai 2019, p. 1 : l'auteur propose de se débarrasser de cette notion qu'il juge comme « floue, viciée et obsolète ».

¹¹⁶²Commentaires OCDE C (12), § 4.4.

¹¹⁶³N. ANDRÉ, « Bénéficiaire effectif : où en est-on ? », *Les Nouvelles Fiscales*, n°1274, 15 octobre 2020.

preuve, l'administration n'ayant pas à identifier les créanciers effectifs définitifs des revenus perçus par le bénéficiaire apparent pour refuser l'accès à ladite convention. L'absence de qualité de B.E ne peut ainsi être vue comme une simple présomption d'abus susceptible d'être renversée par le contribuable¹¹⁶⁴. Elle constitue, au même titre que le principe d'interdiction des montages fiscaux abusifs, un fondement distinct pour refuser le bénéfice d'avantages conventionnels.

2. L'application de la notion de « bénéficiaire effectif » dans un contexte européen

316. La directive du Conseil du 3 juin 2003 « intérêts et redevances » prévoit l'exonération de ces revenus lorsque la société « bénéficiaire » est établie dans un État membre de l'UE, c'est-à-dire lorsqu'elle les perçoit pour son compte propre. Tel n'est pas le cas de la directive mère-filles qui ne contient explicitement aucune clause de ce type. Cette circonstance est néanmoins sans incidence sur la possibilité des États de refuser le bénéfice de l'exonération lorsque les dividendes distribués le sont à des sociétés mères ne disposant pas de la qualité de B.E. Par deux arrêts de grande chambre du 26 février 2019, la CJUE a en effet considéré que l'objet et la finalité de la directive mère-fille¹¹⁶⁵ s'opposaient à des montages ayant pour seul but de bénéficier des avantages fiscaux prévus par cette directive¹¹⁶⁶. Ainsi, lorsque le B.E est résident d'un État tiers à l'UE, « *l'exonération de la retenue à la source desdits dividendes dans l'État membre à partir duquel ils sont versés risquerait d'aboutir à ce que ces dividendes ne soient pas imposés de façon effective dans l'Union* »¹¹⁶⁷. L'intérêt principal de ces arrêts se situe alors dans les deux fondements alternatifs dégagés pour refuser l'exonération prévue par les directives : le principe d'interdiction générale des pratiques abusives et la notion de B.E. En effet, la Cour énonce que « *lorsque le B.E d'un paiement de dividendes a sa résidence fiscale dans un État tiers, le refus de l'exonération prévue à l'article 5 de la directive 90/435 n'est nullement soumis au constat d'une fraude ou d'un abus de droit* »¹¹⁶⁸. Ainsi, comme déjà mentionné dans un contexte conventionnel, la charge de la preuve divergera selon que l'administration entend appliquer de manière autonome la notion de B.E ou entend recourir à cette dernière pour démontrer un abus. En effet, si dans la caractérisation d'une pratique abusive l'administration est en charge d'établir les éléments constitutifs d'une telle pratique (ex. reversement dans un bref délai par le récipiendaire immédiat des revenus), elle peut néanmoins exiger du

¹¹⁶⁴D. GUTMANN, *préc.*, p.3.

¹¹⁶⁵L'objet et le but de la directive mère-fille visent à favoriser la productivité et la position concurrentielle des sociétés européennes au plan international en évitant que les bénéfices distribués par les filiales à leurs mères ne soient soumis à une double-imposition.

¹¹⁶⁶CJUE, Gr. Ch., 26 février 2019, N Luxembourg 1 et autres c/ Skatteministeriet, aff. C-115/16, C-118/16, C-119/16 et C-299/16 et Skatteministeriet c/ T DANMARK et Y DENMARK Aps, aff. C-116/16 et C-117/16.

¹¹⁶⁷CJUE, Gr. Ch., 26 févr. 2019, Skatteministeriet c/ T DANMARK et Y DENMARK Aps, *préc.*, point 113.

¹¹⁶⁸Ibid., point 111.

contribuable qu'il produise tout élément pour justifier être objectivement le B.E des revenus¹¹⁶⁹. Dès lors, les sociétés-mères doivent porter une attention particulière à préserver toutes les preuves pertinentes aux fins de prouver leur qualité de B.E (ex. relevés de comptes bancaires avec les références précises du titulaire, certificats de résidence émis par une autorité étrangère, procès-verbaux d'assemblée générale affectant les dividendes aux associés etc...)¹¹⁷⁰. Enfin, si la CJUE semble dans ces deux cas de figure ne pas exiger de l'administration fiscale qu'elle identifie les B.E des revenus, la dispenser d'une telle preuve lorsqu'elle souhaite démontrer un abus est largement discutable, celle-ci apparaissant déterminante pour apprécier « *si le montage qualifié d'abusif permet éventuellement d'obtenir un résultat plus favorable d'un point de vue fiscal* »¹¹⁷¹.

¹¹⁶⁹Ibid., point 116.

¹¹⁷⁰Dès son introduction en 1991, l'article 119 ter du CGI prévoyait que la société réceptrice devait être la B.E pour se prévaloir de l'exonération de la retenue prévue par la directive. Ainsi, la transposition de la jurisprudence européenne a permis au CE d'asseoir la conformité d'une condition qui existait bien avant 2019, cf. CE, 9e-10 ch. Réunies, 5 juin 2020, Enka, n°423809. Dans ce dernier arrêt, le Conseil note qu'en l'absence d'élément, tel qu'un relevé d'identité bancaire, établissant qu'une société luxembourgeoise était la titulaire d'un compte ouvert en Suisse sur lequel les dividendes ont été versés, elle ne peut être considérée comme B.E de ces revenus.

¹¹⁷¹Concl. J. KOKOTT ss CJUE, gr ch., 26 févr. 2019, aff. C-115/16, N LUXEMBOURG 1 et a., pts 91 à 96.

CONCLUSION CHAPITRE 1

317. Le jugement récurrent d'obsolescence dont est victime le principe de territorialité de l'impôt sur les sociétés semble avoir été prononcé de manière trop hâtive. En effet, la lecture stricte de ce principe qui prédominait originellement a aujourd'hui fait place à une conception téléologique¹¹⁷² permettant avec réalisme d'appréhender la valeur créée sur le territoire français aux fins de taxation à l'IS. Plus globalement, les interventions successives du législateur dans la lutte contre la fraude et l'évasion fiscales, la révision du modèle OCDE et de ses commentaires en 2017 avec leur intégration dans l'IM mais aussi, et surtout, les récentes interprétations constructives du juge administratif concernant les critères de rattachement de l'obligation fiscale démontrent « *que la plasticité de ce droit traditionnel est [...] plus grande qu'il n'a été communément admis jusqu'à présent* »¹¹⁷³.

Conventionnellement, le seuil de présence économique nécessaire à la reconnaissance d'un ES est aujourd'hui fortement abaissé de sorte que rares apparaissent les sociétés numériques étrangères exerçant une activité économique effective et pérenne en France qui échappent à toute imposition française sur leurs bénéficiaires. Au niveau européen, si la CJUE, au regard de l'objectif poursuivi par le droit de l'UE de neutralité fiscale des législations des États membres, a longtemps paru permissive dans le contrôle des schémas fiscaux agressifs mis en place par les contribuables¹¹⁷⁴, les récentes décisions font preuve d'une plus grande sévérité dans l'appréciation des conditions d'octroi des avantages du droit de l'UE. Ainsi, par l'application du principe général de lutte contre les abus, le bénéfice des libertés européennes ne saurait être accordé ni aux « montages purement artificiels » ni à ceux existant dans la réalité économique mais dont la motivation à leur mise en place est essentiellement fiscale¹¹⁷⁵. L'uniformisation des jurisprudences européennes et nationales est alors vectrice de sécurité fiscale pour les contribuables s'implantant sur le territoire de plusieurs

¹¹⁷²E. GERBINO, « Le principe français de territorialité devant la juridiction européenne : condamnation juridique, récupération politique », *préc.*

¹¹⁷³L. CYTERMANN, Conclusions CE, Plén., Min. c/ Société Conversant International Ltd, n° 420174, 11 décembre 2020, p. 4.

¹¹⁷⁴Au regard des arrêts Centros (CJUE, 9 mars 1999, Centros Ltd contre Erhvervs, C-212/97) et Cadbury Schweppes, le juge européen semblait limiter les possibilités de caractériser un abus dans la seule hypothèse où le montage était purement artificiel, en d'autres termes, qu'il n'existait pas de véritable établissement mais une « implantation fictive ». Comme le note N. DE BOYNES, une telle lecture de ces arrêts limiterait l'abus de la liberté d'établissement à la branche « fictivité », la branche « fraude à la loi » étant inopérante (N. DE BOYNES, « La CJUE donne son éclairage sur la notion d'abus de droit », *Dr. fisc.* n°21, 23 mai 2019, comm. 275).

¹¹⁷⁵CJUE, gr. ch., 26 févr. 2019, aff. C-115/16, N LUXEMBOURG 1 et a., pt 127.

États membres de l'UE tout en refusant le bénéfice des libertés protégées par le TFUE aux contribuables ayant adoptés des comportements frauduleux ou abusifs. Dans cette dernière situation, les dispositifs internes neutralisés originellement par le droit de l'UE retrouvent leur plein effet pour assurer, outre un recouvrement effectif de l'impôt en fonction des capacités contributives du contribuable, une sanction appropriée à son comportement abusif. Ce constat se transpose dans un contexte conventionnel où, en l'absence de toute clause expresse conventionnelle prévoyant l'hypothèse de fraude à la loi, l'administration fiscale conserve tout de même la possibilité d'appliquer la procédure interne de l'abus de droit¹¹⁷⁶. De même, le renforcement de l'interdiction du « *treaty shopping* » par l'insertion dans les conventions fiscales bilatérales couvertes par l'I.M de deux standards minimums relatifs à l'objet des conventions et au test du but principalement fiscal constitue un catalyseur important à l'effectivité du droit national dans la lutte contre les montages artificiels. En effet, « *en présence d'un montage visant à utiliser les avantages d'une convention fiscale pour éviter l'imposition de revenus en France, les juridictions [...] devraient pouvoir écarter l'utilisation des conventions et la définition, le cas échéant, stricte de l'ES pour considérer qu'en vertu du droit interne, notamment avec la notion de CCC, une société étrangère exerce en France une activité imposable, sans que les dispositions conventionnelles ne puissent y faire obstacle* »¹¹⁷⁷.

Il reste désormais à déterminer si les règles françaises actuelles visant directement ou indirectement à répartir le bénéfice entre entités membres d'un groupe sont de nature à allouer à la présence taxable française une base imposable en corrélation avec son rôle dans le processus de création de valeur du groupe d'entreprises.

¹¹⁷⁶CE, plén. fisc., 25 oct. 2017, n° 396954, Cts Verdannet : JurisData n° 2017-020912 ; Dr. fisc. 2018, n° 2, comm. 64, concl. É. CRÉPEY, note F. DEBOISSY ; RJF 1/2018, n° 70 ; En ce que la clause PPT est une disposition explicite de fraude à la loi, l'administration devra, dans les conventions fiscales l'intégrant, en faire usage lorsqu'elle souhaitera remettre en cause un bénéfice conventionnel. Ainsi, dans cette situation, la possibilité d'utiliser la procédure interne d'abus de droit lui sera fermée.

¹¹⁷⁷V. RENOUX, *Fiscalité numérique : le match retour*, Think thank Digital New Deal, Septembre 2021, p. 26.

CHAPITRE 2

L'OBSOLESCENCE DES RÈGLES FRANÇAISES DE TERRITORIALITÉ DANS LA RÉPARTITION DES PROFITS DES GROUPES D'ENTREPRISES NUMÉRIQUES

318. S'il a pu être démontré que la France disposait désormais, en tant qu'État de consommation, d'outils adéquats pour rattacher à sa compétence fiscale les activités réalisées par les multinationales du numérique sur son territoire, la question du montant de bénéfice attribuable à la présence taxable ainsi caractérisée reste elle entière. En effet, comme le note R. JAUNE, « *l'ES est une fiction de l'impôt intervenant seulement au stade de son champ d'application, pour déterminer la personne imposable, et non au stade de la liquidation des revenus taxables* »¹¹⁷⁸. Dès lors, conclure à l'existence en France d'un établissement stable-agent dépendant (ES-AD) d'une société numérique étrangère par application de la décision jurisprudentielle *Valueclick* ou de la nouvelle définition de l'agent dépendant adoptée par l'instrument multilatéral (IM) ne préjuge en rien des profits à attribuer à cet établissement. En effet, il apparaît tout à fait concevable que la rémunération d'une filiale d'une entreprise numérique étrangère pour son activité d'agent, conforme au référentiel de pleine concurrence, induise que l'ES-A.D résultant de l'activité exercée par l'agent pour le compte de l'entreprise étrangère se voit accorder un bénéfice nul¹¹⁷⁹. Dans cette mesure, l'administration fiscale française, soucieuse de révéler à des fins d'imposition la réalité de la valeur créée sur le territoire de l'État français, État de consommation, devra se positionner sur l'opportunité d'opérer un redressement au titre de la qualification d'ES, en reconstituant virtuellement le bénéfice imposable de cet établissement (**Section 1**), ou un rehaussement en matière de prix de transfert (PDT) (**Section 2**), étant entendu dans cette dernière hypothèse que l'administration se concentrera uniquement sur la répartition du bénéfice effectuée initialement entre l'entreprise étrangère et la filiale française.

¹¹⁷⁸R. JAUNE, *préc.*, n° 149, p. 2.

¹¹⁷⁹L'OCDE indique cette possibilité dans son rapport sur l'attribution des profits à l'ES dès lors que l'analyse fonctionnelle révèle que ce dernier n'exerce aucune fonction humaine significative pour le compte de l'entreprise étrangère (OCDE, *préc.*, n° 455, p. 24) ; S. GELIN, A. LE BOULANGER, « Établissement stable et prix de transfert : deux faces d'un même miroir ? », *Étude BF* 10/04, § 8.

Section 1 : La détermination du bénéfice imposable de l'établissement stable français

319. Le paragraphe 2 de l'article 7 du modèle OCDE dispose que sont imputés à l'ES « *les bénéfiques qu'il aurait pu réaliser s'il avait constitué une entreprise distincte et séparée exerçant des activités identiques ou analogues dans des conditions identiques ou analogues et traitant en toute indépendance avec l'entreprise dont il constitue un ES* ». L'approche de « l'entité fonctionnellement distincte » a dès lors été privilégiée à celle de « l'activité commerciale pertinente » avec comme principale conséquence la possibilité d'attribuer à l'ES des bénéfices alors même que l'entreprise, dans son ensemble, présenterait un résultat déficitaire. Le PPC innerve ainsi tout autant le domaine de la délimitation des bénéfiques entre la société et son ES que celui de la répartition des bénéfices entre entreprises associées. Néanmoins, en matière d'attribution des profits aux ES, l'OCDE a dégagé un principe supplémentaire s'intégrant au PPC dans le but de tenir compte des spécificités liées à l'absence d'autonomie juridique de cette forme d'implantation : celui d'imputabilité à l'ES des seuls bénéfices réalisés dans le cadre de son activité. En d'autres termes, l'État de situation de l'ES ne saurait disposer d'un pouvoir d'imposition s'étendant aux revenus que l'entreprise tire sur son territoire mais qui ne peuvent être imputés à l'activité de l'ES¹¹⁸⁰ (**Paragraphe 1**). Si la pertinence du PPC n'est que rarement remis en cause en France par la doctrine fiscale¹¹⁸¹, force est de constater que sa mise en œuvre concrète en droit français pour déterminer le montant de profit attribuable à l'ES français se détachent, sur certains points essentiels, des cadres de l'analyse en deux étapes adoptés par l'approche OCDE de 2008 et de 2010¹¹⁸² (**Paragraphe 2**).

Paragraphe 1 : L'identification d'un lien de rattachement effectif des revenus à l'établissement stable

320. L'affectation des revenus à l'ES français, dans un contexte conventionnel, ou à une entreprise exploitée en France, dans un contexte interne, se limite à ceux que cet établissement ou

¹¹⁸⁰Commentaires OCDE, C (7), Paragraphe 1, n°10 (version de l'article 7 tel qu'il se lisait précédemment à la révision du modèle du 22 juillet 2010) ; De manière quelque peu surprenante, la révision du 22 juillet 2010 a supprimé la référence directe que l'article 7 faisait du principe d'imputabilité. Ce dernier stipulait en son paragraphe 1 que « Si l'entreprise exerce son activité d'une telle façon, les bénéfices sont imposables dans l'autre État mais uniquement dans la mesure où ils sont imposables à cet établissement stable ». Néanmoins, au regard du rapport OCDE de 2010 sur l'attribution des bénéfices à l'ES, cette suppression ne doit pas être considérée comme étendant à l'État de situation de l'ES son pouvoir d'imposition au-delà des seuls bénéfices imposables à l'activité de l'ES.

¹¹⁸¹Les critiques quant à la pertinence du PPC pour aboutir à une répartition « équitable » intra-groupe des profits sont plus fortes dans le domaine économique, cf. à ce titre, J. PELLEFIGUE, « Théorie économique de la réglementation des prix de transfert », *préc.*

¹¹⁸²L'approche de 2010 (approche autorisée) n'a pas remis en cause les deux étapes fondamentales dans l'attribution des profits à l'ES. Il convient tout d'abord d'assimiler l'ES à une entreprise distincte et indépendante avant de déterminer ses bénéfices à partir de l'analyse de comparabilité.

entreprise génèrent effectivement¹¹⁸³. Par conséquent, dès lors que les revenus prenant leur source dans l'État de situation de l'ES sont détachables de l'activité réalisée par l'ES, ils ne pourront être intégrés dans la base imposable de cet établissement. En d'autres termes, « *l'existence d'une exploitation en France n'a pas pour conséquence de créer une attraction des revenus générés en France par une entité étrangère, lorsque ceux-ci sont détachables de l'activité en France* »¹¹⁸⁴. L'étude de la jurisprudence administrative démontre pourtant une conception plus restrictive de ce principe dit « d'imputabilité » ou de « rattachement effectif »¹¹⁸⁵, cantonnant à l'ES l'attribution des seuls revenus présentant un lien direct avec les facteurs de production déployés dans la réalisation de son activité (**I**). Une telle conception, en ce qu'elle induit un traitement différencié eu égard à la forme juridique des entités parties aux transactions, est contraire au principe d'entité juridique distincte de l'OCDE (**II**).

I. L'appréciation jurisprudentielle restrictive du principe de rattachement effectif des revenus à l'établissement stable

321. La mise œuvre du principe d'attribution à l'ES des seuls revenus qu'il a effectivement générés nécessite un découpage fin des activités réalisées par l'ensemble des parties de l'entreprise, pouvant *in fine* aboutir, au regard de son appréciation par les juridictions, à une répartition des profits sans lien avec le rôle de chacune des entités dans le processus de création de valeur de l'entreprise (**A**). Par le principe de rattachement effectif, l'État français rejette par conséquent la mise en œuvre de la théorie de la force attractive, au fondement du modèle de l'ONU dans la détermination du bénéfice imposable de l'ES¹¹⁸⁶. Similairement aux revenus actifs, l'ES ne peut se voir attribuer que les seuls revenus passifs qui se rattachent effectivement à son activité (**B**). Le rattachement effectif à l'ES établit, « *ces revenus suivront alors les règles de répartition des revenus actifs qui sont imposables dans l'État de la source, sans limitation du droit d'imposer de cet État (tout du moins en ce qui concerne l'impôt dit de droit commun)* »¹¹⁸⁷.

¹¹⁸³T. PONS et S. GÉLIN, IFA, *préc.*, n° 623, p. 385.

¹¹⁸⁴*Ibid.*

¹¹⁸⁵Si la majorité des conventions fiscales font référence au critère de « rattachement effectif », certaines conventions, comme la convention franco-américaine, ont préféré le critère « d'imputabilité ». Dès lors, l'article 12 de cette convention dispose que l'article relatif aux bénéficiaires s'applique aux « redevances imputables à cet ES ».

¹¹⁸⁶L'article 7, § 1 du modèle de l'ONU dispose que « Si l'entreprise exerce son activité d'une telle façon [par l'intermédiaire d'un ES], les bénéfices de l'entreprise sont imposables dans l'autre État, mais uniquement dans la mesure où ils sont imputables : a) audit établissement stable; ou b) aux ventes, dans cet autre État, de marchandises de même nature que celles qui sont vendues par l'établissement stable, ou de nature analogue; ou c) à d'autres activités industrielles ou commerciales exercées dans cet autre État et de même nature que celles qui sont exercées par l'établissement, ou de nature analogue ; Pour des développements sur cette théorie, cf. *infra*. § 550 et s.

¹¹⁸⁷N. MÉLOT, *préc.*, p. 359, § 734.

A. Une appréciation du critère de rattachement effectif des revenus actifs non-conforme avec la réalité de la création de la valeur

322. L'application du principe d'attribution des profits promu par l'OCDE, inclut dans la quasi-totalité des conventions conclues par la France¹¹⁸⁸, est de nature à assurer des solutions prévisibles fiscalement, dès lors que les opérations réalisées par l'ES sont retracées dans une comptabilité propre¹¹⁸⁹ et se distinguent aisément de celles effectuées par les autres entités de l'entreprise (1). Néanmoins, lorsque l'entreprise étrangère exerce en France ses activités par l'intermédiaire de plusieurs ES, des incertitudes apparaissent quant à la possibilité de consolider ou non les résultats fiscaux de ces établissements (2).

1. Une application simplifiée dans l'hypothèse d'activités de l'établissement aisément séparables du reste de l'entreprise

323. L'imputabilité à un ES d'une activité réalisée en apparence par une autre entité de l'entreprise, et par conséquent des bénéfices ou des pertes y afférent, invite à analyser au préalable la consistance de l'objet et de l'activité réelle effectuée par l'établissement avant celle de l'entité étrangère. L'arrêt *Sté Silver Ski Holidays* de la CAA de Lyon du 22 mars 2007 permet d'illustrer le raisonnement à suivre dans l'affectation des profits entre un siège et son ES¹¹⁹⁰. Dans cette affaire, l'administration avait cru pouvoir rattacher à la succursale française d'une société anglaise l'activité de sous-location meublée sans prestations para-hôtelières réalisée en France par cette société. Si l'objet de la succursale relatif à la « *gestion administrative d'exploitation de tous locaux sous toutes formes et principalement hôtelières, para-hôtelières et meublés* » pouvait laisser présupposer que les bénéfices tirés de l'activité de sous-location meublée étaient effectivement générés par les moyens matériels dont elle disposaient (bureau situé à la Plagne ainsi qu'un personnel d'hôtellerie et de restauration), deux éléments principaux ont amené la cour à adopter une position inverse. D'une part, la commercialisation de l'activité en litige ne pouvait être rattachée territorialement en France

¹¹⁸⁸Les conventions fiscales franco-turque (article 1 du protocole annexé), franco-kazakhe, franco-nigériane et franco-philippine contiennent des clauses anti-abus instituant une règle de force d'attraction limitée. En effet, si ces conventions reprennent la rédaction du modèle ONU, les bénéfices tirés d'activités commerciales ou analogues réalisées sur le territoire de situation de l'ES ne lui seront cependant pas imputés dès lors que l'entreprise étrangère démontrera que lesdites ventes n'ont pas été effectuées dans le but de tirer profit des dispositions de la Convention ; Pour les différentes conceptions de la théorie de la force attractive, cf. *infra*. § 550 et s.

¹¹⁸⁹L'arrêt Société Stanford (CE, 13 juill. 2011, n° 313440, Sté Stanford Research Institute International : Dr. fisc. 2011, n° 39, comm. 529 ; RJF 11/2011, n° 1133) est venu préciser les obligations comptables des ES de sociétés étrangères. Si ces établissements ne sont pas soumis à l'obligation d'établir des comptes selon les normes comptables françaises en raison de leur absence de personnalité morale, ils doivent néanmoins tenir une comptabilité ainsi que tenir à disposition des pièces justifiant l'exactitude de leurs déclarations de résultats (article 54 du CGI).

¹¹⁹⁰CAA Lyon, 22 mars 2007, n° 03-1605, 2e ch., min c/ Sté Silver Ski Holidays Ltd :Dr. fisc. 2007, n°28, comm. 737 ; RJF 8-9/2007, n° 958.

puisqu'elle était exclusivement réalisée en Grande-Bretagne. D'autre part, et surtout, bien que la succursale disposait de moyens propres à faciliter la réalisation de l'activité de la société étrangère, ils étaient en l'espèce insuffisants pour considérer qu'elle bénéficiait, concernant cette activité, d'une autonomie de gestion l'autorisant à remplir des fonctions excédant un simple rôle préparatoire ou auxiliaire¹¹⁹¹. Dès lors, les ressources humaines et matérielles à la disposition de l'ES doivent directement contribuer à la génération du profit de l'activité en apparence réalisée par l'entité étrangère pour que les bénéfices y afférents soient imputés à cet établissement. Dans la même mesure, l'arrêt du CE *Basalt Réfractaire* de 1992 fournit les éléments pertinents à prendre en compte pour rattacher à un ES certaines des rémunérations perçues en contrepartie d'opérations personnelles effectuées par un dirigeant¹¹⁹². Était dans cette affaire en cause une société allemande qui exerçait son activité en France par l'intermédiaire d'un ES chargé d'une activité de dépôt et de vente en France des produits fabriqués par cette société en Allemagne. Faisant application des principes précédemment décrits, le CE considère que les commissions perçues par le dirigeant, versées en contrepartie d'une activité de courtage, devaient être rattachées à l'ES dès lors que le courtage était réalisé au siège de l'établissement, qui plus est adresse de domiciliation professionnelle du dirigeant, et qu'il n'était mobilisé au titre de cette activité aucun moyen de production distincts de ceux alloués à l'établissement. En revanche, les recettes tirées de la fourniture de PS effectuées en France par la société allemande, en ce qu'elles apparaissaient comme le résultat de moyens humains mobilisés par cette dernière en Allemagne, ne pouvaient être rattachées à l'ES. Ainsi, « *au cas d'espèce, il semble que la subordination des salariés de la filiale se traduise par une présomption d'exclusion de leur contribution aux profits de l'établissement stable* »¹¹⁹³. En définitive, seuls les produits présentant un lien suffisamment direct avec les facteurs de production mobilisés par l'ES intégreront sa base imposable. Une telle conception du principe d'entité juridique distincte, très restrictive quant à l'étendue du pouvoir d'imposition de l'État français en tant qu'État de situation de l'ES, posera d'importantes questions tenant au traitement fiscal différencié qu'elle induit avec les filiales françaises d'entreprises étrangères¹¹⁹⁴.

¹¹⁹¹*Ibid.*, point n°3.

¹¹⁹²CE, 15 mai 1992, n° 70906, 8e et 7e s.-s., Société Basalt réfractaire, rapp. F. LOLOUM, concl. O. FOUQUET.

¹¹⁹³R. JAUNE, *préc.*, p. 132.

¹¹⁹⁴Cf. *infra*. pour de plus amples développements sur la contradiction de cette conception avec le principe d'entité juridique distincte tel que promu par l'OCDE.

2. Une application complexe dans la détermination des modalités d'imposition d'une pluralité d'ES implantés en France

324. L'exercice par une société non-résidente d'une pluralité d'activités en France pose la question de la consolidation ou non des résultats fiscaux des différents établissements autonomes¹¹⁹⁵. La réponse à cette question est d'importance en ce qu'elle est susceptible d'augmenter considérablement les obligations fiscales de déclaration des sociétés étrangères. Si le législateur français et la doctrine administrative ne posent aucun obstacle de principe à la consolidation des résultats d'ES (a), le juge administratif adopte quant à lui une position plus nuancée traduisant une vision parcellaire des différentes activités exercées par une société étrangère sur le territoire français (b).

a. Une consolidation admise des résultats de plusieurs ES en vertu du droit interne

325. L'article 205 du CGI dispose que l'IS a vocation à s'appliquer à « *l'ensemble des bénéficiaires réalisés par les sociétés* », étant rappelé que l'article 209 du CGI n'intègre dans l'assiette imposable des sociétés étrangère au titre de cet impôt, que leurs revenus, actifs comme passifs¹¹⁹⁶, de source française. Les articles 218, 218 A du CGI combiné à l'article 23 ter de l'annexe IV au CGI prévoient quant à eux, d'une part, que « *l'IS est établi sous une cote unique au nom de la personne morale [...] pour l'ensemble de ces activités en France* » et, d'autre part, que le lieu d'imposition des personnes morales non-résidentes « *dont l'activité s'exerce en France dans un ou plusieurs établissements* » se situe au « *lieu du principal établissement* ». Conjugué à cela la doctrine administrative du 25 juin 1988 prévoyant dans la matière des obligations fiscales des entreprises soumises au régime des BIC qu'« *en cas de pluralité d'activités ou d'établissements, ce sont les résultats globaux de l'entreprise, considérée dans son ensemble, qui doivent être retenus et indiqués sur les tableaux comptables [...]* »¹¹⁹⁷, il apparaît que le droit interne institue une véritable obligation de consolidation des résultats des établissements dont disposent une entreprise étrangère en France.

¹¹⁹⁵La pratique des États sur cette question ne fait pas l'objet d'un consensus. Pour exemples, alors que les juges américains ont pu conclure à la consolidation des résultats de six succursales d'une banque britannique, en les assimilant à un unique ES (United States Court of Federal Claims, Dec. 16 2005, n° 95-758T), l'administration russe refuse elle d'opérer une consolidation à l'égard de plusieurs ES d'une même société étrangère située sur son territoire (Lette circulaire, 28 nov. 2008, n°03-08-05).

¹¹⁹⁶N. MELOT, *préc.* n°, p. 92-93 : « *La seule approche réaliste consiste à admettre que l'assiette de l'IS comprend non seulement les revenus visés à l'article 209-I du CGI mais également les revenus passifs visés notamment aux articles 182 B et 244 bis et bis A et B du CGI* ». Tel n'est sûrement pas le cas des articles 119 *ter* et 125 A du CGI qui pourraient s'analyser de manière autonome par rapport à l'IS en ce qu'ils instituent des prélèvements libératoires.

¹¹⁹⁷Doc. adm. 4 G-3327, n° 3, 25 juin 1988.

b. Une consolidation restreinte des résultats de plusieurs ES en vertu de la jurisprudence administrative

326. Les modalités de détermination du bénéfice imposable d'un établissement autonome français d'une société étrangère en cas d'exercice d'une pluralité d'activités en France ont été précisées, dans un contexte hors conventionnel, par l'arrêt du CE Turkish Airlines du 10 avril 2009¹¹⁹⁸. Dans cette affaire, une société aérienne turque disposait en France d'une succursale domiciliée à Paris dont l'activité consistait en la vente de billets. Cette société avait par ailleurs exposé des charges liées au fonctionnement de l'escale qu'elle assurait à Orly (salaires du chef d'escale, des techniciens, location du comptoir d'enregistrement...). Le contentieux se situait alors sur la possibilité pour la succursale française de déduire de sa base imposable, les dépenses afférentes à cette activité d'escale. Par l'établissement d'un faisceau d'indices composé de deux éléments principaux -la nature des activités exercées par la succursale et l'absence d'unité de direction entre le bureau de la succursale et l'escale d'Orly- le CE a fait droit à l'argumentaire de l'administration à défaut pour la société étrangère d'avoir démontré que la réalisation des missions dévolues à la succursale participait directement à l'exercice de l'activité d'escale d'Orly¹¹⁹⁹. Ainsi, les charges afférentes à cette activité ne pouvaient venir en déduction des profits réalisés au titre de l'activité de vente de billets. Or, un tel raisonnement revient à occulter la question de la caractérisation fiscale de l'activité d'escale¹²⁰⁰ en faisant uniquement dépendre la solution de l'analyse de la consistance de l'objet et de l'activité réelle effectuée par la succursale. Pourtant, cette question était en l'espèce fondamentale car elle induisait directement la capacité pour la société étrangère de consolider ou non les résultats fiscaux de ces deux activités. Dès lors, *« si l'activité d'escale devait être considérée comme un établissement autonome, les résultats des deux établissements devaient alors être consolidés [...] À l'inverse, si l'activité d'escale pouvait être jugée comme détachable de l'activité parisienne et ne constituant pas une « entreprise exploitée en France », les dépenses engagées à ce titre n'étaient pas déductibles en France, mais devaient être rattachées aux résultats du siège turc »*¹²⁰¹. En l'absence de réponse apportée sur le caractère d'ES de l'activité d'escale¹²⁰², toujours est-il que le CE, en contradiction avec les fondements du droit interne

¹¹⁹⁸CE, 10e et 9e ss-sect., 10 avr. 2009, n° 275534, Sté Turkish Airlines : JurisData n° 2009-081491 ; Dr. fisc. 2009, n° 29, comm. 421, concl. J. BOUCHER ; Dr. fisc. 2009, n° 38, comm. 473.

¹¹⁹⁹Comme le note le rapporteur public J. BOUCHER sur l'affaire, pour démontrer que l'activité d'escale soit regardée comme composante intégrante de la succursale, « il faudrait à tout le moins, pour cela, que soit établie une unité de direction et de décision, ce qui n'est pas le cas, le dossier donnant plutôt le sentiment que le chef d'escale, d'une part, et le directeur de la succursale parisienne, d'autre part, sont à la tête de deux centres de décision autonomes ».

¹²⁰⁰F. LE MENTEC, B. TASCIOGLU-TANGUY, note ss. CE, 10e et 9e ss-sect., 10 avr. 2009, n° 275534, Sté Turkish Airlines, *préc.*

¹²⁰¹*Ibid.*, § 6.

¹²⁰²Le commentaire de cet arrêt dans la RJF considère lui que le CE assimile implicitement l'activité d'escale d'Orly à un ES de la société turque (RJF 7/09, n°617). Pourtant, outre qu'une telle solution serait en contradiction avec

précédemment développés, subordonne la consolidation des résultats de ces activités à l'existence d'une « unité de direction ». Ce critère est d'autant plus discutable qu'il conduit, d'une part, à refuser la consolidation des résultats d'établissements autonomes dès lors que l'unité de direction est centralisée au siège étranger de l'entreprise et, d'autre part, à violer les normes conventionnelles et communautaires. En effet, en l'absence d'unité de direction située en France, l'entreprise étrangère est dans l'obligation de sectoriser ses différentes activités aux fins de détermination de son bénéfice imposable. Les modalités d'imposition apparaissent de ce fait moins favorables pour les sociétés étrangères exerçant en France leurs activités par l'intermédiaire de plusieurs établissements par rapport à une société française placée dans une situation comparable, révélant une situation contraire à la clause de non-discrimination de l'article 25, Paragraphe 3 du modèle OCDE retranscrit dans l'essentiel des conventions fiscales françaises¹²⁰³. De même, ce critère apparaît contraire aux articles 43 et 48 CE protégeant la liberté d'établissement puisque les sociétés mères étrangères apparaissent incitées à créer en France, non pas des succursales, mais des filiales pour disposer de la capacité d'agrèger l'ensemble des résultats issus des activités réalisées en France¹²⁰⁴. En définitive, la restriction apportée par ce critère à la consolidation des résultats fiscaux d'établissements autonomes français viole simultanément le droit communautaire, le droit conventionnel et le droit interne français. Concernant le droit interne français, la violation est d'autant plus frontale que ce dernier considère les sociétés, peu importe leur résidence, comme un contribuable unique avec une taxation des produits afférents à l'ensemble des activités imposables en France sans qu'« *il n'existe [de principe] de cantonnement des charges aux revenus à laquelle ces charges se rapportent* »¹²⁰⁵.

l'obligation de consolidation des résultats fiscaux d'établissements autonomes instituée en droit interne, rien ne permet à la lecture de l'arrêt d'affirmer que le CE a reconnu l'existence de deux ES.

¹²⁰³Cette clause de non-discrimination a, dans l'affaire Mercurio, tenant à la détermination des modalités d'imposition d'un ES d'une société italienne à l'actif duquel figuraient des immeubles lui procurant des revenus ainsi que d'autres activités productives, directement influencé la solution rendue par le CE (CE, 3e et 8e ss-sect., 5 avr. 2013, n° 349741, Sté Mercurio SPA : JurisData n° 2013-006858 : commentaire J.L PIERRE). La décision, rendue au visa de l'article 25 de la convention franco-italienne, a censuré la décision d'appel en considérant que l'ensemble des revenus perçus par l'ES, qu'ils revêtent la nature de revenus immobiliers ou de bénéfices d'entreprise, devait être imposée sous une côte unique. Cette décision ne peut qu'être approuvée en ce que la solution retenue par la CAA (CAA Paris, 7e ch., 25 mars 2011, n° 09PA00030, Sté Mercurio Spa : Dr. fisc. 2011, n° 29, comm. 426, note Ph. BLANC ; RJF 8-9/2011, n° 980) visant à imposer séparément les revenus immobiliers des bénéfices d'entreprise instaurait des conditions d'imposition moins favorables par rapport à une entreprise française en situation comparable et en capacité de déduire de ses revenus toutes ses charges, quelle qu'en soit l'origine.

¹²⁰⁴Le TA de Besançon a pu juger à l'égard de l'article 115 quinquies ancienne version que son application était contraire à la liberté d'établissement car incitant les sociétés étrangères à créer en France une filiale plutôt qu'une succursale, TA Besançon, 20 janv. 2000, n° 97-1117, SA Solvay : RJF 4/2000, n° 488.

¹²⁰⁵R. SCHNEIDER, F. LLINAS, « L'interprétation des conventions fiscales par le juge en présence de revenus immobiliers perçus par l'établissement stable français d'une société étrangère », *Dr. fisc.* n°46, 14 novembre 2013, comm. 512, point n°5.

B. L'appréciation du critère de rattachement effectif des revenus passifs à l'ES français

327. Rappelons qu'en droit conventionnel, l'État de résidence dispose d'une compétence fiscale exclusive pour imposer les « autres revenus », i.e. les revenus d'un résident d'où qu'ils proviennent, sauf à ce que le droit ou le bien générateur des revenus soit rattachable à un ES de ce résident, auquel cas l'État de localisation de cet établissement dispose également du droit de les imposer¹²⁰⁶. La principale difficulté se situe alors dans l'appréciation du critère de rattachement effectif. En effet, « *ce critère se révèle fondamental concernant les revenus passifs de source étrangère dans la mesure où il conditionne non seulement les modalités de leur imposition, mais également et surtout leur imposabilité par l'État de localisation de « l'établissement » auquel ils sont rattachables* »¹²⁰⁷. De manière quelque peu surprenante, le droit fiscal français, comme le modèle OCDE, ne donnent pourtant aucune indication précise sur les éléments permettant d'apprécier ce critère (1). Dans cette mesure, les commentaires du CAF, en faisant état des motivations originelles à l'instauration de ce critère, s'avèrent d'une aide précieuse pour en révéler la signification (2).

1. L'imprécision du droit fiscal français dans les éléments d'appréciation du critère de rattachement effectif

328. Le droit fiscal français présente d'importantes similarités avec le modèle OCDE dans l'appréciation du critère de rattachement effectif des revenus passifs à un ES sans toutefois lui être conforme en tout point. En effet, si l'inscription à l'actif des droits générateurs de revenus permet de présumer que les revenus en découlant sont rattachés effectivement à l'ES, « *cette présomption est simple et l'administration pourrait dénier le bien-fondé de l'imputabilité des revenus [...] en démontrant que l'inscription à l'actif [...] ne résulte que d'une fiction ou d'un montage juridique dans le but de diminuer la charge fiscale en France de la société étrangère* »¹²⁰⁸. Chose notable cependant, le lien de rattachement concernant les entreprises exploitées en France semble faire l'objet d'une appréciation, à tout le moins par la doctrine fiscale, plus large qu'en droit conventionnel. En effet, il suffirait pour caractériser ce lien en droit interne que les biens ou droits générateurs de revenus « *servent ou aient servi à l'activité de l'exploitation* »¹²⁰⁹. Une telle

¹²⁰⁶Cf. par exemple à ce titre l'article 12, Paragraphe3 du modèle OCDE disposant que l'imposition exclusive des redevances dans l'État de résidence ne trouve pas à s'appliquer « lorsque le bénéficiaire effectif des redevances, résident d'un État contractant, exerce dans l'autre État contractant d'où proviennent les redevances une activité d'entreprise par l'intermédiaire d'un ES qui y est situé et que le droit ou le bien générateur des redevances s'y rattache effectivement »

¹²⁰⁷N. MÉLOT, *préc.*, p. 376.

¹²⁰⁸*Ibid.*

¹²⁰⁹G. GEST, G. TIXIER, *préc.*, p. 285.

conception est toutefois contestable car il n'existe actuellement, en l'absence d'intervention législative, aucun élément permettant de déterminer avec précision la signification des termes « servir à l'activité de ». Le risque d'atteinte à la sécurité juridique des entreprises est dès lors non-négligeable, d'autant plus que généralement, les dispositions conventionnelles ne définissent pas les critères de détermination de ce lien de rattachement. Comme le note N. MELOT, « *un renvoi aux législations des États parties est donc nécessaire pour préciser les critères de rattachement ou d'imputabilité de ces revenus aux ES* »¹²¹⁰. De part l'imprécision législative française, l'administration fiscale dispose ainsi d'une faculté étendue de passer outre la situation comptable présentée par le contribuable pour imposer sa propre vision de la substance économique de l'opération. Toujours est-il que si les termes « servir à l'exploitation » étaient finalement mobilisés pour identifier le critère du rattachement effectif, l'ES se verrait attribuer les redevances pour exploitation d'actifs incorporels, ex. brevets, marques de fabrique, dès lors qu'il aurait contribué à leur mise au point ou à leur amélioration sans même les avoir élaborés¹²¹¹.

2. Les commentaires OCDE comme palliatif à l'imprécision du droit fiscal français

329. L'incertitude juridique découlant de l'absence de définition claire en droit français du critère de rattachement effectif pourrait toutefois être atténuée par la transposition de certains des commentaires du modèle OCDE traitant du rattachement des revenus passifs à l'ES. En effet, il doit être rappelé que la consécration du principe de rattachement effectif par le modèle OCDE, a été effectuée, aussi bien pour les revenus passifs qu'actifs, dans le but de neutraliser les attributions fictives de revenus à un ES en réalité rattachables au siège. À cette fin, l'OCDE a choisi de privilégier une analyse visant à fonder l'allocation des revenus en fonction des faits et circonstances propres à chaque espèce. En d'autres termes, la répartition des profits entre un ES et son siège ne saurait être déterminée selon une approche juridique ou comptable mais doit refléter la réalité économique de leurs relations. Comme le note ainsi R. Coin au sujet des redevances : « *la grille de lecture proposée est d'étudier en détail les actifs utilisés, mais aussi les conditions réelles dans lesquelles ces actifs sont utilisés, que ce soit en qualité de propriétaire ou d'utilisateur de licences* »¹²¹². Cette analyse, dont la logique apparaît similaire à celle des PDT, se réalise alors au travers de l'attribution auxdites entités de la qualité de « propriétaire économique » d'un droit, d'un bien ou d'une créance. La reconnaissance de cette qualité à un ES, définit par les commentaires

¹²¹⁰N. MELOT, préc., p. 379.

¹²¹¹*Ibid.*, p. 380 : concernant plus spécifiquement la convention franco-américaine, le rejet du principe de force attractive ne devrait pas avoir pour effet, au vu des législations de ces États, de restreindre « l'application pleine et entière des dispositions de droit interne relatives aux liens de rattachement des revenus passifs aux établissements ».

¹²¹²R. COIN, préc., p. 549.

OCDE dans ce contexte comme « *l'équivalent de la propriété, aux fins de l'imposition du revenu, d'une entreprise distincte, avec les bénéfices et les charges correspondants* »¹²¹³, implique par conséquent le rattachement effectif de la créance génératrice de revenus à cet établissement. Cette qualité ressort principalement suite à l'analyse la prise de risques liée aux actifs en question, comme le droit aux intérêts ou redevances afférent à la propriété de ce droit, bien ou créance et le risque de gains ou pertes liés à l'augmentation ou de la diminution de la valeur de ce droit, bien ou créance.

II. Une contrariété patente avec le principe de pleine concurrence promu par l'OCDE

330. Dès les origines du système fiscal international, le principe d'entité juridique distincte, corollaire du PPC, invitait à la reconnaissance d'une quasi-personnalité fiscale de l'ES afin de s'assurer que les opérations à l'intérieur de l'entreprise soient réalisées au prix du marché¹²¹⁴. Cette conception originelle a depuis lors toujours influencé les travaux OCDE, la répartition des profits entre entités se basant sur la matérialisation d'une norme commune de comportement aux organisations en groupe et concurrentielle, i.e l'indicateur du profit réalisé sur le marché libre. Dès lors, des tensions sont susceptibles de survenir entre cette conception et celle qui vient à préserver la distinction formaliste entre ES et filiale (**A**). Si la conception jurisprudentielle française tend désormais à intégrer les lignes de l'approche autorisée OCDE quant aux paiements intra-groupe¹²¹⁵, un formalisme certain subsiste néanmoins dans l'attribution des profits à l'ES (**B**).

A. Les tensions entre l'approche OCDE et le formalisme de la distinction ES - filiale

331. L'assimilation de l'ES à une « entité fonctionnellement distincte » du reste de l'entreprise implique, selon l'approche autorisée de l'OCDE de 2010, que soit attribuée à cette entité un montant de profits en lien avec sa contribution à la valeur dégagée au sein du groupe. Le souhait de l'OCDE est alors d'assurer une application uniforme du principe de pleine concurrence (PPC) à toutes les entités composant le groupe en mettant fin aux exceptions relatives aux intérêts et redevances notionnelles versées entre un siège et son ES¹²¹⁶. Dès lors, « *le principe est que, sauf justifications particulières, les opérations à l'intérieur d'un même groupe doivent être réalisées à*

¹²¹³Commentaires OCDE, C (12), § 12.1.

¹²¹⁴Pour des développements détaillés sur l'émergence de ce principe notamment dans le rapport CARROLL, cf. *supra*. § 82 et s.

¹²¹⁵Cf. *infra*. § 336 et s. concernant l'intégration dans l'ordre juridique français de l'approche autorisée de l'OCDE de 2010.

¹²¹⁶Au contraire de l'approche autorisée de 2008 où l'OCDE considérait que le PPC dans la détermination des profits de l'ES ne s'appliquait pas aux intérêts et redevances notionnelles (OCDE, Rapport sur l'attribution de bénéfices aux établissements stables, 17 juillet 2008).

des conditions normales et au prix du marché »¹²¹⁷. L'approche autorisée OCDE constitue ainsi une expression du principe de substance dans laquelle l'analyse fonctionnelle de l'article 9 du modèle OCDE a été complétée pour tenir compte du fait que les actifs, risques et capital appartiennent en théorie, en l'absence de transaction juridique conclue entre un ES et son siège, à l'ensemble de l'entreprise. Ainsi, préalablement à la question du *quantum* de profit attribuable, il convient de déterminer s'il peut être attribué à l'ES la qualité de « propriétaire économique » d'actifs, celle-ci étant liée à l'exercice par l'établissement de « fonctions humaines significatives » à l'égard de ces actifs¹²¹⁸. L'attribution de cette qualité aura dès lors des conséquences à la fois sur l'attribution à l'ES de capitaux et de dettes portant intérêt et sur la répartition des bénéfices. L'intérêt porté à l'analyse du profil fonctionnel de l'ES permet ainsi, aux fins d'attribution et de répartition des profits, de lever le voile sur l'unicité de la personne morale en facilitant l'identification fiscale des relations souvent multiples que peuvent entretenir un siège et son ES.

Cette volonté croissante de placer les succursales sur le même plan que les filiales dans la détermination du profit attribuable tranche pourtant avec certaines décisions du CE qui, dans ce domaine, mettent au centre de leur raisonnement les spécificités inhérentes à ces deux entités. En effet, des différences subsistent dans le traitement fiscal de ces deux formes d'implantation : alors que l'ES ne peut être considéré comme résident fiscal en ce qu'il n'est assujéti que sur ses seuls revenus de source, « *une filiale est réputée dépendre des infrastructures territoriales et peut faire l'objet d'une imposition de l'ensemble de ses revenus sans considération de leur source ; elle peut donc être regardée comme un résident au sens des conventions* »¹²¹⁹. Si cette distinction apparaît formaliste car aboutissant à une attribution de profits en fonction de la forme d'implantation choisie, elle conserve toutefois encore sa pertinence dans les raisonnements du juge administratif.

B. Une conception jurisprudentielle formaliste de l'attribution des profits à l'ES

332. L'arrêt *Basalt* de 1992 du CE constitue la preuve la plus manifeste de l'attachement du juge administratif à une conception formaliste dans l'attribution des profits aux ES¹²²⁰. Dans cet arrêt, le CE, en rejetant le principe de force attractive de l'ES, institue la règle suivante : un ES ne peut que se voir imputer les bénéfices résultant des facteurs de production qu'il a directement mobilisés pour les générer. Par conséquent, un groupe ne saurait imputer à son ES les revenus qu'il

¹²¹⁷C. SILBERZTEIN, B. GRANDEL, A. CALLOUD et M. VALETEAU, « Traitement fiscal des intérêts notionnels entre siège et succursale : une révolution menée par le Conseil d'État », *Dr. fisc.* n° 24, 16 juin 2016, comm. 377.

¹²¹⁸OCDE, Rapport sur l'attribution de bénéfices aux établissements stables, 2010, p. 15-16 ; Pour de plus amples développements sur la notion de « fonctions humaines significatives », V. notamment Partie 2, Titre 2, Chapitre 1, Section 2.

¹²¹⁹R. JAUNE, *préc.*, p. 130.

¹²²⁰CE, 15 mai 1992, n° 70906, 8e et 7e s.-s., Société Basalt réfractaire, *préc.*

tire d'activités réalisées sur le territoire de son implantation et qui ne sont pas en elles-même taxables¹²²¹. Ne contrarie toutefois pas cette règle, ainsi que l'a jugé le CE dans l'arrêt *Mercurio*¹²²², la possibilité pour une société italienne disposant en France d'un ES à l'actif duquel figurent des immeubles, d'agrèger les revenus immobiliers passifs générés par ces biens aux bénéficiaires tirés d'autres activités. Dans cette mesure, au regard de l'objet particulier qui anime séparément l'article 6 (revenus immobiliers) de l'article 7 (bénéfices d'entreprise) de la convention fiscale franco-italienne, le § 7 de l'article 7 de la convention, conforme au modèle OCDE¹²²³, ne s'oppose pas à l'imposition sous une cote unique de ces revenus. En effet, alors que l'article 6 constitue uniquement une règle de source attribuant à l'État de situation des immeubles le droit d'imposer les revenus provenant de ces biens, l'article 7 en son § 3 donne des indications sur les modalités d'imposition des ES, notamment sur les dépenses susceptibles de venir en déduction du bénéfice imposable de l'établissement¹²²⁴. Par conséquent, cette solution n'induit aucun infléchissement dans le refus par le juge administratif d'appliquer le principe de force attractive dans la détermination des bénéficiaires de l'ES. Seulement, lorsque des revenus immobiliers de source française sont réalisés par l'intermédiaire d'un ES et que cet établissement réalise d'autres activités productives de revenus, l'entreprise étrangère se voit octroyer la « *possibilité de faire masse des produits et charges de toutes les activités françaises* »¹²²⁵.

L'application stricte du principe de rattachement effectif des bénéficiaires à l'ES, telle qu'elle résulte de l'arrêt *Basalt*, apparaît contraire au principe d'entité juridique distincte retranscrit au § 2 de l'article 7 du modèle OCDE et repris dans l'ensemble des conventions fiscales conclues par la France. En effet, selon le modèle OCDE, la détermination du bénéfice imputable à un ES doit s'effectuer similairement à une entreprise distincte et indépendante comparable compte tenu des fonctions exercées, des actifs utilisés et des risques assumés par l'entreprise par son intermédiaire. Or, la règle instituée par la décision *Basalt*, en ce qu'elle vise à imputer à l'ES les seuls bénéficiaires issus directement des facteurs de production qu'il a mobilisés, ne permet pas de retranscrire avec la même précision que l'analyse de comparabilité, l'importance de l'ES dans le processus de création de valeur du groupe. Le formalisme juridique induit par cette décision s'oppose alors frontalement au principe de substance, présent en filigrane aux articles 7 et 9 du modèle OCDE, en introduisant dans ce domaine un « *principe de spécialité* », par analogie avec la règle de droit public selon

¹²²¹R. JAUNE, *préc.*, p. 132.

¹²²²CE, 3e et 8e ss-sect., 5 avr. 2013, n° 349741, *Sté Mercurio SPA*, *préc.*

¹²²³Le Paragraphe 7 (désormais Paragraphe 3) de l'article 7 modèle OCDE disposait que « *Lorsque les bénéficiaires comprennent des éléments de revenus traités séparément dans d'autres articles de la présente convention, les dispositions de ces articles ne sont pas affectées par les dispositions du présent article* ».

¹²²⁴V. DAUMAS, concl. ss. CE, 3e et 8e ss-sect., 5 avr. 2013, n° 349741, *Sté Mercurio SPA*, *préc.*, n°3.

¹²²⁵E. DINH, « Fiscalité internationale : Chronique de l'année 2013 », *Dr. fisc.* n° 10, 6 mars 2014, 197, not. § 47 à 51.

laquelle certaines entités qui sont dotées de la personnalité morale, mais pas d'une compétence générale, doivent limiter l'exercice de leurs compétences aux missions qui leur sont dévolues »¹²²⁶.

L'on notera en conclusion que les principes d'attribution de profits aux ES, pour être conformes au PPC tel que formulé dans le modèle OCDE, n'ont pas à aboutir en toutes circonstances à une égalité de résultat entre filiales et ES. Comme le note l'OCDE, « *la forme juridique choisie, ES ou filiale, peut avoir des conséquences économiques qui doivent se refléter dans la détermination des bénéfices imposables* »¹²²⁷. Cependant, ces règles apparaissent contraires au PPC lorsqu'elles s'écartent du principe de substance en instaurant des différences dans l'attribution des profits en fonction de la forme juridique de l'entité.

Paragraphe 2 : Les modalités de mise en œuvre des méthodes d'attribution des profits à l'ES

333. La détermination du bénéfice imposable de l'ES français, selon les principes précédemment développés au paragraphe 1, ne pose guère de difficultés « *lorsque les opérations françaises sont nettement distinctes et effectuées dans des établissements autonomes dotés d'une comptabilité particulière* »¹²²⁸. La comptabilité séparée tenue par l'établissement permet alors directement, lorsqu'elle est conforme à la réalité économique des relations entre les différentes parties de l'entreprise, d'extraire les éléments pertinents aux fins de la constitution de son assiette imposable (**I**). Les difficultés s'accroissent cependant fortement lorsqu'il ne peut être déterminé directement les profits attribuables à l'ES, notamment quand il existe une seule comptabilité centralisée enregistrant l'ensemble des résultats de l'entreprise et/ou que l'administration fiscale considère qu'une société étrangère exerce son activité en France par l'intermédiaire d'un ES non-déclaré. Il reviendra alors à l'administration, si contentieux il y a, de démontrer aux juridictions du fond, que sa méthode de reconstitution est plus pertinente que celle du contribuable. L'absence de données comptables propres à l'ES français favorise ainsi fortement le risque pour l'entreprise étrangère d'une reconstitution opportuniste des profits par l'administration fiscale. Dans cette mesure, le PPC constitue un garde-fou indispensable dans l'application des méthodes de reconstitution indirecte en assurant à l'ES une attribution de profits similaire à celle d'entreprises indépendantes disposant d'un profil fonctionnel comparable et exerçant leurs activités dans des conditions identiques ou analogues (**II**).

¹²²⁶R. JAUNE, *préc.*, p. 131.

¹²²⁷L'OCDE poursuit en notant que « *Très souvent, les entreprises exercent leurs activités par l'intermédiaire d'ES plutôt que d'entités distinctes parce que la structure de l'ES permet une utilisation efficace du capital, la diversification des risques, des économies d'échelle, etc., ce qui rend cette structure plus rentable* » (OCDE, *préc.*, p. 30, § 84).

¹²²⁸BOI-IS-CHAMP-60-10-40 § 80, 12 septembre 2012.

I. La détermination directe des profits attribuables à l'ES français

334. Le manque de précision de la loi fiscale et de la doctrine administrative concernant la méthodologie à appliquer dans la répartition des revenus et dépenses entre un siège et son ES tranche avec le caractère particulièrement complet des rapports OCDE sur l'attribution des bénéfices et des lignes directrices au titre de l'article 9 du modèle OCDE¹²²⁹. L'incertitude qui en résulte en droit français est cependant palliée en partie par la référence à la comptabilité tenue par l'ES, en considérant que les actifs et dettes y étant inscrits, lui sont par principe alloués (**A**). Émerge suite à cette étape, la question du principe même de l'existence de paiements intra-groupe entre les différentes parties d'une entreprise ne formant qu'un sur le plan juridique. Si jusqu'à récemment, des spécificités dans la détermination du revenu taxable de l'ES persistaient au regard de l'absence d'autonomie juridique de cette entité, le juge administratif ne semble désormais plus indifférent aux évolutions apportées par l'approche autorisée de l'OCDE de 2010 dans la reconnaissance à l'ES d'une pleine personnalité fiscale (**B**).

A. Une détermination basée prioritairement sur la comptabilité tenue par l'ES

335. En raison d'obligations comptables allégées, la détermination des revenus et dépenses imputables aux ES en droit fiscal français constitue généralement un exercice plus complexe que pour les entreprises industrielles ou commerciales disposant d'une personnalité juridique propre. L'identification des données propres à l'établissement au travers des documents comptables en la possession de l'établissement constitue toutefois l'étape clé car « *elle est censée refléter l'ensemble des actes de gestion soumis à l'impôt* »¹²³⁰.

Le CE, par un arrêt Société Stanford du 13 juillet 2011, est venu préciser les obligations comptables des ES de sociétés étrangères¹²³¹. Si ces établissements ne sont pas soumis à l'obligation d'établir des comptes selon les normes comptables françaises en raison de leur absence de personnalité morale, ils doivent présenter à l'administration, sur sa demande, les documents comptables et pièces mentionnées à l'article 54 du CGI¹²³², pour justifier de l'exactitude de leurs déclarations de résultats. Il peut néanmoins sembler concevable, comme l'atteste une ancienne

¹²²⁹R. JOUFFROY, S. FLEURIER, *Permanent Establishments : a domestic taxation, bilateral tax treaty and OECD perspective, French Report*, Wolters Kluwer, 6th Edition, 2018, § 127-128.

¹²³⁰D. URY, « Le retour du souverainisme fiscal », Étude, *BF* 3/19, § 17.

¹²³¹CE, 13 juill. 2011, n° 313440, Sté Stanford Research Institute International : Dr. fisc. 2011, n° 39, comm. 529 ; RJF 11/2011, n° 1133.

¹²³²L'article 54 CGI dispose que « *Les contribuables mentionnés à l'article 53 A sont tenus de représenter à toute réquisition de l'administration tous documents comptables, inventaires, copies de lettres, pièces de recettes et de dépenses de nature à justifier l'exactitude des résultats indiqués dans leur déclaration* ».

instruction datant de 1969 de l'administration concernant la convention fiscale franco-américaine¹²³³, qu'un ES français ne puisse être en capacité de tenir une comptabilité distincte. Tel serait par exemple le cas lorsque les activités réalisées par l'établissement sont si étroitement liées à celles du siège qu'on ne pourrait les en dissocier¹²³⁴. Toujours est-il que l'appréciation effectuée par le juge du défaut de présentation des documents et pièces mentionnés à l'article 54 est déterminante en ce qu'elle induit, d'une part, la dévolution de la charge de la preuve et, d'autre part, la méthode de reconstitution des profits de l'ES que l'administration doit appliquer.

Concernant la méthode à appliquer, l'absence de présentation de tout document comptable ne permet pas à l'administration de disposer de suffisamment de données propres sur l'ES pour reconstituer ses revenus et dépenses. Dans cette mesure, des méthodes alternatives s'offrent à elle pour attribuer à l'ES un résultat qui se rapproche de celui observable dans une situation de pleine concurrence¹²³⁵. Concernant la dévolution de la charge de la preuve, il appartient par principe à l'administration, selon le principe jurisprudentiel « *actori incumbit probatio* »¹²³⁶, de justifier le redressement qu'elle entend imposer au contribuable¹²³⁷. Ce principe souffre de deux exceptions. La première est relative aux dérogations législatives expresses. En vertu de l'article 192 LPF, la charge de la preuve incombe ainsi au contribuable dans les cas de taxation d'office, de graves irrégularités dans la comptabilité tenue si l'imposition a été établie conformément à l'avis d'une des commissions visées à l'article L. 59 LPF ou encore en l'absence de comptabilité ou de pièces en tenant lieu. La difficulté porte alors, comme le note dans l'arrêt Stanford la rapporteure publique C. LEGRAS, « *sur l'applicabilité de l'article L.192 s'agissant d'une entité qui [...] n'est pas soumise à l'obligation de tenir une comptabilité selon les modalités prévues par les dispositions des article L. 123-12 et suivants du Code de commerce* ». Le choix du CE s'est finalement arrêté sur l'attribution d'une portée très large à l'article L. 192 en étendant aux ES la dialectique de la preuve prévalant pour les filiales françaises. Dès lors, si un ES français, en ce qu'il a présenté une documentation comptable incomplète sur ses recettes encaissées et factures émises, peut s'assimiler à un contribuable dont la comptabilité comporte de graves irrégularités, la charge de la preuve incombe néanmoins à l'administration, faute pour cette dernière d'avoir établie l'imposition conformément à l'avis de la commission des impôts directs et des taxes sur le CA¹²³⁸. La deuxième exception, de nature

¹²³³Cette instruction du 27 mai 1969 notait que « *dans le cas où l'établissement stable français ne serait pas en mesure de tenir une comptabilité distincte, le bénéfice imputable à cet établissement pourrait être déterminé suivant des critères appropriés aux circonstances de fait selon la nature de l'activité exercée et notamment, lorsqu'il s'agit de simples bureaux, à titre de règle pratique, sur la base d'un pourcentage de leurs dépenses annuelles* ».

¹²³⁴C. LEGRAS, concl. ss. CE, 13 juill. 2011, n° 313440, Sté Stanford Research Institute International, *préc.*

¹²³⁵Pour de plus amples développements sur les méthodes indirectes, cf. *infra*.

¹²³⁶Il appartient au demandeur d'apporter la preuve.

¹²³⁷T. PONS, « La preuve et le débat dans le procès équitable », *Dr. fisc.* n° 14, 8 avril 2021, 204.

¹²³⁸CE, 13 juill. 2011, n° 313440, Sté Stanford Research Institute International, *préc.* ; Plus spécifiquement dans cet arrêt, la commission a estimé qu'elle n'était pas compétente pour se prononcer sur la question de l'obligation pour

jurisprudentielle, liée aux hypothèses dans lesquelles « *les éléments de preuve qu'une partie est seule en mesure de détenir ne sauraient être réclamés qu'à celle-ci* »¹²³⁹ nous intéressera plus spécifiquement dans l'appréciation de l'existence d'un acte anormal de gestion.

B. L'atténuation des spécificités découlant de l'absence d'autonomie juridique de l'ES

336. En 2008, l'approche de l'OCDE considérait, par un raisonnement juridique, que l'application du PPC ne devait pas s'étendre aux intérêts et redevances notionnelles versées entre un siège et sa succursale. Ceci notamment en matière d'intérêts car, « *d'un point de vue juridique, le transfert de la jouissance d'un capital, contre rémunération et promesse de restitution à l'échéance, est, en fait, un acte formel qui n'est guère compatible avec la véritable nature juridique de l'ES* »¹²⁴⁰. Deux exceptions à cette approche étaient néanmoins posées : en matière d'intérêts versés par des établissements financiers, les avances de trésorerie étant assimilées, au regard de la nature de leurs activités, comme des opérations commerciales, et en cas d'emprunt contracté par un établissement auprès de tierces personnes. L'administration fiscale française avait également fait sienne cette approche en reprenant au BOFIP la réponse ministérielle MESMIN du 19 janvier 1981¹²⁴¹. Cette dernière notait en effet « *que les versements effectués, sous la dénomination d'intérêts ou de redevances, [...] ne peuvent être admis en déduction du bénéfice imposable en France. En effet, la succursale n'ayant pas de personnalité juridique distincte ni d'autonomie patrimoniale, ces versements représentent en réalité une partie du bénéfice réalisé en France par la société étrangère. Concrètement d'ailleurs, ils ne peuvent s'analyser qu'en des versements que la société se fait à elle-même* ».

Un tournant majeur s'est produit en 2010 avec l'adoption de la nouvelle approche autorisée OCDE. En visant à assurer une application uniforme du PPC à toutes les entités composant le groupe, cette approche met fin aux exceptions relatives aux intérêts et redevances notionnelles versées entre un siège et son ES¹²⁴². Pour ce faire, le texte de l'article 7 du modèle OCDE a fait

l'ES de tenir une comptabilité et de sa capacité d'en tenir une car sa réponse aurait conditionné l'applicabilité de la convention franco-américaine.

¹²³⁹CE, sect., 20 juin 2003, n° 232832, Sté Éts Lebreton Comptoir général de peinture : JurisData n° 2003-080371 ; Lebon, p. 273 ; Dr. fisc. 2004, n° 5, comm. 200, concl. P. COLLIN ; Pour une application de cette dérogation concernant la preuve de l'existence de déficits subis pendant une période prescrite, le contribuable étant seul à disposer d'éléments pour démontrer leur existence, CE, 9e et 10e ch., 31 déc. 2020, n° 428297, SCI Calme, concl. C. GUIBÉ : JurisData n° 2020-021597 ; Dr. fisc. 2021, n° 14, comm. 208 .

¹²⁴⁰Commentaires OCDE, C (7), n° 41 (dans sa version antérieure à 2010). Une autre raison, plus économique était avancée dans les commentaires, dans l'hypothèse où l'entreprise serait exclusivement financée par fonds propres. Dans cette mesure, l'entreprise ne supporte manifestement pas le versement d'intérêts de sorte qu'elle ne devrait pas être autorisée à facturer ces intérêts.

¹²⁴¹Rép. min. n° 31725 à M. G. MESMIN : JOAN Q 19 janv. 1981, p. 245 reprise au BOI-IS-CHAMP-60-10-40, 12 sept. 2012, § 380.

¹²⁴²Au contraire de l'approche autorisée de 2008 où l'OCDE considérait que le PPC dans la détermination des profits de

l'objet d'une modification en se référant désormais aux bénéfices que l'ES « *aurait pu réaliser, en particulier dans ses opérations internes avec d'autres parties de l'entreprise, s'il avait constitué une entreprise distincte et indépendante* ». Dès lors, « *le principe est que, sauf justifications particulières, les opérations à l'intérieur d'un même groupe doivent être réalisées à des conditions normales et au prix du marché* »¹²⁴³. Le juge administratif s'est finalement approprié cette approche économique dans l'application de l'article 57 CGI concernant la rémunération d'avances de trésorerie d'une succursale au profit de son siège étranger. En effet, si classiquement, le CE considère qu'une société transfère irrégulièrement des bénéfices hors de France lorsqu'elle accorde à une société étrangère apparentée des prêts sans intérêts, sans justifier d'une contrepartie équivalente à son profit¹²⁴⁴, il n'avait, préalablement à l'arrêt *Sodirep* du 9 novembre 2015, jamais étendu ce raisonnement aux flux notionnels entre une succursale et son siège¹²⁴⁵. Une telle différence de traitement, outre qu'elle est susceptible de constituer un vecteur d'évasion fiscale en incitant une transformation des succursales en filiales, ne repose sur aucun motif valable¹²⁴⁶. En effet, les mouvements internes de fonds entre succursales et son siège apparaissent clairement identifiables et comparables à des transactions effectuées sur le marché libre donnant lieu au versement d'intérêts¹²⁴⁷. Si cette décision doit alors être approuvée en ce qu'elle introduit une répartition des profits au sein d'un groupe sur le seul fondement de la substance économique des transactions¹²⁴⁸, elle doit néanmoins, selon nous, pour les conventions fiscales conclues antérieurement à l'introduction de la nouvelle approche autorisée à l'article 7, se limiter à la convention franco-belge, originale dans sa rédaction par rapport au modèle OCDE¹²⁴⁹. En effet, bien qu'il n'existe aujourd'hui

l'ES ne s'appliquait pas aux intérêts et redevances notionnelles (OCDE, Rapport sur l'attribution de bénéfices aux établissements stables, 17 juillet 2008).

¹²⁴³C. SILBERZTEIN, B. GRANEL, A. CALLOUD et M. VALETEAU, « Traitement fiscal des intérêts notionnels entre siège et succursale : une révolution menée par le Conseil d'État », *Dr. fisc.* n° 24, 16 juin 2016, comm. 377.

¹²⁴⁴CE, 8e et 9e ss-sect., 26 nov. 1982, n° 24360 : *Dr. fisc.* 1983, n° 22, comm. 1127, concl. Ph. BISSARA ; RJF 1/1983.

¹²⁴⁵CE, 9e et 10e ss-sect., 9 nov. 2015, n° 370974, Sté Sodirep Textiles SA-NV, concl. M.-A. NICOLAZO DE BARMON, note C. SILBERZTEIN, B. GRANEL, A. CALLOUD et M. VALETEAU : *JurisData* n° 2015-026400 ; Il doit néanmoins être noté que l'approche autorisée OCDE ne concerne que les modalités de détermination du bénéfice imposable d'un ES. Dès lors, la fiction de l'entreprise distincte et indépendante ne s'étend pas aux articles conventionnels relatifs aux revenus passifs, le principe d'unicité de la personne morale permettant seulement de considérer le siège comme le débiteur juridique des intérêts. Ainsi, le siège est en mesure d'imputer dans son État de résidence, un crédit d'impôt au titre des RALS payées sur les intérêts versés par ses succursales (CE, 3e et 8e ch., 10 juillet 2019, n° 418108, SA BNP PARIBAS, *JurisData* n° 2019-012342).

¹²⁴⁶M.-A. NICOLAZO DE BARMON, concl. ss. CE, Sté Sodirep Textiles SA-NV, *préc.*

¹²⁴⁷*Ibid.*

¹²⁴⁸La solution adoptée par la décision *Sodirep* ne se limite pas au cas d'espèce. En effet, les termes généraux utilisés par le CE permettent de penser qu'un intérêt notionnel aurait été reconnu dans la situation où le siège avait été le prêteur. Dès lors, par symétrie, un ES devrait disposer de la capacité de déduire les intérêts qu'il verse en contrepartie d'une rémunération d'avances de trésorerie effectuée par son siège, cf. à ce titre, P. ESCAUT, G. GLON, « French Branch Company Must Charge Interest to Its Head Office in Consideration for Cash Advances Provided to the Latter », *European Taxation Journal*, Number 4, 2016.

¹²⁴⁹L'article 5 (4) de la convention fiscale franco-belge, au visa duquel a été rendue la décision *Sodirep*, dispose que « Lorsqu'une entreprise exploitée par un résident de l'un des deux États contractant est sous la dépendance ou possède

plus d'obstacle de principe à ce que des commentaires postérieurs à la conclusion d'une convention fiscale puissent éclairer ses dispositions¹²⁵⁰, c'est à la condition qu'ils ne consacrent pas une interprétation divergente de celle prévalant à la date de conclusion de la convention. Tel n'est assurément pas le cas de la nouvelle approche OCDE qui ne saurait être vue comme une clarification dans l'interprétation des principes d'attribution des bénéfices aux ES puisqu'elle vient à adopter une solution opposée à celle prévalant jusqu'alors dans le traitement fiscal de flux notionnels entre ES et siège. De sorte que pour les conventions conclues antérieurement à 2010 et conforme au modèle OCDE, l'approche civiliste doit prévaloir.

II. La détermination indirecte des profits attribuables à l'ES français

337. Dans sa version antérieure à celle de juillet 2010, le paragraphe 4 de l'article 7 envisageait, dans des circonstances exceptionnelles, la répartition des bénéfices totaux de l'entreprise selon diverses formules, à condition que le résultat obtenu soit conforme au PPC. L'impossibilité de s'assurer de la conformité de ces méthodes « d'évaluation approchée » aux principes énoncés à l'article 7, ainsi que la pertinence des méthodes plus classiques pour résoudre les cas les plus difficiles de répartition, ont néanmoins conduit le CAF de l'OCDE à retirer cette disposition¹²⁵¹. Ce retour à l'orthodoxie quant à l'application du PPC contraste cependant avec la pratique conventionnelle française. En effet, il est classiquement fait usage par l'administration fiscale française de deux méthodes quand il lui est impossible, au regard des conditions de fonctionnement de l'entreprise ou de la comptabilité tenue par l'ES, de différencier les opérations réalisées par le siège de celles de son ES : la méthode de répartition proportionnelle (**A**) et la méthode de répartition par comparaison (**B**). Si les circonstances amenant à leur application apparaissent clairement établies, ces méthodes reposent néanmoins sur une doctrine administrative de 1995¹²⁵², peu adaptée dans l'appréhension, à des fins fiscales, de la valeur créée par les modèles d'affaires numérisés. Suite à la présentation de ces méthodes, il conviendra de se focaliser sur la reconstitution des profits de l'ES-agent dépendant au regard de l'importance de cette question dans les contentieux opposant l'administration et les sociétés numériques (**C**). Ainsi qu'il a été vu, l'exercice d'attribution d'un montant de profits conforme au PPC à l'ES d'une société numérique ne

le contrôle d'une entreprise exploitée par un résident de l'autre Etat contractant [...] et que l'une de ces entreprises consent ou impose à l'autre entreprise des conditions différentes de celles qui seraient normalement faites à des entreprises effectivement indépendantes, tous bénéfices qui auraient dû normalement apparaître dans les comptes de l'une de ces entreprises mais qui ont été de la sorte transférés, directement ou indirectement, à l'autre entreprise peuvent être incorporés aux bénéfices imposables de la première entreprise ».

¹²⁵⁰Cf. notamment CE, plén. fisc., 11 déc. 2020, n° 420174, min. c/ Conversant International Ltd, *préc.*

¹²⁵¹Commentaires OCDE, C(7), n°41.

¹²⁵²DB 4H-1414, 1er mars 1995.

peut faire l'impasse sur une analyse économique visant à individualiser le rôle de l'établissement dans le processus de création de valeur de l'entreprise. De sorte que le caractère rudimentaire de ces méthodes invite à se questionner sur l'opportunité de recourir, non plus à l'outil de l'ES, mais à celui des PDT pour tenter de valoriser à sa juste mesure la contribution à la création de valeur de la filiale française de la société numérique étrangère.

A. La méthode de répartition proportionnelle

338. La méthode de répartition proportionnelle, principalement mise en œuvre quand la société française dispose d'un ES à l'étranger, consiste à appliquer au montant du bénéfice global – ou le cas échéant à certains postes comptables - un coefficient résultant du rapport de deux grandeurs préalablement choisies pour obtenir la part française et la part étrangère des résultats¹²⁵³. Aucune limitation n'est posée quant au choix des grandeurs, la répartition pouvant s'effectuer selon les dépenses, le capital investi, le bénéfice brut réalisé ou encore la quantité des articles vendus ou fabriqués en France. En pratique, le rapport CA de l'établissement distinct / CA de l'ensemble de l'entreprise est le plus souvent appliqué car « *il est le seul utilisable dans tous les cas où une comptabilité unique centralise, sans distinction, les affaires françaises et étrangères. En outre, le CA est une grandeur nécessairement connue du chef d'entreprise et son montant peut être vérifié par le service* »¹²⁵⁴. Dès lors, ce rapport apparaît, par exemple, particulièrement pertinent lorsque la facturation des activités réalisées par l'établissement s'effectue par contrat et non par zone géographique avec une centralisation des honoraires au siège. Il est cependant des situations où la détermination du CA attribuable à un établissement pose des difficultés. L'arrêt Mehrweg du CE du 22 mai 2009 en est un exemple¹²⁵⁵. Dans cette affaire, une société française s'était vue assujettir à des suppléments d'imposition forfaitaire annuelle (IFA) au regard de son CA déclaré, assujettissement qu'elle contestait en soutenant que tout ou partie de son CA avait été réalisé par l'intermédiaire de son ES situé en Allemagne. Par une extension des règles de territorialité de l'IS à l'IFA, le CE considère qu'à défaut pour la société française d'avoir produit des éléments probants permettant de déterminer la quote-part de CA attribuable à son installation fixe d'affaires allemande, la base imposable l'IFA devait être constituée du montant total de CA. La production par la société française de tableaux comptables faisant état d'un CA de l'établissement allemand similaire à celui déclaré par la société en France ainsi que l'attestation d'un cabinet d'expertise comptable indiquant la réalisation par la société de CA en Allemagne étaient, selon les juges du fond, insuffisants pour

¹²⁵³BOI-IS-CHAMP-60-10-40 § 120 et 130, 12 septembre 2012.

¹²⁵⁴*Ibid.*, § 150.

¹²⁵⁵CE, 10e et 9e ss-sect., 22 mai 2009, n° 300478, Sté Mehrweg Dépôt : Dr. fisc. 2009, n° 26, comm. 384, concl. J. BOUCHER ; BDCF 8-9/09, n° 102.

se prononcer avec précision sur le montant de CA imputable à l'établissement allemand¹²⁵⁶.

Le rapport CA de l'établissement / CA total de l'entreprise trouve de la même manière à s'appliquer concernant la ventilation des frais et charges communes à plusieurs entités d'une entreprise. En effet, ce rapport apparaît le plus pertinent pour tenir compte, dans la détermination du bénéfice de l'établissement, les dépenses encourues indirectement par ce dernier. L'ancienne convention franco-marocaine du 2 octobre 1968 avait par exemple inscrit ce choix dans son texte en disposant « *qu'une quote-part des frais généraux du siège de l'entreprise est imputée aux résultats des différents établissements stables au prorata du chiffre d'affaires réalisé dans chacun d'eux* »¹²⁵⁷. Bien que non reprise dans le texte de la convention fiscale actuelle, l'administration fiscale a néanmoins conservé cette méthode dans sa doctrine administrative pour expliciter les modalités de détermination du bénéfice imposable de l'ES¹²⁵⁸. Si cette pratique n'est pas expressément prévue par les commentaires OCDE de l'article 7, elle n'en est pour autant pas contraire car elle ne peut s'appliquer dans les situations où les frais de siège engagés en lien avec l'activité de l'établissement sont supérieurs à la part de ce dernier dans la réalisation du CA de l'entreprise. Ainsi, comme le note l'administration fiscale, « *le principe de l'imputation du montant réel des dépenses engagées dans l'intérêt de l'établissement stable doit toujours présider pour la détermination de son bénéfice* »¹²⁵⁹.

B. La méthode de répartition par comparaison

339. La méthode de répartition par comparaison, principalement mise en œuvre quand la société étrangère dispose en France d'un ES, partage elle d'importantes similarités avec le PPC tel que promu à l'article 7 du modèle OCDE en visant à aboutir à une attribution de bénéfices à l'ES comparable à celle « *d'entreprises françaises similaires, fonctionnant dans les mêmes conditions, et participant au même processus économique* »¹²⁶⁰. Cette méthode reste pour autant largement subsidiaire puisqu'elle ne trouve à s'appliquer que lorsque la comptabilité est insuffisamment précise pour évaluer les bénéfices réalisés par l'intermédiaire de l'activité déployée en France ou lorsque la méthode de répartition proportionnelle ne peut être retenue¹²⁶¹.

Les difficultés de mise en œuvre de cette méthode tiennent alors principalement au stade du contentieux dans les éléments versés par les parties au dossier pour emporter la conviction du juge

¹²⁵⁶CAA, Lyon, 9 nov. 2006, n° 01-2481, SARL Mehrweg dépôt : RJF 2007, n° 428.

¹²⁵⁷Article 10, 3 convention franco-algérienne du 2 octobre 1968.

¹²⁵⁸BOI-INT-CVB-MAR, 24 juillet 2019.

¹²⁵⁹BOI-INT-DG-20-20-10, Paragraphe 160, 5 août 2018.

¹²⁶⁰F. LE MENTEC, « Bénéfices des entreprises – Détermination du bénéfice imposable des entreprises exploitées en France », Fasc. 3500, *Jurisclasseur Droit International*, 1er juin 2012, § 33.

¹²⁶¹V. pour un exemple ancien d'application de cette méthode, CE, 21 mars 1986 n° 51683 : RJF 5/86 n° 545.

administratif. Si la jurisprudence française concernant l'application de cette méthode est encore rare, il est néanmoins possible, au travers de l'arrêt Stanford du CE de 2011¹²⁶², de faire état des difficultés qu'éprouvent administration fiscale et contribuables dans la démonstration de la pertinence de la méthode retenue pour reconstituer le bénéfice imposable de l'établissement distinct. Dans cette affaire, l'administration fiscale avait reconstitué le CA d'une succursale par une méthode extra-comptable fondée sur les ratios habituellement constatés dans les sociétés étrangères exerçant une activité similaire. La société étrangère avait elle mise en œuvre une méthode visant à appliquer au bénéfice mondial un ratio rapportant les frais de fonctionnement de l'établissement aux frais de fonctionnement globaux. Pour trancher cette question, le CE vient subordonner la pertinence de la méthode retenue à l'intégration dans son calcul de données propres à l'activité de l'entreprise. En effet, en l'espèce, « [l'administration fiscale] *ne justifie pas avoir été dans l'impossibilité de tenir compte, pour la mettre en œuvre, des données propres à l'activité de cet établissement, et notamment du taux d'utilisation de son personnel, dont la société faisait valoir la faiblesse au regard des autres sociétés du secteur* ». Dans cette mesure, la méthode appliquée par la société, en ce qu'elle intégrait des données propres à l'activité de son établissement, apparaissait de fait plus pertinente que celle substituée par l'administration. La solution aurait sûrement été différente si le service vérificateur avait démontré qu'il n'était nullement en mesure de prendre en compte certaines des caractéristiques de l'activité de l'établissement dans le calcul de son bénéfice imposable. Or, tel n'était en l'espèce pas le cas, la société apportant des éléments démontrant que le taux réel d'utilisation de son personnel était de 40 %, bien en-deca du taux de 70 % auquel aboutissait la reconstitution par comparaison du vérificateur. Cette interprétation du PPC, pleinement conforme aux lignes OCDE, ne peut qu'être approuvée. En effet, l'exigence de « comparabilité » ne peut être considérée comme remplie lorsque l'administration fiscale se borne à faire référence à des moyennes constatées dans des sociétés prétendument comparables sans s'assurer que les termes de référence utilisés dans la comparaison correspondent avec le contexte propre de l'établissement. Par mimétisme avec le domaine des PDT, l'analyse s'effectue alors par comparaison aux « *profits fonctionnels, mesurés par des ratios de retour sur fonctions et risques assumés. Ainsi, à fonctions et risques comparables, ratios de marges comparables* »¹²⁶³. À défaut de comparabilité entre l'ES et les sociétés retenues, la méthode de reconstitution apparaît dès lors viciée dans son principe car inapte à attribuer à l'établissement un montant de recettes similaires à celui dont bénéficierait des entreprises exerçant les mêmes fonctions, utilisant les mêmes actifs et supportant les mêmes risques.

¹²⁶²CE, 13 juill. 2011, n° 313440, Sté Stanford Research Institute International, *préc.*

¹²⁶³G. MONSELATTO, J-L. TRUCHI, J. PELLEFIGUE, « Comparables dépendants et indépendants : les tentations de l'administration fiscale française », *Dr. fisc.* n° 15, 8 avril 2004, 17.

C. La reconstitution des profits réalisés par l'ES-agent dépendant découvert en France

340. Au regard de l'élargissement significatif des possibilités d'identification d'un ES sur le territoire français, la question de la détermination de leur bénéfice imputable se pose avec plus d'acuité. Pour résoudre cette question, l'administration fiscale dispose en substance de trois voies. La première a trait à la mise en œuvre de l'approche OCDE résultant du rapport sur l'attribution des bénéfices aux ES du 17 juillet 2008 pour les conventions fiscales conclues antérieurement à cette date et celles postérieures qui suivent la formulation ancienne de l'article 7, § 2 du modèle OCDE. La deuxième consiste, pour les conventions conclues sur le modèle de la nouvelle formulation de l'article 7, § 2, à appliquer l'approche autorisée OCDE de 2010 par laquelle l'attribution à l'ES-agent dépendant (ES-AD) des actifs, risques et capitaux propres s'effectue à partir de l'identification des « fonctions humaines significatives » réalisées par les employés de l'établissement. La troisième consiste en l'application de méthodes plus sommaires, désincarnées de toute analyse économique du rôle de l'établissement dans la chaîne de création de valeur. Cette voie, faisant bien souvent suite à l'application de la procédure de taxation d'office, est celle actuellement privilégiée par l'administration fiscale française dans les contentieux l'opposant aux entreprises étrangères numériques. Si cette voie ne peut être que condamnée au vu de son indifférence quant à la valorisation à sa juste mesure de la contribution de l'ES-AD au processus de création de valeur du groupe (1), la première voie pourrait aboutir à des résultats décevants dans la lutte contre la délocalisation abusive des profits des entreprises numériques (2).

1. L'approche française dans la reconstitution des bénéfices d'ES-agent dépendant d'entreprises numériques

341. Rappelons tout d'abord que la qualification d'un d'ES-AD de l'entreprise étrangère s'opère au côté de l'entreprise propre de l'agent, constituée par exemple sous la forme d'une filiale de l'entreprise étrangère, et percevant déjà bien souvent de cette dernière une rémunération pour les services qu'elle lui rend¹²⁶⁴. Transposé aux contentieux *Google* et *Valueclick*, considérer que la société française abrite dans ses locaux un ES-AD de la société irlandaise a pour conséquence la taxation à l'IS de deux activités distinctes réalisées en France : d'une part, celle taxée du chef de la société française, correspondant aux prestations de services effectuées au profit de la société irlandaise et rémunérées par cette dernière par une méthode de *cost plus* de 8 % et d'autre part, celle taxée du chef de la société irlandaise, relative aux contrats conclus par la société française pour

¹²⁶⁴J-P. LE GALL, P. DIBOUT, « Une hybride atypique : la filiale française établissement stable de sa société mère étrangère », *préc.*

commercialiser les produits du groupe en France¹²⁶⁵.

Pour reconstituer le bénéfice imposable de l'ES-AD de la société irlandaise *Valueclick Intl Limited* devenue *Conversant*, l'administration fiscale a alors fait usage d'une méthode consistant à prendre en compte comme CA, l'ensemble des sommes encaissées sur les comptes bancaires de la société irlandaise en France et à évaluer, pour prendre en compte les spécificités de l'activité de « *commission junction* », les charges à 80 % de ce CA . Du fait de la procédure de taxation d'office engagée et, en l'absence de tout élément comptable de l'ES-AD, l'administration apparaissait en effet fondée « à évaluer par le biais des encaissements constatés les recettes que l'ES aurait pu réaliser en France s'il avait constitué une entreprise distincte et séparée, même si cette méthode pouvait conduire à ce qu'une partie des recettes ne soit pas retenue suivant le principe des créances acquises mais en fonction de leur encaissement »¹²⁶⁶. Il appartenait dès lors à la société d'apporter la preuve que les charges retenues avaient été sous-estimées par rapport à celles qu'un établissement dans une situation comparable sur le marché libre aurait supporté. Si l'arrêt *Valueclick* du CE n'avait tranché que la question du droit d'imposer, la cour d'appel de renvoi de Paris s'est finalement prononcée le 8 décembre 2021¹²⁶⁷ en faveur de cette méthode pour reconstituer le *quantum* de bénéfices attribuables à l'ES-AD. En effet, la simple invocation par l'entreprise d'une analyse comparative ne pouvait suffire à démontrer que l'administration avait méconnu les cadres imposés par le PPC au travers des stipulations de l'article 4 de la convention franco-irlandaise. Cette analyse ne saurait dès lors se substituer à la production d'éléments probants spécifiques à l'activité propre de l'établissement pour démontrer que le taux de charge de 20 % retenu par l'administration s'inscrivait en dehors du référentiel de pleine concurrence.

342. Cette méthode, sommaire dans son application en comparaison avec le caractère particulièrement complet des paragraphes de l'approche autorisée OCDE sur l'attribution des bénéfices à l'ES-agent dépendant¹²⁶⁸, semble avoir été adoptée pour pallier les difficultés liées à ce qu'un « *ES qui naît de pouvoirs confiés à un agent dépendant, par ailleurs rémunéré par le biais d'une commission ou d'une rémunération de services, n'est matérialisé par rien, puisqu'il n'a ni locaux, ni salariés ni « activité » distincte à proprement parler* »¹²⁶⁹. L'exercice de reconstitution du bénéfice imposable présente même des difficultés quasiment insolubles lorsque la part de l'activité

¹²⁶⁵F. DEBOISSY, G. WICKER, « La qualification d'établissement stable déduite de la réalité du pouvoir d'engager la société étrangère : un coup d'arrêt aux montages contractuels purement formels », *préc.*.

¹²⁶⁶J. JIMENEZ, concl. ss. CAA Paris, 2e ch., 8 déc. 2021, n° 20PA03971 , *Conversant International Ltd*, note S. Dorin. § 16.

¹²⁶⁷CAA Paris, 2e ch., 8 déc. 2021, n° 20PA03971 , *Conversant International Ltd*, concl. J. Jimenez, note S. Dorin.

¹²⁶⁸V. notamment OCDE, Rapport sur l'attribution de bénéfices aux ES, *préc.*, p. 64 à 69.

¹²⁶⁹B. GOUTHIERE, « Un agent dépendant qui décide de transactions caractérise un établissement stable même s'il ne les conclut pas formellement », *préc.*, n° 726.

propre de l'agent ne peut être distinguée de celle qu'il exerce en tant qu'ES de la société étrangère, cette situation se manifestant notamment en cas d'exercice par l'agent de l'essentiel de son activité au profit de la société étrangère¹²⁷⁰. La méthode adoptée par l'administration dans l'affaire *Valueclick* a alors le mérite de ne pas se soucier des différentes conséquences attachées à l'assimilation de l'ES à une entreprise distincte et indépendante du reste de l'entreprise, pour ne se concentrer que sur les facteurs CA et charges dans la réalisation de l'activité française de ventes publicitaires sur Internet. Au soutien de cette méthode, il convient de noter que l'approche autorisée peut apparaître en pratique extrêmement complexe à mettre en œuvre, comme en atteste la décision du Tribunal de l'UE dans l'affaire *Apple* statuant au sens du premier paragraphe de l'article 107 du TFUE¹²⁷¹. En effet, comme la estimé le Tribunal : « la circonstance que l'approche autorisée de l'OCDE insiste sur l'analyse des fonctions réellement exercées au sein de l'ES contredit l'approche adoptée par la Commission consistant, d'une part, à identifier des fonctions exercées par la société dans son ensemble, sans procéder à une analyse plus détaillée des fonctions réellement exercées par les succursales, et, d'autre part, à présumer que les fonctions avaient été exercées par l'ES, lorsque celles-ci ne pouvaient pas être attribuées au siège central de la société elle-même »¹²⁷². Dès lors, la remise en cause par l'administration de l'attribution des bénéfices à une succursale en application de l'approche autorisée de l'OCDE ne saurait s'effectuer par un « raisonnement « par exclusion » »¹²⁷³ mais requiert la démonstration de l'inadéquation entre l'attribution des bénéfices et la réalité des fonctions exercées par cette succursale.

Reste que la méthode de l'administration dans la décision *Valueclick* revient, en même temps qu'elle nie les fonctions réalisées, les actifs utilisés et les risques assumés par chacune des parties au contrat¹²⁷⁴, à faire reposer l'attribution de bénéfices à l'ES sur des facteurs malléables, susceptibles d'une application opportuniste par l'administration fiscale. Cette confirmation par la CAA de Paris est alors de nature à favoriser chez les vérificateurs le recours à ce type de méthode forfaitaire, « d'autant qu'il suffira [...] de retenir un pourcentage forfaitaire de charges de 60 %, par exemple, au lieu de 80 %, pour élargir significativement l'assiette imposable »¹²⁷⁵.

Pourtant, plusieurs arguments militent au rejet de cette méthode. Premièrement, en ne se prononçant aucunement sur la rémunération adéquate ou non de la société française reçue en

¹²⁷⁰J.-P. LE GALL, P. DIBOUT, *préc.*

¹²⁷¹Trib. UE, 7^e ch., 15 juill. 2020, aff. T-778/16, *préc.*

¹²⁷²*Ibid.*, point 242.

¹²⁷³A. MAITROT DE LA MOTTE, « Les enjeux de l'affaire *Apple* après l'arrêt du Tribunal de l'Union européenne du 15 juillet 2020 », *Droit fiscal* n° 30-35, 23 Juillet 2020, 320 : de manière simplifiée, le raisonnement de la Commission européenne revenait à considérer que les succursales irlandaises devaient se voir attribuer les licences de PI, propriété de la société étrangère *Apple inc.*, en ce qu'elles n'avaient pas d'employés ni de présence physique pour en assurer la gestion.

¹²⁷⁴E. MEIER, A. CALLOU, « Établissement stable : l'importance de l'analyse factuelle », *FR Fiscal Social* 37/17,

¹²⁷⁵B. GOUTHIERE, *préc.*

contrepartie de la réalisation de son activité de prestataire de service, étape pourtant fondamentale pour déterminer s'il y a lieu d'attribuer des profits supplémentaires à l'ES-AD, cette méthode de reconstitution, « *mal ficelée* »¹²⁷⁶, est susceptible d'une application à géométrie variable par l'administration en fonction d'intérêts qui lui sont propres. Deuxièmement, les risques de double-imposition s'accroissent très fortement. D'une part, les bénéfices imputés à l'ES sont susceptibles d'avoir déjà été imposés entre les mains de l'entreprise étrangère¹²⁷⁷. D'autre part, l'administration fiscale peut refuser la déduction des commissions versées en contrepartie des services rendus par la filiale française au profit de l'ES¹²⁷⁸. Par conséquent, dans un souci de préservation de la sécurité fiscale des entreprises étrangères exerçant une activité économique en France, une autre méthode d'attribution de profits à l'ES doit être préférée.

2. Vers une intégration de l'approche OCDE dans la reconstitution des bénéfices d'ES-agent dépendant d'entreprises numériques ?

343. Rappelons-le une nouvelle fois, l'approche autorisée OCDE, dans sa version de 2010, nécessite que l'attribution de profits à l'ES-AD soit celle dont aurait bénéficié une entreprise non liée, conformément au PPC. La démarche porte alors, au travers de l'analyse factuelle et fonctionnelle, sur l'identification des fonctions exercées par l'entreprise propre de l'agent en tant qu'ES de l'entreprise étrangère. À cette fin, les bénéfices attribuables à l'ES correspondront en substance « *à la rémunération [...] des risques inhérents à l'activité de l'entreprise étrangère effectivement assumés par l'agent dépendant au moyen des actifs et des fonds propres de l'entreprise dont il dispose à cette fin* »¹²⁷⁹. *A contrario*, dans la situation où les services rendus par l'entreprise propre de l'agent ont été rémunérés par l'entreprise étrangère conformément au PPC et que l'ES-AD n'exerce aucune des fonctions humaines significatives pertinentes aux fins de la détermination de la propriété économique d'actifs, il n'y aura pas lieu d'attribuer des profits supplémentaires à l'ES¹²⁸⁰. Cette situation pourrait s'avérer, en pratique, loin d'être résiduelle. En effet, la notion de « dépendance », condition nécessaire à la qualification d'ES, est fonction de l'absence de risque supporté par l'agent dans l'exercice de son activité¹²⁸¹. Or, une consubstantialité

¹²⁷⁶F. LOCATELLI, « Affaire Conversant : un classicisme qui fait encore recette », *Dr. fisc.* n° 30-35, 29 juillet 2021, 324.

¹²⁷⁷Cette situation de double-imposition économique n'est pas contraire aux stipulations conventionnelles en matière de prix de transfert, cf. CE, 18 mars 1994, n° 68799 et n° 70814, SA « Sovemarco Europe » : *Dr. fisc.* 1994, n° 40, comm. 1703 ; RJF 5/94, concl. Ph. MARTIN, p. 290 s.

¹²⁷⁸J.-P. LE GALL, P. DIBOUT, *préc.*

¹²⁷⁹*Ibid.*

¹²⁸⁰Cette possibilité a même directement été envisagée au moment des travaux de ratification de l'instrument multilatéral, Avis n° 1093, 20 juin 2018, de la commission des finances de l'Assemblée nationale à propos du projet de loi de ratification de l'instrument multilatéral, p. 91, note 2.

¹²⁸¹D. GUTMANN, *La filiale commissionnaire : un établissement stable ?*, *Écrits de fiscalité des entreprises. Études à*

certaine existe entre les risques supportés par une entité, par exemple dans la gestion d'actifs, et l'attribution à l'entité de la qualité de « propriétaire économique » à l'égard de ces derniers. Dès lors, les modifications introduites par l'I.M, assimilant systématiquement le commissionnaire à un ES de son commettant, ne devrait pas avoir comme conséquence de modifier substantiellement la base imposable rattachable aux États de source au regard des faibles risques commerciaux que ces intermédiaires supportent dans l'exercice de leurs activités¹²⁸². Ce constat s'étend de même aux récents contentieux opposant l'administration à des entreprises numériques étrangères où les filiales bénéficiaient d'un remboursement total des frais engagés en sus du versement par la société étrangère d'une marge de 8 %. L'application par analogie des principes contenus à l'article 7 du modèle OCDE pourrait ainsi aboutir à un résultat décevant pour l'administration en raison du peu de différences qui existent dans la chaîne de valeur entre la filiale agent prestataire de services et la filiale ES-AD de l'entreprise étrangère. Plus précisément, la caractérisation de cette nouvelle présence taxable n'a pas pour effet de modifier le profil fonctionnel des entités parties au contrat dans un groupe comme Google où l'essentiel de la création de valeur passe par la maîtrise de processus très complexes de R&D et de Marketing Product combinés avec la gestion d'actifs incorporels uniques à forte valeur. En effet, si dans l'affaire *Valueclick*, la filiale A-D doit, au regard de sa capacité à négocier les contrats et à engager la société étrangère pour laquelle elle agit, être considérée comme réalisant l'ensemble du cycle commercial, cette fonction ne s'accompagnera d'une rétribution substantielle qu'à partir du moment où l'agent-ES disposera de la qualité d'entrepreneur. Comme le notent justement S. GÉLIN et A. LE BOULANGER, « *on pourra démontrer que le simple fait par l'agent commercial de signer des contrats pour le compte de sa société mère, tout en n'exerçant qu'une fonction commerciale restreinte, sans risques et sans responsabilités n'est porteur que d'une très faible valeur ajoutée supplémentaire* »¹²⁸³. Autrement dit, lorsque l'entreprise étrangère ne réalise aucune fonction vitale en France par l'intermédiaire de la filiale prestataire, il n'y a pas lieu de modifier fondamentalement la répartition de la valeur instituée initialement entre les parties par le contrat. La logique des PDT, au travers de l'analyse factuelle et fonctionnelle, est par conséquent au cœur de la question de la reconstitution des profits d'un ES.

Si l'approche autorisée OCDE semble devoir conduire majoritairement à l'attribution d'un modeste profit à l'ES découvert dans les locaux d'une société française, son application présente néanmoins un intérêt certain dans les situations où les relations contractuelles présentent un

la mémoire du professeur M. Cozian, Litec, 2009, p. 537.

¹²⁸²R. ZAGHDOUN, Q. PHILIPPE, « Affaire Google : la qualification d'établissement stable tenue en échec par une conception formelle du pouvoir d'engager », *Dr. fisc.* n° 39, 28 septembre 2017, comm. 482.

¹²⁸³S. GÉLIN, A. LE BOULANGER, « Établissement stable et prix de transfert : deux faces d'un même miroir ? », *préc.*

marqueur d'artificialité, particulièrement en cas de manque de substance de l'entreprise étrangère présentée comme « entrepreneur ». Tel est le cas dans l'affaire *Valueclick* où, en plus du nombre conséquent de salariés employés par la filiale française (50 pour couvrir le seul territoire français contre 5 à 7 pour la société irlandaise pour couvrir le monde excepté l'Amérique du Nord)¹²⁸⁴, le caractère essentiel des fonctions réalisées par cette filiale transparaissait avec évidence dans le processus de commercialisation des services publicitaires de sorte qu'il pouvait légitimement être considéré qu'elle exerçait les « fonctions humaines significatives » à la prise ou à gestion des risques essentiels inhérents à l'activité de la société irlandaise¹²⁸⁵. De même, une entité employant l'essentiel des salariés du groupe pourrait, avec plus grande facilité, se voir reconnaître la qualité de « propriétaire économique » à l'égard par exemple de « biens incorporels de commercialisation » qu'elle aurait contribué à développer. Toutefois, l'OCDE le note, « *les activités d'un agent chargé uniquement des opérations de vente ne représenteront probablement pas les fonctions humaines significatives conduisant au développement d'un bien incorporel* »¹²⁸⁶.

Section 2 : Le principe de territorialité de l'IS à l'épreuve des transferts de bénéfices entre sociétés numériques apparentées

344. La problématique des PDT est connue de longue date. L'organisation en groupe constituerait un puissant vecteur de planification fiscale agressive en permettant aux entreprises de manipuler, selon un facteur fiscal, le prix de leurs transactions intra-groupe. La valeur des échanges serait alors déterminée dans le seul but de minimiser le TEIG en transférant les profits réalisés dans des pays à forte fiscalité vers des pays à faible fiscalité. Dans cette mesure, l'État français a entrepris de neutraliser ces pratiques en introduisant, tout d'abord, un droit de reprise des bénéfices indirectement transférés dans certains de ses accords fiscaux¹²⁸⁷, avant de généraliser en 1933 ces dispositions à l'article 57 du CGI avec l'adoption d'une présomption de transfert contre les transactions intra-groupe conclues à prix anormaux. L'objectif de cet article est ainsi d'assurer une application exacte du principe de territorialité de l'IS en rectifiant les répartitions intra-groupe du

¹²⁸⁴Comme le note R. COIN, Chronique d'actualité, Fiscalité internationale 1-2021, p. 171 « la capacité de décision n'est pas estimée en fonction du nombre d'employés [en ce que] dans les organisations pyramidales, les fonctions de direction représentent souvent moins de personnes que les autres fonctions ». Nous pensons toutefois que dans des situations extrêmes comme *Valueclick* où la comparaison des effectifs fait apparaître qu'une société française emploie en comparaison avec sa mère irlandaise, dont la portée des actions est pourtant mondiale, la quasi-totalité des salariés, cette circonstance est de nature à constituer un indice de ce qu'elle exerce les « fonctions humaines significatives ». Toutefois, encore faut-il que la réalité des missions exercées coïncide avec ce type de fonctions.

¹²⁸⁵L'ES-AD pourrait alors se voir attribuer, en plus des risques relatifs à la fonction commerciale qu'il exerce (ex. risques en matière de créances clients), les risques de stockage et de crédit voire même, si les circonstances factuelles le démontrent, les risques liés au développement d'un bien incorporel manufacturier ou de commercialisation.

¹²⁸⁶OCDE, Rapport sur l'attribution de bénéfices aux établissements stables, *préc.*, § 233, p. 66.

¹²⁸⁷Cf. les accords fiscaux bilatéraux franco-italien (16 juin 1930), belge (16 mai 1931) et américain (27 avril 1932).

bénéfice effectuées dans le but de déconnecter artificiellement le lieu de création de valeur du lieu d'imposition. À ce titre, le principe de pleine concurrence (PPC), fondement conceptuel de l'article 57, exige la recherche permanente d'un prix de marché dans le cadre de transactions entre sociétés apparentées. En cas de contrariété à ce principe, l'administration dispose du droit de rectifier l'assiette fiscale des revenus de l'entité française contrôlée en y réintégrant les bénéfices présumés indirectement transférés dans une société apparentée étrangère « *afin d'appréhender, la capacité contributive réelle de chacune d'entre elles dans l'État de leur établissement* »¹²⁸⁸.

Les conditions justifiant la rectification du résultat imposable d'une entité française, au même titre que la dévolution de la charge de la preuve en matière de PDT apparaissent, en vertu de la jurisprudence du CE, clairement établis. Le mécanisme de présomption simple de transfert de bénéfices institué par l'article 57¹²⁸⁹ ne trouve ainsi à s'appliquer que lorsque deux conditions sont réunies. La première, sur laquelle nous ne nous attarderons pas, consiste pour l'administration à établir qu'il existe entre l'entreprise française et l'entreprise étrangère, une dépendance juridique ou de fait¹²⁹⁰. Toutefois, cette condition ne s'applique pas lorsque l'entreprise étrangère est située dans un État à fiscalité privilégiée ou dans un ETNC¹²⁹¹. La deuxième condition consiste pour l'administration à démontrer l'octroi d'avantages consentis par l'entreprise française à l'entreprise

¹²⁸⁸A. KALLERGIS, « L'extraterritorialité en matière fiscale », *Cahiers de droit de l'entreprise*, n° 4, Juillet 2018, dossier 31.

¹²⁸⁹Si l'article 57 CGI revient à traiter différemment les entreprises réalisant des transferts de bénéfices de celles qui s'en abstiennent, cette différence de traitement est fondée sur des « critères objectifs et rationnels », à savoir l'objectif constitutionnel de lutte contre l'évasion fiscale. En ce que, d'une part, l'instauration de la présomption suppose la démonstration préalable par l'administration d'avantages anormaux et, d'autre part, le contribuable dispose de la possibilité de la renverser en démontrant l'existence de contreparties équivalentes au transfert de bénéfices, l'article 57 ne méconnaît ainsi pas l'article 13 DDHC (CE, 2 mars 2011 n° 342099, Soutiran : RJF 6/11 n° 733, conclusions E. GEFFRAY BDCF 6/11 n° 73). Tel n'était pas le cas de la modification entreprise par le législateur en 2013 de cet article (article 106 LF pour 2014) exigeant du contribuable, dans le cadre d'une restructuration, de démontrer qu'il ne s'était pas indûment appauvri pour le groupe. Cette disposition instaurait dès lors une présomption généralisée d'évasion fiscale, le contribuable étant systématiquement dans l'obligation de justifier du caractère normal de l'opération, sans que l'administration ne soit tenue de fournir un commencement de preuve. La différence de traitement instaurée par cette modification entre les restructurations d'entreprises selon qu'elles étaient effectuées entre entités résidentes ou impliquaient une entité située dans un autre État membre était contraire à la liberté d'établissement garantie par l'article 49 TFUE. L'article 106 LF pour 2014 a de plus été censurée par le CC pour incompétence négative du législateur et non-respect de l'objectif d'accessibilité et d'intelligibilité de la loi, les notions de transfert de fonctions et de risques n'ayant pas été définies (DC n° 2013-685 du 29 décembre 2013, cons. 126 à 130).

¹²⁹⁰L'absence de contrôle juridique ou capitalistique n'est pas exclusive de la reconnaissance d'une situation de dépendance entre deux entreprises au sens de l'article 57. Ainsi, une entreprise française fonctionnant au cours de ses premiers exercices, grâce uniquement aux avances consenties par une société étrangère, à qui appartenaient les brevets et procédés que la société française se bornait à exploiter en France et qui, par ses représentants, contrôlait régulièrement l'activité et la comptabilité de la société française doit être considérée comme dans une situation de dépendance au sens de l'article 57 (CE 3 août 1942 n° 6581 : RO p. 177). Cependant, une étroite communauté d'intérêts et une interdépendance économique ne suffisent pas à caractériser un lien de dépendance (CE, 18 mars 1994 n° 68799-70814, SA Sovemarco-Europe, RJF mai 1994, p. 290). Dès lors, le critère du lien de dépendance ne saurait viser « une relation classique de client à fournisseur dans laquelle l'un des partenaires économiques peut avoir un pouvoir de négociation supérieur à l'autre » (P. MARTIN, concl. ss. CE, SA Sovemarco-Europe, *préc.*).

¹²⁹¹Pour une application récente de cette exemption à l'égard d'une société offshore libanaise n'étant soumise qu'à une imposition forfaitaire modique, CAA Versailles, 1re ch., 2 mars 2021, n° 19VE01160, SARL SMEPL, concl. F. MET, note J.-L. PIERRE.

étrangère liée. Cette condition se subdivise, en réalité, en deux temps distincts, l'administration devant d'abord démontrer l'existence d'un avantage anormal (**Paragraphe 1**) avant d'opérer une quantification de cet avantage conformément au PPC (**Paragraphe 2**). Cette démonstration implique ensuite la constitution d'une présomption que le contribuable ne pourra combattre qu'en démontrant l'existence de contreparties au moins équivalentes à l'avantage concédé¹²⁹². Cette apparente clarté dans les conditions d'application de l'article 57 s'estompe toutefois à l'étape de leur mise en œuvre. En effet, le contrôle inscrit à cet article apparaît particulièrement difficile à appliquer dans le cadre d'une économie numérisée où les modes de création de valeur sont en perpétuelle mutation et où les fonctions réalisées par les entreprises ne cessent de se complexifier. C'est ainsi que le juge de l'impôt, auquel il revient la délicate tâche de tracer une ligne cohérente entre la liberté de gestion des entreprises et l'application exacte du principe de territorialité, prend aujourd'hui appui avec récurrence sur les principes directeurs OCDE pour pallier le caractère peu disert des dispositions législatives traitant des PDT. L'heure est alors, au travers d'un instrument juridique de répression de l'évasion fiscale, à la compréhension fine de la réalité économique dans laquelle évolue les entités membres d'un groupe.

Paragraphe 1 : Une rectification du résultat imposable d'une entreprise française subordonnée à l'octroi d'un avantage anormal à une entreprise étrangère liée

345. En disposant que sont réintégrés aux résultats accusés par les entreprises françaises « *les bénéficiaires indirectement transférés [...] soit par voie de majoration, ou de diminution des prix d'achat ou de vente, soit par tout autre moyen* », l'article 57 CGI semble *a priori* viser toute pratique susceptible de constituer un transfert de bénéfices. Ainsi, et conformément au PPC tel qu'interprété par l'OCDE, la répartition intra-groupe du bénéfice serait dictée par une analyse de la substance économique des opérations, par opposition au formalisme juridique des relations contractuelles¹²⁹³. Pourtant, la classification traditionnelle des opérations susceptibles de constituer un transfert indirect de bénéfice, en ce qu'elle conditionne l'applicabilité de l'article 57 à une

¹²⁹²Les contreparties alléguées ne peuvent être recevables qu'à condition qu'elles soient favorables à l'exploitation propre de l'entité contrôlée. Elles peuvent alors schématiquement avoir trait soit à la promotion des intérêts de l'entreprise (V. par ex. CE, 28 septembre 1988, n° 60805, concl. M. CHAHID-NOURAI où l'octroi de l'avantage à une société étrangère avait pour contrepartie l'obtention d'une prestation annexe) soit à la sauvegarde des intérêts de cette dernière (V. par ex. CE Section n° 52754 du 30 mars 1987, SA Labo Industries, préc., où un abandon de créances par une société française avait été justifié par le maintien dans le pays d'exportation d'un réseau de distribution). Si la jurisprudence avait admis la possibilité de déduire des aides financières dès lors qu'elles avaient été versées dans l'intérêt propre de l'entreprise, le législateur a restreint, par la LFR de 2012, la déductibilité des aides aux seules situations motivées par l'intérêt commercial de l'entité qui les consent. Cette restriction n'empêche toutefois pas une holding disposant de fonctions d'animation de déduire des abandons de créances commerciaux (CE n° 398676 du 7 février 2018, concl. Y. BÉNARD).

¹²⁹³R. JAUNE, *préc.*, p.145-146.

démonstration de l' « anormalité » de l'avantage octroyé par la société française (I), révèle de fortes incertitudes quant à sa capacité de remplir l'objectif essentiel présidant à l'instauration d'une législation de PDT selon l'OCDE : celui d'appréhender les transferts et exploitations d'actifs intra-groupe qui auraient fait l'objet d'une rémunération distincte si ils ou elles avaient eu lieu entre entreprises indépendantes (II).

I. La classification traditionnelle des opérations susceptibles de constituer un avantage anormal

346. Le glissement terminologique vers la notion d' « anormalité » dans la caractérisation d'un transfert de bénéfices au sens de l'article 57 est un marqueur des différences substantielles existantes entre les pays anglo-saxons et les pays européens dans l'appréciation de la norme de pleine concurrence. Comme le notait très justement J-P LE GALL à l'égard de ces derniers : « *les prix entre sociétés affiliées ne sont des prix de concurrence qu'à la condition que l'entrepreneur les ait fixés à un niveau normal compte tenu des circonstances propres aux transactions considérées et à l'état général du marché* » au contraire des premiers où l'analyse, objective, invite à ne porter l'attention que sur le marché en déterminant si les PDT sont ceux de concurrents indépendants¹²⁹⁴. La France ne fait pas exception à ce constat, l'emploi par l'article 57 de l'adverbe « normalement » renvoyant à une connexité très forte avec le raisonnement en matière d'acte anormal de gestion. Ainsi, l'anormalité d'un avantage octroyé par une entreprise française à une entreprise étrangère liée peut classiquement ressortir de sa nature-même ou d'une comparaison avec des entreprises similaires dans une situation comparable (A). Cependant, au regard de la pratique dans les modalités de mise en œuvre de l'article 57, cette distinction tend à perdre de son intérêt (B).

A. La distinction entre avantage « par nature » et avantage « par comparaison »

347. La distinction entre ces deux types d'avantages a été précisée par le rapporteur public E. GLASER dans ses conclusions sous l'arrêt Cap Gemini du CE du 7 novembre 2005¹²⁹⁵ : certaines pratiques sont « par nature » des avantages en ce qu'aucune entreprise, dans le cadre d'une gestion commerciale normale, n'agirait de la sorte. D'autres comportements ne sont au contraire constitutifs de transferts de bénéfices que « par comparaison », en démontrant un montant différent de celui trouvé sur le marché libre. Les pratiques constitutives d'avantages « par nature » ne se rapportent dès lors pas à des manipulations de PDT relatives à des opérations effectives, mais à des opérations sans substance révélant de la part de l'entreprise émettrice de l'avantage un agissement

¹²⁹⁴J-P LE GALL, « Quelques réflexions sur l' « arm's length principle » après le 46e Congrès de l'International Fiscal Association (Cancun - oct. 1992) », *Dr. fisc.* n° 50, 9 décembre 1992, 100044.

¹²⁹⁵E. GLASER, concl. ss. CE, 7 novembre 2005 n°266436 et 266438, min. c/ Sté Cap Gemini : RJF 1/06 n° 17.

contraire à son intérêt social¹²⁹⁶. La renonciation à percevoir une redevance en contrepartie de l'usage d'un nom de domaine¹²⁹⁷, l'abandon de créances non justifié par un motif de développement économique¹²⁹⁸ ou encore la prise en charge, sans refacturation, par la maison mère du salaire d'un cadre détaché dans une filiale étrangère¹²⁹⁹ sont des exemples d'avantages « par nature ». De même, nous souscrivons au point de vue considérant que le versement de commissions ne rémunérant aucun service devrait, comme a pu le juger le CE à l'égard d'avances sans intérêt consenties par une succursale française à son siège étranger¹³⁰⁰, être assimilé à un avantage « par nature »¹³⁰¹. La liste de ces avantages est néanmoins limitée. En effet, le CE a refusé de voir dans les facturations à prix coûtant¹³⁰² ou encore dans la déduction de subventions du prix facturé à une entreprise étrangère¹³⁰³ des avantages « par nature », obligeant par conséquent l'administration à recourir à l'exercice de comparaison pour établir la non-conformité des prix intra-groupe à la norme de pleine concurrence.

B. Une distinction atténuée en pratique

348. Selon la doctrine majoritaire, l'identification d'un avantage « par nature » instaurerait de fait une présomption d'anormalité sans qu'il soit besoin pour l'administration de recourir à une comparaison avec la pratique d'entreprises indépendantes dans des circonstances similaires. Le contribuable serait alors dans l'obligation, pour renverser cette présomption, de justifier qu'il a agi dans son propre intérêt commercial. Pourtant, cette délimitation entre ces deux types d'avantages apparaît largement poreuse en ce que la référence de comparaison dans l'appréciation de « normalité » est toujours présente au moins indirectement (1). La pratique de l'Administration confirme ce constat, cette dernière n'hésitant pas, dans le cadre d'un même contentieux, à invoquer tantôt un avantage « par nature » tantôt un avantage « par comparaison » pour démontrer l'existence d'un transfert indirect de bénéfices à l'étranger (2).

1. La présence indirecte de la référence de comparaison dans l'appréciation de l'anormalité

349. Le régime de preuve découlant de l'article 57 apparaît aujourd'hui nettement défini. En effet, la présomption de transfert indirect de bénéfices est réputée constituée lorsque l'administration

¹²⁹⁶F. MET, concl. ss. CAA, Versailles, 2 mars 2021, SARL SMAP, *préc.*

¹²⁹⁷CE, 9e et 10e ch., 7 déc. 2016, n° 369814, Sté eBay France : JurisData n° 2016-026913 ; Dr. fisc. 2017, n° 8, comm. 165, concl. É. BOKDAM-TOGNETTI, note J.-L. PIERRE ; FR 3/2017.

¹²⁹⁸CE, 11 avril 2008, n° 281033, SA Guerlain : JurisData n° 2008-081311 ; Dr. fisc. 2008, n° 18, comm. 302, concl. C. VEROT, note M. TALY.

¹²⁹⁹CE, plén., 9 mars 1979, n° 10454 : RJF 4/79 n° 193, concl. B. MARTIN LAPRADE.

¹³⁰⁰CE, 9e et 10e ss-sect., 9 nov. 2015, n° 370974, Sté Sodirep Textiles SA-NV, *préc.*

¹³⁰¹N. LABRUNE, « Transfert indirect de bénéfices à l'étranger : actualité de l'article 57 du CGI », *RJF* 6 /2016, p. 689.

¹³⁰²CE, 22 novembre 2009, n° 337227, concl. E. GEFFRAY, Dr. fisc. n° 7, 2010, comm. 186, RJF 2/2010 n° 106.

¹³⁰³CE, 19 septembre 2018, n° 405779, Sté Philipps, concl. R. VICTOR.

fiscale démontre l'existence soit d'un avantage « par comparaison », soit d'un avantage « par nature » ou que le prix pratiqué par les entreprises parties à la transaction s'écarte significativement de la valeur vénale du bien ou du service rendu¹³⁰⁴. La différenciation entre ces types d'avantages se situerait alors dans les caractéristiques intrinsèques de l'avantage « par nature », l'étape de la comparaison revêtant « [un] caractère inutile ou dépourvu de sens »¹³⁰⁵ pour l'identifier.

Toutefois, l'interprétation contraire formulée par R. JAUNE, considérant que le recours à un terme de comparaison est toujours présent dans l'identification d'un avantage « par nature », même s'il ne s'exprime pas sous une référence directe à des prix observés sur le marché libre, nous semble plus convaincante¹³⁰⁶. En effet, comme le note l'auteur, puisque ces avantages « *sont constitués des sommes imputées au bénéfice en contrepartie d'opérations aberrantes au regard de l'intérêt social ; [cela] signifie que [...] l'appréciation de l'avantage est effectuée au regard de normes générales de comportement* »¹³⁰⁷. Dans cette mesure, la prise en charge par une entreprise française d'une dépense relevant « normalement » d'une entreprise étrangère liée, révèle « par nature » un avantage car aucun entrepreneur exerçant un « *sain jugement commercial* » n'aurait agi de cette manière¹³⁰⁸. De surcroît, la ligne de démarcation entre ces deux types d'avantages apparaît d'autant plus difficile à tracer depuis l'arrêt Ferragamo du CE relatif à une contestation d'un montant de charges engagées par une société française dans le développement et la valorisation d'une marque de sa mère étrangère¹³⁰⁹. En effet, selon l'administration, les charges de loyer et de personnels engagées par la société française étaient bien supérieures à celles engagées par des entreprises indépendantes dans des circonstances similaires. L'administration ne plaçait ainsi pas son argumentation sur le montant de la redevance versée par la société française en contrepartie de l'usage de la marque mais sur ce surcoût de charges qui bénéficiait à la société étrangère en augmentant la valorisation de sa marque sur le marché français. Dès lors, il aurait pu ici être considéré que ces charges, au regard de la faible rémunération perçue par la société concessionnaire, relevaient « normalement » de sa société-mère concédante¹³¹⁰. Le CE n'a cependant pas emprunté cette voie en opérant un contrôle de dénaturation sur le panel de comparables retenus

¹³⁰⁴Ce troisième cas, en ce qu'il nécessite pour être établi le recours à un terme de comparaison, sera intégré dans le paragraphe 2 de cette section.

¹³⁰⁵E. BOKDAM-TOGNETTI, concl. ss. CE, 9e et 10e ch., 23 nov. 2020, n° 425577, min. c/ Sté Ferragamo France : JurisData n° 2020-019181 ; Dr. fisc. 2021, n° 13, comm. 198 ; RJF 2/2021, n° 212 et C 212.

¹³⁰⁶R. JAUNE, *préc.*, p. 145.

¹³⁰⁷*Ibid.* p. 148.

¹³⁰⁸CE, plén. fisc., 30 mars 1987, n° 52754, SA Labo-Industries : Dr. fisc. 1987, n° 30, comm. 1434 ; RJF 5/1987, n° 589, concl. B. MARTIN LAPRADE, p. 262 ; L'on retrouve, comme le note J-P LE GALL, *préc.*, n°, dans l'expression « *sain jugement commercial* » l'analyse subjective qui prédomine en France dans l'application du PPC.

¹³⁰⁹CE, 9e et 10e ch., 23 nov. 2020, n° 425577, min. c/ Sté Ferragamo France, *préc.* ; V. dans le même sens CE, 9e ch., 17 juin 2021 ? n° 433985, Sté Elie Saab France : RJF 2021, n° 907, concl. E. Bokdam Tognetti C 907 : l'affaire avait toutefois trait à un avantage « par nature » (absence de facturation de dépenses encourues par une société française dans la valorisation de la marque de sa mère étrangère).

¹³¹⁰A. PÉRIN-DUREAU, « Un an de fiscalité de l'incorporel », *Comm. com. électr.* n°2, Février 2021, chron. 3.

par l'administration dans la reconstitution d'un montant de charges de pleine concurrence. Ainsi, en ce que la rémunération ne permettait pas de compenser les charges engagées par la société française, sensiblement supérieures à celles supportées par des entreprises indépendantes dans des circonstances similaires, l'administration démontrait l'existence d'un avantage constitutif d'un transfert de bénéfices.

2. L'interchangeabilité éventuelle des avantages dans le cadre d'un contentieux

350. La capacité pour l'Administration de développer une argumentation au contentieux initialement basée sur la méconnaissance du PPC par le recours à des comparables avant de basculer à un stade ultérieur de la procédure sur l'identification d'un avantage « par nature » est un indicateur de la porosité existante entre ces deux types d'avantages. L'arrêt de la CAA de Versailles Fiat du 20 mai 2009 en est un exemple¹³¹¹. Cette espèce concernait un prix d'achat supposé excessif de véhicules versé par une filiale française à son fournisseur italien, dès lors que la filiale supportait les risques inhérents à la garantie constructeur. Si l'Administration avait tenté infructueusement en première instance de démontrer, par une analyse de comparables, que la filiale française était insuffisamment rémunérée au titre de son activité de distributeur, elle avait décidé de ne pas poursuivre dans cette voie en appel, préférant établir l'anormalité du prix par la seule circonstance que la prise en charge du coût de la garantie par la filiale devait relever du constructeur. Ce basculement quant à l'avantage mobilisé n'a cependant pu sauver la rectification de l'Administration, la prise en charge en l'espèce de cette garantie ne constituant pas un avantage « par nature » car son coût « *ne fai[sait] que concourir, avec d'autres éléments [...], à la définition du prix d'importation d'autres véhicules* ».

II. Un périmètre d'applicabilité de l'article 57 incertain quant aux transactions réalisées entre entreprises numérisées

351. La multiplication des transactions intra-groupe reposant sur le transfert de valeurs immatérielles, bien souvent non-protégées par un droit intellectuel pré-constitué, pose la délicate question de la délimitation du champ d'application des analyses de PDT. En effet, si la nouvelle définition adoptée par l'OCDE des actifs incorporels dans ses principes directeurs¹³¹² assimile à un actif tout élément de valeur susceptible de faire l'objet d'une transaction entre parties indépendantes,

¹³¹¹CAA Versailles, 20 mai 2009, n° 07VE02836, Ministre du Budget, des comptes publics et de la fonction publique c / SA Fiat France venant aux droits de la SA Fiat Auto France.

¹³¹²Cf. *supra*. § 195 et s. pour des développements supplémentaires concernant la définition adoptée par l'OCDE des actifs incorporels dans ses principes directeurs de 2017.

le droit fiscal français reste pour sa part viscéralement attaché à une conception comptable de la notion d'actif. Ainsi, en l'absence d'une définition fiscale de l'actif, le CGI opère, en son article 38 quater annexe III, un renvoi direct aux règles comptables¹³¹³. Dès lors, le périmètre d'applicabilité de l'article 57 se limite, dans le domaine des sources immatérielles de valeur, aux seules transactions reposant sur le transfert d'actifs identifiés sur le plan comptable (A). Une telle limitation fait ainsi peser le risque d'une incapacité de ce mécanisme à appréhender les facteurs essentiels de production concourant à la création de valeur dans une économie numérisée (B).

A. Une analyse des prix de transfert limitée aux actifs incorporels identifiés sur le plan comptable

352. En règle générale, l'identification d'un élément de l'actif immobilisé de l'entreprise s'effectue selon les critères établis dans le plan comptable général (PCG) (1). Toutefois, le droit comptable exclut de son périmètre d'application les contrats de licences de marques et de brevets ainsi que les délégations de service public. Il est donc nécessaire pour ces contrats de se reporter aux critères dégagés par la jurisprudence fiscale (2).

1. Les critères d'identification comptable d'une immobilisation incorporelle

353. Antérieurement à l'adoption du règlement n° 2004-06 du Comité de la réglementation comptable (CRC), l'inscription d'un bien à l'actif immobilisé d'une entreprise ne pouvait survenir que si l'entreprise était juridiquement propriétaire du bien à la date d'établissement du bilan¹³¹⁴. L'approche était alors résolument juridique, les formes de maîtrise d'ordre économique sur un bien n'ayant pas vocation à caractériser une immobilisation. Le règlement n° 2004-06 a néanmoins fortement élargi le périmètre des valeurs économiques susceptibles de caractériser un actif en s'affranchissant du droit de propriété pour y subordonner le critère de « contrôle »¹³¹⁵. Ce critère suppose alors « *que l'entreprise maîtrise les avantages en résultant et qu'elle assume les risques y afférents* »¹³¹⁶. Cette maîtrise ne saurait néanmoins à elle seule suffire, un élément générant des avantages économiques futurs ne pouvant constituer un actif que lorsque les avantages bénéficieront avec certitude à l'entité et pourront faire l'objet d'une évaluation suffisamment fiable. Le

¹³¹³L'article 38 quater de l'annexe III du CGI dispose que « Les entreprises doivent respecter les définitions édictées par le plan comptable général, sous réserve que celles-ci ne soient pas incompatibles avec les règles applicables pour l'assiette de l'impôt ».

¹³¹⁴CE, 16 févr. 1990, n° 67777, Corot : RJF 1990, n° 371.

¹³¹⁵L'article 211-1 du PCG définit désormais l'actif comme « *un élément identifiable du patrimoine ayant une valeur économique positive pour l'entité, c'est-à-dire un élément générant une ressource que l'entité contrôle du fait d'événements passés et dont elle attend des avantages économiques futurs* ».

¹³¹⁶P. COLLIN, N. COLIN, « Mission d'expertise sur la fiscalité de l'économie numérique, Rapport au Ministre de l'Économie et des finances et au Ministre du redressement productif », Janvier 2013, p. 83.

changement d'approche instauré par cette définition, marquant une convergence intentionnelle avec les normes IFRS, induit par conséquent l'inscription d'un élément à l'actif immobilisé d'une entreprise dès lors qu'elle dispose de prérogatives lui permettant de s'approprier la richesse que représente ou produit cet élément¹³¹⁷. « *Traquant la valeur, l'actif balaye tout le spectre patrimonial. Il absorbe ainsi des droits personnels que le juriste répugne à qualifier de propriété* »¹³¹⁸.

Plus spécifiquement concernant l'immobilisation incorporelle, l'article 211-3 du PCG la définit comme « *un actif non monétaire sans substance physique* ». Si la première condition permettant la caractérisation d'un actif, relative à son caractère identifiable, ne pose guère de difficultés concernant les immobilisations corporelles, elle est néanmoins d'un maniement plus délicat à l'égard d'éléments ne possédant aucune substance physique. Le normalisateur comptable a alors précisé qu'une immobilisation incorporelle est identifiable si elle est séparable des activités de l'entreprise, c'est-à-dire susceptible d'être vendue, transférée, louée ou échangée de manière isolée avec un contrat, un autre actif ou passif ou si elle résulte d'un droit légal ou contractuel même non-transférable¹³¹⁹. Dans cette mesure, la catégorie des actifs incorporels, très large, rend vaine toute tentative de présentation exhaustive. En effet, son enrichissement par les créations de l'esprit, originales, avait par exemple démontré, outre l'aptitude de l'analyse juridique à extraire une valeur comptable « *de valeurs autrefois identifiées comme des valeurs morales [et ayant] mutées en même temps que le contexte économique* »¹³²⁰, son caractère potentiellement illimité. De même, l'appréhension, au travers de la définition comptable de l'actif, d'une source importante de valeur pour les entreprises dans une économie numérisée, i.e. l'information, peut s'effectuer aisément. En effet, aucun obstacle de principe ne semble exister à considérer que l'entreprise puisse s'approprier cette ressource, dont l'une des vocations est de posséder une valeur patrimoniale¹³²¹. En découle ainsi une assimilation des fichiers clients acquis par une entreprise à des éléments de son actif immobilisé, leur valeur reposant essentiellement sur les informations qu'ils contiennent. Enfin, plus classiquement, le fonds de commerce, composé d'éléments corporels et incorporels, permet évidemment la valorisation à l'actif de la clientèle détenue par une entreprise. Cette question revêt une importance croissante dans les contentieux de PDT, l'Administration considérant souvent que ce bien incorporel de commercialisation, développé notamment grâce aux activités de marketing réalisées par une société française, a été, suite à une réorganisation d'entreprises, transféré sans

¹³¹⁷G. BLANLUET, *Essai sur la notion de propriété économique en droit privé français. Recherches au confluent du droit fiscal et du droit civil, préc.*, p. 254.

¹³¹⁸*Ibid.*, p. 75.

¹³¹⁹Article 211-3 PCG repris par l'Administration dans sa documentation fiscale, BOI-BIC-CHG-20-10-10, Paragraphe10, 13 octobre 2014.

¹³²⁰E. ANDRÉ, *Les actifs incorporels de l'entreprise en difficulté*, Nouvelle bibliothèque de thèses, Dalloz, Volume 191, 2020, p. 11.

¹³²¹P. CATALA, « Ébauche d'une théorie juridique de l'information », *RRJ* 1983. 189, n°3.

contrepartie au profit d'une société étrangère liée¹³²².

Ce mouvement constant d'extension des éléments susceptibles de constituer un élément de l'actif immobilisé de l'entreprise semble néanmoins trouver sa limite, ainsi qu'il sera vu ci-après, s'agissant des données issues de l'activités, ressource pourtant au cœur des modèles d'affaires des multinationales hautement numérisées.

2. Les critères jurisprudentiels d'identification d'une immobilisation dans le cadre de contrats de licences de marques et de brevets

354. L'étendue du régime des éléments incorporels de l'actif immobilisé de l'entreprise a été circonscrit, dans le cadre de contrats de licences de marques et de brevets, par l'arrêt SIFE du 21 août 1996¹³²³. Par cet arrêt, le CE affirme que les redevances versées en contrepartie de l'acquisition de certains droits de P.I ne doivent être immobilisées que si trois critères sont réunis : les droits acquis doivent être dotés d'une pérennité suffisante, générés des profits régulièrement et enfin être cessibles. Si le juge de l'impôt a transposé ces critères à des affaires relatives à d'autres catégories de droits incorporels (**b**), il en restreint cependant la portée dès lors que leur application n'a guère de sens au regard de la nature des éléments en jeu (**a**).

a. Le champ d'application restreint des critères issus de la jurisprudence SIFE

355. Concernant l'appréciation du critère de la pérennité des droits acquis, l'approche consacrée par le CE apparaît résolument juridique. En effet, « *ce sont les conditions contractuelles et elles seules qui justifient, ou non, l'immobilisation des droits en question* »¹³²⁴. Dès lors, une licence, même au sein d'un groupe, ne peut être réputée pérenne lorsqu'elle est résiliable à tout moment, sans indemnité et avec un bref préavis¹³²⁵. L'ancienneté du contrat à la date de l'exercice vérifié » ainsi que l'existence de liens de filialisation entre le concessionnaire et le concédant, ne sont par conséquent d'aucune importance dans l'appréciation de ce critère. Concernant l'appréciation du critère de régularité dans les profits générés, aucune différence n'est à noter avec la notion d'avantages économiques futurs présente du PCG. Si ces deux premiers critères ont alors toujours été constamment appliqués par le juge de l'impôt dans l'identification d'un actif incorporel, il n'en

¹³²²Pour de plus amples développements sur l'application de l'article 57 CGI dans le cadre de réorganisations d'entreprises, cf. *infra*. § 357 et s.

¹³²³CE, 21 août 1996, n° 154488, *SA Sife* : Dr. fisc. 1996, n° 50, comm. 1482, concl. J. Arrighi de Casanova ; RJF 1996, n° 1137 ; BDCF 5/96, concl. J. ARRIGHI DE CASANOVA

¹³²⁴Y. DE KERGOS, J. MONSENEGO, « La jurisprudence SA Sife est pérenne ! », *La Semaine Juridique Entreprise et Affaires* n° 6, 11 Février 2010, 1152.

¹³²⁵CE, 10e et 9e ss-sect., 16 oct. 2009, n° 308494, *Sté Pfizer Holding France* : JurisData n° 2009-081605 ; Dr. fisc. 2010, n° 4, comm. 94, note Y. de Kergos et J. Monsenego.

est pas de même du critère de cessibilité dont l'application a pu se révéler inadaptée à l'analyse de certains droits incorporels. Des critères d'activation différents ont par exemple été dégagés par le CE à l'égard d'un engagement de non-concurrence¹³²⁶. De même, le CE, dans un arrêt SA Domaine Clarence DILLON, a pu juger qu'une marque viticole acquise en même temps que l'exploitation à laquelle elle était légalement attachée constituait un élément autonome de l'actif incorporel, alors même qu'elle ne pouvait être cédée¹³²⁷. Cette restriction du champ de l'arrêt SIFE s'explique alors par la particularité des marques viticoles qui, bien que ne pouvant faire l'objet d'une cession, sont tout aussi identifiables et valorisables que d'autres types de marques. Comme le note le rapporteur public : « *La marque viticole satisfait, à n'en pas douter [...] aux deux autres conditions, beaucoup plus essentielles à la caractérisation d'un actif incorporel [...] Et son caractère incessible, ce qui est une curiosité des marques de ce type, ne nous paraît nullement faire obstacle à ce qu'elle soit reconnue comme un actif incorporel, ce serait l'inverse qui serait anormal* ».

b. La pérennité de la jurisprudence SIFE en matière de licences et sous-licences de droits de propriété intellectuelle

356. Le CE a rappelé à plusieurs reprises, en transposant le considérant de la décision SIFE, la nécessité que les trois critères soient cumulativement remplis pour que des droits de P.I issus d'une concession de licences et sous-licences puissent être immobilisés. Ainsi, dans un arrêt Société Pfizer du 16 octobre 2009 relatif à une licence de droit d'exploitation sur un produit, le CE, après avoir relevé l'absence de pérennité du lien contractuel, a tout de même procédé à l'examen du critère de « cessibilité », pour conclure en l'espèce à son absence¹³²⁸. La liberté de disposer du concessionnaire apparaissait ici en effet fortement restreinte par la présence d'une clause contractuelle lui interdisant toute cession de droits à un tiers sans le consentement préalable du concédant. De même, commet une erreur de droit la CAA qui, pour se prononcer sur le traitement fiscal de redevances d'exploitation de logiciels informatiques, ne recherche pas si les droits d'utilisation et de commercialisation desdits logiciels pouvaient faire l'objet d'une cession¹³²⁹. La cessibilité ne sera vraisemblablement pas retenue dans le cadre de licences d'utilisation de logiciels,

¹³²⁶CE, 9e et 10e ss-sect., 3 nov. 2003, n° 232393, SA Trinôme : JurisData n° 2003-080440 ; Dr. fisc. 2004, n° 16, comm. 418 ; RJF 1/2004, n° 5, chron. L. OLLÉON, p. 3 ; BDCF 1/2004, n° 1, concl. L. VALLÉE : « *un engagement [de non-concurrence] constitue un élément incorporel de l'actif immobilisé que si, eu égard à son ampleur, à sa durée et au degré de protection qu'il implique, il a pour effet d'accroître la valeur de l'actif incorporel de l'entreprise, notamment par le gain de parts de marché* ».

¹³²⁷CE, 28 déc. 2007, n° 284899, min. c/ SA Domaine Clarence Dillon et n° 285506, SA Domaine Clarence Dillon : JurisData n° 2007-081254, concl. L. VALLÉE.

¹³²⁸CE, 10e et 9e ss-sect., 16 oct. 2009, n° 308494, Sté Pfizer Holding France : JurisData n° 2009-081605 ; Dr. fisc. 2010, n° 4, comm. 94, note Y. DE KERGOS et J. MONSENEGO.

¹³²⁹CE, 9e et 10e ch., 19 juill. 2016, n° 368473, M. MATHEUS, liquidateur amiable de la société Centre Informatique Arcachonnais, concl. R. VICTOR, note J.-L. PIERRE : JurisData n° 2016-014131.

ces dernières comportant bien souvent des clauses stipulant une « utilisation limitée à des fins personnelles et non commerciales ». Dès lors, en ce que l'utilisateur ne peut rapporter la preuve d'un droit de disposer, les dépenses d'acquisition revêtiront la nature de charges. L'importance conférée au critère de cessibilité dans l'identification d'une immobilisation incorporelle, si il a « *le mérite de rappeler qu'une entreprise n'a pas à être imposée au titre de dépenses qu'elle engage en vue de l'acquisition de droits qu'elle ne pourrait à aucun moment valoriser* »¹³³⁰, apparaît néanmoins contraire à la réalité économique selon laquelle l'on peut tirer profit économique d'un bien sans aliénation onéreuse. Cet écueil est néanmoins en partie atténué par l'appréciation jurisprudentielle particulièrement large du critère de cessibilité, sa satisfaction n'étant pas cantonnée à la démonstration du pouvoir de vendre juridiquement le bien. En effet, lorsqu'aucune clause contractuelle ne s'oppose à une éventuelle cession¹³³¹, qu'il n'est pas contesté que le droit est cessible¹³³² ou encore que la transmission d'un nom de domaine a produit des effets équivalents à une cession¹³³³, le critère de cessibilité doit être réputé comme rempli. Plus précisément concernant cette dernière situation, le CE a considéré dans l'arrêt Ebay du 7 décembre 2016 que la renonciation par une société du renouvellement de l'enregistrement d'un nom de domaine suivie de son attribution à une autre société devait s'analyser comme une cession du droit d'utilisation de ce nom de domaine. Comme le note la rapporteure publique E. BOKDAM TOGNETTI sous cette décision, « *cette faculté qui existait alors [...] de renoncer à ce droit d'usage en cours d'année [...] constituait une pratique revenant à conférer un aspect de patrimonialité monnayable à ces droits d'usage et équivalant économiquement, à défaut de juridiquement, à une cession* »¹³³⁴.

B. L'obsolescence partielle de l'article 57 dans l'identification des sources essentielles de valeur des multinationales numériques

357. L'objectif du PPC, similairement au principe d'égalité fiscale, est d'assurer aux contribuables se trouvant dans une situation identique un même traitement fiscal et ce indépendamment de leur forme d'organisation choisie. Dès lors, il ne peut être opposé au contribuable lié ce que l'on méconnaît dans un environnement dépourvu de liens de dépendance¹³³⁵.

¹³³⁰R. VICTOR, concl. ss. CE, 9e et 10e ch., 19 juill. 2016, n° 368473, M. MATHEUS, *préc.*

¹³³¹CE, 9e et 10e ss-sect., 14 oct. 2005, n° 262219, min. c/ SA Laboratoires Fournier,

¹³³²CE, 3e et 8e ss-sect., 16 févr. 2007, n° 288531, Sté Régimédia : RJF 7/2007, n° 788 ; BDCF 7/2007, n° 80, concl. F. Séners.

¹³³³CE, 9e et 10e ch., 7 décembre 2016 n°369814, Société eBay France, concl. É. BOKDAM-TOGNETTI, note J.-L. PIERRE : *JurisData* n° 2016-026913.

¹³³⁴E. BOKDAM-TOGNETTI, concl. ss. CE, 9e et 10e ch., 7 décembre 2016, *préc.*, RJF 3/2017, C 212 ; Pour une critique de cette décision en ce que l'appréciation du critère de cessibilité se détache fortement du droit de la P.I, J.-L. PIERRE, « Régime fiscal des droits d'utilisation d'un nom de domaine sur Internet », *Dr. fisc.* n° 8, 23 février 2017, comm. 165.

¹³³⁵T. WILHELM, « Les prix de transfert : ne jamais prendre les Belges pour des Bretons ! (gourmandises de droit comparé

Ce principe se voit transposé par le juge de l'impôt dans l'identification de transactions intra-groupe portant sur des actifs incorporels classiques (1). Si cet objectif de neutralité fiscale doit prédominer, il peut cependant paraître particulièrement délicat de déterminer si certaines transactions intra-groupe, sophistiquées et uniques quant à leur nature, doivent faire l'objet d'une rémunération. Pour certains éléments incorporels, pourtant essentiels à la création de valeur des modèles d'affaires numérisés, la réponse est claire puisque les règles de PDT les occultent purement et simplement (2).

1. L'identification effective des transactions intra-groupe portant sur des actifs incorporels « classiques »

358. La question de l'identification d'une transaction devant faire l'objet d'une rémunération sous le prisme du référentiel de pleine concurrence se pose notamment suite à des réorganisations d'entreprises. D'une part, l'administration fiscale porte un souci particulier à examiner les modifications de relations de commerce existantes entre sociétés d'un même groupe, ex. passage d'un statut de distributeur à commissionnaire ou agent commercial, celles-ci permettant une optimisation du TEIG du groupe « *par la réallocation de la masse imposable entre les différents États, en intégrant les différentiels de taux d'imposition des États et les marges découlant des nouveaux statuts* »¹³³⁶. Dès lors, il n'est pas rare que l'administration voit dans ces restructurations, le transfert sans contrepartie d'un actif incorporel appartenant à la société française, c'est-à-dire sa clientèle, au profit d'une société étrangère liée (a). D'autre part, les restructurations d'entreprises peuvent porter sur d'autres fonctions réalisées au sein du groupe, rarement observables sur le marché, et posant ainsi directement la problématique de l'étendue du champ d'application de l'article 57 (b).

a. Le transfert de la clientèle d'une société française suite à son changement de statut

359. Confronté à des contentieux de cette nature, le raisonnement du juge de l'impôt vise, dans un premier temps, à vérifier si les activités réalisées par la société française sont à l'origine de la création d'une clientèle propre (a.1) avant, dans l'affirmative, de déterminer si la conversion de statut commercial de la société française a eu pour conséquence de la déposséder de cette clientèle au profit d'une société étrangère liée (a.2).

entre la Belgique et la France) », *Les nouvelles fiscales*, 1239, 1er mars 2019.

¹³³⁶L. CHESNEAU, « La transformation d'un distributeur exclusif en agent commercial peut emporter un transfert de clientèle », *Dr. fisc.* n° 5, 30 janvier 2020, comm. 127.

a.1. Les modalités de constitution d'une clientèle propre

360. La reconnaissance de la titularité d'une clientèle à une société française distributeur s'effectue classiquement au regard des conditions posées par la jurisprudence commerciale. L'arrêt du CE Piaggio du 4 octobre 2019 en est la plus récente illustration¹³³⁷. Était en cause une société française, détenue à 100 % indirectement par sa mère italienne, qui assurait la distribution des véhicules de la marque depuis 1977 en les important et les revendant en son nom propre au sein d'un vaste réseau concessionnaire. Suite à sa conversion en agent commercial en 2007, l'administration avait cru pouvoir y déceler le transfert sans contrepartie de sa clientèle propre à sa mère italienne. Après une première instance infructueuse, la société avait obtenu en appel la décharge des cotisations supplémentaires, la CAA de Versailles ayant considéré, sur conclusions contraires de son rapporteur public, que « *compte tenu des circonstances de l'espèce, et notamment de la notoriété de la marque Piaggio y compris en France, la clientèle constituée par le distributeur français pour l'exploitation de la marque italienne ne peut qu'être regardée comme attachée exclusivement à cette marque* »¹³³⁸.

La question de savoir si, en l'espèce, le distributeur dispose, au sein d'un réseau de distribution, d'une clientèle propre est d'autant plus délicate que la marque jouit sur le marché français d'une forte notoriété. Cet attachement de la clientèle à la notoriété de la marque détenue par la société étrangère n'est pourtant pas exclusif de la reconnaissance d'une clientèle locale développée par le distributeur. En effet, la jurisprudence commerciale reconnaît que la clientèle est susceptible de faire partie du fonds de commerce du franchisé dès lors qu'« *elle est créée par son activité, avec des moyens que, contractant à titre personnel avec ses fournisseurs ou prêteurs de deniers, il met en oeuvre à ses risques et périls* »¹³³⁹. Cette solution, transposable à tous les réseaux de distribution, implique qu'une clientèle propre soit attribuée au distributeur lorsqu'il agit pour son propre compte, dispose d'une réelle autonomie commerciale¹³⁴⁰ et supporte le risque d'exploitation, « *c'est-à-dire le risque des investissements et des pertes, notamment en cas de disparition de la clientèle* »¹³⁴¹. L'appréciation de la réunion de ces conditions au cas d'espèce ne pouvait alors

¹³³⁷CE, 10e et 9e ch., 4 oct. 2019, n° 418817, SAS Piaggio France : Dr. sociétés 2020, comm. 16, note J.-L. PIERRE ; Dr. fisc. 2020, n° 5, comm. 127, concl. A. LALLET, note L. CHESNEAU.

¹³³⁸CAA Versailles, 30 janv. 2018, n° 15VE02906 et 16VE02158: RJF7/18 n°732, concl. A. SKZRYERBAK.

¹³³⁹Cass. 3e civ., 27 mars 2002, n° 00-20.732, FS-P+B+R+I, Cts Trévisan c/ Épx Basquet : Bull. civ., III, n° 77 ; JCP G 2002, II, 10112, note F. AUQUE ; D. 2002, act. jurispr. p. 1488, obs. É. CHEVRIER ; D. 2002, jurispr. p. 2400, note H. KENFAK.

¹³⁴⁰Le concessionnaire ne dispose pas d'une réelle autonomie commerciale lorsque son concédant lui impose des contraintes incompatibles avec le libre exercice de son activité (Cass. 3^e civ., 19 janvier 2005, n° 04-15283). Néanmoins, la circonstance que le distributeur soit une filiale à 100 % de son fournisseur n'est pas suffisante pour conclure à son absence d'autonomie commerciale (CE, 17 février 2010, Ministre du budget, des comptes publics, de la fonction publique et de la réforme de l'Etat c/ EURL Bosc Développement Loire, n° 311953).

¹³⁴¹A. LALLET, concl. ss. CE, 10e et 9e ch., 4 oct. 2019, n° 418817, SAS Piaggio France, *préc.*

qu'entraîner la cassation de l'arrêt de la CAA pour qualification juridique inexacte des faits. En effet, il ressortait clairement des éléments de l'instruction que la société française, en tant que distributeur exclusif, assurait le développement commercial de la marque en France depuis son origine à ses risques et périls sans recevoir de la part de sa mère quelconque contrainte dans l'exercice de son activité. Surtout, la clientèle de la société française, telle que valorisée par le fisc, était constituée, non pas des utilisateurs des véhicules Piaggio dont on aurait pu supposer sans mal le fort attachement à la marque, mais d'un vaste réseau de sociétés concessionnaires. Dès lors, « ces sociétés sont d'abord attachées à la rentabilité attendue de la distribution de ces véhicules, donc à la position de marché de Piaggio, laquelle dépend de bien d'autres facteurs que la puissance de la marque »¹³⁴². En substance, dans la mesure où c'est l'intervention active et autonome du distributeur sur le marché qui a permis la constitution de la clientèle, cette dernière ne peut qu'être considérée comme sa propriété.

a.2. L'impact du type de statut commercial sur l'existence d'un transfert de clientèle

361. Si le sens des décisions rendues par le juge de l'impôt varie selon que la restructuration d'entreprises implique un passage de l'entreprise française du statut de distributeur à commissionnaire ou à agent commercial, le raisonnement appliqué est lui similaire et vise « à articuler en droit fiscal les principes du droit des sociétés français avec les orientations de l'OCDE pour l'analyse du transfert de bénéfices qui en découle »¹³⁴³.

Concernant la transformation de l'entreprise distributeur en commissionnaire, l'arrêt Ballantine's de la CAA de Paris du 31 décembre 2012 a été l'occasion pour le juge administratif de transposer, dans ce domaine, l'approche adoptée dans la décision Zimmer¹³⁴⁴. Les faits étaient les suivants : une société française assurait la distribution des produits d'une société anglaise. Après avoir exercé cette activité en tant que distributeur indépendant, elle avait continué de le faire en qualité de commissionnaire suite à un contrat conclu avec son fournisseur anglais. L'administration avait alors considéré qu'en égard à ce contrat stipulant que le fournisseur, désormais propriétaire du stock jusqu'à la vente, assumerait la responsabilité de la publicité et de la promotion des produits ainsi que l'ensemble des risques relatifs à la commercialisation de ceux-ci, la société française lui avait transféré sans contrepartie sa clientèle propre. Par une analyse précise des conditions

¹³⁴²*Ibid.*, p. 5.

¹³⁴³L. CHESNEAU, *préc.*, n° 1114.

¹³⁴⁴CAA Paris, 9e ch., 31 déc. 2012, n° 10PA00748, Sté de participations et d'études des boissons sans alcool : Dr. fisc. 2013, n° 15, comm. 238, concl. A. BERNARD, note B. LUNGHI, Ch. PEREZ-CUCCUREDDU et F. GARCIA ; Arrêt rendu définitif par le refus du CE d'admettre le pourvoi dirigé contre l'arrêt de la CAA, CE (na), 9e ss-sect., 9 avr. 2014, n° 366493, min. c/ SA Sopebsa.

économiques dans lesquelles s'exerçaient les nouvelles relations commerciales entre ces deux sociétés, conformes à celles d'un contrat de commissionnaire, la CAA de Paris a logiquement conclu à l'absence de transfert de bénéfices. En effet, un commissionnaire agit en son nom propre, pour le compte d'un commettant et touche au titre de son activité une commission sur le CA. Dès lors, il est personnellement et seul engagé auprès des tiers contractants, aucun lien juridique ni économique ne pouvant être caractérisé entre les acheteurs du produit et le commettant. Ainsi, « *c'est précisément cet agissement à titre personnel qui permet de caractériser l'activité personnelle du distributeur, génératrice d'une clientèle adossée au fonds de commerce* »¹³⁴⁵. La conversion de la société française en commissionnaire n'a donc eu aucun effet sur les rapports qu'elle entretenaient initialement avec sa clientèle en tant que distributeur acheteur-revendeur. Par conséquent, en ce qu'aucun élément de valeur n'avait été transféré au fournisseur étranger du seul fait de cette conversion, la société française ne disposait au titre de cette restructuration d'aucun droit à indemnisation. Outre le mérite d'assurer une certaine sécurité juridique aux entreprises en transposant en matière fiscale une solution déjà acquise en droit commercial¹³⁴⁶, la décision rendue apparaît pleinement conforme avec les principes directeurs OCDE en matière de PDT. En effet, la réduction de potentiel d'une entité restructurée, matérialisée par une rémunération moindre à celle qui lui était allouée en tant que distributeur, ne donne pas automatiquement lieu à indemnisation. Encore faut-il que le préjudice économique subi par l'entité restructurée soit réel de sorte que des parties indépendantes, dans une situation comparable, auraient convenu d'une indemnisation. Comme le notent C. SILBERZTEIN et B. GRANDEL : « *dans ces circonstances, il est opportun d'examiner la situation qui prévalait au moment de la réorganisation, en particulier les droits et autres actifs de chacune des parties* »¹³⁴⁷. Dans cette mesure, l'absence de préjudice économique subi par l'entité française apparaissait claire. D'une part, la conversion en commissionnaire lui avait permis de retrouver une situation bénéficiaire dès 2000 en transférant au commettant les fonctions et risques qu'elles assumaient en sa qualité de distributeur. D'autre part, la rémunération lui étant allouée était proportionnelle aux fonctions et aux risques qu'elle supportaient du fait de son nouveau statut. Dès lors, « *il apparaît fort peu probable qu'un tiers indépendant ait accepté de lui verser une quelconque indemnité en pareilles circonstances* »¹³⁴⁸.

Concernant la conversion en agent commercial, l'arrêt Piaggio tire logiquement les conséquences de l'attribution d'une clientèle propre à la société française du fait de son activité

¹³⁴⁵L. CHESNEAU, *préc.*, n° 1114.

¹³⁴⁶B. LUNGI, Ch. PEREZ-CUCCUREDDU, F. GARCIA, L'affaire Ballantine's : la clientèle « scotchée » à son commissionnaire !, *Dr. fisc.* n° 15, 11 avril 2013, comm. 238.

¹³⁴⁷C. SILBERZTEIN, B. GRANDEL, « La conversion d'un distributeur en commissionnaire n'emporte pas transfert de clientèle », *Dr. fisc.* n°40, 2 octobre 2014, comm. 563.

¹³⁴⁸B. LUNGI, Ch. PEREZ-CUCCUREDDU, F. GARCIA, *préc.*

d'acheteur-revendeur. En effet, régi par l'article 134-1 du Code de commerce, l'agent commercial, simple mandataire, est dépourvu de clientèle propre. Dès lors, l'analyse juridique guidant le raisonnement du juge, le changement de statut de la société française a pour effet de la déposséder de sa clientèle au profit de sa mère italienne. Si la délicate question de la valorisation de la clientèle transférée et de la marque pouvait se poser devant la CAA de renvoi¹³⁴⁹, l'absence d'éléments apportés par la société quant à l'existence de contreparties équivalentes à ce transfert a conduit à la confirmation de l'intégralité des redressements opérés par l'administration¹³⁵⁰.

b. Le transfert d'activités spécifiques à l'organisation en groupe

362. La délimitation du champ d'application de l'article 57 pose d'importantes difficultés concernant des transferts d'activités exercées uniquement au bénéfice d'autres sociétés du groupe et dont la valeur n'apparaît pas précisément documentée sur le marché libre. Le contentieux Nestlé en est un exemple. Dans cette affaire, l'administration tentait de démontrer que le transfert, sans contrepartie, d'une activité de centrale de trésorerie exercée par une société française au profit d'une société suisse du même groupe constituait un transfert indirect de bénéfices au sens de l'article 57. En première instance, le TA de Paris avait considéré que, d'une part, cette activité revêtait une valeur devant donner lieu à rémunération et, d'autre part, l'évaluation de la rémunération de cette activité effectuée par l'administration était conforme au PPC¹³⁵¹. Pourtant, l'application de l'article 57 n'allait pas de soit car il induisait la rémunération d'une transaction que des entreprises dépourvues de lien de dépendance ne pouvait vraisemblablement pas connaître. En effet, l'on rappellera que le CE s'est toujours refusé à reconnaître la rémunération d'une transaction du seul fait de l'appartenance d'une société à un groupe¹³⁵². Dès lors, comment considérer qu'une activité de centralisation de trésorerie « *qui n'est autorisée, par dérogation au monopole bancaire, qu'au sein des groupes* »¹³⁵³ puisse faire l'objet d'une rémunération entre entreprises indépendantes ? De surcroît, il apparaissait délicat de considérer que cette activité portait sur un élément d'actif susceptible d'être affecté d'un prix dans un marché de pleine concurrence en ce « *que le transfert de l'activité, en l'espèce, consistait essentiellement en une modification de l'affectation de positions de*

¹³⁴⁹Nous reviendrons sur ce point à l'étape de la quantification de l'avantage anormal concédé.

¹³⁵⁰CAA Versailles, 1e ch., 6 juillet 2020, n°19VE03376-19VE03377.

¹³⁵¹TA Paris, 1re sect., 1re ch., 11 mai 2011, n° 0902095, Nestlé Finance : JurisData n° 2011-033993.

¹³⁵²Par exemple sur le refus du juge de l'impôt de considérer que l'appartenance à un groupe est susceptible d'avoir une incidence sur le risque de solvabilité de la filiale emprunteur, CE, 9e et 10e ch., 19 juin 2017, n° 392543, n° 392544 et n° 392545, min. c/ Sté General Electric France, concl. M.-A. NICOLAZO DE BARMON, note A. DE WAAL : JurisData_n° 2017-013359 confirmé par CE, 9e et 10e ch., 18 mars 2019, n° 411189, SNC Siblu, concl. M.-G. MERLOZ considérant que le taux de marché doit être apprécié au regard des caractéristiques propres de l'entreprise et non de celles du groupe auquel elle appartient.

¹³⁵³P. FRYDMAN, « Jurisprudence fiscale de la cour administrative de Paris », *Dr. fisc.* n°40, 2 octobre 2014, 554.

change »¹³⁵⁴. Cependant, cette épineuse question quant au champ d'application de l'article 57 a été occultée par la juridiction d'appel, préférant basculer directement sur les insuffisances avérées de l'analyse de comparabilité de l'administration dans la reconstitution d'une rémunération de pleine concurrence¹³⁵⁵. Ainsi, comme le note la CAA de Paris, « *en admettant même que le transfert d'activité dont il s'agit entre dans le champ d'application des dispositions et stipulations précitées [...]* », les éléments de comparaison apportés par l'administration, ne faisant référence qu'à des moyennes sans précisions apportées sur les conditions de fonctionnement des centrales de trésorerie choisies comme termes de comparaison, étaient insuffisants pour conclure à l'existence d'un avantage au sens de l'article 57.

2. L'identification lacunaire des incorporels essentiels de valeur dans les modèles d'affaires numérisés

363. L'omniprésence des valeurs immatérielles dans les opérations commerciales entre entreprises liées pose la délicate question de leur soumission aux règles françaises de PDT. En effet, les groupes d'entreprises dans leur ensemble usent de l'outil contractuel afin de créer, valoriser et répartir entre entités des éléments incorporels de valeur dans le but final d'optimiser leur charge fiscale globale. Ainsi, « *beaucoup de contrats classiques sur des biens matériels [...] se muent, par l'effet de la pratique, en contrats (de licences) sur des biens immatériels* »¹³⁵⁶. Cette difficulté dans la délimitation des éléments susceptibles de faire l'objet d'une rémunération entre entreprises dépourvues de lien de dépendance s'accroît d'autant plus au regard des spécificités des multinationales exerçant leurs activités sous forme d'un réseau de valeur¹³⁵⁷. En effet, ces modèles bouleversent notre conception traditionnelle de la création de valeur en basant leur réussite sur une captation constante de facteurs de production extérieurs à leur organisation. Dans cette mesure, les critères posés par le droit comptable apparaissent inadaptés pour appréhender la nouvelle forme de contrôle que possède ces plateformes numériques sur leurs utilisateurs au travers, d'une part, de leurs données personnelles collectées **(a)** et, d'autre part, des prestations actives, non-rémunérées, qu'ils réalisent au profit d'autres utilisateurs de l'entreprise **(b)**.

¹³⁵⁴*Ibid.*

¹³⁵⁵CAA Paris, 10e ch., 5 févr. 2013, n° 12PA00469, Sté Nestlé entreprises et n° 11PA02914 et n° 12PA00468, Sté Nestlé Finance International.

¹³⁵⁶A. STROWEL, « Le licensing d'actifs immatériels à la lumière de la théorie des contrats relationnels », *Revue interdisciplinaire d'études juridiques*, 2016/1, Volume 67, p.155 : l'auteur donne l'exemple de Starbucks où la multiplication des contrats entre les entités membres du groupe permet une localisation des profits selon un facteur fiscal. Ainsi, Starbucks Coffee BV, société de droit néerlandais, octroie des licences de marque sur les marques Starbucks, sur son image de marque (« *corporate identity* ») ou encore sur le format des cafés aux opérateurs des cafés de la chaîne. Si certains de ces actifs ne sont pas protégés, ils peuvent faire l'objet d'une rémunération entre entreprises liées en ce qu'ils revêtent assurément une valeur d'usage et d'échange sur le marché libre.

¹³⁵⁷Cf. *supra*. § 171 et s. pour plus de développements sur le modèle de réseau de valeur.

a. L'impossible assimilation des données personnelles à un actif incorporel de l'entreprise

364. L'assimilation de l'ensemble des données personnelles et des résultats y afférents, à un actif incorporel de l'entreprise à l'origine de leur collecte, se heurte à plusieurs obstacles posés par le droit comptable.

Premièrement, les données personnelles présentent une nature particulière tenant à ce qu'elles ne peuvent être assimilées que dans de rares circonstances à une marchandise. En effet, « ces données ne sont rien par elles-mêmes, elles n'acquièrent de valeur qu'en étant agrégées à d'autres, catégorisées, triées, etc. C'est l'une des bases du big data, la variété »¹³⁵⁸. Dès lors, en l'absence d'une intervention active de l'entreprise dans un but d'affinage des données collectées, il est plus qu'incertain de pouvoir les considérer comme des valeurs immatérielles susceptibles de faire l'objet d'une transaction entre entreprises indépendantes. Dans cette mesure, nous pensons que les données brutes collectées ne sont que des intrants commerciaux provenant de tiers indépendants dans la chaîne d'approvisionnement de l'entreprise (*business input*).

Deuxièmement, si le règlement n° 2004-06 du CRC a amorcé une évolution notable vers plus de réalisme dans l'appréhension des formes de maîtrise d'ordre économique sur un bien, il ne pourra que rarement être admis qu'une société numérique dispose d'un contrôle sur les données personnelles qu'elle aura collectées. En effet, ces données sont avant tout la propriété des clients ou des usagers de la plateforme numérique. Plus précisément, le droit français et européen, au travers du RGPD, sont conçus dans un but de protection des individus face aux géants du numérique en leur assurant la maîtrise de leurs données personnelles. Il n'existe donc aujourd'hui aucun véritable processus de « patrimonialisation » des données personnelles qui permettrait aux individus d'en faire le commerce avec des plateformes numériques¹³⁵⁹. Dès lors, la possibilité de considérer qu'un transfert de contrôle surviendrait avec l'entreprise suite à la collecte des données personnelles d'un individu semble largement fermée. La seule exception pourrait néanmoins se situer, comme le notent P. COLIN et N. COLLIN¹³⁶⁰, dans l'hypothèse où l'entreprise dispose d'une licence d'exploitation des données prévoyant par exemple l'accord par l'utilisateur d' « une licence mondiale, non-exclusive, gratuite, incluant le droit d'accorder une sous-licence, d'utiliser, de

¹³⁵⁸N. MAZZUCCHI, « Les données sont-elles une marchandise comme les autres ? », *Fondation pour la recherche stratégique*, Note n° 12/18, 25 juillet 2018, p. 2.

¹³⁵⁹H. ISAAC, « La donnée, une marchandise comme les autres ? », *Annales des Mines – Enjeux Numériques*, 2018 ; On notera toutefois que dans sa proposition de directive du 9 décembre 2018, la commission européenne avait expressément reconnu la valeur économique des données personnelles en les considérant comme une contrepartie non pécuniaire à la fourniture d'un contenu numérique (Proposition de Directive du Parlement européen et du Conseil concernant certains aspects des contrats de fourniture de contenu numérique, COM/2015/0634 final - 2015/0287 (COD), 9 décembre 2018, Article 3).

¹³⁶⁰P. COLLIN, N. COLIN, *préc.*, p. 84.

copier, de reproduire, de traiter, d'adapter, etc... » les contenus qu'il a publiés en ligne¹³⁶¹. L'instrument contractuel confère ainsi ici en quelque sorte une valeur patrimoniale à ces biens de la personnalité en permettant aux plateformes numériques, suite au consentement de l'utilisateur sur l'utilisation de ses données, d'en faire directement le commerce. À ce titre, une fois rendues anonymes, les données personnelles peuvent faire l'objet de transactions commerciales entre entreprises spécialisées (*data brokers*), démontrant par conséquent leur réelle valeur marchande.

Troisièmement, le droit comptable s'oppose en principe à ce que l'on puisse comptabiliser un actif incorporel que l'on a soi-même créé. En effet, les éléments incorporels du fonds du commerce qui, même cessibles, sont le résultat de l'activité de l'entreprise, ne peuvent être comptabilisés en tant qu'immobilisations incorporelles. Dès lors, en vertu de l'article 311-3 Paragraphe 3 du PGC, les dépenses engagées en interne pour créer des fonds commerciaux, des marques ou encore des listes de clients constituent des charges déductibles. Ainsi, en ce que l'état du droit actuel considère que la collecte des données et leur exploitation ne peut être dissociée du reste des activités de l'entreprise, il apparaît difficilement concevable de déceler dans ces activités un actif autonome.

b. L'absence d'appréhension du rôle de « producteur-consommateur » de l'utilisateur par les règles de prix de transfert

365. Il a été constaté dans les développements précédents relatifs à la description du processus de création de valeur des réseaux de valeur que la participation non-rémunérée active des usagers dans l'amélioration des services proposés par les plateformes numériques constituait l'une des raisons principales de leur réussite¹³⁶². Cependant, ni la nouvelle définition adoptée par l'OCDE des actifs incorporels, ni *a fortiori* celle du droit comptable français, ne permettent de considérer la collaboration des utilisateurs comme un actif valorisable au titre des PDT. En effet, comme le note l'OCDE, les éléments qui ne peuvent être possédés, contrôlés ou transférés par ou à une entreprise ne peuvent recevoir la qualification d'A.I. Tel est par exemple le cas des synergies de groupe, la force de travail, les caractéristiques d'un marché local ou encore de la collaboration des utilisateurs qui constitue tout au plus une condition de marché¹³⁶³. Un palliatif serait alors l'utilisation du concept de « *goodwill* » pour appréhender en partie le nombre et l'importance des utilisateurs dans la création de valeur de l'entreprise. Toutefois, en ce que ce concept ne fait à l'heure actuelle l'objet d'aucune délimitation précise, s'engager dans cette voie entraînerait potentiellement une forte

¹³⁶¹Plusieurs plateformes numériques comme Youtube, Twitter ou encore Instagram contiennent des clauses de ce type dans les conditions générales d'utilisation de leurs applications.

¹³⁶²Cf. *supra*. n°

¹³⁶³P. COLLIN, N. COLIN, *préc.*, p. 85 ; Pour une étude de la définition d'actif incorporel adoptée par l'OCDE en matière de prix de transfert, cf. *supra*. n° et

atteinte à la sécurité juridique des entreprises en légitimant les actions de l'administration fiscale visant à inclure dans la valorisation d'actifs incorporels des morceaux de « *goodwill* »¹³⁶⁴.

Paragraphe 2 : Une rectification du résultat imposable de l'entreprise française subordonnée à une quantification de l'avantage

366. L'approche du droit français en matière de régulation fiscale des PDT apparaît bien moins normative et beaucoup plus conceptuelle que le PPC tel qu'exprimé au travers de l'article 9 du modèle OCDE¹³⁶⁵. Le caractère peu disert des dispositions législatives nationales et de la doctrine administrative traitant des PDT en est une preuve, le juge de l'impôt n'ayant dès lors comme autre choix que de mettre à profit les principes directeurs OCDE, particulièrement complets, pour les expliciter. Dans cette mesure, l'administration fiscale, pour fonder sa rectification sur le fondement de l'article 57, doit opérer une quantification de l'avantage anormal concédé par la société française conformément au référentiel de pleine concurrence. Plus précisément, un prix en dehors de l'intervalle de pleine concurrence -entendu comme l'intervalle interquartile où les entreprises les moins rentables (quartile 1 de l'échantillon) et les entreprises les plus profitables (quartile 4 de l'échantillon) en sont exclus- sera, en principe, considéré comme anormal¹³⁶⁶. Cette démonstration de l'anormalité du prix par l'administration repose dès lors sur une recherche de comparables indépendants, internes ou externes¹³⁶⁷ au contribuable dont la situation est vérifiée (I). De cette recherche de comparables au regard des spécificités de la transaction en cause et du profil fonctionnel du contribuable découlera le choix de la méthode de PDT adéquate. À ce titre, la pratique de l'administration fiscale française reflète parfois une approche contraire à la réalité organisationnelle des groupes en simplifiant à l'excès la dimension économique, nécessairement complexe, du processus de création de valeur des modèles d'affaires numérisés (II).

¹³⁶⁴ « Le cas spécifique du goodwill », § 4455, Partie 6, Chapitre 6-Prix de transfert, *Le Lamy Fiscal*, février 2021.

¹³⁶⁵S. GÉLIN, A. LE BOULANGER, « Prix de transfert : du principe de pleine concurrence à l'analyse de la valeur dans l'entreprise », *Dr. fisc.* n° 48, 28 novembre 2001, 100249.

¹³⁶⁶La doctrine administrative considère que la médiane constitue la rémunération de pleine concurrence vers laquelle doit tendre l'entreprise dans ses transactions intra-groupe. Toutefois, un assouplissement est apporté avec la notion « d'intervalle de pleine concurrence » considérée comme une fourchette de prix acceptable (BOI-BIC-BASE-80-10-10, 18 févr. 2014, Paragraphe 280) ; Les décisions rendues par le juge de l'impôt dans ce domaine varient selon les circonstances propres à chaque espèce. Ainsi, la CAA de Versailles a pu considérer qu'une société respectait le PPC dès lors que son niveau de marge opérationnelle se situait à l'intérieur de l'intervalle de PC des données de l'étude de comparables (CAA Versailles, 3e ch., 29 déc. 2016, n° 14VE02126 et n° 15VE02451, Sté TCL Belgium, concl. B. COUDERT, note C. SILBERZTEIN et G. CAULLIEZ) avant dans une autre affaire de considérer que la médiane de l'intervalle devait être retenu comme point le plus adéquat pour opérer le redressement (CAA Versailles, 9 févr. 2017, n° 15VE03699 et 15VE02288). Concernant cette dernière affaire, le CE, faute de base juridique précise à l'article 57 CGI, n'a pu que valider cette méthode (CE, 8e et 3e ch., 6 juin 2018, n° 409645, SCS General Electric Systems, concl. R. VICTOR, note V. RENOUX et A. DAMAS : *JurisData* n° 2018-010053).

¹³⁶⁷L'expression « entre entreprises indépendantes » concerne soit des transactions de la société contrôlée avec des sociétés tierces, soit des transactions de sociétés similaires tierces avec des sociétés avec lesquelles elles ne sont pas liées, cf. à ce titre notamment, CE, Sté LSVD, n° 372097, RJF 7/16, n° 603.

I. Une quantification effectuée sous le prisme de « comparables » à la transaction vérifiée

367. Le caractère essentiel de la recherche de comparables dans la dialectique de la preuve en matière de PDT ne va pas de soi à la lecture de l'article 57. Ce dernier dispose en effet que ce n'est qu'« à défaut d'éléments précis pour opérer les rectifications prévues » que l'administration doit recourir à une analyse de comparables pour démontrer l'anormalité du prix intra-groupe. Dès lors, cette analyse ne formerait qu'une méthode alternative pour l'administration, celle-ci étant dans l'obligation de se conformer aux stipulations contractuelles en l'absence d'un déséquilibre significatif entre les parties¹³⁶⁸. Pourtant, la construction jurisprudentielle autour du concept de « comparabilité », en l'absence de précision de l'article 57, dément cette lecture en requérant quasi-systématiquement de l'administration de recourir à une analyse de comparables pour démontrer l'anormalité d'un prix ou d'une marge¹³⁶⁹. La pénétration de la sphère économique dans un domaine qui originellement ne relevait que du Droit ne cesse ainsi de s'intensifier. Dans cette mesure, les exigences du juge de l'impôt quant aux comparables susceptibles d'être retenus se situent à un double niveau. D'une part, au niveau transactionnel, la société ne peut être retenue comme comparable que si la comparaison directe des transactions avec celles vérifiées ne fait ressortir aucune différence significative (A). D'autre part, la société doit disposer d'un profil fonctionnel similaire au contribuable vérifié pour être retenue comme comparable (B).

A. La restriction du critère de comparaison au regard de la logique de transaction

368. Il n'existe aucun obstacle de principe à recourir à des données d'entreprises évoluant sur le marché d'États différents du contribuable. Toutefois, les spécificités de l'environnement dans lequel évolue ce dernier doivent directement influencer l'exercice de comparabilité. Ainsi, une société ne peut être qualifiée de comparable lorsque le marché sur lequel elle exerce son activité ne présente pas les mêmes caractéristiques que celui sur lequel le contribuable vérifié développe son activité. Plus spécifiquement concernant les entreprises numérisées, l'identification du marché pertinent, souvent unique de part sa structure concurrentielle, complexifie l'apport de la preuve d'un transfert de bénéfices par l'administration en induisant un potentiel rétrécissement du champ des comparables aux seules sociétés exerçant leurs activités sur le marché du contribuable vérifié (1). Toujours dans le sens d'une complexification de la charge de la preuve pour l'administration, une autre circonstance extérieure peut justifier un écart de prix avec des sociétés réputées comparables, tenant à une différence de situation des clients de ces dernières avec ceux du contribuable (2).

¹³⁶⁸T. WILHELM, *préc.*,

¹³⁶⁹Cf. par ex. CE, 8e et 3e ch., 19 sept. 2018, n° 405779, min. c/ Sté Philips France, *préc.*

1. L'analyse du marché pertinent dans une économie numérisée

369. « L'identification du marché pertinent est une étape nécessaire précédant la comparabilité »¹³⁷⁰. Il convient dès lors de rechercher, pour délimiter le champ des comparables susceptibles d'être retenus, l'étendue de ce marché d'un point de vue matériel et géographique¹³⁷¹.

Concernant la dimension matérielle, la structure concurrentielle du marché, en ce qu'elle influence directement les prix pratiqués par les entreprises, est l'un des éléments principaux pour délimiter les marchés sur lesquels l'analyse de comparabilité peut être réalisée. Dans ce sens, la situation monopolistique de la société *Microsoft* sur le marché français des logiciels et systèmes d'exploitation, renforcée par le pouvoir de marché de sa marque, induisait qu'aucune société spécialisée dans ce domaine et opérant en France ne puisse lui être réellement comparée¹³⁷². Ainsi, faute pour l'administration de ne pas avoir tenu compte des spécificités du marché en question dans l'établissement des éléments de comparaison, la preuve de l'existence d'un transfert de bénéfices ne pouvait être considérée comme rapportée. La mise en œuvre du PPC implique dès lors que le prix des transactions intra-groupe soit déterminé à un niveau auquel aurait traité des entreprises indépendantes pour des marchés identiques. En conséquence, la pertinence de l'analyse de comparabilité se voit subordonnée au choix de comparables exerçant leurs activités sur des marchés présentant des « caractéristiques économiques parfaitement identiques » avec le marché sur lequel évolue le contribuable vérifié¹³⁷³.

Concernant la dimension géographique, la délimitation de la zone territoriale pertinente sur laquelle doit s'exercer l'analyse de comparabilité peut s'avérer particulièrement complexe. L'arrêt *Man Camion Bus* de la CAA de Versailles en est une illustration¹³⁷⁴. Une société avait pour activité la distribution de véhicules poids lourds fabriqués par sa mère en Allemagne sur le marché français. Sa politique de PDT avait été déterminée par le recours à des sociétés comparables françaises, ce que l'administration rejetait au motif que n'avait pas été respecté le critère du marché pertinent. Une liste de huit sociétés, cette fois-ci exerçant leurs activités sur différents marchés européens, avait donc été substituée par l'administration. La cour invalide néanmoins cette substitution car l'administration n'a pas tenu compte, dans les éléments de comparaison choisis, du fait que le

¹³⁷⁰L. BIDAUD, « Prix de transfert : l'enjeu du marché pertinent », *La semaine juridique entreprise et affaires*, n°35, 30 août 2012, 1507.

¹³⁷¹C. VIAULT, « Prix de transfert : les comparables admissibles selon le juge administratif », *Les nouvelles fiscales*, n° 1234, 15 décembre 2018.

¹³⁷²CAA Versailles, *Microsoft*, 16 février 2012, n°10VE00752, concl. M. SOYEZ.

¹³⁷³L'appréciation restrictive du juge de l'impôt quant à la notion de « marché pertinent » tranche avec la position de l'OCDE qui ne subordonne aucunement la validité du comparable retenu à son caractère identique avec la situation du contribuable vérifié. En effet, pour cette dernière, seul suffit que les situations soient suffisamment comparables.

¹³⁷⁴CAA Versailles, *Man Camion Bus*, 5 mai 2009, n° 08VE02411 : Dr. fisc. 2009, n° 41, comm. 50, note. E. BONNEAUD.

marché français de distribution des véhicules poids lourds était dominé par un opérateur. Dès lors, la circonstance extérieure relative à l'ancienneté de la position dominante d'un acteur sur le marché sur lequel évolue le contribuable vérifié a pour conséquence la circonscription territoriale de l'analyse de comparabilité à ce seul marché.

La transposition de ces développements aux marchés numériques, bien souvent unique dans leur dimension, leur degré de concurrence ou encore le pouvoir d'achat des consommateurs, démontre que le périmètre des sociétés retenus comme comparables devra se limiter dans la plupart des cas au territoire de l'État sur lequel le contribuable exerce son activité. Cette restriction conséquente du critère de comparaison est ainsi de nature à laisser subsister des politiques de PDT, notamment d'entreprises numériques en situation de monopole ou de domination concurrentielle, semblant pourtant s'écarter allégrement du référentiel de pleine concurrence.

2. Une exigence de comparabilité étendue aux clients retenus pour la comparaison

370. Par un arrêt *Amycel* du 16 mars 2016, le CE considère que la simple mise en évidence par l'administration que les prix facturés par une société française à ses sœurs étrangères sont inférieurs à ceux quelle pratique avec des clients dépourvus de lien de dépendance est insuffisante pour caractériser un avantage anormal et par conséquent constituer la présomption de transfert de bénéfices de l'article 57¹³⁷⁵. Encore faut-il que cet écart de prix ne puisse s'expliquer par la situation différente des clients du contribuable contrôlé avec ceux retenus comme comparables par l'administration. En ce que la CAA a omis de procéder à cette vérification, sa décision est entachée d'une erreur de droit. Au cas d'espèce, le positionnement différent dans la chaîne de distribution des clients de la société française (distributeurs) avec ceux retenus par l'administration comme comparables (consommateurs) était de nature à expliquer le différentiel de prix constaté par l'administration. En effet, alors que les sociétés sœurs prenaient en charge des frais de transport, de commercialisation, de stockage, de publicité et d'administration générale, les clients finaux eux ne supportaient pas ce type de frais. Ainsi, la CAA de Nantes, sur renvoi, a pu juger que les termes de comparaison utilisés par l'administration, en ce qu'ils se rapportaient à des clients se trouvant dans une situation différente des sœurs de la société française au regard du régime de facturation, n'étaient pas pertinents pour établir la présomption de l'article 57¹³⁷⁶.

La complexification de la charge de la preuve pour l'administration se mesure alors par l'étendue potentiellement illimitée de la signification des termes « situation différente ». En effet, les justifications pouvant expliquer un différentiel de prix sont susceptibles de se multiplier en

¹³⁷⁵CE, 9e et 10e s.-s., Société Amycel France, 16 mars 2016, n° 372372, , rapp. J.-L. MATT, concl. F. ALADJIDI.

¹³⁷⁶CAA Nantes, 3e ch., 23 décembre 2016, n° 16NT00965.

concernant par exemple « [les] *volumes des achats, ou plus largement, tout ce qui se rattache d'une façon ou d'une autre au pouvoir de négociation des acteurs dans le cadre d'un rapport de force concurrentiel* »¹³⁷⁷. Dès lors, le gain de procédure conséquent induit par cette décision au profit du contribuable rend encore un peu plus délicat le maniement de l'article 57 pour l'administration.

B. La restriction du critère de comparaison au regard de l'analyse fonctionnelle

371. L'analyse fonctionnelle revêt un caractère prépondérant dans la justification du caractère de pleine concurrence d'une transaction intra-groupe ainsi que de la méthode permettant l'attribution et le niveau de profit. Dès lors, la pertinence des termes de comparaison est conditionnée à la similarité de la chaîne de valeur entre les sociétés choisies et la société contrôlée par un examen des fonctions réalisées, des actifs détenus et des risques supportés.

L'analyse par le juge de l'impôt de la condition de similitude des sociétés dont les prix sont comparés se situe principalement, pour les méthodes transactionnelles, sur la nature des fonctions exercées. En effet, par un arrêt du 6 juin 2018 *General Electric*, le CE a, conformément aux principes directeurs OCDE, favorisé pour la mise en œuvre de la MTMN, la comparabilité fonctionnelle sur les comparabilité des produits¹³⁷⁸. Au cas d'espèce, bien que certaines sociétés du panel de l'administration commercialisaient des produits d'une nature différente (matériel médical) de ceux du contribuable vérifié (appareils électroniques médicaux), elles étaient comparables à ce dernier car elles exerçaient leurs activités dans le même cadre contraint par la sécurité sociale et dans un environnement concurrentiel similaire, quand bien même leur CA était inférieur. Cette position libérale quant au choix des comparables doit être approuvée pour deux raisons. D'une part, l'on ne saurait exiger une condition d'identité parfaite des produits pour l'application de la MTMN car les indicateurs du bénéfice net sur lesquels elle repose sont moins sensibles aux différences affectant les transactions¹³⁷⁹. D'autre part, disqualifier des sociétés sur le CA reviendrait à considérer implicitement que la taille a un effet sensible sur la rentabilité, les sociétés de grande taille devant bénéficier, par les économies d'échelle qu'elles réalisent, d'un niveau de profit plus important que des sociétés de taille plus modeste¹³⁸⁰. Pourtant, force est de constater qu'économiquement il n'existe aucune corrélation entre taille et rentabilité¹³⁸¹.

¹³⁷⁷N. LABRUNE, *préc.*

¹³⁷⁸CE, 6 juin 2018, n° 409645, SCS General Electric Systems, *préc.*

¹³⁷⁹P. JAN, M. TALLEU, L. CHATEL, « Justification de l'(a)normalité des prix de transfert : le Conseil d'État rebat les cartes » : *La lettre juridique et fiscale* mai-juin 2018, 11 juillet 2018.

¹³⁸⁰G. MONSELLATO, J-L TRUCCHI, J. PELLEFIGUE, « Comparables dépendants et indépendants : les tentations de l'administration fiscale française », *Dr. fisc.* n° 15, 8 avril 2004, 17.

¹³⁸¹*Ibid.* : les auteurs notent que le seul effet distinguable se situe dans l'amplitude des variations de rentabilité : « ainsi les « petites » entreprises ont des rentabilités très volatiles, alors que les « grandes » sont plus regroupées autour d'une valeur centrale ».

La mise en perspective des caractéristiques liées aux activités d'entreprises agissant dans des secteurs à fortes singularités révèle d'importantes difficultés dans la recherche d'entités sur le marché libre qui leur sont identiques ou à tout le moins similaires. En effet, dans le secteur numérique, certains modèles d'affaires reposent sur le développement d'actifs incorporels innovants, uniques quant à leur nature et leur valeur. Dès lors, comment trouver sur le marché libre une entité comparable à un portail français d'un groupe multinational faisant usage d'Internet pour développer ses activités quand la technologie sous-jacente n'est qu'en phase de développement ?¹³⁸² En ce que la réussite des modèles d'affaires numériques, comme ceux du secteur pharmaceutique, repose bien souvent sur le secret des procédés technologiques utilisés, l'accès à des informations fiables sur des produits comparables s'en trouve fortement complexifiée¹³⁸³. Dès lors, l'application de la méthode du prix comparable, méthode la plus directe pour aboutir à un résultat de pleine concurrence, ne trouvera à s'appliquer que dans de rares occasions. Si la jurisprudence administrative est peu fournie dans ce domaine, l'on notera cependant l'importance des risques supportés par la société contrôlée dans l'établissement des termes de comparaison. En effet, dans l'affaire *Microsoft* précitée, certaines sociétés retenues par l'administration comme comparables à la société française ont été rejetées par la CAA car elles supportaient, contrairement à cette dernière, l'intégralité des risques liés au développement d'incorporels et à leur financement¹³⁸⁴.

De même, il peut apparaître particulièrement délicat pour l'administration de démontrer l'existence d'un transfert de bénéfices suite à une renonciation à recettes pour des opérations de concessions d'exploitation d'une marque. Pour constituer la présomption de l'article 57, l'administration doit en effet prouver que la marque dispose d'une valeur d'usage sur le marché local avant de la quantifier conformément au référentiel de pleine concurrence. Toute la difficulté réside alors dans le choix des comparables retenus. L'affaire *Carrefour* en est une illustration. Suite à une vérification de comptabilité, l'administration avait considéré que l'absence de versements de redevances par les filiales étrangères de la société Carrefour France pour l'utilisation et l'exploitation de la marque et du logo commercial Carrefour constituait un avantage anormal. Selon l'administration, bien que la notoriété de la marque dans les marchés d'implantation des filiales (Chine, Japon, Brésil...) était moins forte qu'en France, le droit d'en user sur ces marchés revêtait une réelle valeur marchande attachée au savoir-faire conséquent de la société française. L'administration avait alors établi le taux de redevance par référence à des contrats de franchises conclus par la société française avec d'autres sociétés étrangères ainsi que par des comparables externes au groupe Carrefour portant sur des transactions conclues par des enseignes concurrentes

¹³⁸²T. PONS, S. GÉLIN, « Taxation of Income derived from Electronic Commerce », *IFA*, préc., p. 399.

¹³⁸³C. VIAULT, *préc.*

¹³⁸⁴CAA Versailles, *Microsoft*, 16 février 2012, n°10VE00752.

avec des entreprises implantées en France, Pologne et Hongrie. Toutefois, avant même de se prononcer sur la question de savoir si le versement d'une redevance se justifiait, la CAA de Versailles annule le redressement de l'administration au motif qu'aucun des comparables retenus n'était pertinent¹³⁸⁵. Cette dernière, dans un arrêt s'inscrivant dans le prolongement de la décision Cap Gemini du CE¹³⁸⁶, note dans un premier temps « *qu'aucun des comparables n'a été pris dans le pays d'implantation des filiales concernées* ». Or, l'on sait que la valeur d'une marque est susceptible de varier d'un territoire à un autre en ce qu'elle dépend d'éléments objectifs identifiables, comme le savoir-faire attaché à la concession, mais aussi et surtout de considérations éminemment subjectives tenant par exemple à la capacité de la marque à retenir la clientèle locale constituée¹³⁸⁷. L'exemple d'Alibaba, groupe au modèle d'affaire proche d'Amazon, est à ce titre topique puisqu'il est le leader mondial dans l'intermédiation B2B sur Internet sans pour autant être connu de la grande majorité des consommateurs français. Dans un second temps, des contrats de franchise conclus en 1995 entre le redevable et une société étrangère ne pouvait qu'être rejeté en ce qu'il « *conduisait à faire admettre que le montant de la redevance devait être immuable dans le temps et que le taux applicable en 1995 était nécessairement celui qui devait s'appliquer en 2003 et 2004* »¹³⁸⁸. Le facteur temporel constitue une nouvelle fois une restriction dans l'apport de la preuve par l'administration, le juge de l'impôt refusant toute comparaison d'une situation avec le passé pour appliquer le PPC¹³⁸⁹. Enfin, le contrat de franchise applicable sur le marché français a été logiquement écarté en raison des différences substantielles entre ce dernier, où la marque jouit d'une très forte notoriété, et les marchés secondaires où sont implantés les filiales.

II. La pratique administrative dans la reconstitution du prix de pleine concurrence

372. Les carences théoriques du PPC sont connues. En effet, en imposant aux sociétés membres d'un groupe de se comporter, dans la détermination du prix de leur transactions intra-groupe, comme des entreprises indépendantes et distinctes, ce principe revient à nier la réalité économique des groupes dans laquelle il existe indéniablement un surprofit d'intégration. Autrement dit, un groupe multinational vaut plus que la somme de ses parties¹³⁹⁰. Cet éloignement

¹³⁸⁵CAA Versailles, 3e ch., 8 juill. 2014, n° 11VE01187, Sté Carrefour SA, concl. F. LOCATELLI, note E. MEIER et R. TORLET : JurisData n° 2014-021483.

¹³⁸⁶CE, 3e et 8e ss-sect., 7 nov. 2005, n° 266436 et n° 266438, min. c/ Sté Cap Gemini, préc.

¹³⁸⁷F. LOCATELLI, concl. ss. CAA, Versailles, 3e ch., 8 juill. 2014, préc.

¹³⁸⁸E. MEIER, R. TORLET, « Contentieux prix de transfert et redevances de marque : de la difficulté de comparer les marques », *Dr. fisc.* n° 40, 2 octobre 2014, comm. 562.

¹³⁸⁹Cf. à ce titre notamment CAA Versailles, Microsoft, 16 février 2012, n°10VE00752 où le juge refuse de comparer le taux de commission du distributeur dans le temps. La cour relève « qu'il ne résulte pas de l'instruction que le taux antérieur de rémunération de 25 % des ventes pour l'exercice clos en 1999 aurait seul correspondu à celui de pleine concurrence et n'aurait pu être diminué sans révéler par cela même un transfert de bénéfices ».

¹³⁹⁰J. PELLEFIGUE, « Prix de transfert : un changement radical s'impose », *Étude, BF* 12/14, Francis Lefebvre.

du PPC de la réalité économique est d'autant plus renforcée en pratique par l'approche de contrôle des PDT de l'administration française. En effet, « *dans la majeure partie des analyses, la structure du marché et le bénéfice retiré de l'appartenance à un groupe sont marginalisés au seul profit d'une analyse fonctionnelle au résultat binaire permettant une application trop systématique de la MTMN* »¹³⁹¹. Dès lors, le recours à la MTMN conduit à une centralisation de l'ensemble du surprofit dans les mains de l'entité étrangère qualifiée d'entrepreneur principal, l'entité réputée de routine ne bénéficiant que d'un profit forfaitaire. Cette binarité fait ainsi douter, particulièrement en France où nous disposons du ratio profit résiduel / PIB le plus faible au niveau mondial¹³⁹², de la capacité du PPC à aboutir à un partage équitable de la matière taxable (**A**). Toutefois, sous l'impulsion des travaux récents de l'OCDE, cette tendance semble quelque peu s'inverser par un recours plus fréquent à la méthode de PDB de la part de l'administration fiscale (**B**). Enfin, l'intégration dans l'ordre juridique français de l'approche OCDE sur AIDE pose d'importantes difficultés en ce qu'elle pourrait modifier substantiellement le régime de dévolution de la charge de la preuve de l'article 57 (**C**).

A. La prépondérance du recours à la méthode transactionnelle de la marge nette (MTMN)

373. L'application de la MTMN peut constituer un fort catalyseur de planification fiscale agressive pour les groupes en ce qu'il leur suffit, pour baisser drastiquement leur TEI, de fixer par des indicateurs de profits adéquats, des niveaux de profitabilité limitée mais garantie aux filiales routinières, pour centraliser ensuite chez l'IP *owner*, localisé dans un État à fiscalité plus clémente, l'ensemble du profit résiduel¹³⁹³. Ainsi, le recours récurrent à la MTMN tend à « *transformer le PPC en principe de détermination d'un profit standardisé, et donc d'un profit maximal à réaliser hors de France* »¹³⁹⁴. Il ne peut dès lors qu'être constaté l'inaptitude de cette méthode à retranscrire avec pertinence la création de valeur dans des groupes numérisés où la variété des fonctions réalisées par les sociétés se combine avec le développement et l'exploitation d'actifs incorporels uniques et de valeur (**1**). Si l'on pouvait alors jusqu'à récemment préconiser de limiter le recours à la MTMN aux transactions reposant sur des schémas « *simples et aseptisés* » de création de valeur¹³⁹⁵, le CE a, dans

¹³⁹¹O. MARICHAL, « Le contrôle fiscal des prix de transfert », *Dr. fisc.* n° 23, 3 juin 2015, 392.

¹³⁹²G. PERRAUD, « L'imposition mondiale minimale, de l'utopie à la réalité Actes de la soirée annuelle de l'IFA du 23 novembre 2021 », *Rev. dr. fisc.* n° 5, 3 Février 2022, 102.

¹³⁹³A. GOBEL, « Fiscalité internationale et économie numérique : la juste valeur des Big Data », Étude, *BF* 6/13.

¹³⁹⁴V. RENOUX, S. BERNARD, « Création de valeur dans une économie multipolaire, ou la face cachée des prix de transfert », *Dr. fisc.* n° 24, 14 juin 2018, 296.

¹³⁹⁵V. par exemple CAA Versailles, 3e ch., 29 déc. 2016, n° 14VE02126 et n° 15VE02451, Sté TCL Belgium : *Dr. fisc.* 2017, n° 16, comm. 265 concl. B. COUDERT, note C. SILBERZTEIN, où il a pu être confirmé l'utilisation de la MTMN par l'administration suite à la requalification du profil fonctionnel d'une société française, cette dernière assurant au profit d'une société étrangère certaines fonctions de commercialisation dépassant le strict cadre contractuel de ses fonctions de PS ; Le contribuable arguait en défense que l'administration s'était fondée

une décision récente RKS du 4 octobre 2021¹³⁹⁶, écarté l'approche binaire « entrepreneur principal » / « entité de routine » suivie par les juges du fond, pour lui préférer, comme préconisée par la rapporteure publique, « *une approche fine et nuancée des rôles et responsabilités des entités étudiées* », plus en lien avec les principes directeurs OCDE. Par le dépassement de cette dichotomie, l'entrepreneur n'a donc plus vocation à bénéficier de l'ensemble du profit résiduel dès lors que la partie testée, malgré son statut d'entité « routinière », contrôle dans les faits par exemple certains risques économiques (2).

1. Une approche inapte à retranscrire avec pertinence le processus de création de valeur des modèles d'affaires numérisés

374. La place des fonctions locales dans le processus de création de valeur des groupes ne cesse de gagner en importance. En effet, la réussite d'une stratégie de pénétration d'un marché apparaît aujourd'hui directement conditionnée à l'engagement de fortes dépenses de marketing local ainsi qu'au développement d'un savoir-faire local « *adapté à la culture des consommateurs* »¹³⁹⁷. Dès lors, pour le propriétaire juridique d'une marque, la concession à une filiale locale du droit d'en user constitue un moyen essentiel pour étendre géographiquement sa notoriété, cette dernière étant la plus à-même, au regard de ses connaissances spécifiques du marché en voie d'exploration, d'adapter les produits aux envies des consommateurs locaux. Le transfert de savoir-faire opérationnel à la filiale locale est alors le plus souvent inexistant « *en raison de différences d'approches culturelles, économiques et commerciales entre les règles du marché d'origine de la marque et le marché [local]* »¹³⁹⁸. Les principes directeurs OCDE reconnaissent directement cette réalité en attribuant à la filiale opérationnelle la qualité de propriétaire économique de la marque à hauteur des coûts qu'elle aura supportés pour développer et valoriser cet actif sur son marché d'implantation. Ainsi, lorsque la filiale supporte l'ensemble des coûts de publicité et de référencement permettant à la marque d'acquérir une valeur de notoriété négociable sur son marché d'implantation, le principe même du versement d'une redevance pour l'utilisation de la marque apparaît largement contestable¹³⁹⁹. Dans

implicitement sur l'article L.64 LPF en passant d'une méthode de rémunération reposant sur les coûts majorés de la succursale à une méthode reposant sur une marge sur CA. Toutefois, lorsque l'administration se borne à requalifier le contrat pour révéler la réalité des relations entre les parties sans faire valoir que le contrat a été conclu de manière fictive ou dans le seul but d'éviter l'impôt, elle ne se place pas sur le terrain de l'ADD. Pour une illustration, CE, 8e et 3e ss-sect., 30 juill. 2003, n° 232004, min. c/ Sté Azur Industrie : JurisData n° 2003-080419 ; Dr. fisc. 2004, n° 11, comm. 338, concl. P. COLLIN ; RJF 11/2003, n° 1273 et plus récemment CA Riom, 26 janvier 2021, n°19/01179 concernant la remise en cause par l'administration de la qualification de holding animatrice.

¹³⁹⁶CE, 8e et 3e ch., 4 oct. 2021, n° 443130, Sté RKS, concl. K. CIAVALDINI, note V. DESOUBRIES, R. DAGUZAN et M. TEISSIER.

¹³⁹⁷*Ibid.*

¹³⁹⁸E. MEIER, R. TORLET, *préc.*

¹³⁹⁹La mise à disposition d'une marque devrait, selon nous, ouvrir droit au versement d'une redevance que lorsque le licencié en retire un avantage concurrentiel avéré.

cette circonstance, la négociation d'un accord de répartition des coûts (*cost sharing*) avec le développeur local semble plus pertinent, même si le risque d'être soupçonné par l'administration d'avoir commis un acte anormal de gestion, en l'absence de versement de redevances, ne peut être négligé¹⁴⁰⁰.

Contrairement aux principes OCDE, l'application de la MTMN dans ces circonstances tend à nier, par une analyse fonctionnelle au résultat binaire, la réalité de la contribution de la fonction locale dans la création de valeur des modèles d'affaires modernes. Si jusqu'à récemment, le contrôle juridictionnel constituait un rempart solide à la mise en œuvre excessive de la MTMN en exigeant strictement de l'administration qu'elle justifie son caractère plus approprié par rapport à la méthode du contribuable¹⁴⁰¹, la décision *SCS General Electric* du 6 juin 2018 semble marquer une rupture en allégeant le niveau de preuve requis pour constituer la présomption de l'article 57¹⁴⁰². En effet, le CE valide ici l'approche retenue par les juridictions du fond sans analyser concrètement si la MTMN proposée par l'administration démontrait de manière plus appropriée le caractère de pleine concurrence de la transaction par rapport à la méthode du prix de revient majoré utilisée par le contribuable. L'appréciation de la CAA sur ce point soulève dès lors deux critiques¹⁴⁰³.

La première concerne l'assouplissement conséquent qu'induit cette décision sur l'obligation de justification de l'administration quant à la pertinence de sa méthode de substitution. En effet, le régime de la charge de la preuve de l'article 57 s'accommode mal « *d'une argumentation par la négative dans laquelle à défaut de considérer la méthode du coût de revient majoré comme étant la plus appropriée, la MTMN trouverait à s'appliquer* »¹⁴⁰⁴. Dès lors, cette décision semble contrevenir au principe selon lequel l'administration ne saurait, pour constituer la présomption de l'article 57, se limiter à des critiques imprécises quant à la méthode retenue par le contribuable mais doit apporter des justifications économiques visant à démontrer au juge en quoi sa méthode est plus appropriée pour aboutir à un résultat conforme au PPC¹⁴⁰⁵.

La deuxième concerne la validation implicite de la MTMN par la cour. Les circonstances de fait ne permettaient pourtant pas à l'évidence de considérer que la société française, spécialisée dans la vente d'appareils électroniques médicaux sur le marché français qu'elle achetait auprès d'autres filiales du groupe, exerçait une fonction routinière. En effet, la technicité des produits distribués par la société française invitait à se demander « *si les produits ne comport[aient] pas, notamment, une*

¹⁴⁰⁰Cf. à ce titre, CAA Versailles, 3e ch., 8 juill. 2014, n° 11VE01187, Sté Carrefour SA, *préc.*

¹⁴⁰¹Cf. notamment CAA Paris, 9e ch., 26 janv. 2017, n° 15PA03283, SAS Rottapharm et CAA Versailles, 3e ch., 5 mai 2009, n° 08VE02411, Man Camions et Bus : Dr. fisc. 2009, n° 41, comm. 500, note É. BONNEAUD.

¹⁴⁰²CE, 6 juin 2018, n° 409645, SCS General Electric Systems, *préc.*

¹⁴⁰³CAA Versailles, 9 févr. 2017, n° 15VE03699 et 15VE02288.

¹⁴⁰⁴P. JAN, M. TALLEU, L. CHATEL, « Justification de l'(a)normalité des prix de transfert », *préc.*

¹⁴⁰⁵T. PONS, *préc.*, n° 1008.

large valeur ajoutée liée à la recherche et au développement et, par ailleurs, [étaient] susceptibles d'entraîner une responsabilité très significative en termes de garantie, situation qui aurait pu amener à considérer une autre méthode comme celle du partage des profits »¹⁴⁰⁶. De même, le transfert des pertes aux sociétés étrangères de production induit par la MTMN, apparaissait contestable en ce que la société française avait vraisemblablement permis le développement d'une clientèle locale et de la notoriété de la marque des produits sur le marché français.

Les développements précédents relatifs à la MTMN se transposent aux entreprises numériques étrangères réalisant des activités sur le territoire français, si ce n'est que ces entreprises, par leurs spécificités, révèlent encore davantage l'inaptitude de cette méthode à opérer un partage équitable de la base taxable entre entités membres d'un groupe. En effet, la complexité du processus de création de valeur des modèles d'affaires numérisés ne saurait s'accommoder, au travers du modèle de l'entrepreneur, d'une vision dichotomique et simplifiée du rôle des entités membre d'un groupe dans le succès ou l'infortune d'une stratégie. L'éclatement de la création et de la gestion des incorporels entre différentes entités du groupe invite ainsi nécessairement à se détacher de la binarité entrepreneur principal/entité de routine pour faire prévaloir la méthode de PDB¹⁴⁰⁷. Surtout, l'indicateur de la marge nette ne permet pas, à l'égard d'entreprises aux fonctions extrêmement diversifiées, d'aboutir avec fiabilité à un résultat conforme au PPC. En effet, *« plus les postes de dépenses des sociétés testées sont nombreux [...] et plus les sociétés ont de différences - ce qui est le cas dans le numérique [...] - plus le ratio de la marge bénéficiaire a de possibilités de ne plus être un indicateur du niveau des dépenses pour obtenir les produits à vendre »¹⁴⁰⁸. Ainsi, l'application de la MTMN dans des schémas de création de valeur complexe, même si elle est établie par le biais d'une analyse de sociétés jugées comparables à la filiale contrôlée, conduit à des résultats largement aléatoires¹⁴⁰⁹. Plus qu'aléatoires, les résultats seront nécessairement faussés en cas d'utilisation de benchmark français pour déterminer la marge nette opérationnelle de pleine concurrence de géants du numérique comme les GAFAs ou les BATX. En effet, *« compte tenu de la faiblesse de notre industrie du numérique et de sa rentabilité encore naissante, l'utilisation de ces benchmarks comme référence pour imposer en France les profits [de ces entreprises] risque de s'avérer très peu productive en termes de recettes fiscales »¹⁴¹⁰ et qui plus est sans commune mesure avec la valeur créée sur notre territoire.**

¹⁴⁰⁶V. RENOUX, A. DAMAS, « Assiette des impôts locaux et prix de transfert », *préc.*

¹⁴⁰⁷I. ROUBEROL, « Prix de transfert : l'accession mobilière, un fondement légal de la propriété économique des marques ? », *Dr. fis.* n° 27-28, 7 Juillet 2011, 410.

¹⁴⁰⁸V. RENOUX, S. BERNARD, *préc.*

¹⁴⁰⁹Pour une analyse empirique, J. PELLEFIGUE, *Théorie économique de la réglementation des prix de transfert*, Université Paris II, Thèse, 2012.

¹⁴¹⁰V. RENOUX, « Fiscalité numérique – Le match retour, Digital New Deal Think Thank », Septembre 2021, p. 48.

2. L'atténuation des lacunes de la méthode par le dépassement de la dichotomie « entrepreneur principal / entité routinière »

375. L'entrepreneur principal est directement défini par la doctrine administrative comme « *l'entreprise qui assume les risques principaux (qu'ils se concrétisent ou non) et qui prend les décisions stratégiques. En général, elle possède également les immobilisations incorporelles clés (marques, brevets, savoir-faire...) et supporte les dépenses y afférentes (recherche et développement, gestion des marques et de la publicité)* »¹⁴¹¹. Si cette notion ne figure pas directement dans les principes directeurs des PDT, l'OCDE précise toutefois, dans le cadre de la mise en œuvre des méthodes unilatérales, qu'il est nécessaire de choisir une partie testée pour laquelle un indicateur financier est testé et qui généralement est celle dont l'analyse fonctionnelle est la moins complexe¹⁴¹².

Appliquant une nouvelle fois ce schéma transactionnel de référence en PDT au groupe RKS, l'administration avait alors considéré que les pertes récurrentes d'une société française, unité opérationnelle en charge de la fabrication des produits, constituaient au profit d'unités étrangères de distribution une présomption simple de transfert indirect de bénéfice au sens de l'article 57 en ce que cette société n'était pas l'entrepreneur principal du groupe mais une entité routinière. Si en première instance¹⁴¹³, le contribuable avait obtenu l'annulation du redressement, la CAA de Versailles¹⁴¹⁴ avait remis les impositions en litige à la charge de la société en jugeant qu'elle n'avait pas vocation à supporter des pertes car elle n'était pas l'entrepreneur principal de la transaction. « *L'enjeu principal de la cassation portait alors sur la propriété économique de pertes au sein d'un groupe : l'entrepreneur d'un groupe est-il seul à supporter un risque de perte ?* »¹⁴¹⁵. Une entité ne disposant pas de la qualité d'entrepreneur doit-elle automatiquement se voir dénier l'attribution de toutes risques économiques ? Le CE, par un arrêt du 4 octobre 2021¹⁴¹⁶, est venu répondre négativement à cette question en considérant que les pertes encourues par une société de production au titre de ses ventes intra-groupe ne se justifient que par les risques qu'elle contrôle et assume financièrement, indépendamment de sa qualité d'entrepreneur. Dans cette mesure, le CE vient affirmer la primauté d'une analyse *in concreto* du contrôle des risques sur l'analyse *in abstracto* couramment adoptée par l'administration et les juges du fond¹⁴¹⁷ qui « *fai[saient] dépendre*

¹⁴¹¹BOI-BIC-BASE-80-10-10, 18 févr. 2014, § 100.

¹⁴¹²OCDE, Principes directeurs, *préc.* N° 3.18.

¹⁴¹³TA Montreuil, 23 avr. 2018, n° 1608939.

¹⁴¹⁴CAA Versailles, 1^{re} ch., 22 juin 2020, n° 18VE02849.

¹⁴¹⁵F. FONTAINE, L. BRUN D'ARRE, « Les arrêts SKF et RKS, ou du risque de perte traité par les prix de transfert », *FR* 46/21, Novembre 2021.

¹⁴¹⁶CE, 8^e et 3^e ch., 4 oct. 2021, n° 443130, Sté RKS, *préc.*

¹⁴¹⁷Cf. notamment CAA Bordeaux, 29 oct. 2020, n° 18BX03395, Sté Biomar.

l'allocation de pertes de types idéaux assez schématiques »¹⁴¹⁸. La mise en œuvre complète d'une analyse fonctionnelle ne saurait dès lors se résumer à la qualification des entités en tant qu'entrepreneur principal ou entité de routine. La nécessité de mener l'analyse de manière à aboutir à « *une approche fine et nuancée des rôles et responsabilités des entités étudiées [en dehors] de la classification manichéenne en « entrepreneur principal » versus « entité routinière »* »¹⁴¹⁹ permet alors -outre de neutraliser les situations dans lesquelles une entité tierce à la transaction contrôlée constituerait le réel entrepreneur- d'éviter tout risque excessif de simplification. Comme noté par E. DINH : « [la décision RKS] *ne se caractérise donc pas tant par une éviction définitive du couple entrepreneur principal/entité routinière, que par un rejet de ses conséquences mécaniques, selon lesquelles une entité prestataire de services au sein d'un groupe ne pourrait percevoir une rémunération négative* »¹⁴²⁰.

Si ce rapprochement avec les principes directeurs de l'OCDE, en fondant l'allocation de pertes à une société sur sa capacité à contrôler et assumer les risques, s'est avéré en l'espèce favorable au contribuable, il en ressort pour les groupes d'entreprises la nécessité de porter une plus grande attention à l'analyses de risques afin de déterminer si l'entité qualifiée de routinière, implantée sur le sol français, ne dispose pas en réalité de la maîtrise de certains risques propres. Si tel est le cas, la décision RKS est de nature à entraîner, par mimétisme, la ré-allocation à ce type d'entités d'une portion des profits résiduels jusqu'alors centralisée au sein de l'*IP owner*. Plus globalement, l'analyse économique fine des processus de création de valeur des transactions contrôlées à laquelle s'adonne désormais le CE pourrait amener à une marginalisation des méthodes unilatérales au profit de la méthode de *profit split*.

B. Un attrait récent pour l'application de la méthode de partage des bénéfices

376. Le temps où l'administration française faisait preuve de méfiance à l'égard de cette méthode, dont elle réservait l'application essentiellement à des fins corroboratives pour s'assurer de la pertinence du résultat obtenu par les méthodes traditionnelles, est révolu. Son approche de contrôle des PDT est en effet désormais résolument tournée vers sa généralisation en ne la cantonnant pas aux seules hypothèses où il est complexe d'isoler la contribution réelle de chaque partie à la génération du profit (1). Si cette tendance risque de s'intensifier, l'usage de cette méthode ne constitue néanmoins pas une panacée pour l'administration, la validité des redressements étant conditionnée au respect scrupuleux des cadres juridiques et économiques existants à la mise en

¹⁴¹⁸F. FONTAINE, L. BRUN D'ARRE, *préc.*

¹⁴¹⁹K. Ciavaldini, ccl. ss. CE, 8e et 3e ch., 4 oct. 2021, n° 443130, Sté RKS, *préc.*

¹⁴²⁰E. DINH, « Fiscalité internationale – Chronique de l'année 2021 », *Dr. fisc.* n° 12, 25 mars 2022, 159.

œuvre du PPC (2).

1. Une appréciation large des conditions d'application de la méthode de partage des bénéfices

377. Les récents travaux de l'OCDE et de l'UE, notamment au travers des avancées concernant le CBCR, marquent indéniablement une ouverture vers plus de *profit split*. Les services vérificateurs français ne sont évidemment pas étrangers à cette tendance. Celle-ci semble de plus confortée par les juridictions du fond qui, par une analyse *in concreto* toujours plus minutieuse de la substance économique des transactions conclues entre entreprises liées, privilégient aujourd'hui une appréciation large des conditions d'application de la méthode de PDB posées par l'OCDE. La décision du TA de Montreuil du 14 janvier 2021 en est une illustration¹⁴²¹. Dans cette affaire, la société française Engie, société-mère du groupe, intervient sur le marché de court terme de l'achat-revente de Gaz Naturel Liquide (« GNL ») pour le compte de ses deux filiales établies au Luxembourg et aux Etats-Unis. Cette opération d'achat-vente donne lieu à un contrat de services par lequel Engie est rémunérée par une marge de 10 % assise sur ses coûts. Dans un souci d'efficacité et pour éviter une concurrence interne nuisible, seul Engie dispose du droit d'accès à ce marché particulier par la conclusion d'un contrat-cadre. Toutefois, les services de vérification ont considéré que la société Engie, au regard de la diversité et de l'importance des risques qu'elle assume (de crédit, change, prix, volume, transport), de la réalisation de fonctions entrepreneuriales de gestion et de la qualification du contrat-cadre en A.I, ne peut être considérée comme un prestataire de services de courtage mais devait être assimilée à un co-entrepreneur. Comme le note F. FONTAINE : « *un tel écart d'appréciation entre contribuable et services de vérification est assez courant, s'agissant du moins de transactions très rentables ; il apparaît davantage tenir du raisonnement en opportunité qu'être fondé techniquement* »¹⁴²². Au cas d'espèce, le juge reprend l'argumentaire de l'administration en considérant que l'allocation contractuelle ne correspondait pas à la réalité des relations entre les parties. En effet, au regard de l'autonomie de la société française, matérialisée par l'étendue conséquente des pouvoirs et moyens dont elle dispose, les risques liés à l'activité d'achat-

¹⁴²¹TA Montreuil, 1^{re} ch., 14 janv. 2021, n° 1812789.

¹⁴²²F. FONTAINE, « De prestataire de services à co-entrepreneur : le jugement Engie, ou les prix de transfert à l'épreuve des faits », *La semaine juridique entreprise et affaires*, n° 21, 27 mai 2021, 1265 : il n'est alors pas rare que l'administration choisisse, en cours d'instance, de substituer à la méthode qu'elle avait initialement appliquée une tout autre méthode « *se trouvant [pourtant] à l'opposé du spectre des méthodes de PDT et de profils fonctionnels sous-jacents* ». L'auteur cite à ce titre un récent arrêt de CAA (CAA, Versailles, 3^e chambre, 9 Février 2021 – n° 16VE00352) où l'administration avait d'abord critiqué l'utilisation faite par le contribuable de la MTMN en y substituant la méthode de PDB avant de finalement recentrer son argumentaire sur les modalités d'application de la MTMN. Ces incertitudes quant à l'application de la méthode de PDT ont ainsi amené les juges du fond à considérer que l'administration n'apportait pas la preuve de l'existence d'un transfert de bénéfices au sens de l'article 57.

vente à court terme apparaissent assurés soit exclusivement par Engie soit partagés entre les trois sociétés. Ainsi, la société Engie doit être fonctionnellement assimilée, non pas à un courtier extérieur, mais à un co-entrepreneur justifiant dès lors l'application de la méthode transactionnelle de PDB.

Cependant, les fonctions réalisées par les sociétés du groupe ne démontrent pas à l'évidence l'existence de circonstances de nature à justifier le recours à la méthode de PDB. La doctrine administrative rappelle en effet que : « *cette méthode est particulièrement adaptée lorsque les projets ou les activités au sein du groupe sont tellement communs et imbriqués qu'il n'est pas possible de déterminer et/ou de justifier une valorisation pour chaque opération [...] ou lorsque les deux entreprises liées mettent en œuvre des actifs incorporels significatifs qui rendent difficile l'application des méthodes traditionnelles décrites ci-avant* »¹⁴²³. Or, il n'existe, au regard des faits de l'espèce, aucun obstacle à envisager chacune des activités exercées par Engie au profit de ses filiales séparément les unes des autres et ainsi à privilégier une méthode traditionnelle de PDT¹⁴²⁴. En effet, les activités réalisées par chacune des trois sociétés « *semblent parfaitement détachables sur un plan fonctionnel et économique* »¹⁴²⁵. De même, le fait d'identifier les contrats-cadres comme des A.I n'empêchait *a priori* pas le recours à des méthodes traditionnelles de PDT, des comparables pertinents sur le marché libre existants très certainement à l'égard de ce type de contrats standardisés. Dans cette mesure, l'assimilation par le TA de cet actif à un A.I « unique » laisse perplexe au regard des critères posés par l'OCDE dans son approche sur les A.I.D.E¹⁴²⁶. Le recours à la méthode de PDB pourrait *in fine* se justifier au travers de la troisième condition posée par les travaux OCDE¹⁴²⁷, non-retranscrite dans la doctrine administrative, et relative au partage de risques économiques significatifs entre entités. En effet, il apparaît vraisemblable que les fonctions de maintenance et d'optimisation réalisées par Engie induisent d'importants risques économiques qu'elle contrôle du fait de son autonomie.

2. L'annulation des redressements fondés sur une interprétation erronée de la méthode de partage de bénéfices

378. La méthode de PDB apparaît la plus pertinente pour contrôler le prix de transactions intra-groupe lorsque les processus de création de valeur reposent sur des contributions complexes de multiples entités membres d'un groupe au développement d'un A.I innovant. De même, elle doit

¹⁴²³BOI-BIC-BASE-80-10-10, 18 févr. 2014, § 190

¹⁴²⁴E. LESPRIT, M. LANGLOIS, « Un recours privilégié à la méthode transactionnelle du partage des bénéfices par l'administration, Prix de transfert », 10 mai 2021, Taj, consultable à l'adresse suivant : <https://taj-strategie.fr>

¹⁴²⁵F. FONTAINE, préc ;

¹⁴²⁶Cf. supra. n° pour une description de l'approche OCDE sur les A.I.D.E

¹⁴²⁷Pour une étude de ces trois indicateurs dans le cadre des travaux OCDE, cf. supra. § 222 et s.

être favorisée lorsque l'interdépendance des fonctions exercées par les entreprises numériques est telle que leur contribution respective au développement d'un produit innovant ne peut être dissociée. Toutefois, la mise en œuvre du PPC implique une interprétation de cette méthode conforme aux principes juridiques et économiques sous-tendant chacune des méthodes de PDT.

Premièrement, la CAA de Lyon a pu rappeler la nécessité pour l'administration de produire une étude de comparables lorsqu'elle entend substituer à la méthode initialement appliquée par le contribuable, une méthode de répartition de marges, inspirée de la méthode de PDB¹⁴²⁸. En effet, en basant sa méthode des coûts fonctionnels sur des calculs qui n'étaient pas directement tirés de la comptabilité de l'entreprise contrôlée, l'administration ne démontrait pas le caractère plus approprié de cette méthode par rapport à celle du contribuable qui avait déterminé ses PDT par comparaison avec les marges obtenues par des entreprises de nature, de taille et d'activités comparables. Par conséquent, si cette méthode peut s'appliquer « *lorsque les méthodes traditionnelles ne peuvent pas être utilisées en l'absence de comparables indépendants pertinents* »¹⁴²⁹, l'administration ne peut s'affranchir, pour justifier les marges réalisées par les deux parties à la transaction, d'une analyse de comparabilité dans l'hypothèse où des comparables sur le marché libre peuvent être identifiés.

Deuxièmement, l'application de la méthode de PDB, pour aboutir à un résultat conforme au PPC, doit être conforme à la substance économique des opérations contrôlées. Dès lors, au contraire de la MTMN qui revient à attribuer à une seule des parties liées l'ensemble du profit résiduel, cette méthode doit permettre une allocation de ce profit en fonction de l'implication des différentes entités à la valeur créée. La mesure des contributions des entités à la création de valeur apparaît néanmoins particulièrement complexe à réaliser dans le cadre de concessions de licences d'une marque à des filiales pour son développement sur de nouveaux marchés, chacune des filiales étant susceptibles de devenir co-proprétaire de la substance de l'incorporel¹⁴³⁰. Dans cette mesure, la méthode du profit résiduel implique par principe que le taux de redevances soit déterminé sur la base d'un partage entre le concédant et le concessionnaire du profit résiduel -après rémunération des fonctions de routine- généré par l'exploitation de l'incorporel concédé. Si l'utilisation d'un incorporel par un concessionnaire lui permet en principe de réaliser des profits supérieurs à ceux qu'il aurait réalisés sans, il est des situations où l'activité d'exploitation du concessionnaire est déficitaire. L'administration fiscale peut alors déduire de cette seule circonstance l'absence de valeur d'usage de la marque et par conséquent le caractère anormal des redevances versées par la société française à son concédant étranger. Par une décision du 18 février 2014, la CAA de Versailles, conformément

¹⁴²⁸CAA Lyon, 5e ch., SAS ABB France, 30 septembre 2010, n° 09LY00303.

¹⁴²⁹BOI-BIC-BASE-80-10-10, 18.févr. 2014, § 190.

¹⁴³⁰I. ROUBEROL,

aux décisions antérieures rendues en la matière¹⁴³¹, considère néanmoins que l'absence de rentabilité de l'exploitation d'une marque ne suffit pas à démontrer son absence de valeur d'usage dès lors qu'elle était en phase de lancement sur le marché concerné¹⁴³². Comme le notent justement C. SILBERZTEIN et B. GRANEL, cette interprétation de la méthode de profit résiduel apparaît erronée car d'autres éléments tels que le savoir-faire peuvent expliquer le profit (ou la perte) résiduel, rien ne démontre que le concessionnaire n'aurait pas subi des pertes plus importantes en l'absence d'utilisation de la marque et des tiers indépendants auraient pu décider que le concessionnaire supporte les pertes résultant du lancement du produit si le lancement est un échec¹⁴³³.

C. Les incertitudes tenant à la réception en droit français de l'approche OCDE sur les actifs incorporels difficiles à évaluer (AIDE)

379. Pour constituer la présomption de l'article 57, l'administration doit démontrer, en plus du lien de dépendance entre les sociétés parties à la transaction, l'existence d'un avantage anormal au regard de la pratique d'entreprises comparables sur le marché libre ou en justifiant d'un écart entre la valeur convenue et la valeur réelle. Dès lors, l'approche OCDE sur les AIDE, en instituant « [une] *présomption d'éléments probants fondée sur le résultat ex post risque d'entraîner un basculement de la charge de la preuve sur l'entreprise, à qui il appartiendra de démontrer la fiabilité de l'évaluation ayant permis la fixation d'un prix entre entreprises dépendantes* »¹⁴³⁴. Cette approche, dont on rappellera l'absence de valeur juridique, inquiète en raison de l'élargissement significatif des possibilités pour l'administration de remettre en cause le montant initialement déterminé d'une transaction. Une récente décision du CE pourrait, par une réduction significative des exceptions à l'approche A.I.D.E OCDE, ne pas rassurer dans ce domaine en « *attisant la tentation [pour l'administration] de remettre en cause l'évaluation d'actifs pour de faibles écarts* ».

En effet, d'un point de vue matériel, l'exception la plus significative à la mise en œuvre de l'approche OCDE, relative à la constatation d'un écart de moins de 20 % avec la rémunération initialement définie au moment de la transaction, semblait avoir été admise sur le fondement de l'article 57 par les juridictions du fond en matière d'évaluation des titres. En effet, le TA de Montreuil, dans une décision du 31 octobre 2012, avait pu juger qu'un écart de 17,5 % entre le prix

¹⁴³¹CAA Versailles, 3e ch., 5 mai 2009, n° 08VE02411, Man Camions et Bus préc. ; CAA Versailles, 6e ch., 16 mai 2013, n° 11VE03123, min. c/ Sté Unilever France Holdings : Dr. fisc. 2013, n° 38, comm. 429, note C. SILBERZTEIN et M. BÉNARD

¹⁴³²CAA Versailles, 1re ch., 18 févr. 2014, n° 11VE03460, Nestlé Entreprises SAS, note C. SILBERZTEIN et B. GRANEL : JurisData n° 2014-024587.

¹⁴³³C. SILBERZTEIN, B. GRANEL, note ss. CAA Versailles, 1re ch., 18 févr. 2014, préc., Dr. fisc. n°39, 25 septembre 2014, comm. 550.

¹⁴³⁴A. GUILLEMONAT, préc.

de cession de titres d'une société fixé par une société française à sa filiale luxembourgeoise et l'évaluation à laquelle a aboutit le service par une modification des termes de la méthode retenue par la société ne présentait pas un caractère significatif¹⁴³⁵. Dès lors, si l'intention libérale était présumée en raison de la communauté d'intérêts unissant la société française et sa filiale luxembourgeoise¹⁴³⁶, l'existence d'un avantage au sens de l'article 57 ne pouvait être considéré comme rapporté par l'administration faute d'un écart significatif entre le prix convenu et la valeur des titres cédés¹⁴³⁷. Toutefois, par une décision du 26 octobre 2021, le CE semble avoir nuancé cette approche en considérant implicitement qu'un écart inférieur à 20 %, en l'espèce 14,08 %, entre la valeur de cession de titres et leur valeur réelle pouvait, sous certaines conditions, constituer un AAG¹⁴³⁸. En effet, en considérant que « *le juge apprécie le caractère significatif de l'écart entre le prix de cession et la valeur vénale des titres de société compte tenu de l'ensemble des circonstances de l'espèce* », le CE affirme qu'il ne saurait être lié par un seuil prédéterminé pour justifier de l'existence d'un écart significatif. Nous ne pensons néanmoins pas que cette solution, dictée par les circonstances très particulières de l'affaire, permette à l'administration fiscale la remise en cause du prix initialement déterminé au titre d'un transfert d'A.I.D.E lorsque l'écart de valeur entre la valeur vénale de cet actif et sa valeur de cession est inférieur à 20 %. En effet, dans l'affaire Sté Crédit Agricole, ce n'est que parce qu'il était possible avec une « quasi-certitude » d'évaluer les titres cédés, du fait de leur nature particulière, que l'entorse au seuil de 20 % apparaissait justifiée¹⁴³⁹. Le fort aléa touchant à l'évaluation des A.I.D.E devrait alors permettre le maintien de ce seuil qui constituerait, selon les termes du rapporteur public Laurent Olléon sous l'arrêt Hérial, « *une règle prétorienne non-écrite de la jurisprudence du CE* ». La faveur pour une approche soucieuse de préserver la sécurité juridique des contribuables dans un domaine où l'aléa prédomine s'inscrirait de plus en conformité avec la jurisprudence du CE en matière de valorisation des brevets¹⁴⁴⁰. En effet,

¹⁴³⁵TA Montreuil, 1^{re} ch., 31 oct. 2012, n° 1102422, Sté Rexel Développement, venant aux droits et obligations de la société Rexel Distribution : *JurisData* n° 2012-033709 ; *Dr. fisc.* 2013, n° 14, comm. 227, note V. RESTINO.

¹⁴³⁶Un AAG ne peut être caractérisé entre parties non-liées que si l'administration démontre l'existence d'un élément subjectif -intention de s'appauvrir- et d'un élément objectif -écart significatif entre le prix de la transaction de la transaction et la valeur vénale du bien-. Toutefois, l'administration n'a pas à rapporter la preuve de l'intention lorsqu'elle a préalablement démontré que la cession d'un actif immobilisé a été effectuée à un prix significativement sous-évalué (*CE, plén., 21 déc. 2018, n° 402006, Sté Croë Suisse : JurisData n° 2018-023298 ; Dr. fisc.* 2019, n° 9, comm. 176, concl. A. BRETONNEAU, note F. DEBOISSY et G. WICKER ; *RJF* 3/2019, n° 246, chron. V. VILLETTE, p. 303). Cette exception ne s'étend pas aux cessions d'éléments de l'actif circulant comme des immeubles acquis par un marchand de biens en vue de leur revente (*CE, 3^e et 8^e ch., 4 juin 2019, n° 418357, SARL Sté d'investissements maritimes et fonciers, concl. R. VICTOR, note Th. PONS : JurisData n° 2019-009239*).

¹⁴³⁷Cette décision retranscrit sur le fondement de l'article 57 le raisonnement du CE en matière de caractérisation d'une distribution occulte au sens de l'article 111 c) du CGI (*CE, 8^e et 3^e ss-sect., 3 juill. 2009, n° 301299, M. Hérial , concl. L. OLLÉON, note R. POIRIER : JurisData n° 2009-081502*) de sorte que ce seuil de 20% pourrait constituer « *une règle prétorienne non-écrite de la jurisprudence du CE* » (L. Olléon, concl. ss. arrêt préc.).

¹⁴³⁸*CE, 9^e ch., 26 oct. 2021, n° 426462, Sté Crédit Agricole, concl. C. Guibé, note E. Joannard-Lardant.*

¹⁴³⁹E. JOANNARD-LARDANT, note ss. *CE, 9^e ch., 26 oct. 2021, n° 426462, Sté Crédit Agricole, préc.*

¹⁴⁴⁰*Cf. notamment CE, 25 oct. 1978, n. 3. 831 : Droit fiscal 1979, n. 1, comm. 15 ; RJF 12/78, p. 353 ; 24 oct. 1979, n. 11.141 : Droit fiscal 1979, n. 52, comm. 2. 570 ; R.J.F. 12/79, p. 424 ; CE, 7^e et 8^e ss-sect., 24 mars 1982 n° 27576*

la valorisation à la date de transaction ne peut s'effectuer rétrospectivement au regard des éléments postérieurs de profits générés ou non par l'actif. Cependant, si la valeur d'un brevet dépend uniquement des perspectives de profits qu'il offre, des éléments postérieurs à l'acquisition peuvent corroborer l'anticipation qui pouvait être faite à cette date, de manière raisonnable, des profits escomptés. Par conséquent, l'utilisation par l'administration fiscale des éléments *ex post*, pour s'assurer du caractère de pleine concurrence du prix convenu *ex ante*, devra strictement se limiter aux seuls éléments qui auraient dû être raisonnablement prévisibles par les parties liées au moment de la transaction impliquant l'A.I.D.E¹⁴⁴¹.

Temporellement, si l'OCDE envisage la possibilité pour les États d'adopter une extension ciblée de leur délais de prescription dans le cadre de cette approche, aucune modification en ce sens du droit de reprise n'a été introduite par le législateur français. Dès lors, la rectification est ici, en vertu de l'article L. 169 LPF, enserrée dans un délai de 3 ans suivant l'année au titre de laquelle l'imposition est due, i.e. l'année de la cession ou les années de concession des droits relatifs à l'A.I.

: Dr. fisc. 1982, comm. 1437, concl. P. RIVIÈRE ; RJF 5/82, n° 455 ; CE, 8e et 9e ss-sect., 16 mars 1990, n° 41059, Sté Ford France ; Dr. fisc. 1990, n° 42, comm. 1886 .

¹⁴⁴¹Par exemple, si la valorisation d'un actif peut être impactée par les perspectives économiques revues à l'aune de la crise Covid, ces données n'étaient raisonnablement pas prévisibles au moment de la transaction. Ainsi, l'administration ne devrait pas être en droit de fonder un redressement sur ces éléments *ex post*.

CONCLUSION CHAPITRE 2

380. Pour appréhender la juste part d'impôt dont devrait s'acquitter en France un groupe étranger y commercialisant ses produits par le biais d'une filiale, l'administration fiscale française dispose du choix de l'arme de l'établissement stable (ES) ou des prix de transfert (PDT). Si longtemps la voie des PDT a paru recueillir la faveur de la doctrine fiscale pour contester les situations où un groupe auquel appartiennent ces filiales dégage un rapport entre bénéfice et CA consolidés largement supérieur¹⁴⁴², l'analyse économique à laquelle s'adonne le juge de l'impôt dans la caractérisation d'un ES permet d'atténuer les différences existantes entre ces deux voies. La révélation d'une présence numérique significative sur le territoire français apparaît ainsi indissociable de l'analyse économique de son rôle dans la chaîne de valeur de l'entreprise. Cependant, force est d'admettre que la pratique actuelle de l'administration française ne permet pas l'attribution à l'ES nouvellement découvert d'un profit en lien avec sa contribution réelle au processus de création de valeur de l'entreprise. Ce constat peut être dressé aussi bien dans les situations où l'établissement, par les fonctions qu'il réalise, contribue sur le territoire français de manière essentielle à la réussite de l'entreprise étrangère que lorsque l'analyse fonctionnelle révèle l'absence de réalisation des « fonctions humaines significatives » par son intermédiaire. Dans cette dernière situation, si aucun profit supplémentaire à ceux déjà imposés du chef de la filiale française ne doivent être attribués à l'établissement, les méthodes de l'administration fiscale sont susceptibles d'élargir arbitrairement la base imposable rattachable au territoire de l'État français. Dès lors, sans effort mené dans le sens d'une transposition minutieuse des principes et concepts développés par l'OCDE dans l'attribution des bénéfices à l'ES-A.D, la volonté d'une taxation juste et équitable des profits des entreprises numériques étrangères réalisant une activité en France restera lettre morte. Le salut pourrait alors se situer dans l'usage des règles de PDT « *pour chercher à valoriser, à son juste prix, chacune des étapes du processus de vente afin d'aboutir à une appréciation fine de la valeur taxable au sein de chaque entité souveraine* »¹⁴⁴³. Toutefois, deux raisons principales amènent à considérer que l'application actuelle du dispositif de l'article 57 CGI ne permet pas l'imposition

¹⁴⁴²S. GÉLIN, A. LE BOULANGER, « Établissement stable et prix de transfert : deux faces d'un même miroir ? », préc. ; J. BURGUBURU, concl. ss CE, 10e et 9e ss-sect., 31 mars 2010, n° 304715 et 308525, Sté Zimmer Ltd, préc.

¹⁴⁴³F. LOCATELLI, « Affaire Conversant : un classicisme, qui fait encore recette », *Dr. fisc.* n° 30-35, 29 juillet 2021, 324.

équitable de sociétés étrangères numériques tirant pourtant profit de manière significative de facteurs rattachables au territoire français. D'une part, les conditions de preuve mises à la charge de l'administration pour constituer la présomption de transfert de bénéfices sont particulièrement délicates à réunir à l'égard de certaines entreprises du numérique de sorte que risque de subsister certaines pratiques fiscales particulièrement délétères pour les finances publiques de l'État de consommation français. D'autre part, en ce que le périmètre d'applicabilité de l'article 57, dans l'appréhension des valeurs immatérielles, se limite presque uniquement¹⁴⁴⁴ aux transactions reposant sur le transfert d'un actif incorporel identifié sur le plan comptable, les facteurs essentiels de création de valeur pour certains modèles d'affaires numérisés, i.e données personnelles et travail gratuit des utilisateurs, échappent à toute valorisation aux fins des PDT. La contrariété avec le PPC tel que conçu par l'OCDE est ainsi patente, l'article 57 n'étant pas en mesure d'appréhender l'ensemble des incorporels valorisables dont l'utilisation ou le transfert auraient pu donner lieu à rémunération sur le marché libre¹⁴⁴⁵.

¹⁴⁴⁴ De manière exceptionnelle, les juges du fond privilégient une analyse économique pour reconnaître l'existence d'un actif incorporel aux fins des PDT. Le TA de Montreuil a par exemple récemment considéré que des contrats-cadres « constitu[aient] un accès spécifique à une clientèle » pour une société française, cette dernière disposant de ce fait d'un droit d'accès unique et durable sur un marché assimilable à un A.I unique (TA Montreuil, 24 janvier 2021, *préc.*).

¹⁴⁴⁵N. COLLIN, P. COLIN, *préc.*

CONCLUSION TITRE 2

381. Les caractéristiques couramment observées dans les modèles d'affaires d'entreprises hautement numérisées, i.e. échelle sans masse, rôle essentiel des actifs incorporels, des données et de la participation des utilisateurs dans la création de valeur, fragilisent les bases sur lesquelles reposent le principe français de territorialité de l'IS. Toutefois, l'idée communément admise selon laquelle la souveraineté fiscale de l'État, fondée sur un modèle territorial, ne peut plus s'exercer de manière effective pour lever l'impôt à l'égard d'entreprises numérisées étrangères réalisant des activités en France doit être rejetée. En effet, les récentes constructions jurisprudentielles autour de cette notion, sous l'impulsion des travaux OCDE, ont significativement élargi les possibilités pour l'administration de re-territorialiser en France le profit d'entreprises numérisées étrangères y disposant pourtant d'une faible assise territoriale. La circonstance que le dépassement du seuil de présence économique nécessaire à la caractérisation d'un ES repose encore sur le critère de présence physique n'est désormais plus en-elle même suffisante pour conclure à l'obsolescence de cette notion dans une économie numérisée. L'alignement apparaît dès lors dans la plupart des situations cohérent entre l'attribution de la compétence fiscale à l'État français et l'existence sur son territoire d'éléments essentiels à la création de valeur d'une entreprise.

Le constat est cependant moins satisfaisant à l'étape de la répartition des profits entre les entités membres d'un groupe. En effet, si le plan d'action BEPS a eu comme conséquence remarquable de mettre un terme aux pratiques fiscales les plus agressives des géants du numériques, ces derniers n'ont pour autant pas renoncé à toute forme d'optimisation de leur charge d'imposition dans les États de situation de leurs consommateurs¹⁴⁴⁶. Les groupes d'entreprises n'hésitent en effet désormais plus à implanter directement un ES sur le territoire de l'État de consommation tout en lui attribuant un rôle ancillaire dans la création de valeur. Il en résulte ainsi une complexification croissante des contentieux entre administrations et contribuables puisqu'il n'est désormais plus question de rapatrier des revenus localisés dans des États à fiscalité faible -voire inexistante- par le biais de montages dénués à l'évidence de substance mais de s'assurer que l'impôt soit acquitté en fonction des différents lieux de création de valeur du groupe. Or, l'approche actuelle de contrôle de l'administration fiscale française, fondée sur le modèle binaire entrepreneur principal/entité routinière n'apparaît pas en mesure d'appréhender la valeur créée au sein du marché local par les

¹⁴⁴⁶V. RENOUX, « Fiscalité numérique – Le match retour, Digital New Deal Think Thank », *préc.*, p. 17.

utilisateurs français des services proposés par les entreprises du numérique. En effet, la complexité du processus de création de valeur des modèles d'affaires numérisés ne peut s'accommoder, au travers de l'application de la MTMN, d'une vision dichotomique et simplifiée du rôle des entités membre d'un groupe dans le succès ou l'infortune d'une stratégie d'entreprises. La contrariété de cette méthode avec les principes de neutralité de l'impôt et d'égalité fiscale est ainsi patente puisqu'elle « aboutit pour les multinationales ayant leur siège en France à une pression fiscale déraisonnable et décorrélée des schémas de création de valeur [tandis qu'] elle minimise artificiellement le résultat de certaines sociétés étrangères exerçant leur activité en France, notamment et surtout dans le domaine du numérique »¹⁴⁴⁷. Toutefois, l'éclairage récent apporté par le Conseil d'État dans les arrêts SKF et RKS du 4 octobre 2021 pourrait induire une modification des pratiques de l'administration dans la reconstitution des prix de pleine concurrence. En effet, « l'affinement de l'analyse fonctionnelle préconisé par la Haute Assemblée dans ces décisions renouvelle les outils d'appréciation des politiques de prix de transfert »¹⁴⁴⁸. En rejetant les conséquences mécaniques induites par la qualification d'entrepreneur et d'entités routinières dans la répartition du profit, le CE opère ainsi un rapprochement notable avec les principes directeurs OCDE dans lesquels l'analyse fonctionnelle est essentielle à toute analyse de prix de transfert. L'impact pourrait donc être potentiellement important pour les groupes étrangers du numérique qui réalisent leurs activités sur le territoire français par l'intermédiaire d'une entité réputée de routine. En effet, en cas de vérification, la centralisation du profit résiduel dans les mains de l'entrepreneur principal, souvent localisé dans des États à fiscalité privilégiée, ne saurait désormais subsister que dans la mesure où l'analyse fonctionnelle correspond bien en réalité avec les qualifications attribuées aux sociétés. La pénétration progressive de l'analyse économique dans les raisonnements du juge administratif est donc de nature à révéler avec une plus grande pertinence l'importance des contributions locales dans le processus de création de valeur de groupes d'entreprises étrangers.

Cet alignement progressif avec les principes directeurs OCDE n'est toutefois pas suffisant pour répondre aux problématiques posées par les entreprises du numérique -notamment celles fonctionnant en réseaux de valeur - dans la détermination du montant de base imposable rattachable au territoire français. Les difficultés éprouvées par l'administration fiscale à l'égard de ce type d'entreprises se situent aussi dans le choix de la méthode de prix de transfert la plus appropriée. À ce titre, il ne fait guère de doute que la méthode de partage des bénéficiaires est la plus pertinente. En effet, lorsque la fonction locale accroît la valeur d'actifs détenus à l'étranger ou que la valeur créée est le résultat de multiples fonctions intégrées se combinant avec le développement d'actifs

¹⁴⁴⁷V. RENOUX, S. BERNARD, *préc.*

¹⁴⁴⁸E. DINH, *préc.*

incorporels uniques, cette méthode apparaît seule en mesure d'aligner la répartition du profit sur la substance économique des opérations. Cependant, dans une économie où la part du numérique et de l'intelligence artificielle ne cesse de s'accroître, cette méthode pourrait s'avérer largement inefficace en raison du périmètre d'applicabilité actuel des éléments immatériels valorisables au titre des prix de transfert. Dès lors, si l'extension du champ d'application des règles de prix de transfert pour englober les sources essentielles de création de valeur des modèles d'affaires numérisés, telles que les données personnelles et le travail gratuit des utilisateurs, apparaît indispensable, encore faut-il se positionner sur la délicate question de leur pondération par rapport aux autres facteurs contribuant à la génération du profit.

CONCLUSION PARTIE 1

382. L'absence de modifications substantielles des grands principes structurant l'édifice conventionnel depuis leur adoption un siècle plus tôt par la Société des Nations contraste avec l'évolution constante des modèles d'affaires des entreprises, sous les effets conjugués de la mondialisation, de la pénétration des NTIC dans les chaînes de valeur et plus globalement de la numérisation de l'économie¹⁴⁴⁹. De ce simple constat, l'établissement stable, instrument de seuil visant à équilibrer les droits d'imposition entre État de résidence et État de la source, ainsi que le principe de pleine concurrence, outil permettant la répartition du profit entre entités membres d'un groupe, ne seraient plus en mesure de s'adapter aux réalités économiques des modèles d'affaires modernes. Ce jugement récurrent d'obsolescence dont sont victimes ces principes apparaît cependant en contradiction avec le tournant majeur induit par l'adoption du plan d'action BEPS.

D'une part, en ce qui concerne la répartition de la compétence fiscale, si l'attribution du droit d'imposer à l'État de source reste encore essentiellement enserrée dans les limites de la théorie de l'offre, les solutions proposées par l'OCDE au titre de son plan BEPS, notamment en son action 7, amorcent un glissement de la localisation de la source vers les États de consommation. En effet, du fait des abaissements successifs du seuil de présence économique nécessaire à l'identification d'un établissement stable, ces États disposent désormais de solutions permettant de rattacher à leur compétence fiscale la réalisation d'activités productives qui ne sont, pour autant, que faiblement ancrées physiquement sur leurs territoires. Cette évolution ne doit toutefois pas s'assimiler à un détachement net du critère de présence physique pour légitimer l'octroi d'un droit d'imposer à l'État d'origine ou de source. Plutôt, par une analyse plus fine des activités économiques à l'origine de la production de revenus dans une économie de l'immatériel, l'OCDE, mais aussi les juridictions administratives françaises permettent désormais la révélation, dans certaines circonstances précisément délimitées, de l'importance du lieu de consommation dans la création de richesses des entreprises multinationales du numérique.

D'autre part, en ce qui concerne la répartition du profit entre entités membres d'un groupe, des avancées considérables ont été introduites au titre des modalités de mise en œuvre du principe de pleine concurrence par les différents travaux OCDE. En effet, la place prépondérante accordée à

¹⁴⁴⁹N. VERGNET, « Les fondements théoriques de l'établissement stable à l'épreuve de la modernisation de l'économie », *Dr. fisc.* n° 39, 28 septembre 2017, 476.

l'analyse de la chaîne de valeur dans le rapport BEPS pour déterminer les modalités de collaboration et de partage des actifs et fonctions entre parties liées est de nature à assurer, concernant les schémas de création de valeur les plus complexes, un alignement cohérent entre la répartition intra-groupe du bénéfice et la substance économique des opérations. Pourtant, le conformisme français constaté dans l'adoption des solutions proposées par l'OCDE en matière de lutte contre les stratégies d'évitement d'une présence taxable est loin de transparaître ici avec la même vigueur. L'explication à de telles divergences se situe notamment dans la différence de logique qui anime l'article 57 du CGI et l'article 9 § 1 du modèle OCDE. Si les « *apparences donnent à penser que l'article 57 transpose l'article 9 § 1 des conventions modèles, ce dispositif [...] s'inscrit dans une tendance essentiellement divergente avec l'ambition de neutralité fiscale du principe de pleine concurrence universel* »¹⁴⁵⁰. En effet, malgré une appropriation croissante par le juge de l'impôt français des concepts économiques développés par l'OCDE dans son guide des PDT, force est d'admettre que l'article 57 du CGI « *n'a pas vocation à la détermination d'un prix de PC mais permet de valider ou non une situation dans laquelle une transaction intragroupe s'est écartée de ce principe* »¹⁴⁵¹. La régulation du prix des transactions intra-groupe par la neutralité de l'impôt -impliquant une soumission au même niveau d'imposition des entreprises organisées en forme de groupes et des entreprises indépendantes dans une situation comparable- n'est par conséquent que très partiellement intégrée dans le droit à la rectification des assiettes imposables sur le fondement de l'article 57¹⁴⁵². Ajouté à cela les difficultés liées au tracé d'une ligne de démarcation claire entre répression des situations abusives et liberté de gestion des entreprises et au maniement très délicat de l'article 57 pour l'administration dans la contestation des prix adoptés par les groupes à l'égard de transactions numérisées reposant sur la fourniture de produits et services originaux, le principe de pleine concurrence tel qu'interprété actuellement apparaît en incapacité d'appréhender la juste part du résultat taxable devant revenir aux entités françaises opérant dans le secteur du numérique.

¹⁴⁵⁰R. JAUNE, Le droit et la régulation des prix de transfert, *préc.*, p. 137.

¹⁴⁵¹C. CHAUMET, *préc.*

¹⁴⁵²R. JAUNE, *préc.*

PARTIE 2

L'IMPOSITION DANS L'ÉTAT DE CONSOMMATION DES MULTINATIONALES DU NUMÉRIQUE PAR LA MODERNISATION DES PRINCIPES TRADITIONNELS DE LA FISCALITÉ INTERNATIONALE

383. L'émergence du cadre fiscal international d'imposition des bénéficiaires des multinationales s'est produite dans un monde où le bilatéralisme constituait le mode essentiel d'organisation des relations entre États. La répartition conventionnelle du pouvoir d'imposer, fondée sur la dichotomie entre États de résidence et de source, en constitue dès lors la traduction logique. La préservation au fil des décennies du bilatéralisme dans cette matière contraste cependant fortement avec la libéralisation croissante des échanges à l'international. Il apparaît ainsi « que *le système fiscal international propose aujourd'hui des solutions bilatérales pour résoudre des problèmes devenus globaux* »¹⁴⁵³. Cet attachement viscéral au maintien du bilatéralisme s'explique notamment par la crainte des États de voir une partie de leur souveraineté fiscale dépossédée suite à l'adoption d'un système multilatéral de répartition de la compétence fiscale. Il n'est ainsi pas étonnant que l'OCDE ait, dans ses propositions de modernisation du système fiscal international, constamment réaffirmé que la nature bilatérale des conventions fiscales constituait une condition pré-requise à la garantie de la souveraineté fiscale des États¹⁴⁵⁴.

L'instrument choisi par l'OCDE pour mettre en œuvre les actions du plan BEPS a pourtant laissé présager pour la première fois dans le domaine fiscal d'un glissement vers la reconnaissance d'un système multilatéral de répartition du pouvoir d'imposer. En effet, si l'instrument multilatéral (I.M), adopté en 2017, ne remet aucunement en cause le partage de la compétence fiscale selon un modèle bilatéral, il consacre néanmoins la possibilité pour les États de recourir à une négociation multilatérale pour harmoniser, conformément au plan d'action BEPS, le contenu de leurs conventions fiscales. De cette première évolution, s'en est suivie en octobre 2021 une avancée d'une ampleur jusque là inégalée dans la conception multilatérale du cadre fiscal international avec l'adhésion de 136 États membres du cadre inclusif de l'OCDE à mettre en œuvre une solution commune visant à répondre aux défis fiscaux soulevés par la numérisation de l'économie¹⁴⁵⁵. Il est

¹⁴⁵³N. VERGNET, *préc.*, § 888, p. 357.

¹⁴⁵⁴L'OCDE a pu noter que « les bienfaits d'une mise en œuvre rapide, d'une cohérence renforcée, de la certitude et de l'efficacité ne peuvent se concrétiser que si les spécificités bilatérales et la souveraineté fiscale sont pleinement respectées » (OCDE, BEPS Action 15 : Rapport final, *op. cit.*, p. 19).

¹⁴⁵⁵Déclaration sur une solution reposant sur deux piliers pour résoudre les défis fiscaux soulevés par la numérisation de l'économie, Projet OCDE/G20 sur l'érosion de la base d'imposition et le transfert de bénéficiaires, 8 octobre 2021.

encore trop tôt pour déterminer si cette solution induira l'instauration d'un nouvel ordre fiscal international, faute de connaissance à l'heure actuelle de l'ensemble de ses contours techniques¹⁴⁵⁶. En effet, la pénétration du multilatéralisme dans le processus d'élaboration de la règle fiscale internationale marque la fin d'une période où l'unilatéralisme prédominait dans l'imposition des activités des multinationales, particulièrement celles du numérique. Plus précisément, la prolifération des taxes sur le chiffre d'affaires (CA), contraignant les multinationales du numérique à évoluer dans un système juridique mondial fragmenté, a constitué l'élément déclencheur dans le ralliement des États-Unis, principal État de siège de ces entreprises, à la solution proposée par le cadre inclusif OCDE. En effet, « *l'histoire du droit fiscal international suggère que les actions unilatérales sont une condition pré-requise pour créer des circonstances de nature à permettre l'élaboration d'un consensus global* »¹⁴⁵⁷. Dès lors, en l'espace de moins de 5 ans, l'idée selon laquelle la souveraineté fiscale d'un État, dans le contexte d'une économie numérisée et globalisée, ne peut se réaliser pleinement qu'au travers d'une coopération multilatérale inter-étatique semble avoir définitivement pris le pas sur l'existence d'un quelconque bienfait à promouvoir le protectionnisme fiscal dans la re-territorialisation de la matière imposable.

Si les différentes propositions de réformes du cadre fiscal international en matière d'imposition des bénéficiaires des entreprises, qu'elles soient envisagées dans un contexte national, européen ou mondial, partagent la même ambition de moderniser les concepts de « source » et de « résidence » afin de reconnaître à l'État de consommation un pouvoir d'imposition accru, les moyens pour y parvenir sont susceptibles d'emprunter deux voies opposées. La première voie s'applique à préserver la dichotomie sur laquelle les relations fiscales étatiques ont été originellement fondées en octroyant à l'État de source un pouvoir d'imposition dès lors que se situe sur son territoire des facteurs, internes ou externes à l'entreprise, révélant sa présence économique par le biais de la production d'un revenu. Cette modification ne nécessite pas l'entreprise d'une révolution fiscale internationale et peut s'effectuer au travers des concepts traditionnels de répartition de la compétence fiscale. La confusion entre État de la source et État de consommation s'avère par conséquent ici totale. La deuxième voie est plus radicale car ne s'intéressant qu'au lieu de consommation des biens et services de l'entreprise. Il est ainsi considéré que les ventes sur un territoire donné reflètent la production d'un revenu, en ce que la demande est source de création de valeur¹⁴⁵⁸. L'émergence d'un nouveau concept dans cette vision est dès lors nécessaire puisqu'elle se

¹⁴⁵⁶Pour une étude approfondie du pilier 1 OCDE, cf. *infra*. Titre 1, Chapitre 2.

¹⁴⁵⁷J. LI, S. CHATEL, « Repurposing Pillar One into an Incremental Global Tax for Sustainability: A Collective Response to a Global Crisis », *IBFD*, 2021, Vol. 75, n° 5.

¹⁴⁵⁸V. notamment K. VOGEL, « Worldwide vs. Source Taxation of Income – A Review and Re-evaluation of Arguments (Part III) », *Intertax*, 1998, n°11, p. 401 : « It cannot convincingly be denied that providing a market contributes to the sales income at least to some extent as providing the goods does. There is no valid objection,

détache fondamentalement de l'approche du cadre fiscal international actuel privilégiant, pour fonder le droit d'imposer de l'État de source, les critères portant sur la partie du processus de création de valeur qui relève de l'offre. Les tensions originelles sont ainsi en train de se redessiner entre une approche restrictive classique, considérant que la compétence fiscale ne peut être attribuée à un État que lorsque sont situés sur son territoire des facteurs contribuant à la création d'un revenu au contraire de la deuxième approche, novatrice, tournée vers une prise en compte de facteurs de réalisation du revenu (notamment les ventes)¹⁴⁵⁹. À l'aune des développements de la première partie, il conviendra dès lors de se positionner sur l'opportunité pour l'État de consommation d'adopter des solutions se détachant des principes traditionnels de la fiscalité internationale en matière d'impôt sur les sociétés (**Titre 1**) ou, au contraire, de les préserver (**Titre 2**), pour répondre à l'objectif d'imposition juste et équitable des bénéfices réalisés par les multinationales du numérique sur son territoire.

therefore, against a claim of the sale state to tax part of the sales income » ; R. Avi-Yonah, *Op.cit.*, n° 96, p. 1573–1673 et 1670–1675.

¹⁴⁵⁹C. SILBERZTEIN, « La localisation du marché peut-elle devenir un facteur de rattachement de l'obligation fiscale ? », *art. préc.*, n°124 : « Or, le client ne représente pas une création de valeur, mais une réalisation de valeur, traditionnellement taxée par des droits de douane, de la TVA ou des impôts indirects équivalents ».

TITRE 1

L'IMPOSITION DES MULTINATIONALES DU NUMÉRIQUE PAR LE DÉTACHEMENT DES PRINCIPES TRADITIONNELS DE LA FISCALITÉ INTERNATIONALE

384. L'architecture actuelle du système fiscal international révèle que l'imposition des multinationales s'effectue en fonction des bénéfices tirés de l'exercice de leurs activités et non du chiffre d'affaires (CA) réalisé. En effet, ni le modèle de convention OCDE, ni celui de l'ONU ne contiennent de dispositions relatives au traitement conventionnel d'impôts sur les revenus bruts de sorte qu'il existe, au moins implicitement, un consensus international quant à l'admission du bénéfice comme unique indicateur approprié d'imposition des entreprises¹⁴⁶⁰. La raison à cette limitation se situe dans la volonté communément partagée par les États d'imposer les entreprises conformément à leurs capacités contributives réelles. En effet, « *l'impôt ne doit pas « tuer » la capacité contributive [...] en conduisant à un cercle vicieux d'appauvrissement par excès de prélèvement entraînant lui-même une diminution de la capacité contributive de l'avenir* »¹⁴⁶¹. Dans cette mesure, le bénéfice dégagé dans l'exercice de l'activité constitue le seul indicateur pertinent permettant d'apprécier, à l'égard d'un impôt personnel, la « faculté » contributive des entreprises et *in fine* d'assurer le respect du principe d'égalité dans la répartition de la charge fiscale¹⁴⁶².

La grande réussite des travaux OCDE dans le domaine de la lutte contre les pratiques de planification fiscale agressive, matérialisée par la participation de plus de 140 États sur un pied d'égalité au sein du Cadre inclusif pour une mise en œuvre harmonisée des 15 actions du projet BEPS, pouvait laisser penser à une stabilisation des principes de fiscalité internationale sur lesquels reposent l'impôt sur les revenus des entreprises. En effet, si l'harmonisation des bases taxables ne s'entendait que partiellement au travers de la lutte contre les abus, faute d'un consensus plus global sur des projets novateurs de répartition internationale du profit du type ACCIS, le projet BEPS amorçait assurément une évolution significative vers le rapprochement de systèmes fiscaux nationaux aux contours *a priori* très hétéroclites. Pourtant, en raison des disparités notables dans la transposition à l'échelon nationale des actions BEPS et de l'unilatéralisme exacerbé de certains États dans l'extension de leur pouvoir d'imposer, l'environnement fiscal international dans lequel évolue les contribuables a au contraire eu tendance comparativement au monde pré-BEPS, non pas à

¹⁴⁶⁰US Trade Representative, Report on France's Digital Services Tax – Section 301 Investigation, December 2019, p. 56 et 57.

¹⁴⁶¹S. HUMBERT, « Les frontières des impôts de production », Conseil des prélèvements obligatoires, Rapport particulier n° 2, 2020, p. 32.

¹⁴⁶²Pour une étude de la théorie de la faculté et de son lien avec les impôts personnels, cf. *supra*. § 38 et s.

s'harmoniser, mais à se morceler encore davantage. En effet, le contexte généralisé d'attrition des ressources publiques couplé avec la paralysie prolongée des instances internationales dans l'adoption d'une solution globale ont entraîné une multiplication des propositions d'actions purement nationales avec comme caractéristique commune de faire fi de l'indicateur du bénéfice pour déterminer le montant d'imposition dû par les multinationales rentrant dans leur champ d'application. Si ces mesures ont pour intérêt principal de permettre la valorisation fiscale d'éléments essentiels de valeur pour les modèles d'affaires numérisés, leur contrariété frontale avec plusieurs principes élémentaires de la fiscalité internationale questionne toutefois quant à la pertinence de leur maintien ou de leur introduction (**Chapitre 1**).

Se départir des concepts conventionnels dans l'attribution de la compétence fiscale à l'État de la consommation revient de prime abord à acter de l'obsolescence de la dichotomie État de source/ État de résidence à l'origine du système fiscal international. En effet, envisager des mesures extérieures aux mécanismes d'établissement stable (ES) et de retenue à la source (RALS) révèle une conception novatrice des facteurs à l'origine de la création de valeur dans laquelle la demande, conçue comme l'exploitation d'un marché de consommateurs, constitue au même titre que les facteurs de production travail et capital, une source de valeur pour l'entreprise. Dès lors, en considérant que « *l'offre comme la demande sont, prises isolément, des conditions nécessaires, mais non suffisantes à la création de valeur* »¹⁴⁶³, cette conception induit naturellement le dépassement de la dichotomie originelle sur laquelle repose le système fiscal international pour lui préférer celle fondée sur l'origine et la destination. La consécration de cette approche au niveau international entraînerait assurément une modification substantielle des principes traditionnels conventionnels que sont l'ES et le principe de pleine concurrence (PPC) en permettant à l'État de consommation, d'une part, de disposer d'une compétence fiscale à l'égard d'une entreprise étrangère qui exploite son marché sans nécessairement y déployer des moyens matériels et physiques et, d'autre part, d'attribuer une part croissante à la valeur de son marché en ne limitant plus le montant de revenu imposable dans sa juridiction aux fonctions qui y sont exercées, aux actifs utilisés ainsi qu'aux risques assumés. Si l'intégration de cette approche dans l'ordre fiscal international pouvait sembler encore récemment comme hypothétique, l'approche promue au titre du pilier 1 par le Cadre inclusif de l'OCDE, soutenue par 136 de ses membres¹⁴⁶⁴, constitue une première étape inédite dans la reconnaissance de la demande comme source de création de valeur pour imposer les bénéfices de certaines multinationales. En effet, l'attribution d'un pourcentage pré-déterminé fixe de bénéfices résiduels aux juridictions de marché (Montant A) ne requière aucunement que les multinationales

¹⁴⁶³N. VERGNET, *préc.*, § 814, p. 329-330.

¹⁴⁶⁴Le Kenya, le Nigéria, le Pakistan et le Sri-Lanka n'ont à l'heure actuelle pas adhéré aux piliers 1 et 2.

concernées disposent d'une présence physique ou réalisent les fonctions DEMPE sur le territoire de ces juridictions. Si la répartition entre les juridictions de marché du bénéfice résiduel par l'application d'une méthode fractionnaire constitue par conséquent un pas significatif dans la doctrine traditionnelle de l'OCDE, il convient toutefois de noter que le Pilier 1 n'a pas vocation à remettre en cause la notion d'ES ou la répartition actuelle de la base imposable entre États et constitue seulement à ce titre un composant supplémentaire se superposant au système fiscal international actuel¹⁴⁶⁵. Dès lors, l'existence de deux systèmes d'imposition parallèle pose la délicate question de leur articulation et plus globalement de leur capacité à promouvoir un cadre international d'imposition des multinationales efficace et équitable dans une économie numérisée (**Chapitre 2**).

¹⁴⁶⁵Dans cette mesure, le système d'imposition introduit n'a pas pour vocation de répartir l'ensemble des bénéfices résiduels des entreprises multinationales couvertes selon le facteur des ventes mais seulement une fraction prédéterminée. Le système d'imposition international post-Pilier 1 ne pourra ainsi être considéré comme un pure système d'imposition basé sur le principe de destination (*destination-based cash flow tax*) en ce que l'essentiel des profits des entreprises multinationales sera encore réparti conformément au cadre fiscal international actuel. À ce titre, la solution du Cadre inclusif constitue une déclinaison de la proposition de R. AVI-YONAH et al., *Allocating business profits for tax purposes: A proposal to adopt a formulary profit split*. *Florida Tax Review*, 9(5), p. 497- 553, selon laquelle les profits routiniers seraient déterminés par la fixation d'une marge fixe sur les coûts avant que les profits résiduels ne soient répartis entre les juridictions de marché en fonction des ventes réalisées (*sales-based formulary apportionment of profits*).

CHAPITRE 1

LES SOLUTIONS REPOSANT SUR L'IMPOSITION D'INDICATEURS AUTRES QUE LE BÉNÉFICE

385. Les mesures envisagées ou adoptées par les États de consommation pour taxer, sur des indicateurs autre que le bénéfice, les activités des multinationales du numérique se fondent sur une finalité et une conception morale identiques du pouvoir étatique d'imposition. En effet, l'établissement de ces mesures, au champ d'application bien souvent limité à certains types particuliers de modèles d'affaires numérisés, est avant tout envisagé par les États de consommation comme un moyen de contrôler les puissances économiques privées, i.e. les principales multinationales du numérique dont les activités ont prospéré grâce à la collecte, l'utilisation et la vente intensive de données personnelles, dans le but de préserver la liberté de leurs citoyens¹⁴⁶⁶. L'action fiscale de l'État de consommation induirait dès lors, par la limitation de la surconcentration du pouvoir économique, un élargissement des opportunités économiques pour des entreprises concurrentes, souvent nationales, agissant dans un secteur similaire¹⁴⁶⁷. Ainsi, l'exemple français illustre que les initiatives tendant à relocaliser unilatéralement des revenus déclarés dans un autre État sont menées dans un souci de restaurer un principe d'équité de traitement fiscal entre les entreprises numériques et celles, comparables, agissant dans des secteurs plus traditionnels¹⁴⁶⁸. Dans cet exercice, l'indicateur privilégié par les États de consommation pour imposer les activités réalisées par certaines multinationales du numérique apparaît à l'évidence celui du CA réalisé sur leurs territoires. Si ces taxes sur le CA ou de péréquation ont souvent été perçues comme impliquant un tournant majeur dans les modalités d'élaboration de la règle fiscale internationale en accordant *a priori* à l'État de consommation un pouvoir d'imposer du seul fait de l'exploitation intensive de son marché par une entreprise étrangère, la spécificité du champ d'application de ces mesures révèle une réalité bien plus ténue oscillant entre la préservation de la théorie de l'offre et la consécration *a minima* d'un rôle de la demande dans le processus de création de valeur (**Section 1**). Dans une autre mesure, l'incapacité globale du droit actuel à valoriser les données personnelles collectées et le « travail gratuit » fourni par les utilisateurs de services numériques ont amené de nombreux observateurs fiscalistes et économistes à penser des régimes dont la base d'imposition serait directement liée à l'importance qualitative et quantitative de ces éléments dans le processus de

¹⁴⁶⁶M. LYKKEN, « The Philosophy of Digital Taxation », *préc.*

¹⁴⁶⁷*Ibid.*

¹⁴⁶⁸Cf. en ce sens, Sénat, Rapport fait au nom de la commission des finances (1) sur la proposition de loi de M. Philippe MARIANI une fiscalité numérique neutre et équitable, n° 287, 23 janvier 2013 ; Pour un état des initiatives françaises dans l'instauration d'une fiscalité propre au numérique, cf. supra. n° et s.

création de valeur des plateformes numériques. Si ces mesures ont pour intérêt principal de permettre la valorisation fiscale de ces éléments immatériels, essentiels à la réussite de certains modèles d'affaires numériques, et pourtant en dehors du périmètre d'applicabilité actuel du cadre fiscal international, d'importantes difficultés dans leur mise en œuvre surviennent touchant à leur quantification et à leur retranscription comme base d'imposition (**Section 2**).

Section 1 : L'imposition des entreprises multinationales numériques selon l'indicateur du chiffre d'affaires

386. L'émergence des taxes sur le CA comme solution dans l'appréhension par l'État de consommation des revenus issus des activités numériques a été tardive et n'a fait initialement l'objet que de succincts développements par l'OCDE dans son rapport final BEPS au titre de l'action 1¹⁴⁶⁹. Cette hiérarchisation dans les solutions de répartition du droit d'imposition, en privilégiant une application et modulation des concepts traditionnels conventionnels, s'explique par l'échelle d'intégration des taxes sur le CA. En effet, ces mesures ont traduit un retour marqué de l'unilatéralisme dans les réponses apportées à l'imposition minimale des multinationales du numérique pour pallier l'incapacité des institutions supra-nationales à s'entendre sur une solution globale et coordonnée. L'absence d'unanimité au Conseil de l'UE concernant l'instauration d'une taxe provisoire de 3 % sur le CA de certains services numériques en est l'exemple le plus récent¹⁴⁷⁰. Plusieurs États européens¹⁴⁷¹ ont ainsi décidé d'agir à l'échelon national en adoptant des dispositifs « temporaires », dans l'attente de l'adoption de nouveaux principes internationaux, et prenant « *la forme de taxes d'accises sur certaines ventes de services en ligne destinées à leur marché local, qui serait calculée sur le montant brut versé en contrepartie de la fourniture de ces services par un prestataire enregistré à ce titre* »¹⁴⁷². La similarité dans la forme de ces dispositifs s'étend dans l'objectif poursuivi d'améliorer la neutralité de l'impôt en rétablissant une équité entre, d'une part, les fournisseurs nationaux et étrangers spécialisés dans des activités numériques similaires et, d'autre part, entre les fournisseurs de services numériques et ceux spécialisés dans des services concurrents plus traditionnels¹⁴⁷³. Cependant, si les ressemblances entre ces taxes sont notables,

¹⁴⁶⁹OCDE, Relever les défis fiscaux posés par l'économie numérique, Action 1-Rapport final 2015, préc., n°39, p.132-133 ; Comme en témoigne le rapport intermédiaire de 2014 au titre de l'action 1, les taxes de péréquation n'avaient pas été envisagées aux origines du projet BEPS. Ces mesures n'ont donc pu faire l'objet du processus de consultation publique qui a suivi la publication du rapport intermédiaire de 2014.

¹⁴⁷⁰Proposition de directive du Conseil concernant le système commun de taxe sur les services numériques applicables aux produits tirés de la fourniture de certains services numériques, COM (2018) 148 final, 21 mars 2018.

¹⁴⁷¹À l'heure actuelle au niveau européen, l'Autriche, l'Espagne, la France, la Hongrie, l'Italie, le Royaume-Uni et la Pologne ont adopté dans leurs législations nationales une taxe sur les services numériques.

¹⁴⁷²OCDE, *Op.cit.* n° 299, p. 204, § 406.

¹⁴⁷³C. DIMITROPOULOU, « The Digital Service Tax and Fundamental Freedoms : Appraisal Under the Doctrine of Measures Having Equivalent Effect to Quantitative Restrictions », *Intertax*, Volume 47, Issue 2, 2019, p. 201.

d'importantes spécificités subsistent, inhérentes à celle d'un mécanisme de droit interne (**Paragraphe 1**). En outre, au regard de leur nature hybride empruntant des caractéristiques propres au concept d'ES et au mécanisme de RALS, des difficultés nouvelles se poseront dans leur mise en œuvre (**Paragraphe 2**). Si le maintien de ces taxes est voué à disparaître lors de l'entrée en vigueur du pilier 1 OCDE¹⁴⁷⁴, leur étude dans cette période transitoire conserve une pertinence certaine. En effet, la conclusion récente d'un accord entre le Royaume-Uni, l'Autriche, la France, l'Italie, l'Espagne et les États-Unis le 21 octobre 2021 révèle que l'application des taxes sur le CA adoptés par les cinq premiers États précités donnera lieu à un crédit d'impôt imputable sur l'impôt dû dans ces États en raison du montant A du pilier 1 à hauteur de l'excédent du montant desdites taxes comparé au montant A du Pilier 1 déterminé sur la base de la première année pleine d'application. En d'autres termes, les entreprises étrangères bénéficieront d'un crédit d'impôt dans l'État percepteur de la taxe sur le CA si le montant de cette dernière est supérieur au montant que ces entreprises auraient dû acquitter si le pilier 1 avait été en vigueur.

Paragraphe 1 : La modulation du mécanisme de taxe sur le chiffre d'affaires

387. Le consensus dans la nécessité d'adoption par l'État de consommation de mesures unilatérales extérieures au champ d'application des conventions fiscales est loin d'être acquis¹⁴⁷⁵. Pour cause, s'il ne peut être nié que ces mesures permettent une action rapide dans un contexte de crise des finances publiques, leur nature laisse présager des effets économiques négatifs aussi bien sur la croissance globale que sur l'investissement et l'innovation dans le secteur numérique¹⁴⁷⁶. Ainsi, l'équilibre entre, d'une part, l'adoption d'une réponse rapide aux défis fiscaux posés par la numérisation de l'économie et, d'autre part, la minimisation des risques d'imposition excessive des entreprises numériques semble particulièrement complexe à concevoir. Pour ce faire, l'adoption d'un champ d'application particulièrement restreint, en n'y intégrant uniquement les activités où le décalage est le plus marqué entre le lieu de taxation des bénéficiaires et le lieu de création de valeur, constitue un facteur clé dans la recherche de cet équilibre (I). Un tel champ est néanmoins de nature

¹⁴⁷⁴La déclaration du Cadre inclusif en date du 8 octobre 2021 prévoit que « *la Convention multilatérale (CML) imposera à toutes les parties de supprimer toutes taxes sur les services numériques et autres mesures similaires pertinentes à l'égard de toutes entreprises, et de s'engager à ne pas introduire de telles mesures à l'avenir* ». Dès lors, deux des quatre nouvelles ressources propres dévoilées par la Commission européenne dans son plan de relance européen « *Next Generation EU* », i.e. la redevance numérique et la taxe sur les transactions financières, risquent fortement de ne pas être adoptées.

¹⁴⁷⁵A. BAEZ-MORENO & Y. BRAUNER, « Taxing the Digital Economy Post-BEPS... Seriously », 59 *Colum. J Transnat'l L.*, 2019, p.51 : « Interim solutions are generally undesirable, yet particularly undesirable at the present when there is still some political momentum to reach a global solution to the challenges that the digital economy present to the international tax regime, a global solution that is necessary for a challenge that is global in essence. »

¹⁴⁷⁶L'adoption de ces mesures entraînerait, selon l'OCDE, une diminution de 1% de la croissance économique mondiale soit environ 800 millions d'euros, cf. P. SAINT-AMANS, « The Reform of the International Tax System : State of Affairs », *Intertax*, Volume 49, Issue 4, 2021.

à entraîner de nombreuses difficultés dans les modalités de calcul de la taxe, l'attribution d'un montant d'imposition cohérent audit État de consommation étant particulièrement délicate dans les activités numériques où l'utilisateur apporte une contribution essentielle à l'entreprise étrangère (II).

I. Le champ d'application de la taxe sur le chiffre d'affaires

388. Paradoxalement pour un impôt assis sur les revenus bruts d'un contribuable, la délimitation du champ d'application des taxes sur le CA partage des traits communs essentiels avec le concept de « présence numérique significative »¹⁴⁷⁷. Premièrement, seuls certains services précisément identifiés ont vocation à intégrer leur champ d'application (A). Deuxièmement, et plus fondamentalement, ces mesures ne s'appliqueront que lorsque l'entreprise aura dépassé un certain seuil de pénétration économique sur le territoire de l'État de consommation (B).

A. Le champ d'application matériel de la taxe

389. Suite à la présentation des variations possibles du champ d'application (1), il conviendra de déterminer celle qui apparaît la plus pertinente au regard des caractéristiques et des objectifs à l'origine de ces taxes (2).

1. Les variations dans le champ matériel de la taxe

390. L'étendue du champ matériel choisi peut varier de trois manières et traduit une volonté plus ou moins exacerbée de l'État de consommation de re-territorialiser les bénéfices issus des activités numériques d'entreprises étrangères. Premièrement, s'il est considéré par l'État de consommation que la capacité des entreprises non-résidentes à établir une présence économique significative sur son territoire sans déploiement d'actifs matériels est commune à l'ensemble des entreprises exerçant leurs activités par le biais de moyens technologiques, alors toutes transactions conclues à distance avec ses consommateurs intégreront le champ d'application. En sens inverse, considérer que l'obsolescence des concepts traditionnels de la répartition des droits d'imposition n'est avérée qu'à l'égard des activités entièrement dématérialisées où la place de l'utilisateur/consommateur est essentielle dans le processus de création de valeur de l'entreprise entraînera un champ d'application triplement réduit. En effet, seules les activités basées sur la fourniture de services, exécutées par le biais de moyens technologiques et où la participation et contribution des utilisateurs/consommateurs est une composante essentielle de la chaîne de valeur

¹⁴⁷⁷Cf. *infra*. Titre 2, Chapitre 1.

de l'entreprise non-résidente auront vocation à intégrer le champ d'application de la mesure. Ces deux variations retranscrivent celles permettant de distinguer, dans le cadre de la modulation du principe d'ES, la « *présence économique significative* » et la « *présence numérique significative* ». Enfin, une troisième variation amène à prendre en compte les particularités intrinsèques d'une taxe sur le CA pour en proposer un champ d'application encore plus restrictif, intégrant uniquement les modèles d'affaires numériques sans équivalent dans l'économie traditionnelle¹⁴⁷⁸. Seraient ainsi exclues les *marketplace* (ex : magasins d'applications) et les plateformes multi-faces (ex : plateformes de l'économie collaborative), qui en permettant un rapprochement entre les composantes offre et demande d'un marché constituent une simple extension des modèles d'activités traditionnelles. Ainsi, seuls les modèles d'affaires reposant sur une collecte, une utilisation et une exploitation intensive des données des utilisateurs pour créer de la valeur seraient concernés par le champ de ladite taxe¹⁴⁷⁹.

2. La nécessité d'un champ d'application particulièrement restreint

391. Le choix dans l'étendue du champ d'application matériel ne peut se faire sans la prise en compte des caractéristiques d'une taxe sur le CA adaptée aux acteurs numériques. En effet, il est communément admis que ce type de mesures unilatérales et temporaires ne saurait être conçue comme réponse exhaustive aux problèmes fiscaux soulevés par la numérisation de l'économie. L'État indien constitue toutefois, par son choix d'élargir successivement le champ d'application de ses mesures de péréquation, l'exception la plus notable dans ce domaine. En effet, si sa taxe de péréquation, adoptée en 2016, ne concernait initialement que les paiements pour des services publicitaires fournis en ligne entre entreprises¹⁴⁸⁰, l'État indien en a décidé l'extension le 1er avril 2020 à l'ensemble des biens et services fournis par les opérateurs de e-commerce étrangers au travers d'une plateforme numérique¹⁴⁸¹. Ce caractère globalisant ne peut qu'être rejeté au regard de l'objectif de cette taxe de capter uniquement les profits des activités numérisées dans lesquelles le décalage apparaît le plus manifeste entre lieu de taxation et le lieu de création de valeur¹⁴⁸². Une distinction doit dès lors être opérée entre les activités traditionnelles exercées par le biais de moyens technologiques (livraison de biens matériels en application de contrats conclus en ligne) et les

¹⁴⁷⁸G. KOFLER, G. MAYR, C. SCHLAGER, « Taxation of the Digital Economy : Quick Fixes or Long-Term Solution ? », 57 *Eur. Tax'n* 523, p.126, 2017.

¹⁴⁷⁹G. KOFLER, J. SINIG, « Equalization Taxes/ the EU's Digital Services Tax », Chapter 6, In *Tax and the Digital Economy*, *Op.cit.*, n°10, p.123.

¹⁴⁸⁰Chapitre VIII de la loi de finances indienne pour 2016, section 165. À noter que l'obligation de collecte de cette taxe de 2 % sur le montant brut de la transaction repose cette fois-ci sur l'opérateur de e-commerce étranger.

¹⁴⁸¹Loi de finances indienne pour 2020, section 163 à 172.

¹⁴⁸²OCDE, Les défis fiscaux soulevés par la numérisation de l'économie, *Op.cit.*, n° 299, p. 206, § 408.

activités qui ne pourraient prospérer sans la contribution des utilisateurs à leur création de valeur. Cette distinction est celle privilégiée par les États membres de l'UE ayant décidé de passer outre l'absence de consensus européen sur la taxe sur les services numériques (TSN). L'exemple le plus récent est celui de la TSN française¹⁴⁸³, communément appelée « Taxe GAFA », dont le champ d'application matériel est composé de deux types de services : les services d'intermédiation électronique et les services de ciblage publicitaires et de ventes de données¹⁴⁸⁴. Sont ainsi exclus les services de contenus numériques, de communication, financiers ou de paiement fournis par le biais d'une interface numérique¹⁴⁸⁵.

392. Pour autant, un tel champ, s'il apparaît de prime abord restrictif, n'est pas exempt de toute critique. En effet, il pourrait être argué que la nature « temporaire » de cette taxe nécessite une conception encore plus restreinte, excluant du champ matériel les services d'intermédiation pour n'y intégrer que les seules activités de ciblage publicitaire et de vente de données collectées sur une interface numérique¹⁴⁸⁶. Deux raisons permettent d'abonder en ce sens. La première tient à ce que certaines plateformes numériques d'intermédiation reposent majoritairement sur des effets de réseaux indirects de nature à révéler une participation moins active des utilisateurs dans le processus de création de valeur. Dès lors, une mesure « temporaire » dont l'ambition est d'appréhender « *les entreprises considérées comme soulevant les risques les plus élevés* »¹⁴⁸⁷ ne saurait concerner des activités numériques où les actifs incorporels classiques, par exemple de design ou de marketing, conservent un rôle déterminant dans le processus de création de valeur de la plateforme numérique. La deuxième tient à la minimisation des problématiques de délimitation du champ d'application en se focalisant sur les activités de recueil et d'exploitation de données personnelles à des fins de vente à des annonceurs tiers soucieux de cibler les utilisateurs de la plateforme¹⁴⁸⁸. En effet, par cette conception, il est assurée une délimitation nette entre les entreprises traditionnelles utilisant les données collectées dans le but d'améliorer leurs offres commerciales proposée aux clients, des plateformes numériques où l'exploitation intensive et régulière des données personnelles est au cœur de leurs modèles d'affaires et sans laquelle aucun revenu publicitaire ne pourrait être tiré¹⁴⁸⁹.

¹⁴⁸³L. n°2019-759, 24 juill. 2019 : JO 25 juill. 2019, texte n°1.

¹⁴⁸⁴Article 299, II CGI ; BOI-TCA-TSN-10-10-20 et 30.

¹⁴⁸⁵Article 299, II, 1° CGI. À noter que le champ d'application de la TSN française est en tout point similaire avec les taxes italienne et espagnole.

¹⁴⁸⁶Le champ d'application matériel retenu est similaire à la TSN autrichienne qui concerne les services de publicité fournis au travers d'une interface numérique, d'un logiciel ou bien d'un site web situé en Autriche, cf., Austria : Legislation Introducing Digital Service Taxes, KPMG (29 octobre 2019), <https://home.kpmg/us/en/home>

¹⁴⁸⁷OCDE, *Op.cit.*, n°299, p. 212, § 434.

¹⁴⁸⁸G. KOFLER, J.SINIG, *préc.* n°403.

¹⁴⁸⁹Cet argument milite pour la reconnaissance d'une forte particularité du modèle d'affaires publicitaire numérique au regard du contrôle du fournisseur d'interface(s) numérique(s) sur ses utilisateurs/consommateurs et les annonceurs. Pour les premiers, le recueil intensif et systématique de leurs données permet d'orienter fortement leurs

Cette délimitation est similaire au compromis proposé au sein du Conseil de l'UE le 29 mars 2018 considérant que seules les activités de ventes de données personnelles générées par les utilisateurs sur une interface numérique devraient intégrer le champ d'application de la TSN européenne¹⁴⁹⁰. Dès lors, les données collectées par le biais de capteurs, ne traduisant aucune participation active des utilisateurs aux services fournis, ne sauraient être concernées par ladite taxe.

B. L'établissement d'un seuil de pénétration économique

393. Au contraire d'une retenue à la source (RALS) qui fait fi dans son enclenchement de toute caractérisation d'une intégration économique effective d'une entreprise sur le territoire de l'État de source, les taxes numériques sur le CA ne s'appliquent qu'aux seules activités où l'interaction économique est suffisamment forte entre une entreprise et l'État de consommation¹⁴⁹¹. En effet, au même titre que la modulation du concept d'ES, il apparaît que des facteurs matérialisant la présence économique significative d'une entreprise doivent être situés sur le territoire de l'État de consommation pour lui attribuer compétence fiscale. Néanmoins, l'adoption d'une taxe temporaire basée sur le CA et qui n'est donc aucunement représentatif de la profitabilité des entreprises, milite pour une application limitative du concept de présence économique significative. En d'autres termes, ce n'est que lorsque la présence économique d'une entreprise non-résidente apparaît avec évidence sur le territoire de l'État de consommation que la taxe doit trouver à s'appliquer. Raisonner ainsi permet d'éviter des mesures adoptées par l'État de consommation ayant pour but d'élargir son pouvoir d'imposition sans pour autant que soit situé sur son territoire des facteurs suffisants de rattachement de l'obligation fiscale¹⁴⁹².

L'un des facteurs pertinents dans l'attribution d'un pouvoir d'imposition à l'État de consommation est le facteur du CA réalisé sur son territoire. Il est même de manière évidente le facteur déterminant concernant une mesure basée sur les revenus bruts d'une activité. À cet effet, le ou les seuils envisagés doivent être suffisamment élevés pour matérialiser une présence économique effective de l'entreprise non-résidente sur le territoire concerné. Dès lors, deux approches peuvent

comportements. Pour les seconds, le fournisseur d'interface numérique est l'unique décideur dans les annonces qui pourront figurer sur son interface numérique.

¹⁴⁹⁰Council of the European Union, Proposal for a Council Directive on the common system of a digital services tax on revenues resulting from the provision of certain digital services- General approach, Doc. No. 14886/18 FISC 511 ECOFIN 1149 DIGIT 239 (29 November 2018).

¹⁴⁹¹À l'exception de certaines propositions initiées en France comme la taxe sur les services de commerce électronique (TASCOÉ) qui prévoyait uniquement une exonération des entreprises qui réalisaient un CA annuel inférieur à 460 000 euros.

¹⁴⁹²En justifiant d'une prétendue urgence à restaurer l'équité fiscale entre les entreprises non-résidentes et résidentes, certaines mesures unilatérales adoptées par les États de consommation traduisent le passage d'une approche basée sur le *nexus* à une approche basée sur le principe d'allégeance, cf. B. SAYAN, Equalization Levy : « A New Perspective of E-Commerce Taxation », *Intertax*, Volume 44, Issue 11, 2016, (p.cujas).

être adoptées. La première envisage deux seuils de CA, l'un concernant l'ensemble du groupe (basé par exemple sur le seuil de 750 millions d'euros établi par la déclaration pays par pays) et l'autre au niveau national. La deuxième quant à elle ne s'intéresse qu'au dépassement du seul seuil établi au niveau national¹⁴⁹³. La pratique étatique est communément¹⁴⁹⁴ en lien avec l'établissement d'un double-seuil de CA¹⁴⁹⁵. Cette approche, en retranscrivant une volonté de n'appréhender que les revenus issus des activités des principales multinationales du numérique, doit être favorisée. En effet, elle permet l'adoption d'une mesure ciblée¹⁴⁹⁶ excluant du champ d'application personnel les start-up et PME, entreprises qui à leur commencement sont les plus propices aux situations déficitaires¹⁴⁹⁷. Pour autant, établir un double-seuil de CA dans le déclenchement de la TSN n'est pas exempt de toutes difficultés. En pratique, l'appréciation des seuils au niveau du groupe pour des entreprises liées par une relation de contrôle¹⁴⁹⁸, pourrait entraîner des situations de déconnexion manifeste entre valeur créée sur le territoire de l'État de consommation et importance de l'activité numérique mondiale de l'entreprise concernée¹⁴⁹⁹. L'exemple relatif aux seuils de la TSN française est à ce titre évocateur : soit une entreprise française A spécialisée dans les services d'intermédiation numérique réalisant un CA de 200 millions et appartenant à un groupe réalisant un CA mondial de 800 millions d'euros. Le groupe est ici constitué de quatre entreprises opérationnellement distinctes A, B, C et D ayant chacune un CA de 200 millions d'euros. Si les entreprises A (services d'intermédiation numérique) et B (services de ciblage publicitaire sur une interface numérique) fournissent des services intégrant le champ d'application de la TSN, les entreprises C et D sont

¹⁴⁹³OCDE, *Op.cit.*, n° 299, p. 216, § 453.

¹⁴⁹⁴L'Inde et la Hongrie font figure d'exceptions puisque seul un seuil de CA national est nécessaire à l'application de leurs mesures de péréquation. Pour l'Inde, le seuil annuel est fixé à 20 millions de INR (soit 250 000 euros) tandis que la taxe sur la publicité hongroise établit un seuil de 100 millions HUF (soit 320 000 euros).

¹⁴⁹⁵Le seuil de 750 millions d'euros au niveau mondial est celui mis en œuvre par la majorité des États membres. Seul le Royaume-Uni a opté, dans sa TSN applicable au 1er avril 2020, pour un seuil mondial moins élevé avec 500 millions de livres, cf. UK : The UK Digital Services Tax : Now a Reality, KPMG (23 mars 2020), <https://home.kpmg/uk/en/home/insights/2020/03/tmd-the-uk-digital-services-tax-now-a-reality.html>

Concernant l'établissement d'un seuil au niveau local, aucune uniformité ne peut être relevée. S'il pouvait être souhaitable que ces seuils soient établis uniquement en fonction de la taille du marché de l'État à l'origine de la mesure, ces seuils ne sont que le reflet d'intentions politiques divergentes dans les réponses à apporter à la taxation des entreprises du numérique. Par exemple, la TSN française ne s'applique à une entreprise que si elle génère au cours d'une année imposable plus de 25 millions d'euros au titre des services imposables tandis que le seuil est fixé à 5 millions d'euros dans le cadre de la TSN italienne.

¹⁴⁹⁶Concernant la TSN française, seule une trentaine d'entreprises devraient être assujetties à cette taxe, cf. Projet de loi portant création d'une taxe sur les services numériques et modification de la trajectoire de la baisse de l'impôt sur les sociétés, Étude d'impact, 5 mars 2019, ECOE1902865L/Bleue-1.

¹⁴⁹⁷Les mesures unilatérales prises par l'État indien sont critiquées sur ce point en ce qu'elles ne permettent pas d'assurer un équilibre entre actions rapides dans l'intérêt des finances publiques nationales et non-imposition excessive des acteurs économiques, cf. U. RISHNAN, M. YAPPAN, « Virtual Permanent Establishments : Indian Law and Practice », *Intertax*, Volume 46, Issue 6/7, 2018.

¹⁴⁹⁸V. not. pour la TSN française, l'article 299 III du Code Général des Impôts.

¹⁴⁹⁹Y. RUTSCHMANN, P-M. ROCH, A. SOUMAGNE, « Projet de taxe sur les services numériques : une solution d'attente qui suscite des interrogations quant à sa conformité aux normes supérieures », *Dr. fisc.* n°13, 212, 28 mars 2019, p.5.

spécialisées dans la fourniture de services de contenus numériques et financiers. Dans cette hypothèse, l'appartenance de l'entreprise française à un groupe dont le CA est supérieur à 750 millions d'euros aura *de facto* pour conséquence de la soumettre à la TSN française et ce sans importance accordée à la diversité des activités exercées par les entreprises constitutives du groupe, intégrant ou non le champ de la taxe¹⁵⁰⁰.

Au côté du facteur du CA doivent être adoptés des facteurs spécifiques permettant de caractériser une présence numérique significative de l'entreprise étrangère sur le territoire de l'État de consommation. À ce titre, la diversité des facteurs retenus par les taxes sur le CA apparaît novatrice. En effet, le dépassement d'un certain seuil de CA sur le territoire d'un État n'est pas suffisant pour enclencher le prélèvement de la taxe sur le CA. Il est nécessaire de plus que certains facteurs spécifiques liées aux activités des plateformes numériques puissent faire l'objet d'une localisation sur le territoire de l'État de consommation. Dans cette mesure, il peut être convenu que la combinaison du facteur CA avec les facteurs numériques et utilisateurs, liés respectivement à l'exercice d'une activité par le biais d'une interface numérique et à la contribution des utilisateurs à la création de valeur d'une entreprise est de nature à légitimer la compétence fiscale de l'État de localisation de ces facteurs. Cette localisation des facteurs, déterminée par l'adresse IP de l'appareil électronique utilisé par le consommateur¹⁵⁰¹, divergera en fonction de la nature du service fourni par l'entreprise numérique. Alors que pour les services de ciblage publicitaires, la juridiction compétente sera celle de situation de l'utilisateur ayant accès et visionnant le contenu publicitaire, pour les services d'intermédiation, le pouvoir d'imposition sera attribué à l'État de résidence du client, c'est-à-dire la personne ayant conclu le contrat pour la fourniture du service¹⁵⁰².

Par conséquent, lorsque les taxes sur le CA ne concernent que les modèles d'affaires numérisés où la participation de l'utilisateur est essentielle à leur création de richesse tout en ne se limitant pas au seul facteur du CA réalisé pour attribuer un pouvoir d'imposition à l'État de consommation, aucune rupture ne peut être constatée avec la conception traditionnelle des facteurs de rattachement de l'obligation fiscale. Bien au contraire, en ce que les utilisateurs contribuent de manière essentielle au processus de production de richesse de la multinationale numérique étrangère, le principe d'origine des revenus induit que soit reconnu à l'État de consommation une

¹⁵⁰⁰*Ibid.* : l'exemple donné concernait le site d'annonce LeBonCoin (CA de 214 millions d'euros en 2016) appartenant au groupe norvégien d'annonces en ligne Schibsted. Néanmoins, suite à la scission du groupe norvégien le 25 février 2019, LeBonCoin dont le CA pour l'année 2018 était de 306,6 millions appartient désormais au groupe d'annonces en ligne Adevinta avec un CA mondial pour 2018 de 594,6 millions.

¹⁵⁰¹Article 2,(6), proposition de directive du Conseil concernant le système commun de taxe sur les services numériques applicables aux produits tirés de la fourniture de certains services numériques, *préc.*, : « adresse IP (protocole internet) : une série de chiffres attribuée aux appareils en réseau pour leur permettre de communiquer entre eux par l'internet. »

¹⁵⁰²OCDE, *Op.cit.*, n°299, p.218, § 463.

compétence fiscale. En d'autres termes, l'État de consommation apparaît dans ces hypothèses limitées comme le lieu d'origine de production de la richesse pour les plateformes numériques.

II. Les modalités de calcul de la taxe sur le CA

394. Deux étapes sont nécessaires dans l'établissement du montant dû par une entreprise redevable de la taxe sur le CA : la détermination de l'assiette (**A**) et le taux de la taxe (**B**).

A. L'assiette de la taxe sur le CA

395. Adopter une taxe calculée sur un montant brut versé en contrepartie de la fourniture de certains services constitue une évolution majeure car les impôts sur les multinationales sont classiquement assis sur leurs profits et non leurs revenus¹⁵⁰³. Cette évolution est toutefois largement critique. Nous reprendrons à ce titre les propos de H. LÉHERISSEL : « *Ne tenant aucun compte de la capacité contributive des contribuables, [ces assiettes] créent structurellement une situation d'injustice fiscale et une obligation existentielle pour le redevable de parvenir à répercuter l'impôt sur autrui, le plus souvent le consommateur, sans aucune garantie d'y parvenir* »¹⁵⁰⁴. L'absence de prise en compte de la théorie de la faculté dans le prélèvement de l'obligation fiscale constitue ainsi un problème majeur. En effet, l'exercice d'une imposition sur une base brute revient à nier la réalité selon laquelle les structures de coût varient considérablement entre les différentes entreprises multinationales, notamment du secteur numérique, et ce même lorsqu'elles partagent un même modèle d'affaires¹⁵⁰⁵. Dans cette mesure, il n'est pas rare que des multinationales du numérique, même occupant une position dominante sur de nombreux marchés, soient dans l'impossibilité d'atteindre une situation profitable. L'argument selon lequel le CA réalisé constituerait un indicateur plus pertinent de la rentabilité des multinationales numériques, en raison de leur capacité à fournir des services à un coût marginal extrêmement faible, doit dès lors être rejeté. Ces critiques doivent de plus se renforcer à l'égard de mesures unilatérales, conçues *a priori* hors du champ d'application des conventions fiscales. En effet, par le choix d'une imposition sur une assiette brute, l'État à l'origine de la mesure vient à priver les entreprises concernées du bénéfice des techniques

¹⁵⁰³Les États-Unis sont contre l'institution d'un impôt frappant les multinationales sur la base de revenus bruts, V. la lettre du 18 octobre 2018 de Orrin HATCH et de Ron WYDEN du Sénat Américain à Donald TUSK et Jean-Claude JUNCKER concernant la TSN européenne, <https://www.finance.senate.gov/imo/media/doc/2018-10-18%20OGH%20RW%20to%20Juncker%20Tusk.pdf>

¹⁵⁰⁴H. LÉHERISSEL, Le bénéfice des entreprises reste-t-il l'assiette optimale d'imposition des entreprises ?, *préc.*

¹⁵⁰⁵W. SCHÖN *art.préc.*, n°316, p.27 : « When comparing *Google* and *Yahoo* it becomes evident that they offer similar search functions but show huge differences in profitability. The same effect holds for *Instagram's* enormous profitability as opposed to *Twitter's* major problems to develop a sustainable business model and *Snapchat's* rollercoaster ride on the stock market. »

d'élimination de la double-imposition contenues dans les conventions fiscales. Or, l'on sait que « toute transformation d'une imposition en une forme d'imposition du bénéfice renforce la compétitivité nationale du simple fait de l'accès au droit fiscal international »¹⁵⁰⁶. De sorte que les taxes assises sur le CA des entreprises affectent automatiquement la compétitivité et l'attractivité fiscale des États qui les adoptent¹⁵⁰⁷.

La spécificité des règles de territorialité des taxes sur le CA, attribuant la compétence fiscale en fonction d'un critère basé sur l'utilisateur et faisant fi de la notion de « source » du revenu, complexifie au moins à deux titres la détermination de l'assiette imposable. Premièrement, si le montant de l'assiette de la TSN est constitué des sommes encaissées en contrepartie d'un service taxable fourni sur le territoire de l'État de consommation, les services numériques concernés, en raison de la relation tripartite qu'ils instituent entre utilisateurs, plateforme numérique et entreprises annonceurs ne font pas l'objet d'une rémunération classique. Plus précisément, dans les modèles d'affaires de ciblage publicitaires, la seule rémunération monétaire est celle due au titre de la prestation de services fournie par la plateforme à l'entreprise annonceur¹⁵⁰⁸. Cette rémunération n'est manifestement pas en mesure de traduire en valeur monétaire la contribution de l'utilisateur au service fourni par la plateforme. Comme le note A. PÉRIN-DUREAU au sujet de la TSN française : « la détermination directe du montant des sommes encaissées en contrepartie d'un service taxable fourni en France s'avère délicate sinon impossible »¹⁵⁰⁹. Deuxièmement, d'importantes difficultés se posent dans la répartition du montant imposable en cas d'exercice d'une pluralité d'activités intégrant le champ de la TSN. Pour régler cette problématique, le législateur français a décidé de suivre en substance la méthode de répartition contenue dans la proposition de directive du Conseil européen¹⁵¹⁰ disposant que les revenus sont à répartir pour les services de ciblage publicitaires « proportionnellement au nombre de fois où une publicité est apparue sur les appareils des utilisateurs durant la période d'imposition considérée »¹⁵¹¹, pour les services d'intermédiation entre utilisateurs¹⁵¹² « proportionnellement au nombre d'utilisateurs ayant conclu des opérations sous-jacentes sur l'interface numérique durant la période d'imposition concernée » et enfin pour les

¹⁵⁰⁶H. LÉHERISSEL, *préc.*

¹⁵⁰⁷*Ibid.*

¹⁵⁰⁸Les interactions entre plateformes numériques et utilisateurs reposent majoritairement sur la gratuité. En effet, ces modèles d'affaires, dans un souci de rentabilité, sont prêts à renoncer au prélèvement de frais d'abonnement pour l'accès à leur plateforme en contrepartie d'une collecte des données personnelles de leurs utilisateurs, cf. A. YONAH, « Policy Note : The Digital Consumption Tax », *Intertax*, Volume 48, 2020, Issue 5.

¹⁵⁰⁹A. PÉRIN-DUREAU, « Instauration de la taxe sur les services numériques », *Études, Revue Communication-Commerce Électronique*, n°1, janvier 2020, p.3.

¹⁵¹⁰La France dans un contexte national suit la même méthode dans la répartition du montant imposable à la TSN, V. art. 299 bis, IV Code général des Impôts.

¹⁵¹¹Article 5 (3) (a) Proposition de directive TSN.

¹⁵¹²Article 5 (3) (b) Proposition de directive TSN. Le nombre d'utilisateurs disposant d'un compte ouvert sur un territoire constitue un autre facteur de répartition de l'assiette de la TSN dans l'hypothèse où les services d'intermédiation ne relèvent pas de l'article 5 (3) (b) i).

activités de transmission de données, proportionnellement au nombre d'utilisateurs dont les données ont été générées par leurs activités sur une interface numérique¹⁵¹³. Ainsi, l'assiette de la TSN française « [est] déterminée sur la base d'une « règle de trois » faisant intervenir, d'une part, un montant de CA global issu du service taxable concerné et, d'autre part, la proportion du nombre total d'opérations de ce service pouvant être regardée comme « rattachées à la France »¹⁵¹⁴. Dès lors, en ce que la clé de répartition retenue attribue à toutes les opérations taxables le même CA réalisé, l'assiette ne correspondra pas en toutes circonstances au CA effectivement réalisé par la plateforme numérique étrangère sur le territoire français. En effet, comme le note C. POURREAU, « il n'y a pas de corrélation directe entre le CA français des opérateurs et l'assiette de la taxe, ni entre le montant des abonnements facturés à des utilisateurs français et l'assiette de la taxe »¹⁵¹⁵. Dans cette mesure, l'application d'un coefficient représentatif des activités d'une entreprise sur le territoire de situation des utilisateurs en fonction de l'ensemble de ses activités mondiales questionne quant à l'équilibre institué entre une mesure efficace et une stabilisation des coûts de conformité. Outre une retranscription de l'impact des utilisateurs dans le processus de création de valeur particulièrement sommaire en assimilant affichage d'une publicité sur un appareil et source de richesses pour l'entreprise prestataire, les étapes dans la détermination et l'attribution de l'assiette de la TSN semblent créer « un cauchemar de complexité et d'insécurité juridique »¹⁵¹⁶.

B. Le taux de la taxe sur le CA

396. Le taux constitue, au côté du champ d'application, un facteur clé pour minimiser, d'une part, les risques d'imposition excessive des entreprises à l'égard d'un impôt appliqué sur une base brute (1) et, d'autre part, les effets négatifs sur la consommation (2)¹⁵¹⁷.

1. Un taux minimisant les risques d'imposition excessive

397. Les difficultés de détermination du « juste » taux apparaissent insolubles lorsqu'est confrontée l'assiette de l'impôt à l'objectif d'une taxe sur le CA dans le secteur numérique : « couvrir les ventes de service en ligne qui, selon les règles fiscales actuelles, échappent à l'impôt

¹⁵¹³Article 5 (3) (c) Proposition de directive TSN.

¹⁵¹⁴Y. RUTSCHMANN, P-M. ROCH, A. SOUMAGNE, *préc.*

¹⁵¹⁵C. POURREAU, « Audition préparatoire au Sénat sur le projet de loi portant création d'une taxe sur les services numériques et modification de la trajectoire de baisse de l'impôt sur les sociétés », *préc.*

¹⁵¹⁶Traduction issue de l'article de J.BECKER, J.ENGLISH, EU « Digital Service Tax : A populist and Flawed Proposal », *préc.*

¹⁵¹⁷Les difficultés dans la détermination du taux de la taxe sur le CA sont semblables à celles relatives à la conception d'une RALS, cf. *supra*. Titre 2, Chapitre 2.

dans la juridiction de marché »¹⁵¹⁸. Cette mesure hybride, à la fois « compensatoire » et de lutte contre la non-imposition rend *a priori* impossible le choix d'un impôt appliqué sur une base brute. Seule la conception d'un taux faible, complété d'un champ d'application restreint, permet de minimiser la sur-imposition d'entreprises qui malgré un important CA dégagent peu de profits voire sont en situation déficitaire. Les pratiques à ce titre se partagent en trois tendances. La première vise à l'adoption d'un taux d'imposition faible, généralement entre 2¹⁵¹⁹ et 3¹⁵²⁰% avec l'application d'un champ d'application étendu tandis que la deuxième préfère un champ plus restreint mais avec l'établissement d'un plus fort taux d'imposition, généralement entre 6¹⁵²¹ et 7,5¹⁵²² %. La troisième, largement minoritaire, vise elle à l'adoption d'un taux progressif en fonction de l'importance des revenus perçus par les plateformes numériques. L'État du Maryland aux États-Unis a ainsi récemment adopté une taxe sur les publicités ciblées en ligne variant d'un taux de 2,5 à 10 % et frappant l'ensemble des revenus perçus par la plateforme qu'ils soient relatifs à des services visés ou non par la législation ou localisés en dehors dudit État américain¹⁵²³.

En tout état de cause, le taux retenu doit être d'autant plus faible que ces mesures augmentent considérablement les risques de double-imposition économique liés, d'une part, à la taxation de paiements effectués au titre de certains services en ligne déjà soumis à imposition et, d'autre part, à leurs interactions lorsqu'elles sont constituées par des règles d'assiettes différentes. L'hypothèse de la soumission d'un flux à deux impositions distinctes par un même État ne se limite pas au simple cas d'école comme en témoigne une décision indienne du 23 octobre 2017¹⁵²⁴. Dans

¹⁵¹⁸OCDE, *Op.cit.*, p.205.

¹⁵¹⁹La taxe sur les services numériques anglaise et la modification récente de la taxe de péréquation indienne du 1er avril 2020 prévoient un taux d'imposition de 2 %.

¹⁵²⁰Les taxes sur les services numériques française, espagnole, italienne prévoient un taux d'imposition de 3%.

¹⁵²¹Taxe de péréquation indienne mise en œuvre le 1er juin 2016 ; Taxe sur les services numériques malaisienne à l'égard des entreprises B2C en vigueur à compter du 1er janvier 2020, cf. Malaysia introduces Service Tax on B2C Digital Services, Global Daily Tax News, January 6, 2020.

¹⁵²²La taxe sur les services numériques hongroise et turque prévoient un taux d'imposition de 7,5 %. À noter pour cette dernière que son champ d'application est particulièrement large puisqu'elle s'applique aux services de publicité numérique, de services d'intermédiation par le biais d'une interface numérique et de ventes de tout contenu audible, visuel ou numérique, cf. Turkey: Digital services Tax, a primer, KPMG (21 avril 2020), <https://home.kpmg/us/en/home/insights/2020/04/tnf-turkey-digital-services-tax-a-primer.html>

¹⁵²³Cette taxe n'est pas sans poser de difficultés comme en témoigne le récent projet de règlement soumis au Comité mixte de l'État du Maryland sur l'examen administratif, exécutif et législatif, cf. à ce titre U. BOESEN, J. WALCAZ, Three Issues with Proposed Regulations for Maryland's Digital Advertising Tax, Tax Foundation, 9 septembre 2021, consultable à l'adresse suivante : <https://taxfoundation.org/maryland-digital-advertising-tax-regulations/> ; Dans le même sens, le récent prix Nobel d'Économie, P. ROMER, a proposé dans ce domaine l'introduction d'une taxe avec un taux variant de 5 % lorsque les revenus perçus par la plateforme se situent dans la tranche de 5 à 10 milliards US dollars à 72 % dans l'hypothèse où revenus dépassent 60 milliards sur une année. La justification quant à l'introduction de cette taxe est originale en ce qu'elle vise à inciter les acteurs numériques concernés à se diviser en plusieurs plus petites entreprises indépendantes pour échapper à l'imposition ou encore plus radicalement à changer de domaines d'activités. Dans cette mesure, le monopole dont dispose les géants numériques opérant dans le secteur publicitaire en ligne, jugé comme anti-démocratique et inefficace économiquement, serait démantelé (P. ROMER, «A Tax That Could Fix Big Tech », *The New York Times*, 6 mai 2020).

¹⁵²⁴IN : ITAT Bangalore, 23 oct. 2017, Google India (P.) Ltd. v. Additional Commissioner of Income Tax, [2017] 190 TTJ 409 (Bengaluru-Trib.)

cette affaire, Google India, filiale de Google International LLC, fournissait au travers d'un contrat, des services informatiques à Google Ireland. Elle était aussi, au terme d'un accord de distribution avec Google Ireland, distributeur du programme AdWords de cette dernière. Enfin, Google India fournissait aux annonceurs des services de support clients. Au titre du contrat de distribution, le tribunal de Bangalore a considéré que les paiements effectués par Google India à Google Ireland pour l'achat d'espaces publicitaires sur Adwords revêtaient la nature de redevances. Cette qualification permettait dès lors de passer outre l'exonération d'imposition à la taxe de péréquation lorsque les revenus réalisés pouvaient se rattacher à un ES indien du prestataire étranger¹⁵²⁵. Le même flux a donc fait l'objet d'une double-imposition par l'État indien au travers du prélèvement d'une RALS et de la taxe de péréquation.

L'hypothèse d'une double-imposition résultant de l'interaction entre TSN constituées de règles d'assiette différentes a récemment été illustrée par J. PELLEFIGUE dont nous reprendrons ici l'exemple. Soit « *une plateforme de réservation d'hôtels situés à 80 % en France et pour 20 % au Royaume-Uni, mais attirant autant de clients français que de clients anglais ; si la France crée une taxe assise sur le nombre d'hôtels, elle taxera 80 % du CA de la plateforme. Si le Royaume-Uni crée une taxe assise sur le nombre de voyageurs, elle taxera 50 % de son CA. La plateforme sera ainsi taxée sur 130 % de son CA...* »¹⁵²⁶. Ce risque de double-imposition est à l'évidence considérable au regard de la multiplication récente de ces mesures et des spécificités inhérentes à celles d'un mécanisme adopté à l'échelon national.

2. Un taux minimisant les effets négatifs sur la consommation

398. Comme le note l'OCDE : « *suivant la sensibilité aux prix des acteurs de l'offre et de la demande, et la structure du marché, l'imposition peut se voir reportée, pour tout ou partie, sur les consommateurs locaux moyennant une hausse des prix des biens ou services* »¹⁵²⁷. Cette problématique se retrouve aussi bien concernant les mesures de péréquation qui visent les activités B2B, B2C ou encore C2C. En effet, en ce que ces mesures visent à appréhender les rentes économiques accumulées par des multinationales disposant bien souvent de positions monopolistiques dans les différents marchés où elles opèrent, le choix pour ces multinationales de reporter indirectement la charge fiscale sur leurs consommateurs n'aura pas pour conséquence de les

¹⁵²⁵Chapter VIII, Loi de finances indienne, 2016, § 165 (2) :

« The equalization levy under sub-section 1 shall not be charged, where-

(a) the non-resident providing the specified service has a permanent establishment in India and the specified service is effectively connected with such permanent establishment ».

¹⁵²⁶J. PELLEFIGUE, « Audition préparatoire au Sénat sur le projet de loi portant création d'une taxe sur les services numériques et modification de la trajectoire de baisse de l'impôt sur les sociétés », *préc.* n°

¹⁵²⁷OCDE, *Op.cit.*, p. 205.

faire renoncer aux services qu'elles proposent. Le cabinet TAJ avait alors conclu, en mars 2019, suite à une étude menée sur l'impact économique de la TSN française qu'environ 55 % de la charge fiscale totale serait supportée par les consommateurs, 40 % par les entreprises utilisant les plateformes numériques pour commercer et seulement 5 % par les grandes entreprises du numérique¹⁵²⁸.

D'une part, concernant les services d'intermédiation fournis par des entreprises comme Ebay ou Alibaba, la TSN supportée par ces plateformes pourra être transférée sur leurs marchands par une augmentation des commissions d'intermédiation prélevée (augmentation en amont) avant que ces derniers, par un effet de cascade, ne répercutent eux-même la commission par une augmentation de leur prix de vente (augmentation en aval). La répercussion par Amazon de la TSN française sur les vendeurs tiers, en augmentant ses frais de gestion de 3 % pour l'utilisation de sa plateforme d'intermédiation, en constitue un exemple récent¹⁵²⁹. Si les faibles marges dégagées par Amazon au titre de son activité de commerce en détail sont à l'origine de cette décision, l'objectif de la TSN française d'imposer spécifiquement les géants du numérique dans l'État de consommation apparaît manqué. Pire, ce sont les PME profitant du rayonnement de la plateforme numérique Amazon sur le territoire français qui en sont les premières victimes avec un risque non-négligeable de voir leurs ventes diminuées dans la situation où elles décideraient de transférer le montant de la taxe sur leur prix final de vente.

D'autre part, concernant les activités B2B de services de ciblage publicitaires en ligne, les plateformes numériques étrangères soumises à une taxe particulière sur le CA peuvent décider d'en transférer le coût sur des entreprises domestiques par le biais de contrats de services à taux fixe intégrant implicitement son montant¹⁵³⁰ ou ajuster à la hausse les frais facturés au titre des prestations fournies. Google a par exemple annoncé en mars 2021 que des frais additionnels de 2 % seraient facturés sur les annonces publicitaires diffusées via Google Ads à ses clients français à partir du 1er mai 2021. Gageons toutefois qu'en ce que la composante essentielle du modèle d'affaires de plateformes numériques comme Google est la gratuité sur l'un de ses deux versants, la charge ne pourra vraisemblablement pas faire l'objet d'un transfert sur l'utilisateur final.

¹⁵²⁸J. PELLEFIGUE, « Étude d'impact économique – Taxe sur les services numériques », 22 mars 2019, *Deloitte TAJ*.

¹⁵²⁹AFP, Amazon répercute la taxe GAFA sur ses vendeurs en France, 1 août 2019, *Le Point* ; M. RUFFEZ, X. DEMAGNY, « Taxe GAFA : Amazon met ses menaces à exécution et augmente les tarifs pour les commerçants, 1er octobre 2019 », *France Inter*, <https://www.franceinter.fr/taxe-gafa-amazon-met-ses-menaces-a-execution-et-augmente-les-tarifs-pour-les-commerçants>.

¹⁵³⁰J. White, *Domestic businesses take the hit from India's equalisation tax*, ITR, January 29, 2020, <https://www.internationaltaxreview.com/article/blk3wc6fs2v00domestic-businesses-take-the-hit-from-indias-equalisation-tax>.

Paragraphe 2 : La mise en œuvre du mécanisme de taxe sur le chiffre d'affaires

399. La volonté des États membres de l'UE de taxer les grandes entreprises du numérique, matérialisée par le fleurissement constant de mesures unilatérales en l'absence de consensus plus global sur l'introduction d'une TSN, a été perçue par les États-Unis comme motivée par l'objectif d'affaiblir de manière discriminatoire leurs entreprises. Dans un climat de fortes tensions politiques, l'USTR (*United States Trade Representative*) avait alors décidé en 2020 d'ouvrir des enquêtes dites « section 301 » à l'égard de l'ensemble des pays européens ayant adopté ce type de mesure pour se prononcer sur leur caractère discriminatoire et en cas de réponse positive enclencher des actions de rétorsions commerciales¹⁵³¹. Le recours à ce type d'investigations faisait suite à une première enquête dirigée à l'égard de la TSN française¹⁵³². Les conclusions de celle-ci, en date du 2 décembre 2019, avaient révélé, outre le caractère discriminatoire de cette mesure dans sa structure et son fonctionnement, une violation des principes traditionnels de la fiscalité internationale¹⁵³³. Peu de temps après le gouvernement français avait décidé de différer l'entrée en vigueur de sa taxe au plus tard jusqu'à la fin de l'année 2020 dans l'attente d'un consensus au niveau international¹⁵³⁴. Faute de ralliement à cette période des États-Unis dans la solution proposée par l'OCDE au titre des deux piliers, la TSN avait finalement été prélevée. Si les tensions semblent désormais totalement apaisées entre ces États avec l'émergence de solutions d'équilibres relatives à la modernisation des cadres de répartition internationale des droits d'imposition ainsi qu'au traitement fiscal des taxes sur le CA, d'importantes difficultés subsistent néanmoins dans leur articulation et leur compatibilité avec les normes supérieures. En effet, la qualification de la nature juridique des TSN s'avère délicate au regard du champ d'application extensif des conventions fiscales bilatérales (I). En outre, les problématiques de compatibilité avec le droit de l'UE (II) et les règles de l'OMC (III) nécessitent l'élaboration de mesures aux contours précisément délimités pour éviter toute violation potentielle de ces normes.

¹⁵³¹USTR, USTR initiates Section 301 « Investigations of Digital Services Taxes », *Press Releases*, 2 juin 2020, <https://ustr.gov/about-is/policy-offices/press-office/press-releases/2020/june/ustr-initiates-section-301-investigations-digital-services-taxes>

¹⁵³²E. CONENA, B. DEKONINK, « Les États-Unis ouvrent une enquête sur la « taxe GAFA » française, *Les échos*, 10 juillet 2019 », <https://www.Lesechos.fr/monde/etats-unis/les-etats-unis-sappreteraient-a-ouvrir-une-enquete-sur-la-taxe-gafa-francaise-1037178> : l'ouverture de cette enquête fait suite aux nombreuses menaces du président américain D.TRUMP d'opérer une surtaxation douanières de produits français fortement importés tels que le fromage ou le vin.

¹⁵³³US Trade Representative, Report on France's Digital Services Tax, Investigation under Section 301 of the Trade Act of 1974, december 2, 2019, p.1 à 5 : la TSN constitue une violation des principes traditionnels de la fiscalité au regard de son application, d'une part, basée sur les montants bruts encaissés en contrepartie de la fourniture de services taxables et, d'autre part, déconnectée de la caractérisation d'une présence taxable sur le territoire français.

¹⁵³⁴A. PIQUARD, « Taxe « GAFA » : Paris et Washington concluent une trêve », *Le Monde*, 21 janvier 2020, https://www.lemonde.fr/economie/article/2020/01/21/taxation-du-numerique-paris-et-washington-concluent-une-treve_6026716_3234.html.

I. L'articulation des taxes sur le CA avec les conventions fiscales bilatérales

400. Préalablement, il doit être noté que la question de l'intégration des TSN dans le champ d'application des conventions fiscales est indépendante de leur catégorisation en droit de l'UE en tant qu'impôt indirect (article 113 TFUE) ou direct (article 115 TFUE)¹⁵³⁵. Un impôt couvert par l'article 113 TFUE ne sera dès lors pas forcément exclu du champ d'application des conventions fiscales. Inversement, un impôt conçu en dehors du champ d'application de l'article 113 TFUE n'aura pas automatiquement vocation à être couvert par les conventions fiscales¹⁵³⁶. La réponse à cette question est d'autant plus importante que les TSN ont toujours été conçues dans la volonté affirmée de les soustraire au champ d'application des conventions fiscales (**A**). Conclure *a contrario* à une intégration entraînerait dès lors de nombreuses difficultés d'articulation entre une mesure dont les caractéristiques sont *a priori* extérieures à celles d'un impôt sur le revenu et des articles conventionnels relatifs à l'imposition des bénéfices réalisés par les entreprises, i.e. l'ES et l'élimination de la double-imposition. Néanmoins, ce choix d'assimiler les taxes de CA, telles que conçues actuellement par les États de consommation, à un impôt sur les revenus ne saurait être retenu en ce que ces mesures revêtent les caractéristiques d'une imposition hybride (**B**).

A. Une volonté affirmée de soustraction du champ d'application des conventions fiscales

401. Conventionnellement, les bénéfices réalisés par une entreprise sont imposables dans son État de résidence, sauf à ce qu'elle dépasse, sur le territoire de l'État source, un certain seuil de présence économique matérialisé par la notion d'ES. En conséquence, un État ne dispose pas du pouvoir d'imposer « *les bénéfices obtenus par un non-résident au titre de la vente de services en ligne en soumettant celui-ci à un impôt couvert par une convention* »¹⁵³⁷. L'attitude des États, désireux d'appréhender une partie des bénéfices des multinationales du numérique réputées disposer sur leurs territoires d'une présence numérique significative, consiste ainsi à concevoir une imposition ne pouvant être considérée comme un impôt sur le revenu couvert classiquement par l'article 2 des conventions. Une telle conception permet dès lors d'outrepasser les difficultés liées à l'attribution de profits à une présence taxable¹⁵³⁸. Ce procédé, qui vise volontairement à soustraire du

¹⁵³⁵La base juridique de la proposition de directive sur la TSN est l'article 113 TFUE permettant « l'harmonisation des législations relatives aux taxes sur le chiffre d'affaires, aux droits d'accises et aux autres impôts indirects ».

¹⁵³⁶Council of the European Union, Opinion of the Legal Service, Proposal for a Council Directive on a Common System of a Digital Services Tax on Revenues Resulting from the Provision of certain Digital Services, Doc. 12922/18, 8 october 2018, para.6.

¹⁵³⁷OCDE, *Op.cit.*, p. 208, § 415.

¹⁵³⁸Pour une étude approfondie des mécanismes d'attribution de profits à un ES virtuel, cf. *infra*. Titre 2, Chapitre 1, Section 2.

champ d'application des conventions fiscales ce type d'imposition¹⁵³⁹, apparaît critiquable au regard de l'obligation d'exécuter de bonne foi les conventions internationales et de l'interdiction de l'abus de droit – principes auxquels les États européens sont soumis au travers du principe de coopération loyale consacré à l'article 4, Paragraphe 3 TFUE¹⁵⁴⁰. Pour autant, les taxes sur le CA, au contraire des mécanismes de RALS, n'induisent pas une simple modification des cadres conventionnels de la répartition de la compétence fiscale. Plutôt, le CA, en tant qu'indicateur exclusif de taxation, démontre que ces taxes opèrent dans un environnement extérieur aux conventions fiscales et où « *le phénomène de double imposition [serait] supprimé par une convergence des règles des États en faveur d'une imposition unique dans le pays de destination des biens et services* »¹⁵⁴¹.

B. La qualification juridique des taxes sur le CA

402. L'article 2 du modèle OCDE, repris en grande partie par les conventions fiscales actuelles, dispose que le champ des conventions s'applique aux « impôts sur le revenu » ou bien à « des éléments de revenu » sans mention effectuée quant au système de perception utilisé. Il est indiqué de plus que tout « impôt de nature identique ou analogue » aux impôts considérés aurait vocation à intégrer le champ d'application des conventions. La formulation de cet article, muette quant à la distinction entre impôt direct et indirect¹⁵⁴², démontre une volonté d'envisager le champ d'application des conventions de manière particulièrement large¹⁵⁴³. Ce champ n'est néanmoins pas illimité au regard des caractéristiques spécifiques que partagent les « impôts sur le revenu ». La première d'entre elle est d'être « *centrée sur le bénéficiaire du revenu plutôt que sur le consommateur d'une prestation de biens ou de services spécifiques* »¹⁵⁴⁴. L'attention majeure est donc portée ici sur la situation économique du bénéficiaire en ne donnant que peu d'importance à l'étude des spécificités de la transaction entre le prestataire et son client¹⁵⁴⁵. La deuxième se situe dans l'existence de mécanismes aptes à éliminer les situations de double-imposition. Par conséquent, une mesure qui « *n'ouvre droit à aucun type de déduction ou d'allègement qui viendrait*

¹⁵³⁹La majorité des États membres de l'UE ont exprimé le souhait d'adopter une mesure intérimaire pour appréhender plus facilement les revenus issus des activités numériques, tout en s'assurant qu'elle soit conçue en dehors du champ d'application des conventions fiscales, cf. Council of the European Union, *Responding to the Challenges of Taxation of Profits of the Digital Economy – Council Conclusions*, 15445/17, FISC 346 ECOFIN 1092, 5 december 2017, § 24.

¹⁵⁴⁰M. PELLETIER, « Taxe GAFA : pourrait-elle être contestée ? » : *Le club des juristes*, 17 juillet 2019.

¹⁵⁴¹A. PÉRIN-DUREAU, *préc.*, p.4.

¹⁵⁴²Cf. Commentaires OCDE C (2) n°2 où le comité considère que l'expression « impôts directs » doit être écartée car beaucoup trop imprécise.

¹⁵⁴³Ce que le comité souhaite tout particulièrement pour éviter la nécessité de conclure une nouvelle convention fiscale à chaque modification de la législation interne des États contractants, cf. Commentaires OCDE C (2), n°1.

¹⁵⁴⁴OCDE, *Op.cit.*, p. 208, par. 417.

¹⁵⁴⁵*Ibid.*

réduire l'impôt sur les bénéficiaires des sociétés dû au titre du paiement considéré »¹⁵⁴⁶ ne saurait intégrer le champ d'application des conventions fiscales. Se pose ainsi la question du traitement éventuel de la double-imposition à l'égard d'une mesure conçue comme extérieure au champ d'application des conventions. En effet, le choix d'une déduction de la TSN du montant de l'IS est en pratique largement limité par sa catégorisation. Dès lors, si cette taxe était considérée comme un impôt sur les bénéficiaires, les règles actuelles des conventions ne permettraient pas en l'état d'imposer les revenus en question dans l'État de source. L'État de résidence serait ainsi fonder à refuser l'octroi d'un crédit impôt pour le montant acquitté de TSN. Dans une autre mesure, si cette taxe était considérée comme un impôt indirect, elle ne serait manifestement pas couverte par les conventions fiscales bilatérales et pourrait être considérée tout au plus comme une charge déductible de la base imposable à l'IS. Le choix des États membres à l'origine de ces mesures s'est finalement porté, conformément aux développements de la Commission européenne concernant le projet de directive TSN, sur cette deuxième option en octroyant aux entreprises étrangères prestataires la seule capacité de déduire de leur base d'imposition à l'IS le montant de la TSN acquittée¹⁵⁴⁷. Une telle décision ne peut qu'être regrettée en ce qu'*« une TSN déductible du montant de l'IS dû dans le même État membre [aurait constitué] une incitation objective à la relocalisation des profits là où la valeur est créée »*¹⁵⁴⁸. Cet effet pervers, comme le préconise le sénateur A. De MONTGOLFIER, peut néanmoins être minimisé par l'introduction en droit national d'un mécanisme de « super-déduction » visant à appliquer à la charge déductible que constitue la TSN un coefficient égal à l'inverse du taux de l'IS, ce qui permettrait de reproduire l'avantage fiscal qui aurait résulté d'une réduction d'impôt¹⁵⁴⁹. En effet, il est difficilement justifiable, au regard des motifs d'intérêt général à l'origine de l'adoption de ces mesures, que des entreprises numériques subissent une double-imposition lorsqu'elles contribuent d'ores-et-déjà conformément à la valeur qu'elles créent dans l'État de consommation concerné. Ainsi, des multinationales numériques comme Critéo, au modèle d'affaire semblable à celui de Google, disposent d'un taux effectif d'imposition du groupe proche des 25 % démontrant d'une part, que la répartition internationale du profit est globalement cohérente entre les États de localisation de la P.I et les États, souvent pourvus d'une forte pression fiscale, où sont utilisés ses services et, d'autre part, une propension bien moins importante à se livrer à des pratiques de planification fiscale agressive que certains géants du numérique.

¹⁵⁴⁶*Ibid.*, par. 421.

¹⁵⁴⁷Proposition de directive du Conseil, COM (2018) 148, *préc.*, considérant n°27, p.22.

¹⁵⁴⁸A. DE MONTGOLFIER, Rapport fait au nom de la commission des finances sur les propositions de directives COM (2018) 147 et 148, 15 mai 2018, n°471, p. 35-36.

¹⁵⁴⁹*Ibid.*

403. Si dans des circonstances exceptionnelles, il peut apparaître complexe de distinguer la nature d'une taxe de péréquation, notamment en droit indien où le système d'IS constitue un outil pour en assurer le recouvrement¹⁵⁵⁰, deux raisons principales permettent de conclure que les TSN ne peuvent généralement être couvertes par le champ d'application des conventions fiscales¹⁵⁵¹. Premièrement, au même titre que la TVA, le principe de destination sur lequel repose les taxes sur le CA entraîne l'attribution d'une compétence fiscale unique à l'État de situation des consommateurs. Il apparaît donc en théorie impossible, dans le cadre d'un système cohérent de TSN, qu'une double taxation ne se produise¹⁵⁵². Les mécanismes conventionnels de répartition de la compétence fiscale n'ont ainsi aucun rôle à jouer. Tout au plus, la double-charge susceptible de naître lorsque des revenus sont soumis à la fois à l'IS et à la TSN, ne constitue pas la conséquence automatique de l'exercice parallèle de plusieurs compétences fiscales. En effet, celle-ci peut survenir de la même manière dans le cadre de transactions sans élément d'extranéité¹⁵⁵³. Deuxièmement, si les TSN et les RALS prélevées sur un montant brut partagent la même assiette, ce seul élément est largement insuffisant pour assimiler ces deux types d'imposition. En effet, l'analyse du champ de l'article 2 du modèle OCDE ne se limite pas à une analyse parcellaire des éléments structurant une imposition. En effet, il est nécessaire d'étudier l'ensemble des aspects de l'imposition pour s'assurer que ses caractéristiques principales sont celles retrouvées dans un « impôt sur le revenu »¹⁵⁵⁴. Dès lors, les caractéristiques principales des TSN apparaissent en tout point opposées à celles des impôts couverts par les conventions fiscales. En effet, elles sont, en substance, une taxe spéciale sur le CA (sans possibilité de déduction des charges) s'appliquant à taux fixe au montant versé en contrepartie de la fourniture de certains services sans que ne soit

¹⁵⁵⁰Si la taxe de péréquation indienne fait reposer la charge fiscale sur l'entreprise non-résidente prestataire, le client se voit transférer au moment du paiement l'obligation de retenir le montant de la taxe. Dans la situation où cette obligation ne serait pas remplie, le client se voit ainsi dénier le droit de déduire le paiement de sa base imposable à l'IS (Chapter VIII, Loi de finances indienne, 2016, par.163) ; Pour une étude approfondie des sanctions à l'égard du client n'ayant pas rempli son obligation de collecte de la taxe de péréquation, cf. B. SAYAN, *Equalization Levy : A New Perspective of E-Commerce Taxation*, *Intertax*, 2016, Volume 44, Issue 11.

¹⁵⁵¹La majorité des écrits conclue en ce sens, cf. notamment W. Cui, *The Digital Services Tax: A Conceptual Defense* (26 Oct. 2018), https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3273641 ; A. TURINA, *Which 'Source Taxation' for the Digital Economy?* 46(6/7) *Intertax*, 495, 518 (2018) ; R. ISMER, JESCHECK, « Taxes on Digital Services and the Substantive Scope of Application of Tax Treaties: Pushing the Boundaries of Article 2 of the OECD Model ? », *Intertax*, Volume 46, Issue 6/7, p. 573.

¹⁵⁵²Il est néanmoins indéniable, au vu de la multiplication des mesures unilatérales de taxation des multinationales, que les phénomènes de double-imposition à l'avenir augmenteront. Ces mesures unilatérales n'étant pas couvertes par les conventions fiscales, l'élimination de la double-imposition au travers des articles 23 et 25 du modèle OCDE ne trouvera à s'appliquer. Pour pallier cette difficulté, la Confédération Fiscale Européenne avait par exemple proposé la mise en œuvre de mesures couvertes par le champ des conventions, cf. CFE Tax Advisors Europe, *Opinion Statement FC 1/2018 on the European Commission proposal of 21 March 2018*, May 2018.

¹⁵⁵³D. HOHENWARTER, G. KOFLER, G. MAYR, J. SINNIG, « Qualification of the Digital Services Tax Under Tax Treaties », *Intertax*, 2019, Volume 47, Issue 2, p. 140.

¹⁵⁵⁴R. ISMER, A. BLANK, « Article 2, in Klaus Vogel on Double Tax Conventions », Reimer & Rust Editions, *Wolters Kluwers*, 2015, n° 32 et 38.

opéré de distinction quant à la résidence des entreprises prestataires¹⁵⁵⁵.

II. La conformité avec le droit de l'UE

404. Avant que la solution adoptée au titre du pilier 1 ne vienne interdire l'institution nouvelle de mesures similaires à des TSN par les États signataires de l'accord, les États parties du cadre inclusif de l'OCDE pouvaient faire cavalier seul dans la mise en place d'un système d'imposition spécifique des multinationales du numérique. Ceci étant, dans le périmètre de l'UE, les États membres apparaissent libres, en l'état actuel d'harmonisation européenne des impôts directs en droit fiscal, d'établir le système d'imposition qu'ils jugent le plus approprié. Néanmoins, cette liberté n'est pas totale puisqu'elle doit s'exercer en conformité avec le droit primaire (**A**) et le droit dérivé de l'UE (**B**).

A. La conformité avec le droit primaire de l'UE

405. Envisager un champ particulièrement restreint pour l'application d'une mesure de taxation augmente inévitablement les potentialités d'atteintes au droit primaire de l'UE, celle-ci pouvant plus facilement être qualifiée de discriminatoire ou de sélective. À ce titre, les caractéristiques des taxes sur le CA doivent être analysées pour déterminer si elles sont de nature à entraîner une atteinte à certaines libertés de circulation protégées par les Traités (**1**) ou bien constituer une aide d'État incompatible avec le marché intérieur en vertu de l'article 107 TFUE (**2**).

1. La conformité avec les libertés fondamentales de l'UE

406. En suivant le raisonnement classique de la CJUE en la matière, la conformité d'une règle instituant un prélèvement obligatoire à l'égard d'entreprises étrangères d'une certaine taille avec la liberté d'établissement garantie par l'article 49 TFUE ou bien la libre prestation de services garantie par l'article 56 du même Traité¹⁵⁵⁶, peut s'établir de part son absence de restriction à ladite liberté (**a**) ou bien en cas d'identification d'une restriction, en lui apportant une justification légitime et en s'assurant de sa proportionnalité à l'objectif poursuivi (**b**).

¹⁵⁵⁵La taxe de péréquation indienne pourrait constituer une exception et être considérée comme une taxe sur des « éléments de revenus » au regard de son mode de prélèvement particulier diminuant le paiement reçu par le prestataire, cf. R. ISMER, JESCHECK, *art. préc.*

¹⁵⁵⁶Les principes dégagés par la CJUE dans ses arrêts en matière de liberté d'établissement s'appliquent de la même manière à la libre prestation de services, cf. CJUE, 22 nov. 2018, C-625/16 Vorarlberger Landes-und Hypothekenbank AG.

a. La potentielle restriction à la liberté d'établissement ou à la libre prestation de services

407. Deux principales manières permettent de rejeter le grief d'une mesure restreignant les libertés protégées par le TFUE. La première vise à démontrer que les entreprises dépassant les seuils institués par la mesure de taxation ne sont pas dans une situation comparable avec les entreprises de plus petites tailles exclues du périmètre de la taxe (**a.1**). La deuxième consiste à démontrer l'absence de caractère discriminatoire de la mesure en se focalisant notamment sur l'établissement de critères neutres indifférents quant à la localisation du siège des entreprises (**a.2**).

a.1. La comparabilité de situations entre entreprises assujetties et non-assujetties

408. En première ligne des justifications concernant le choix d'un champ d'application particulièrement ciblé se trouve la supposée absence de comparabilité entre les multinationales du numérique assujetties à ladite mesure, considérées comme partageant un modèle d'affaire économique unique en raison de leurs positions dominantes sur leurs marchés respectifs, et les entreprises n'y étant pas assujetties. Les motifs de la loi sur la TSN française notent à cet effet que « *les entreprises des grands groupes* » ne seraient pas « *du fait de la structure concurrentielle des marchés en cause [...] dans une situation comparable à celle des entreprises plus petites* »¹⁵⁵⁷. De la même manière, le Conseil d'État dans son avis sur le projet de loi TSN avait considéré que le double seuil d'assujettissement était conforme aux exigences constitutionnelles et européennes, le modèle d'affaires adopté par les multinationales du numérique de grande envergure « *se caractérisant par l'importance des effets de réseau [...] ainsi que, concomitamment, des performances accrues, grâce à une capacité de ciblage améliorée par la masse croissante des données recueillies auprès de clients* »¹⁵⁵⁸. Pour autant, une telle confusion entre « modèle économique » et « position de marché » n'apparaît pas convaincante¹⁵⁵⁹. En effet, les modèles d'affaires des entreprises du numérique tels que décrit au travers de « l'atelier de valeur » et du « réseau de valeur » ne concernent pas la position de marché occupée par l'entreprise. Peu importe l'envergure de l'entreprise, les services numériques concernés par le champ d'application de ces taxes font de l'utilisateur, sous la forme de sa contribution active ou passive, un élément clé de la création de

¹⁵⁵⁷Exposé des motifs de la loi n°2019-759 du 24 juillet 2019 portant création d'une TSN et modification de la trajectoire de la baisse de l'impôt sur les sociétés.

¹⁵⁵⁸Conseil d'État, *sect. finances*, avis, 28 févr. 2019, n°396878, Avis sur un projet de loi portant création d'une taxe sur les services numériques et modification de la trajectoire de la baisse de l'impôt sur les sociétés.

¹⁵⁵⁹L'argument d'absence de comparabilité est d'autant moins recevable concernant la TSN française qu'elle ne lie aucunement le CA mondial issu des services taxables à celui du même service fourni par l'entreprise en France. Dès lors, des différences de traitements injustifiables au regard du modèle économique pourraient survenir entre une entreprise selon qu'elle exerce une ou plusieurs activités taxables, cf. Y. RUTSCHMANN, P-M. ROCH, A. SOUMAGNE, *art. préc.*

valeur. Tout au plus peut varier en fonction de la taille de l'entreprise, la quantité de données personnelles collectées. Néanmoins, le processus de création de valeur numérique au centre duquel se trouve bien souvent une logique d'intermédiation, reste inchangé.

a.2. La recherche du caractère discriminatoire de la mesure

409. De manière constante, la CJUE considère que la liberté de prestation de services et d'établissement interdisent non seulement « *les discriminations ostensibles fondées sur le siège des sociétés, mais encore toutes formes dissimulées de discrimination qui, par l'application d'autres critères de distinction, aboutissent au même résultat* »¹⁵⁶⁰. L'institution d'une règle fondée sur un critère de différenciation neutre mais qui, en pratique, défavorise les sociétés étrangères dans une situation comparable par rapport aux sociétés disposant de leur siège dans l'État membre d'imposition, constituent par conséquent une discrimination indirecte. Dès lors, si le montant de CA est un critère neutre dépourvu de tout élément d'extranéité, les modalités d'imposition d'une mesure peuvent conduire à dissimuler une discrimination indirecte fondée sur le siège des sociétés. L'affaire Hervis du 5 février 2014¹⁵⁶¹ permet d'illustrer cette situation. Était en cause un impôt sur le CA fortement progressif prévoyant une règle de consolidation des résultats entre entreprises liées. L'application de cette règle avait comme conséquence de faire reposer l'essentiel de la charge fiscale sur des sociétés liées à des sociétés d'autres États membres, les sociétés purement domestiques et indépendantes étant exclues du périmètre de la consolidation. La Cour avait donc conclu à l'existence d'une discrimination indirecte au regard non pas du seuil de CA institué mais de l'application des modalités de calcul de l'assiette taxable pour les sociétés membres d'un groupe. Récemment, par deux importants arrêts du 3 mars 2020, la CJUE est venue dissiper les doutes sur la compatibilité avec les libertés de circulation protégées par le TFUE de certaines mesures instituant un prélèvement obligatoire¹⁵⁶². Les faits des affaires présentaient d'importantes similarités avec l'arrêt Hervis Sport sans pour autant être en tous points identiques. Il était ici en effet question d'impôts progressifs sur le CA grevant des prestations de services de communication électronique et de ventes de commerce de détail mais sans toutefois qu'il ne soit instituée de règle de consolidation du CA pour les entreprises membres d'un groupe. L'application d'un barème progressif par tranche de CA conduisait dans les faits à imposer majoritairement les sociétés résidentes détenues par des

¹⁵⁶⁰CJUE, 5 févr. 2014, C-385/12, *Hervis Sport*, pt.30 ; Dr.fisc. 2014, n°7, act. 111 ; Europe 2014, comm. 160, obs. V. Michel réaffirmé dans CJUE, 26 avril 2018, C-234/16 et C-235/16, *Anged*.

¹⁵⁶¹*Ibid.*

¹⁵⁶²CJUE, gr. ch., 3 mars 2020, aff. C-75/18, *Vodafone Magyarorszag Mobil Tavkozlesi Zrt* : EU : C : 2020 : 139 ; Dr. fisc. 2020, n°11, act. 88 ; CJUE, gr. ch., 3 mars 2020, aff. C-323/18, *Tesco-Global Aruhazak Zrt* : EU : C : 2020 : 130 ; Dr.fisc. 2020, n°11, act.90.

personnes physiques ou morales d'autres États membres. La solution retenue par la CJUE dans ces affaires est sans équivoque : l'institution d'un impôt progressif sur le CA ne saurait être considéré comme contraire à la liberté d'établissement et ce même si la charge fiscale est essentiellement supportée par des entreprises contrôlées directement ou indirectement par des ressortissants d'autres États membres¹⁵⁶³. L'assujettissement majoritaire des entreprises étrangères dans les secteurs des télécommunications et du commerce en détail retranscrit une simple réalité dans laquelle ces entreprises disposent de positions oligopolistiques voire monopolistiques et ainsi d'une capacité financière largement supérieure à celles des entreprises domestiques. Dès lors, « *le montant du CA constitue un critère de distinction neutre et [...] un indicateur pertinent de la capacité contributive des assujettis* »¹⁵⁶⁴ ne pouvant dissimuler une discrimination indirecte. En d'autres termes, « *si les discriminations indirectes sont prohibées, elles ne sont caractérisées que si les différences de traitement correspondent à un effet voulu, et non à l'effet normal d'un système de taxation qui, d'une part, est objectivement neutre et qui, d'autre part, tient compte de la capacité contributive des assujettis* »¹⁵⁶⁵. Assurément, cette décision restreint drastiquement les possibilités de preuves du caractère discriminatoire d'une mesure de taxation basée sur une assiette brute. Désormais, seule une étude au cas par cas des modalités d'imposition des TSN est de nature à déterminer si leurs applications défavorisent les entreprises étrangères en situation comparable par rapport aux entreprises domestiques¹⁵⁶⁶.

b. La démonstration de la conformité d'une mesure restrictive au droit de l'UE

410. Dans l'hypothèse où une mesure d'imposition est considérée comme revêtant un caractère restrictif, deux étapes successives doivent être remplies pour éviter une annulation au motif du droit de l'UE : la justifier selon des raisons impérieuses d'IG (**b.1**) et démontrer sa proportionnalité au regard de l'objectif poursuivi (**b.2**).

b.1. La justification par les raisons impérieuses d'intérêt général

411. Si les arrêts Vodafone et Tesco du 3 mars 2020 ont permis de pérenniser le recours à des impôts progressifs sur le CA dans le secteur du numérique, les TSN ne sont pour autant pas totalement à l'abri d'une qualification de mesure restrictive, leurs modalités d'application étant

¹⁵⁶³*Ibid.*, point 56.

¹⁵⁶⁴CJUE, Vodafone Magyarország Mobil, *préc.*, point 50.

¹⁵⁶⁵A. MAITROT DE LA MOTTE, « Faute de selectivité, des taxes progressives sur le chiffre d'affaires sont compatibles avec le droit européen des aides d'État », *Dr. fisc.* n° 12, 25 mars 2021, act. 169.

¹⁵⁶⁶E. THOMAS, « Jurisprudence de la CJUE : fiscalité directe (janv./mars 2020), Étude », *Dr. fisc.* 2020, n°17, 23 avril 2020, 226.

susceptibles d'entraîner des distinctions entre résidents et non-résidents. Venir à considérer qu'un prélèvement obligatoire est constitutif d'une restriction ne revient néanmoins pas à conclure à son incompatibilité avec les libertés protégées par le Traité. En effet, ces restrictions peuvent se justifier par des circonstances admises par la CJUE, dénommées « raisons impérieuses d'intérêt général ».

À ce titre, les objectifs poursuivis par les TSN peuvent être confrontés à certaines justifications admises par la Cour. Pour rappel, ces mesures poursuivent deux objectifs principaux : d'une part, restaurer la base fiscale de l'État de consommation, érodée par les stratégies d'évitement d'une présence taxable par les multinationales du numérique sur son territoire et, d'autre part, assurer une concurrence fiscale juste et équitable entre fournisseurs étrangers et nationaux¹⁵⁶⁷.

Premièrement, l'instauration d'une TSN pourrait être justifiée par la cohérence du système fiscal¹⁵⁶⁸. Cette justification ne peut cependant être admise que si un lien direct est établi entre l'avantage fiscal accordé par l'État à l'entreprise non-résidente (en l'espèce l'absence de taxation sur le territoire de l'État de consommation) et la compensation de cette avantage par l'application de l'impôt¹⁵⁶⁹. Dans le cadre d'une TSN nationale, cette justification ne saurait prospérer. En effet, l'absence d'ES sur le territoire de l'État de consommation ne peut s'assimiler à l'octroi d'un avantage fiscal aux multinationales du numérique par ledit État. Cette non-taxation n'est pas le reflet d'une volonté de l'État de consommation mais plutôt, dans une certaine mesure, d'une obsolescence des règles internationales de rattachement de l'obligation fiscale. La mise en œuvre d'une TSN ne peut ainsi être vue comme la compensation de cet avantage, d'autant plus que son application est dans la majorité des hypothèses indépendante de la caractérisation d'un ES sur ledit territoire¹⁵⁷⁰.

Deuxièmement, une justification cette fois-ci plus convaincante pourrait être tirée de l'objectif de répartition équilibrée du pouvoir d'imposition entre les États membres, objectif englobant celui de prévention de l'évasion fiscale¹⁵⁷¹. Si les TSN ne peuvent se justifier par l'objectif de prévention de l'évasion fiscale, leur but premier d'opérer un alignement de la taxation des profits des multinationales du numérique avec la création de valeur fait indéniablement écho avec l'objectif de répartition cohérente du pouvoir d'imposition entre États. Ainsi, conclure que dans certains modèles d'affaires numériques, les utilisateurs et consommateurs contribuent de manière essentielle

¹⁵⁶⁷A.P. DOURADO, « Digital Taxation Opens the Pandora Box : The OECD Interim Report and the European Commission Proposals », 46, Issue 6/7, *Intertax*, 2018.

¹⁵⁶⁸CJCE, 28 janv. 1992, aff. C-204/90, *Bachmann*, point 28. Réaffirmé dans CJCE, 23 oct. 2008, aff. C-157/07, *Krankenheim Ruhesitz am Wannsee-Seniorenheimstatt GmbH*.

¹⁵⁶⁹CJCE, *Bachmann*, *préc.*, point 21-22. Au côté de la nécessité de ce lien direct doivent être réunis en outre un lien personnel (le contribuable lui-même doit bénéficier de l'avantage et faire l'objet de la compensation) et un lien matériel (une seule et même imposition doit être concernée par l'avantage et sa compensation).

¹⁵⁷⁰C. DIMITROPOULOU, *art.préc.* ; Une exception peut être trouvée dans la DST indienne qui subordonne son application à l'absence d'ES de l'entreprise non-résidente sur le territoire indien.

¹⁵⁷¹CJCE, 13 déc. 2005, aff. C-446/03, *Marks & Spencer plc.* ; Pour un arrêt relatif à la justification d'une mesure d'imposition selon l'objectif de prévention de l'évasion fiscale, CJCE, 18 juill. 2007, aff. C-231/05, *Oy AA*, RJF 11/07, n°359.

à la création de valeur permet de justifier l'exercice de rééquilibrage des pouvoirs d'imposition entre État de résidence et État de consommation. La numérisation de l'économie a ainsi provoqué une relecture des notions « d'équité » et de « répartition équilibrée » dont les fortes résonances impliquent une redistribution de la compétence fiscale au profit de l'État de consommation.

b.2. La proportionnalité de la mesure à l'objectif poursuivi

412. Cette dernière étape du raisonnement de la Cour, visant à déterminer si une mesure est appropriée à l'objectif poursuivi et ne va pas au-delà de ce qui est nécessaire pour l'atteindre est la plus incertaine pour au moins deux raisons. La première tient à l'application plus ou moins rigoureuse du principe de proportionnalité par la CJUE. En effet, certains arrêts ont laissé supposer qu'une mesure restrictive justifiée par l'objectif de répartition équilibrée du pouvoir d'imposition entre États membres satisfaisait *de facto* l'étape du test de proportionnalité¹⁵⁷². D'autres, comme l'arrêt SIAT du 5 juillet 2012¹⁵⁷³, démontrent que tel n'est pas toujours le cas. La deuxième tient aux particularités intrinsèques des mesures temporaires de taxation du secteur numérique. En effet, les incertitudes légales qui entourent la mise en œuvre des TSN relatives à l'identification des services taxables, aux règles d'allocation des revenus issus de ces services notamment en ce qui concerne les activités de plateformes d'intermédiation et enfin à l'augmentation conséquente des coûts de conformité pour les entreprises assujetties, font douter de la capacité de cette mesure à poursuivre l'objectif lui ayant été initialement assigné¹⁵⁷⁴. Pour dissiper en partie les doutes relatifs au caractère disproportionné d'une taxe de péréquation, son champ d'application doit être envisagé de manière particulièrement restreinte en y excluant les activités de plateforme d'intermédiation. Un tel choix assurera que la mesure, en se focalisant sur les seules activités où l'utilisateur apporte une contribution essentielle à l'entreprise prestataire, soit appropriée pour atteindre l'objectif d'opérer un alignement de la taxation des profits avec la création de valeur sur le territoire de l'État de consommation. De plus, pour lever tout doute d'incompatibilité avec le droit primaire de l'UE, il conviendrait d'associer à l'édiction d'un double seuil de CA, un faible taux avec une possibilité de déduire de l'IS le montant de l'imposition ce qui aurait pour effet d'annihiler les risques de faire peser sur les multinationales assujetties une charge fiscale excessive. Dans cette mesure, la conception de la TSN britannique apparaît la plus à même de neutraliser les effets pervers d'une taxation basée sur les revenus bruts en octroyant aux entreprises à faible marge ou déficitaires la possibilité de retenir comme base d'imposition de la taxe pour chacun des services taxables soit le

¹⁵⁷²Cf. notamment CJCE, *Oy AA, préc.*, et X Holding BV, 25 février 2020, aff. C-337/08.

¹⁵⁷³CJUE, 5 juillet 2012, *SIAT c. État belge*, C-318/10.

¹⁵⁷⁴C. DIMOTROPOULOU, *préc.*, v. page CUJAS

revenu propre à l'activité soit la marge d'exploitation de l'activité. Dans cette dernière situation, si la marge est nulle ou négative, il n'y aura pour l'entreprise concernée aucun montant à verser au titre de la TSN¹⁵⁷⁵.

2. La compatibilité avec le régime des aides d'État

413. En premier lieu, il convient de noter que la question de la comptabilité des TSN avec les règles en matière d'aides d'État ne concerne que les dispositifs adoptés à l'échelon national par les États membres. En effet, les actes législatifs de l'UE ne peuvent être considérés comme imputables à un État et de fait ne constituent pas des mesures pouvant affecter les échanges entre États membres¹⁵⁷⁶. Une action au niveau de l'UE pour mettre en oeuvre le concept de TSN échapperait donc à tout contrôle en matière d'aides d'État.

En vertu de l'article 107 paragraphe 1 du TFUE, encourt la qualification d'aide d'État toute mesure relevant d'une intervention de l'État, ou au moyen de ressources de l'État, visant à favoriser certaines entreprises ou productions déterminées et susceptible d'affecter les échanges entre États membres et de fausser la libre concurrence¹⁵⁷⁷. L'intervention de l'État, constitutive d'une aide d'État, peut dès lors se caractériser sous la forme d'exonérations ou d'allègements fiscaux lorsque les autorités concernées ont renoncé à percevoir à l'égard de certains bénéficiaires déterminés les ressources fiscales normalement dues¹⁵⁷⁸.

L'application de ces conditions aux taxes de péréquation démontre, comme dans la majorité des contentieux fiscaux dans ce domaine, que la question du caractère sélectif de l'avantage accordé occupe l'essentiel des débats. En effet, l'absence d'assujettissement des entreprises qui réalisent un CA en-deçà du seuil imposé par ladite mesure est susceptible de constituer un avantage fiscal sans qu'il soit nécessaire de démontrer l'existence d'un transfert de ressources publiques effectué à leur égard. De même, la condition portant sur l'atteinte aux échanges et à la libre concurrence entre États membres serait remplie sans difficulté, la CJUE exigeant simplement une éventualité sur la participation future de l'entreprise bénéficiaire au commerce intra-communautaire ou que ses concurrents étrangers soient en mesure de pénétrer le marché national¹⁵⁷⁹. Concernant l'appréciation de la dernière condition, celle de la sélectivité, Julianne KOKOTT note que « *[c]e qui, en fin de compte, est déterminant, c'est de savoir si les conditions d'obtention de l'avantage fiscal prévues*

¹⁵⁷⁵HMRC internal manual – Digital Services Tax manual – DST43410, Alternative charge calculation, 13 avril 2021.

¹⁵⁷⁶CJCE, 5 avril 2006, aff. T-351/02, *Deutsche Bahn AG contre Commission des Communautés européennes*, p. 102.

¹⁵⁷⁷CJCE, 24 juillet 2003, aff. C-280/00, *Altmark* : JurisData n°2003-233690 ; Rec. CJCE, p.I-7747 ; BDEI 5/2003, n°289, concl. Ph. LÉGER et Ch. TIMMERMANS.

¹⁵⁷⁸Cf. notamment CJCE, plén., 19 sept 2000, aff. C-156/98, *Allemagne c/ Comm.* : Rec. CJCE, p. I-06857 ; Dr. fisc. 2000, n° 41, act. 100249 ; RJF 2/2001, n° 273 et CJCE, 8 nov. 2001, aff. C-143/99, *Adria-Wien Pipeline*.

¹⁵⁷⁹CJCE, 2ech., 10 janv. 2006, aff. C-222/04, *Cassa di Risparmio di Firenze et a.*, point 131.

par le système fiscal national sont choisies de manière non discriminatoire »¹⁵⁸⁰. Ainsi, une mesure fiscale nationale générale ne peut être considérée comme sélective que si la Commission européenne démontre, comme il résulte de la jurisprudence de la CJUE *World Duty Free* du 21 décembre 2016¹⁵⁸¹, que cette mesure déroge au régime fiscal commun ou « normal » applicable dans l'État membre concerné en ce qu'elle introduit des différenciations entre des opérateurs se trouvant, au regard de l'objectif poursuivi par ce régime commun, dans une situation factuelle et juridique comparable sans qu'elle ne puisse se justifier par la nature ou l'économie du système dans lequel elle s'inscrit. Conformément à la méthodologie prescrite originellement par l'arrêt *World Duty Free*, la CJUE est ainsi venue, par deux arrêts rendus en formation de grande chambre le 16 mars 2021, lever les dernières incertitudes juridiques relatives aux TSN en jugeant que des taxes progressives sur le CA ne sont pas nécessairement, en tant que telles, des aides d'États au sens de l'article 107 TFUE¹⁵⁸². Ces deux affaires mettaient en cause des impositions progressives adoptées par la Pologne et la Hongrie relatives aux secteurs de la publicité et du commerce de détail. La Commission européenne avait alors estimé, ainsi que l'a rapporté la CJUE, que « *les taux de l'impôt progressif sur le CA étaient, de fait, liés à la taille de l'entreprise et non à sa rentabilité, de sorte qu'ils entraîneraient une discrimination entre entreprises et seraient susceptibles de provoquer de graves perturbations du marché. Selon cette institution, ces taux instaурeraient une inégalité de traitement entre entreprises, et devraient, dès lors, être considérés comme sélectifs* »¹⁵⁸³. Confirmant les décisions rendues par le Tribunal de l'UE, la CJUE a, par un « *un raisonnement juridique combinant sa jurisprudence récente en matière de sélectivité des aides d'État et celle qui a trait aux discriminations indirectes dans le cadre de la mise en œuvre des libertés de circulation* »¹⁵⁸⁴ rejeté le pouvoir formé par la Commission. L'extension effectuée ici par la CJUE de la jurisprudence *Vodafone Magyarorszag* relative aux discriminations fiscales indirectes induit dès lors que la sélectivité d'une mesure fiscale générale ne peut être caractérisée que lorsqu'elle ne s'applique pas à l'ensemble des entreprises dans une situation comparable mais bénéficie seulement à certains opérateurs. La mise en œuvre de la TSN ne révèle pas une telle situation. Comme déjà indiqué, le choix du CA constitue un critère de distinction neutre et un indicateur pertinent de la capacité contributive des assujettis dont l'appréciation ne diverge pas en fonction de la taille des entreprises.

¹⁵⁸⁰Concl. J. KOKOTT, ss CJUE, 4e ch., 6 octobre 2015, aff. C-66/14, *Finanzamt Linz c/ Bundesfinanzgericht* : JurisData n°2015-025711.

¹⁵⁸¹CJUE, gr. ch., 21 déc. 2016, aff. C-20/15 P et C 21/15 P, *Commission c/ World Duty Free Group e.a* : EU :C :2016 :981 ; *Dr. fisc.* 2017, n° 26, comm. 373, note A. MAITROT DE LA MOTTE.

¹⁵⁸²CJUE, gr. ch., 16 mars 2021, aff. C-562/19 P, *Commission européenne c/ République de Pologne*. – Et, CJUE, gr. ch., 16 mars 2021, aff. C-596/19 P, *Commission européenne c/ Hongrie*.

¹⁵⁸³CJUE, gr. ch., 16 mars 2021, aff. C-562/19 P, *Commission européenne c/ République de Pologne*, pt 4.

¹⁵⁸⁴A. MAITROT DE LA MOTTE, « Faute de sélectivité, des taxes progressives sur le chiffre d'affaires sont compatibles avec le droit européen des aides d'État », *Dr. fisc.* n° 12, 25 mars 2021, act. 169.

Ainsi, comme le note la Cour, la circonstance, comme l'estime la Commission, que l'indicateur du bénéfice constitue un indicateur plus pertinent de la capacité contributive est « *indifférente en matière d'aides d'État, dès lors que le droit de l'Union en cette matière vise seulement la suppression des avantages sélectifs dont pourraient bénéficier certaines entreprises au détriment d'autres qui seraient placées dans une situation comparable* »¹⁵⁸⁵. En outre, la critique tenant à la comparabilité entre les services faisant parti du champ d'application et ceux en étant exclus ne saurait prospérer. Le champ choisi, restreint aux seules activités de ciblage publicitaires sur une interface numérique et de ventes de données ne dispose d'aucun comparable ni dans les modèles d'affaires plus traditionnels, ni dans les modèles d'affaires numériques en ce que l'intensité de la participation des utilisateurs au processus de création de valeur de l'entreprise apparaît sans égal. Enfin, l'on notera qu'en pratique, la qualification éventuelle d'aide d'État de la TSN aura pour seule conséquence l'assujettissement de l'ensemble des entreprises du secteur et non l'exonération des grandes entreprises du numérique initialement concernées¹⁵⁸⁶.

B. La conformité avec le droit dérivé de l'UE

414. L'article 401 de la directive TVA¹⁵⁸⁷ interdit l'instauration par les États membres de taxes sur le CA présentant des caractéristiques similaires à une TVA. Les caractéristiques essentielles permettant d'identifier une TVA selon la jurisprudence de la CJUE sont au nombre de quatre : une application générale de la taxe aux transactions ayant pour objet des biens ou des services, la fixation de son montant proportionnellement au prix perçu par l'assujetti en contrepartie des biens et des services qu'il fournit, la perception de cette taxe à chaque stade du processus de production et de distribution et la déduction de la TVA due par un assujetti des montants acquittés lors des étapes précédentes du processus de production et de distribution¹⁵⁸⁸. La confrontation de ces quatre conditions à la TSN permet de conclure sans grande difficulté qu'elle ne saurait constituer une sorte de TVA. Comme le note la CJUE dans son arrêt Vodafone du 3 mars 2020, les troisième et quatrième conditions ne peuvent être remplies concernant un impôt sur les prestations de services de communication électronique « *qui a pour assiette le CA net de l'assujetti concerné, n'est pas perçu à chaque stade dudit processus, ne comporte pas un mécanisme analogue à celui du droit à déduction de la TVA et n'est pas fondé sur la seule valeur ajoutée aux différents stades de ce même*

¹⁵⁸⁵CJUE, gr. ch., 16 mars 2021, aff. C-562/19 P, Commission européenne c/ République de Pologne, pt 41.

¹⁵⁸⁶CJCE, 15 juin 2006, aff. C-393/04 et C-41/05, Air Liquid Belgium Industries.

¹⁵⁸⁷Directive 2006/112/CE du Conseil du 28 novembre 2006 relative au système commun de la taxe sur la valeur ajoutée.

¹⁵⁸⁸CJCE, 3 octobre 2006, Banca popolare di Cremona, C-475/03, EU:C:2006:629, point 28.

processus »¹⁵⁸⁹. Enfin, le champ particulièrement restreint de ces mesures d'imposition, loin de viser l'ensemble des biens et des services ainsi que l'absence immédiate et directe de collecte de la taxe auprès des consommateurs permettent de considérer que les TSN ne peuvent être qualifiées de TVA au sens communautaire¹⁵⁹⁰.

III. La conformité aux règles de l'OMC

415. La création de l'OMC, en date du 15 avril 1994, porte principalement sur trois accords : l'accord sur les tarifs douaniers et le commerce (GATT), l'accord sur le commerce des services (AGCS) et les aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce (ADPIC). L'interdiction de toute discrimination entre fournisseurs de biens ou de services selon leur nationalité, organisée au travers des règles de la nation la plus favorisée¹⁵⁹¹ et des règles nationales en matière d'impositions et de réglementations intérieures¹⁵⁹² semble ainsi fortement limiter le pouvoir des États d'adopter dans leur droit interne des mesures fiscales faisant reposer, de part leur champ d'application particulièrement restreint, l'essentiel de la charge fiscale sur les multinationales du numérique américaines. La potentielle violation des règles de l'AGCS y est ainsi bien plus importante à l'égard de mesures conçues en dehors du champ des conventions fiscales bilatérales. Pour autant, il pourrait être argué que ces mesures bénéficient, au même titre que les mécanismes conventionnels fondant l'imposition de l'État source¹⁵⁹³, de l'exception prévue à l'article XIV (d) de l'AGCS. Cet article permet en effet l'établissement d'une différence de traitement entre les fournisseurs selon leur nationalité si cette différence « *vise à assurer l'imposition équitable ou effectif d'impôts directs* » de fournisseurs étrangers. Aux fins de l'AGCS, « *l'expression impôts directs englobe tous les impôts sur le revenu total, sur le capital total ou sur des éléments du revenu ou du capital [...]* »¹⁵⁹⁴. Toutefois, les caractéristiques intrinsèques de la TSN n'en font assurément pas un impôt direct. Cette mesure d'imposition au caractère hybride, qui n'accorde aucune importance aux profits issus des activités des entreprises assujetties, à l'exception notable de la TSN britannique, ne saurait ainsi bénéficier de l'exception de l'article XIV (d) de l'AGCS¹⁵⁹⁵. Pour s'affranchir de ces difficultés de conformité, cette mesure devrait alors être conçue d'une telle

¹⁵⁸⁹CJUE, 3 mars 2020, Vodafone, *préc.*, point 64.

¹⁵⁹⁰A. PERIN-DUREAU, *préc.*

¹⁵⁹¹Article premier du GATT et Article II de l'AGCS.

¹⁵⁹²Article III du GATT et Article XVII (1) de l'AGCS.

¹⁵⁹³Cf. notamment *supra.*, n° dans le cadre des retenues à la source conventionnelles

¹⁵⁹⁴Article XXVIII (o) AGCS.

¹⁵⁹⁵Pour de plus amples développements sur la question de la conformité des TSN et notamment celle française aux règles de commerce international, cf. C. FORSGREN, S. SONG and D. HORVATH, DIGITAL SERVICES TAXES : « Do They Comply with Tax and Trade Agreements and EU Law ? », *Institute of International Economic Law*, 10 may 2020, Washington DC.

manière qu'elle s'appliquerait aussi bien aux fournisseurs de services étrangers qu'aux fournisseurs nationaux¹⁵⁹⁶. Assurément, une telle voie, bien qu'empruntée par le législateur français, va à l'encontre de l'objectif initial de cette mesure de réinstaurer l'équité fiscale entre les entreprises numériques résidentes et celles étrangères, dont la propension à s'engager dans des pratiques de planification fiscale agressive est bien plus notable.

Section 2 : L'imposition des entreprises multinationales numériques selon des indicateurs novateurs

416. La fiscalité constitue, au côté du droit de la concurrence¹⁵⁹⁷, un instrument essentiel à la réaffirmation positive de la souveraineté numérique des États¹⁵⁹⁸. En effet, l'assise de l'autorité étatique dans le cyberspace ne saurait pleinement s'effectuer sans l'adoption de réglementations fiscales permettant de contrôler les activités réalisées par les plateformes numériques tout en assurant une protection effective des droits et libertés fondamentales des citoyens. En tant que « marqueur de la souveraineté numérique », la fiscalité est ainsi amenée à jouer un rôle essentiel dans la régulation des comportements de multinationales qui, tant par leur gigantisme que leur sens exacerbé du libertarianisme, remettent en cause la pertinence de la centralisation des attributs régaliens au niveau de l'État¹⁵⁹⁹.

Dans cette mesure, de nombreux observateurs fiscalistes et économistes ont pensé des régimes spécifiques d'imposition des multinationales du numérique s'écartant plus ou moins, dans leur conception et leur mise en œuvre, des principes traditionnels en matière de fiscalité internationale. Ces propositions se différencient en deux ensemble distincts. Le premier consiste à prendre comme point de départ la nature de l'impôt sur le revenu des entreprises. En effet, « *traditionnellement, l'impôt sur le revenu est un impôt sur le retour en investissement [...] Il représente le rendement du capital matériel et immatériel investi dans un autre pays* »¹⁶⁰⁰. Dès lors, en ce que l'investissement initialement réalisé par l'entreprise étrangère pour pénétrer le marché est intrinsèquement lié au territoire de l'État de consommation, un pouvoir d'imposition sera octroyé à cet État à hauteur des bénéfices excédents ceux que l'entreprise aurait réalisé si son investissement

¹⁵⁹⁶W. SCHÖN, *préc.*

¹⁵⁹⁷L'adoption très récente du projet Digital Market Act, le 25 mars 2022, par les instances européennes pourrait amener à une révolution en droit de la concurrence. En substance, ce projet a été conçu dans l'objectif de favoriser la circulation des données entre l'ensemble des opérateurs et de renforcer les obligations d'information de ces entreprises préalablement à des rachats de jeunes entreprises innovantes.

¹⁵⁹⁸Pour une étude de la signification de la « souveraineté numérique » et de ses implications avec la notion traditionnelle de « souveraineté », cf. supra. Introduction § 3.

¹⁵⁹⁹F. G'SELL, « Remarques sur les aspects juridiques de la souveraineté numérique », *Revue des Juristes de Sciences Po* n° 19, Octobre 2020, 13.

¹⁶⁰⁰W. SCHÖN, « Ten Questions about Why and How to Tax the Digitalized Economy, Max Planck Institute », *Working Paper* 2017-11, December 2017, p. 22-23.

s'était cantonné à un cadre purement national¹⁶⁰¹. Ainsi, l'imposition selon l'indicateur des investissements rattachables à un marché constitue une traduction de l'approche des rentes économiques dans laquelle l'attribution d'une compétence fiscale à l'État de consommation ne se limiterait à l'identification des interventions successives de cet État dans la fourniture de cadres propices à la conduite de l'activité de l'entreprise étrangère (**Paragraphe 1**). Le deuxième ensemble invite lui à une réforme de plus grande ampleur en tentant de valoriser fiscalement une ressource stratégique essentielle à la réussite des modèles d'affaires numérisés, qui n'est pourtant actuellement que très imparfaitement appréhendée par le cadre fiscal international : les données. Si la conception d'une fiscalité spécifique assise sur la collecte, la détention ou la vente de données apparaît dans un contexte de crise des finances publiques prioritairement motivée par un objectif de maximisation des ressources fiscales étatiques, sa vocation régulatrice doit toutefois être privilégiée en incitant les multinationales numériques à l'adoption de comportements vertueux dans le but d'octroyer une valeur juridique effective aux textes en matière de protection du respect de la vie privée des citoyens et de l'environnement (**Paragraphe 2**).

Paragraphe 1 : L'imposition selon l'indicateur de l'investissement rattachable au territoire de l'État de consommation

417. L'émergence des propositions d'imposition des multinationales selon l'indicateur de l'investissement s'explique essentiellement par l'étiollement de la pertinence des fondements théoriques justifiant la compétence fiscale de l'État de source. En effet, ainsi qu'il a déjà été étudié, en vertu de la théorie des services rendus, l'État de source n'est susceptible de disposer d'un droit d'imposer les bénéfices réalisés par une entreprise étrangère que « *lorsque ses services publics participent activement et directement à la création de valeur sur son territoire* »¹⁶⁰². Dans cette mesure, la compétence fiscale de l'État fournisseur de services publics se justifie essentiellement par le dépassement sur son territoire d'un seuil de présence physique de l'entreprise étrangère. Toutefois, la dématérialisation de l'économie ainsi que l'intégration des NTIC dans les chaînes de valeur a permis avec facilité aux multinationales d'être présente économiquement de manière significative sur des territoires sans pour autant avoir besoin d'y déployer des moyens matériels et humains conséquents. En réponse à la multiplication des hypothèses de déconnexion entre le lieu d'imposition des revenus et le lieu de création de valeur, l'indicateur de l'investissement rattachable au territoire de l'État de consommation a alors été présenté comme permettant de se détacher du critère de la présence physique tout en conservant, par une analyse exclusivement centrée sur les

¹⁶⁰¹N. KAUFMAN, « Fairness and the Taxation of International Income », *préc.*

¹⁶⁰²N. VERGNET, *préc.*, § 517, p. 204.

décisions de déploiement de l'activité de l'entreprise, la théorie de l'offre. Il en ressort deux concepts avec comme principales différences une étendue plus ou moins importante de leur champ d'application. Le premier, dénommé « biens incorporels de commercialisation », a été initialement présenté par les États-Unis en 2019 dans les discussions menées au sein du Cadre inclusif OCDE. Cette proposition vise en substance à attribuer à l'État de consommation un droit d'imposition supplémentaire en raison de l'exploitation intensive par une entreprise étrangère d'éléments immatériels intrinsèquement liés à son territoire tels que les actifs liés à la base utilisateurs/clientèle ou plus globalement les « biens incorporels de commercialisation »¹⁶⁰³(I). Le deuxième, plus cohérent, dénommé « investissements numériques » et défendu par W. SCHÖN¹⁶⁰⁴, consiste à neutraliser les lacunes théoriques et pratiques du concept américain en centrant l'analyse sur la distinction entre les dépenses réalisées par une entreprise numérique d'ordre générale et celles rattachables spécifiquement à un marché. Une telle distinction illustre le lien particulièrement intime que partagent les investissements réalisés par les plateformes numériques avec le territoire de l'État de consommation en ce qu'ils sont un préalable indispensable, d'une part, à la constitution d'une communauté d'utilisateurs suffisants et, d'autre part, à la génération de massives rentes économiques (II).

I. Le concept de « biens incorporels de commercialisation »

418. Le concept de « biens incorporels de commercialisation » ne constitue pas une rupture frontale avec les principes traditionnels de la fiscalité internationale. Plus exactement, ce concept propose la mise en place d'une solution d'équilibre dans le glissement du pouvoir d'imposition vers le lieu de consommation en ne modernisant que les aspects du droit fiscal conventionnel qu'il juge obsolètes. Dès lors, la préservation par ce concept hybride de l'essentiel des principes traditionnels d'imposition des bénéficiaires des multinationales, en parallèle voire en combinaison d'un système plus novateur, complexifie grandement l'identification du fondement théorique à son origine et de ses modalités pratiques (A). Son hybridité ressort avec d'autant plus de vigueur à l'étape de l'allocation des profits à l'État de consommation en oscillant entre la préservation du PPC et son abandon pour privilégier une méthode prétendument simplificatrice dans le but d'augmenter les droits d'imposition de la juridiction de marché (B).

¹⁶⁰³La définition de la notion de « biens incorporels de commercialisation » est similaire à celle prévue dans la matière des prix de transfert.

¹⁶⁰⁴W. SCHÖN, « Ten Questions as To Why and How to Tax the Digitalized Economy », *Bulletin for International Taxation*, n°72, 2018, p. 288-290.

A. Un concept au caractère hybride

419. La genèse du concept de « biens incorporels de commercialisation » se situe en 2006 avec le règlement de l'important différend entre *GlaxoSmithKline* et l'IRS dans lequel la société s'était finalement résolue à verser plus de 3,1 milliards de dollars au trésor américain¹⁶⁰⁵. Basée sur cette expérience, l'administration américaine a dès lors conçue cette proposition dans l'objectif de prémunir l'État de consommation contre les pratiques fiscales agressives des multinationales visant à transférer les profits issus des biens incorporels de commercialisation selon un facteur fiscal (1). Cet objectif de reconnecter le lieu de création de valeur avec le lieu d'imposition des revenus n'est néanmoins pas seul à avoir présidé la conception de cette proposition, comme en atteste son champ d'application, loin de se limiter à la lutte contre les pratiques BEPS. En effet, similairement aux propositions défendant l'instauration du principe de destination en matière d'imposition des bénéfices des entreprises, le concept est aussi motivé par l'objectif d'adoption d'un système fiscal efficace, c'est-à-dire qui ne modifie pas les décisions économiques des investisseurs (2).

1. La neutralisation des pratiques fiscales agressives liées aux biens incorporels de commercialisation

420. Le lien fonctionnel intrinsèque entre l'État de consommation et les biens incorporels de commercialisation d'une entreprise étrangère est susceptible de se matérialiser de deux façons. D'une part, comme le note l'OCDE, certains de ces biens, « *comme les marques ou les appellations commerciales se révèlent à travers l'attitude favorable manifestée par les consommateurs à leur égard [de sorte que] l'on peut considérer que ces biens ont été créés dans la juridiction du marché* »¹⁶⁰⁶. D'autre part, les données sur les clients ainsi que les relations avec la clientèle découlent d'activités ciblant directement la juridiction de marché de sorte qu'il peut être considéré que leur création est liée à son territoire¹⁶⁰⁷. Pourtant, ce lien intrinsèque est, en raison du caractère particulièrement mobile de ce type de biens incorporels, susceptible d'être modulé artificiellement par les multinationales dans le but de diminuer le taux effectif d'imposition du groupe. En effet, de nombreuses stratégies de planification fiscale agressives ont prospéré visant notamment à la facturation d'importantes redevances aux filiales d'États de consommation en contrepartie de l'utilisation d'algorithmes, marques et autres incorporels détenus par des sociétés localisées dans des

¹⁶⁰⁵IRS, IRS Accepts Settlement Offer in Largest Transfer Pricing Dispute, IR-2006-142, 11 sept. 2006, consultable à l'adresse suivante : <https://www.irs.gov/pub/irs-news/ir-06-142.pdf>

¹⁶⁰⁶OCDE, Document de consultation publique – Relever les défis fiscaux soulevés par la numérisation de l'économie, 13 février – 6 mars 2019, p. 15, § 31.

¹⁶⁰⁷*Ibid.*

États à fiscalité privilégiée. L'affaire *GlaxoSmith* avait alors marqué un premier coup d'arrêt à l'adoption de ce type de montages en refusant la déduction de redevances versées par une filiale chargée de distribuer sur le marché américain les produits pharmaceutiques du groupe à une société anglaise propriétaire juridique dès lors qu'elle était en réalité, au regard de l'importance capitale de la fonction marketing dans le processus de création de valeur, la propriétaire économique des différents incorporels pris en licence¹⁶⁰⁸. La rémunération de pleine concurrence de la filiale américaine avait ainsi été déterminée par l'application de la méthode du profit split aboutissant in fine à une répartition globale du profit de 60-40 entre la société américaine et anglaise contre 30-70 dans la répartition originelle adoptée par *GlaxoSmith*. Conformément aux actions 8-10 du plan BEPS, l'intérêt est alors de réaligner le lieu de création de valeur avec le lieu d'imposition des revenus en déplaçant les droits d'imposition des États à fiscalité privilégiée vers les États de consommation. Ainsi, en laissant hors de son champ d'application les biens incorporels de fabrication, jugés comme ne revêtant aucun risque de délocalisation selon un facteur fiscal¹⁶⁰⁹, le concept de biens incorporels de commercialisation ne devrait pas avoir comme effet d'interférer avec les droits d'imposition actuels dont disposent les États de production¹⁶¹⁰.

2. Une modification de la répartition du pouvoir d'imposer fondée sur la notion d'efficacité

421. Le concept de « biens incorporels de commercialisation » constitue une préservation stricte de la théorie de l'offre en considérant que la création de valeur est le résultat de la seule interaction des différents facteurs de production mis en oeuvre par l'entreprise. En effet, comme le souligne l'OCDE, « *l'approche se veut conforme au principe de la répartition des bénéfices fondée sur la création de valeur [...], dans la mesure où c'est l'intervention active de l'entreprise sur le marché qui induit l'attitude positive des consommateurs et lui permet de collecter des données sur les clients et le marché* »¹⁶¹¹. Dès lors, au contraire de certaines propositions visant à consacrer la théorie de la demande dans la répartition de la compétence fiscale¹⁶¹², le fait que la réalisation des transactions commerciales exige l'interaction entre l'offre et la demande dans la juridiction de marché n'est pas en lui-même suffisant pour accorder à cette juridiction un pouvoir d'imposition à l'égard des bénéfices retirés desdites transactions. Cette conformité avec les cadres actuels

¹⁶⁰⁸P. FRIS, S. GONNET, « A European View on Transfer Pricing After Glaxo », *The Bureau of National Affairs*, 11/06, November 2006.

¹⁶⁰⁹L'OCDE note en effet qu'« il est moins facile pour un groupe d'entreprises multinationales de transférer ses bénéfices issus de biens incorporels de fabrication, car ils découlent en règle générale d'activités substantielles et observables exercées dans un lieu spécifique » (OCDE, préc., p. 16, § 36).

¹⁶¹⁰W. SCHÖN, *préc.*, p. 21.

¹⁶¹¹OCDE, *préc.*, p. 15, § 33.

¹⁶¹²L'approche finalement adoptée par le pilier 1 OCDE constitue une première étape dans la consécration de la théorie de la demande, cf. infra. Chapitre 2.

d'imposition des bénéfices des entreprises ne s'étend toutefois pas au fondement théorique justifiant la compétence fiscale de l'État de source, i.e la théorie des services rendus. En effet, si les investissements spécifiques liés au marché sont de nature à cibler une clientèle locale, ils ne dépendent d'aucune relation territoriale avec l'État de consommation ou de services publics fournis par cet État¹⁶¹³. Il n'est dès lors aucunement besoin, pour justifier la compétence fiscale de l'État de consommation, que les actifs corporels et immatériels résultant des investissements réalisés soient créés ou transférés sur son territoire. En dépit d'une base théorique solide guidant à son élaboration, les défenseurs du concept de « biens incorporels de commercialisation » arguent toutefois de sa capacité à améliorer conséquemment l'efficacité actuelle du système fiscal international. En effet, les critiques les plus vives concernant l'inadaptation du système actuel se situent sur le versant économique et plus particulièrement sur sa prétendue inefficacité en permettant aux entreprises de dissocier largement leurs décisions d'investissement et leurs décisions d'allocation de la base taxable et en entraînant des coûts de conformité très élevés notamment au regard de la mise en œuvre du PPC¹⁶¹⁴. Dans cette mesure, l'attribution de la compétence fiscale à l'État de consommation selon un facteur immobile, i.e. la localisation des rentes issus d'investissements spécifiques, neutralise en grande partie les possibilités de localiser la base taxable en fonction d'un facteur fiscal et assure que les investissements soient réalisés dans les lieux où les taux de rendement brut du capital sont les plus élevés.

B. Un compromis entre la préservation du principe de pleine concurrence et la modernisation des règles de répartition du profit

422. Selon les tenants de cette proposition, les modalités de répartition de la compétence fiscale entre États de production et de consommation doivent être déterminés en fonction de la nature de l'IS. Ainsi, en ce que cet impôt constitue en substance un impôt sur les revenus de capitaux, un État ne saurait disposer d'un pouvoir d'imposition sur la base des bénéfices issus de la taille et de l'étendue des activités des salariés de l'entreprise, seul devant compter l'existence et la localisation du capital investi¹⁶¹⁵. Ceci implique dès lors que l'attribution des profits à l'État de consommation ne soit pas liée à l'exercice sur son territoire par l'entreprise étrangère de « fonctions humaines significatives » ou de « fonctions DEMPE », concepts pourtant essentiels dans le cadre actuel pour répartir les bénéfices issus d'actifs incorporels entre entités membres d'un groupe (1). Si

¹⁶¹³W. SCHÖN, *préc.*, n°, p. 24.

¹⁶¹⁴Cf., M. DEVEREUX, A. J. AUERBACH, M. KEEN, P. OOSTERHUIS, W. SCHÖN and J. VELLA, « Taxing Profit in a Global Economy », *Oxford International Tax Group*, 2021, v. notamment Chapitre 3 ; T. TORSLOV, L. WIER et G. ZUCMAN, « The Missing Profits of Nations » : *NBER Working Paper*, n° 24701, 2018.

¹⁶¹⁵W. SCHÖN, *préc.*, p. 20-21.

les documents du Cadre inclusif OCDE dans l'élaboration d'une solution appropriée pour moderniser les cadres actuels d'imposition des bénéficiaires des multinationales sont restés peu diserts quant aux modalités de répartition du profit sous le concept de « biens incorporels de commercialisation », la faveur semble néanmoins se porter, pour déterminer le montant de bénéfice attribuable à la juridiction de marché, sur l'application d'une méthode de partage des bénéfices résiduels (2).

1. L'absence de connexion entre la localisation des « fonctions humaines significatives » et l'attribution des profits

423. Les révisions successives du guide des PDT ont été effectuées, conformément aux actions 8-10 du plan BEPS, dans l'objectif d'améliorer l'alignement de l'allocation des revenus issus des actifs incorporels et l'allocation contractuelle des risques avec l'exercice par les entités membres du groupe des fonctions humaines significatives. Ce type de fonctions se réalise en pratique par des employés disposant de compétences suffisamment élevées pour s'engager dans le développement, l'amélioration, la maintenance, la protection et l'exploitation (DEMPE) d'incorporels. Dès lors, selon les défenseurs d'une modernisation des cadres de répartition internationale du profit, ces règles ne fourniraient aucune base solide à l'extension du pouvoir d'imposition de l'État de consommation en ce que ces fonctions sont globalement exécutées sur le territoire d'autres États comme par exemple celui de production où les données extraites peuvent être transformées en biens incorporels de commercialisation par l'utilisation d'algorithmes de traitement massif¹⁶¹⁶. Les règles DEMPE, en obligeant à ce que le bénéfice résiduel issu de ces actifs soit alloué aux entités réalisant ces fonctions, seraient inefficace économiquement en ce qu'elles inciteraient les multinationales à transférer leur force de travail hautement qualifiée, initialement localisée dans des États à forte pression fiscale vers des États à fiscalité privilégiée, tels que l'Irlande ou la Suisse, pays disposant qui plus est d'infrastructures de réseaux et de main-d'oeuvre hautement performantes¹⁶¹⁷.

Afin d'amoindrir l'intérêt pour les multinationales de procéder à de tels transferts, la proposition des « biens incorporels de commercialisation » rejette la connexion entre le lieu de mobilisation de la force de travail et le lieu de création de valeur¹⁶¹⁸ pour retenir l'indicateur de l'investissement destiné à pénétrer le marché d'un État. En effet, la réalisation d'un investissement ne nécessite sur le territoire de l'État de consommation ni la présence physique de l'entreprise

¹⁶¹⁶M. DE WILDE, « Comparing Tax Policy Responses For the Digital Economy : Fold or All in », *Intertax*, Vol. 46, Issue 6/7, p. 468.

¹⁶¹⁷I. GRINBERG, « International Taxation in an Era of Digital Disruption », préc., n° p. 89.

¹⁶¹⁸Cf. *supra*. § 198 et s. pour de plus amples développements sur l'impact des fonctions DEMPE en matière de répartition des profits.

investisseur ni la localisation physique de l'investissement. Ceci est vrai tant pour les investissements « numériques », ex. création d'un moteur de recherche, maintenance de la plateforme numérique..., que pour les investissements plus classiques, ex. marques, campagnes marketings..., où l'intégration des TIC dans les chaînes de valeur et la baisse des coûts de communication et de transport permettent à une entreprise étrangère de fournir des services et de vendre des biens dans une juridiction sans pour autant y être présente physiquement¹⁶¹⁹. Toutefois, cette conception ne conclut pas au rejet pur et simple de l'importance des fonctions réalisées par les employés hautement qualifiés de l'entreprise dans le processus de création de valeur. Bien au contraire, la réalisation de ce type de fonctions peut, quelque soit la localisation des employés, être considérée comme liée à l'État de consommation si les investissements les concernant visent spécifiquement cet État. En d'autres termes, la part de profit attribuable à l'État de consommation est susceptible de prendre en compte l'impact des fonctions hautement qualifiées dans le DEMPE des biens incorporels de commercialisation sans qu'il soit nécessaire que les employés de l'entreprise ne soient localisés sur le territoire de cet État¹⁶²⁰.

2. La méthode de partage des bénéfices résiduels dans la détermination du bénéfice imposable dans la juridiction de marché

424. Le concept de « biens incorporels de commercialisation » vise à octroyer à la juridiction de marché « *le droit d'imposer la totalité ou une partie des bénéfices non standards qui sont à juste titre associés à ces biens incorporels et aux risques afférents, cependant que tous les autres bénéfices seraient répartis entre les membres du groupe, conformément aux principes en vigueur en matière de prix de transfert* »¹⁶²¹. Dès lors, le mécanisme de répartition des profits induit par ce concept invite dans un premier temps à calculer à l'échelle du groupe et non plus selon le principe de l'entité juridique distincte le montant des bénéfices attribuable aux activités de routine réalisées conformément au PPC avant de déterminer la part de bénéfices résiduels¹⁶²² liée aux biens incorporels de commercialisation et attribuable de ce fait aux États de consommation. En découle une part des bénéfices résiduels attribuable à l'État de consommation potentiellement bien plus faible que celle résultant de formules de répartition basées sur le seul facteur des ventes par destination ou de méthodes attribuant l'essentiel du profit résiduel à l'État de consommation. En

¹⁶¹⁹W. SCHÖN, *préc.*, p.19-20.

¹⁶²⁰M. OLBERT, C. SPENGLER, « Taxation in the Digital Economy – Recent Policy Developments and the Question of Value Creation », *International Tax Studies*, n°3, 2019, par. 4.3.

¹⁶²¹OCDE, *préc.*, § 32, p. 15.

¹⁶²²« The residual profit earned by an enterprise is the premium on the overall risk of the multinational firm, which goes beyond the sum of all routine profits allocable to individual business units » (W. SCHÖN, *préc.*, p. 22) ; Dit autrement, les profits résiduels correspondent aux profits issus des synergies créées par les unités constitutives du groupe d'entreprises dans différentes juridictions.

effet, cette proposition nécessite de diviser le bénéfice résiduel total entre les biens incorporels de commercialisation et les autres incorporels, notamment ceux de fabrication avant d'affecter à l'État de consommation les revenus réputés provenir des biens incorporels de commercialisation, le bénéfice résiduel ne pouvant leur être attribué restant par conséquent soumis aux règles actuelles en matière de PDT¹⁶²³. Dès lors, la détermination du bénéfice imposable dans l'État de consommation pose les questions de la délimitation du périmètre d'applicabilité de la notion de biens incorporels de commercialisation ainsi que de leur valeur par rapport aux autres incorporels. Si les difficultés liées à la distinction avec les biens incorporels de production peuvent être minimisées par un travail législatif rigoureux¹⁶²⁴, l'exercice de leur valorisation constitue un exercice relativement subjectif pouvant aboutir, d'une part, à une augmentation des différends entre les États de consommation et de production et, d'autre part, à l'adoption de formules de répartition arbitraire ne reposant sur aucun fondement¹⁶²⁵. Une potentielle solution pour minimiser ces situations serait alors de comparer les frais consolidés de R&D engagés par la multinationale avec les dépenses de marketing et de ventes pour déterminer la contribution respective des biens incorporels de commercialisation et des autres incorporels dans la réalisation de la marge résiduelle d'exploitation¹⁶²⁶. Les difficultés d'application s'intensifient d'autant plus lorsqu'il est envisagé d'opérer une distinction entre les « biens incorporels de commercialisation globaux », ex. activités de stratégies de marque mondiale, dont l'attribution des profits devrait s'effectuer conformément à la réalisation des fonctions DEMPE et ceux rattachables spécifiquement à un marché dont l'attribution des profits devrait s'effectuer conformément aux nouvelles règles promues¹⁶²⁷. Dans cette mesure, l'approche du cadre inclusif Pilier 1, bien que présentant d'importantes similarités avec la méthode retenue de partage des bénéfices résiduels, semble devoir être privilégiée car permettant la neutralisation d'une partie des difficultés pratiques du concept de « biens incorporels de commercialisation »¹⁶²⁸.

II. Le concept d'investissements numériques

425. Le concept d'investissements numériques vise à étendre le pouvoir d'imposition de l'État sur le territoire duquel a sa source la valeur captée sous forme de rentes économiques par une

¹⁶²³I. GRINBERG, *préc.*, p.99.

¹⁶²⁴Ibid : « For example, a statute might define income associated with patents, copyrights, trade secrets, and any other intangible clearly related to product function or composition as “production-based” intangible income, and specify that all other income not allocated to a routine return was “marketing intangible” income ».

¹⁶²⁵A. ASLAM, A. SHAH, « Taxing the Digital Economy, in Corporate Income Taxes Under Pressure », Chapter 10, *IFM*, 2021, p. 208.

¹⁶²⁶V. CHAND, « Allocation of Taxing Rights in Digitalized Economy », *Intertax*, 2019, Issue 12, **v. page.**

¹⁶²⁷B. LARKIN, OECD « Weighing Extensive Input on Digital Economy Tax Proposals », *Tax Notes International*, may 6 2019, p. 511.

¹⁶²⁸Cf. infra. n° et s. pour une étude de l'approche OCDE au titre du pilier 1.

entreprise étrangère¹⁶²⁹. Dès lors, ce concept entend de moduler les contours de l'approche des rentes économiques¹⁶³⁰ dans le but de l'adapter aux spécificités de certains modèles d'affaires numérisés (A). Si cette conception apparaît ainsi plus restrictive que celle des « biens incorporels de commercialisation », le montant de profit attribuable à la juridiction du marché est néanmoins susceptible de se révéler plus élevé en ce qu'il ne se limite pas à la dichotomie entre bénéfices routiniers et résiduels (B).

A. Une modulation de l'approche des rentes économiques

426. Selon les partisans d'une intégration du concept d'investissements numériques dans l'ordre fiscal international, l'étendue de son champ d'application ne devrait concerner que les modèles d'affaires où les synergies apparaissent particulièrement importantes entre le niveau de l'investissement de l'entreprise sur le marché et la force de la communauté d'utilisateurs dans l'État de consommation¹⁶³¹. En d'autres termes, il ne suffit pas que l'investissement réalisé par l'entreprise étrangère pour pénétrer un marché soit significatif. Encore faut-il qu'il aboutisse à la réalisation d'importantes rentes économiques, entendues comme les bénéfices excédant le taux normal de rendement du capital. Dans cette mesure, force est de constater que la réalisation de ces rentes, faisant suite à la mise en œuvre d'importantes stratégies d'investissement de pénétration d'un marché, reste essentiellement l'apanage de certaines plateformes numériques, uniques tant au regard de leur nature que des effets de réseaux générés par leurs utilisateurs (1). Similairement au concept de « biens incorporels de commercialisation », le seuil de déclenchement de l'obligation fiscale sur le territoire de l'État de consommation n'apparaît nullement lié à la présence physique de l'entreprise investisseur. Toutefois, pour éviter que ne pullulent inopportunément des présences taxables à travers le monde, source d'une augmentation considérable des coûts de conformité pour les entreprises, ce concept propose l'introduction de différents seuils limitant l'attribution d'un droit d'imposer à l'État de consommation aux situations dans lesquelles les entreprises numériques concernées disposent sur son territoire d'une présence économique significative (2).

1. Un champ d'application restreint aux modèles d'affaires uniques à l'économie numérique

427. La capacité des multinationales de réaliser des revenus supérieurs au taux de rendement normal du capital semble intrinsèquement liée à la position dominante voire

¹⁶²⁹W. HASLEHNER and M. LAMENSCH, « Taxation and Value Creation », EATLP International Tax Series, Vol. 19, 2021, *IBFD*, p. 7.

¹⁶³⁰Cf. *supra*.

¹⁶³¹W. SCHÖN, *préc.*, p. 27-28.

monopolistique qu'elles occupent sur un marché. Dès lors, la possibilité de réaliser des rentes économiques semble largement réduite dans l'hypothèse d'un marché fragmenté où le prix des produits fournis par les entreprises en situation de concurrence fait l'objet de baisses constantes¹⁶³². À titre d'exemple, le caractère hautement concurrentiel des services de streaming de films, séries ou musiques ne permet pas aux plateformes numériques, notamment en l'absence de caractère unique du service proposé, de dégager des rentes significatives¹⁶³³. Il n'y aurait donc aucunement besoin d'assujettir ces entreprises à une imposition selon le concept d'investissements numériques, le prélèvement de la TVA par les États de consommation étant considérée comme suffisant pour appréhender les revenus réalisés par ces plateformes¹⁶³⁴. Dès lors, seule une minorité d'entreprises à forte composante numérique -en somme les plateformes fonctionnant selon un modèle en réseaux de valeur- voit ses investissements initialement destinés à la création d'une base d'utilisateurs permettre la réalisation de rentes économiques sur le territoire de l'État de consommation. La valeur de la base utilisateurs de ces modèles d'affaires, qui plus est dans des marchés bi-faces, apparaît dans cette mesure supérieure à la base consommateurs dont dispose les entreprises dites « en relation étroite avec les consommateurs »¹⁶³⁵. En effet, une fois l'établissement de la base utilisateur pérennisée et indépendamment du caractère novateur de la technologie proposée, les plateformes disposent d'un avantage significatif sur leurs concurrents dans l'État de consommation¹⁶³⁶. L'explication à cette tendance naturelle vers l'oligopole voire le monopole se situe dans les spécificités des réseaux de valeur relatives aux effets de réseaux croisés permis par leur technologie d'intermédiation entre les différentes faces d'un marché ainsi qu'au rôle essentiel de leurs utilisateurs dans l'amélioration du service qu'elles proposent. La position dominante de ces plateformes combinée avec leur capacité de reproduire des biens et services numériques à un coût marginal presque nul constituent par conséquent de très forts catalyseurs de rentes économiques, invitant dès lors à la conception d'un champ d'application restreint à ces seules situations¹⁶³⁷.

2. Les facteurs pertinents dans la caractérisation du *nexus*

¹⁶³²J. LAMMERS, «The OECD Concept of User Participation And a More Pragmatic Way to Tax Rent Seeking », *Tax Notes International*, 18 novembre 2019, p. 613.

¹⁶³³W. SCHÖN, *préc.*, p. 25.

¹⁶³⁴J. LAMMERS, *préc.*

¹⁶³⁵Ce concept avait été introduit initialement dans la solution proposée par le Cadre Inclusif pour répondre aux défis fiscaux par la numérisation de l'économie. Ces activités recouvrent en substance celles destinées directement aux consommateurs telles que la vente de produits informatiques personnels, de vêtements, d'articles de cosmétiques, ou bien encore de véhicules automobiles (OCDE, *Déclaration du Cadre inclusif sur le BEPS de l'OCDE et du G20 relative à l'approche en deux piliers visant à relever les défis fiscaux soulevés par la numérisation de l'économie – janvier 2020*, Cadre inclusif sur le BEPS de l'OCDE et du G20, p.12, § 28).

¹⁶³⁶M. DEVEREUX, A. J. AUERBACH, M. KEEN, P. OOSTERHUIS, W. SCHÖN and J. VELLA, « Taxing Profit in a Global Economy », *préc.*, p. 169.

¹⁶³⁷W. SCHÖN, *préc.*, p. 25.

428. Le concept d'investissements numériques est une illustration de la théorie des droits dans laquelle l'attribution d'un pouvoir d'imposition à un État est liée à la valeur créée imputable à son territoire, indépendamment de ses interventions successives dans la fourniture de cadres propices à la conduite de l'activité de l'entreprise¹⁶³⁸. Par conséquent et similairement au concept de biens incorporels de commercialisation, si cette solution apparaît conforme à la théorie de l'offre puisqu'elle part du constat que la valeur n'aurait pu être créée sans une activité économique entreprise par l'investisseur étranger, le seuil de déclenchement de l'obligation fiscale sur le territoire de l'État de consommation n'apparaît nullement lié à la présence physique de l'entreprise investisseur. Dans cette mesure, la caractérisation d'une présence économique significative sur le sol de l'État de consommation, nécessaire pour justifier son pouvoir d'imposition, est subordonnée aux cas où l'entreprise étrangère dépasse deux seuils relatifs à un certain montant d'investissements spécifiquement rattachable à son marché sur plusieurs années¹⁶³⁹ et à un nombre prédéterminé d'utilisateurs du service numérique¹⁶⁴⁰.

Le premier seuil est celui susceptible de poser le plus de difficultés dans sa mise en œuvre puisqu'il requiert, pour appréhender les rentes économiques rattachables au territoire de l'État de consommation, de distinguer la part d'investissements réalisée par la multinationale numérique, de nature générale, de celle spécifiquement réalisée dans le but de pénétrer un marché. Par exemple, pour des entreprises fonctionnant en réseaux de valeur, si les dépenses visant à l'élaboration globale du réseau social comme la création de l'interface numérique ou le développement initial des algorithmes sont de nature générale et ne peuvent par conséquent être rattachées au territoire de l'État de consommation, tel n'est pas le cas des dépenses visant à fournir aux utilisateurs des services de communication gratuits, celles-ci constituant un préalable indispensable à la génération d'importants profits liés à leurs activités publicitaires. De même, en ce que les données d'utilisateurs collectées par certaines plateformes numériques permettent l'amélioration des outils de ciblage publicitaire et par des effets de réseaux croisés l'augmentation du nombre de leurs clients annonceurs, les investissements spécifiquement réalisés dans le but de collecter et analyser ces données seraient de nature à justifier le pouvoir d'imposition de l'État de consommation¹⁶⁴¹. Le tracé d'une ligne de démarcation entre ces deux types d'investissement se complexifie toutefois dans les situations où les investissements réalisés visent à la constitution de bases d'utilisateurs résidents dans plusieurs États. La neutralisation de cette difficulté, présente notamment dans les activités des

¹⁶³⁸Pour une étude des différentes utilisations de la théorie des droits, cf. supra. § 43 et s.

¹⁶³⁹Comme le note W. SCHÖN, *préc.*, p. 28 : « Given the fact that specific investment in hardware and software and other assets has a useful life of more than one year one could imagine that the threshold for taxation in the market country should be calculated on the basis of a multiyear expenditure statement ».

¹⁶⁴⁰A. ASLAM, A. SHAH, « Taxing the Digital Economy », *préc.*, p. 207.

¹⁶⁴¹W. SCHÖN, *préc.*, p. 27-28.

plateformes d'intermédiation opérant sur des marchés multi-faces, ne peut dès lors s'effectuer que par la mise en œuvre d'une approche fractionnaire basée sur la taille de la base utilisateurs dans chacun des États concernés¹⁶⁴².

Le deuxième seuil vise à s'assurer que l'État de consommation ne dispose d'un pouvoir d'imposer à l'égard d'une entreprise numérique étrangère que lorsqu'il apparaît légitime de penser que cette dernière « extrait » de son territoire des rentes économiques significatives. Ainsi, le dépassement d'un seuil élevé relatif au nombre d'utilisateurs est de nature à démontrer l'importance des effets de réseaux et des activités des utilisateurs dans le processus de création de valeur de la plateforme étrangère laissant dès lors supposer la réalisation de rentes économiques¹⁶⁴³.

B. La détermination du profit imposable dans l'État de consommation

429. L'intérêt porté par ce concept aux investissements réalisés par une entreprise numérique étrangère ciblant spécifiquement un marché permet de conserver l'application du PPC pour déterminer la part de profits imposable dans l'État de consommation. Différence majeure toutefois avec le système actuel, le concept d'investissements numériques ne lie pas le quantum de profits attribuable à l'État de consommation à la présence physique des « fonctions humaines » du groupe sur son territoire. Selon W. SCHÖN, ce montant doit ainsi refléter le niveau d'investissements, la nature du risque de marché lié à celui-ci et la qualité des activités permettant la mise en œuvre, le soutien et l'amélioration de cet investissement¹⁶⁴⁴. Dans cette mesure, l'ensemble des développements précédents laisse à penser que le concept d'investissements numériques constitue une déclinaison des taxes sur les rentes économiques, similaire à celles adoptées communément par les gouvernements africains dans le secteur extractif, et venant en supplément de l'IS pour capter une part plus importante de la rente issue de l'extraction du minerai par les entreprises étrangères¹⁶⁴⁵. Similairement à ces législations, R. AVI-YONAH avait alors récemment proposé une modulation de l'IS en introduisant une progressivité dans l'imposition des rentes économiques perçues par les principales multinationales en situation monopolistique¹⁶⁴⁶. La structure

¹⁶⁴²*Ibid.*

¹⁶⁴³L'adoption de seuils relatifs au montant de contrats conclus sur Internet ou des revenus comme le préconise W. SCHÖN, préc., p. 28, risque d'attribuer inopportunément à l'État de consommation une compétence fiscale à l'égard d'une plateforme numérique étrangère alors qu'elle ne réalise pas sur son territoire de rentes économiques. En effet, seul le seuil relatif à un nombre élevé d'utilisateurs constitue un indicateur fiable de la réalisation par la plateforme de rentes sur le territoire de l'État de consommation.

¹⁶⁴⁴*Ibid.* p. 29.

¹⁶⁴⁵Cf. B. LAPORTE, Y. BOUTERIGE, C. DE QUATREBARBES, « La fiscalité minière en Afrique : le secteur de l'or dans 14 pays de 1980 à 2015 », *Revue d'économie du développement*, n°4, Vol. 23, p. 85 : la rente minière est égale au « montant par lequel les revenus dépassent la totalité des coûts de production, dont ceux de la découverte et de la mise en exploitation, ainsi que le rendement normal du capital ».

¹⁶⁴⁶R. AVI-YONAH, « A New Corporate Tax », Draft 1/22/21, p. 5-11, consultable au lien suivant : https://law.indiana.edu/instruction/tax-policy/assets/tax_avi-yonah_a-new-corporate-tax_01222021.pdf

d'imposition est alors fondamentalement différente de celle de l'IS fédéral américain par l'introduction d'un taux fortement progressif sur les rentes économiques, culminant à 80 % lorsque les revenus perçus par les multinationales sont supérieurs à 10 milliards US dollars.

Pourtant, cette structure d'imposition, en raison des difficultés pratiques jugées comme quasiment insolubles dans la différenciation nette entre les concepts de « retour normal sur investissement », de « retour sur risques » ou de « rentes », n'a finalement pas été retenue et s'est portée sur l'attribution d'une part plus large de profits à l'État de localisation des investissements spécifiques en incluant le taux de rendement sans risque, la prime de risque ainsi que la rente¹⁶⁴⁷. Deux remarques, faisant douter de la pertinence de la méthode d'attribution des profits à l'État de consommation, peuvent dès lors être formulées. D'une part, selon la théorie de la fiscalité optimale, la taxation de l'entièreté de la rente économique est économiquement neutre et ne devrait donc pas avoir pour effet que l'entreprise étrangère exploitant le marché renonce à y fournir ses services¹⁶⁴⁸. Cependant, une taxation imposant plus que la rente réalisée par une entreprise pourrait avoir comme conséquence de déplacer les investissements futurs de cette entreprise vers d'autres territoires et ainsi de causer une perte économique pour l'État de consommation bénéficiant initialement de l'investissement. D'autre part, le lien intrinsèque induit par ce concept entre les investissements ciblant spécifiquement un marché et l'État de consommation n'est pas en mesure de retranscrire en toutes circonstances le processus de création de valeur des entreprises à forte composante numérique. À titre d'exemple, si les investissements pour développer une interface numérique sont bien souvent significatifs, sa reproduction et son adaptation dans le but de la conformer aux préférences et usages des utilisateurs d'autres territoires peut s'effectuer, comparativement à un outil matériel, à des coûts dérisoires¹⁶⁴⁹. De même, si la mise au point de procédés efficaces de collectes de données personnelles requiert des investissements significatifs, l'intégration économique effective d'un marché par une plateforme numérique, matérialisée par le suivi intensif des utilisateurs y résidents, est susceptible de s'effectuer à des coûts largement moindres. Le concept d'investissements numériques ne permet donc pas sous le prisme de l'État de consommation de valoriser fiscalement les données personnelles, pourtant moteurs de profits à part entières dans le processus de création de valeur des plateformes fonctionnant en réseaux de valeur. En effet, la part de profits imposable dans l'État de consommation apparaît ici bien inférieure à la réelle importance des effets de réseaux croisés et de la contribution, qui plus est gratuite, des utilisateurs au processus

¹⁶⁴⁷W. SCHÖN, *préc.*, p. 29.

¹⁶⁴⁸B. LAPORTE, Y. BOUTERIGE, C. DE QUATREBARBES, « Partage de la rente et progressivité des régimes fiscaux dans le secteur minier », *FERDI*, WP n° 252, 2019, p. 1-2, consultable à l'adresse suivante : <https://hal.archives-ouvertes.fr/hal-02090323/document>

¹⁶⁴⁹W. CUI, « The Digital Services Tax: A Conceptual Defense », Octobre 2018, Part II, consultable à l'adresse suivante : https://commons.allard.ubc.ca/cgi/viewcontent.cgi?article=1469&context=fac_pubs

de création de valeur de la plateforme numérique étrangère. Ainsi, « *l'externalité positive issue du travail gratuit des internautes ne débouche sur aucune forme de profit taxable dans [l'État de consommation] mais se trouve valorisée, d'une manière ou d'une autre, dans les comptes des sociétés étrangères* »¹⁶⁵⁰.

Paragraphe 2 : L'imposition selon l'indicateur des données collectées

430. Les données personnelles peuvent à l'évidence constituer un moteur de profit essentiel pour les entreprises numériques collectrices, notamment dans les situations où elles génèrent un flux de revenus distinct suite à leur revente à des tiers. Ce constat ne permet toutefois pas de répondre aux problématiques liées à la justification de la compétence fiscale de l'État de situation des utilisateurs et au montant adéquat de revenus qui devrait dans un second temps lui être rattaché. Si la modernisation de la théorie des services rendus constituerait une réponse éventuelle à la première problématique en légitimant la compétence fiscale de cet État au regard des avantages conséquents qu'il fournit à l'entreprise numérique collectrice dans la conduite de son activité, i.e. infrastructures de réseaux informatiques, protection juridique des actifs incorporels¹⁶⁵¹, force est de constater qu'il est actuellement fortement complexe, voire impossible, d'attribuer une valeur aux données, qu'il s'agisse de données observées, de données soumises ou de données inférées. En effet, outre la circonstance que le marché des données d'utilisateurs est encore trop embryonnaire pour fournir des éléments de valorisation communément acceptés¹⁶⁵², l'utilité économique de la donnée dépend essentiellement de la capacité de l'entreprise à en tirer des informations pertinentes à l'aide d'algorithmes ou d'autres outils d'agrégation et par la suite à mobiliser ces informations pour répondre aux besoins des clients¹⁶⁵³. La valeur de la donnée n'est donc pas linéaire et varie selon le contexte dans lequel elle est utilisée et couplée avec d'autres ressources. En d'autres termes, la valeur d'un grand ensemble de données (*Big Data*) ne peut se calculer en multipliant un prix unitaire par le nombre d'unités assemblées puisqu'elle est bien supérieure à la somme de ses parties¹⁶⁵⁴. Pour résoudre les difficultés liées à la valorisation fiscale des données, de nombreux auteurs proposent alors de transposer les régimes d'imposition des ressources naturelles des pays africains en favorisant l'adoption de prélèvements non-fiscaux dans le but de sécuriser les recettes

¹⁶⁵⁰A. GOBEL, « Fiscalité internationale et économie numérique : la juste valeur des Big Data », *Étude BF* 6/2013.

¹⁶⁵¹W. HASLEHNER and M. LAMENSCH, « Taxation and Value Creation », *préc.*, p. 9.

¹⁶⁵²R. GOULDER, « Should Data Extraction Be Taxed as a Natural Resource? », *Tax Notes Today International*, 27 July 2020 ; À l'exception notable des échanges marchands sur les données agrégées avec des *databrokers* (courtiers en données).

¹⁶⁵³A. ASLAM, A. SHAH, « Taxing the Digital Economy, in Corporate Income Taxes under Pressure », Chapter 10, *préc.*, p. 195.

¹⁶⁵⁴R. GOULDER, *préc.*

de l'État de consommation, dès le début de la réalisation de l'activité de collecte de l'entreprise numérique, indépendamment du fait qu'elle soit dans une situation profitable ou non¹⁶⁵⁵. Dans cette mesure, la réaffirmation de la souveraineté de l'État sur les données de ses citoyens s'effectuerait par l'octroi préalable d'une « licence numérique » aux entreprises souhaitant réaliser une activité de collecte de données sur son marché et dont les versements s'assimileraient à des « redevances »¹⁶⁵⁶ (I). Si la mise en œuvre complémentaire d'un prélèvement non-fiscal de ce type s'inscrit exclusivement dans une finalité de rendement budgétaire, il est possible toutefois de concevoir un nouveau régime d'imposition dont la finalité serait d'inciter les multinationales numériques à l'adoption de comportements plus vertueux dans leurs activités de collecte de données (II).

I. L'imposition selon une finalité de rendement budgétaire : l'exemple de la « redevance numérique » publique

431. Le choix d'une solution instaurant pour les entreprises numériques étrangères une obligation de versement de redevances à l'État de consommation en contrepartie du droit d'entreprendre des activités de collecte des données personnelles des citoyens de cet État se justifie essentiellement par des considérations pratiques. D'une part, le mécanisme de redevances apparaît constituer un complément efficace, qui plus est facile d'application, au système d'imposition des bénéfices pour appréhender les rentes économiques réalisées par des entreprises dans des secteurs reposant sur l'utilisation d'actifs incorporels difficiles à évaluer où le risque de transfert de bénéfices est ainsi important¹⁶⁵⁷. D'autre part, l'intervention du pouvoir réglementaire étant seule requise pour instaurer un mécanisme de ce type, les difficultés liées aux modifications des dispositions conventionnelles en matière d'ES sont contournées. Dès lors, la complémentarité entre ce mécanisme et le système d'imposition classique des bénéfices des entreprises assurerait pour l'État de consommation l'attribution d'une fraction plus équitable des revenus liés aux activités de collecte de données, en neutralisant les situations dans lesquelles le profit résiduel est exclusivement centralisé dans des entités localisées dans des États à fiscalité privilégiée. L'entreprise numérique étrangère serait ainsi dans l'obligation, en sus des bénéfices d'ores-et-déjà imposés dans l'État de consommation, de le rémunérer pour la valeur extraite de son territoire sous la forme de données

¹⁶⁵⁵V. notamment IMF, *Corporate taxation in the Global Economy*, March 2019, § 31 et s.

¹⁶⁵⁶Au sens strict, une redevance correspond à la somme dont doit s'acquitter l'utilisateur d'un service public ou d'un ouvrage public ; elle est facultative et son montant est nécessairement proportionné au coût du service ou à l'avantage qu'en retire l'utilisateur » (A. MAITROT DE LA MOTTE, « La redevance numérique du plan « Next Generation EU » : le premier impôt européen se matérialise », *Dr. fisc.* n° 6, 11 février 2021, 142) ; On distinguera donc ce type de ressources perçues par l'État de la récente proposition de « redevances numériques » de la Commission européenne, suspendu actuellement qui, en dépit de son appellation, revêt bien la nature d'une imposition.

¹⁶⁵⁷A. ASLAM, A. SHAH, « Taxing the Digital Economy », *préc.*, p. 213.

personnelles¹⁶⁵⁸. La conception du mécanisme de redevances procède dès lors par analogie avec les prélèvements adoptés par les États sur les ressources naturelles extraites de leurs territoires par des entreprises étrangères (A). L'étape de la détermination du montant de la redevance numérique à verser à l'État est toutefois ici bien plus complexe que pour l'extraction de biens rivaux comme les ressources naturelles en ce que ce prélèvement a la spécificité de concerner des activités reposant sur la collecte d'éléments qui ne peuvent actuellement faire l'objet d'une valorisation précise sur un marché (B).

A. L'analogie entre données personnelles et ressources naturelles

432. L'adoption par l'État de consommation d'une redevance numérique sur les données personnelles collectées par une entreprise amène à une construction juridique selon laquelle le peuple transférerait à l'État, agissant en tant qu'agent fiduciaire, l'administration de leurs données. Exerçant ce pouvoir d'administrateur, l'État de consommation accorderait dès lors aux entreprises le droit d'exploiter les données des personnes relevant de sa juridiction dans le but de monétiser ces richesses publiques¹⁶⁵⁹. Les données personnelles sont donc considérées, par les partisans de cette approche, comme analogues aux ressources naturelles, ressources par nature non-renouvelables où « l'Etat doit déterminer un système fiscal qui permet un juste partage des richesses extraites, dès la première unité produite »¹⁶⁶⁰. Pourtant, la nature hybride des données personnelles amène à douter de la pertinence de cette analogie et ainsi de la légitimité de l'État de consommation à prélever une redevance sur les activités de collecte de ces éléments. En effet, si les données personnelles et les ressources naturelles apparaissent intrinsèquement liées au territoire de l'État de consommation, ces premières ne disposent pas d'un caractère non-renouvelable de sorte que cet État ne voit pas sa richesse diminuer à mesure de la réalisation de l'activité d'extraction par l'entreprise. Plus fondamentalement, on peut douter de la légitimité de l'État de consommation à agir au nom de ses résidents en exigeant que soit versée par l'entreprise collectrice une redevance en contrepartie de l'appropriation de leurs données personnelles. En effet, comme le note justement R. GOULDER : « alors que les richesses de la Terre sont le fruit d'un processus naturel qui s'est produit avec le temps sans intervention humaine, les données n'existent que parce que les entreprises numériques ont développé des technologies à cette fin »¹⁶⁶¹. Dès lors, s'il est exact que dans le domaine des

¹⁶⁵⁸Ibid.

¹⁶⁵⁹À propos des ressources naturelles, Institut international du développement durable, La fiscalité minière du futur : feuille de route, Forum sur l'administration fiscale africaine, Octobre 2020, p. 3-4.

¹⁶⁶⁰B. LAPORTE, Y. BOUTERIGE, C. DE QUATREBARBES, « Partage de la rente et progressivité des régimes fiscaux dans le secteur minier », *préc.*, p. 1.

¹⁶⁶¹R. GOULDER, *préc.* n° [notre traduction].

ressources naturelles, propriété de l'État de source, l'entreprise étrangère extrait directement de la valeur du territoire de cet État, tel n'est pas le cas lorsque l'entreprise numérique dans son activité de collecte des données ne procède à aucune fonction d'analyse, d'assemblage ou de retraitement de ces éléments¹⁶⁶². En d'autres termes, le territoire de l'État de consommation ne constitue le lieu spécifique de création de rentes économiques pour une entreprise numérique que dans deux situations distinctes : d'une part, lorsque la donnée constitue en elle-même une ressource susceptible de générer un flux de revenus distinct pour l'entreprise et, d'autre part, lorsque les fonctions humaines essentielles et le capital intellectuel nécessaires à la transformation des données en une information sont localisées sur le territoire de l'État de consommation. L'analogie entre les entreprises numériques et les entreprises du secteur des ressources naturelles concernant leurs activités d'extraction de la valeur du territoire de l'État de consommation n'est donc que partiellement fondée. Enfin, la logique patrimoniale des données personnelles que promeut cette construction juridique ne semble pas correspondre avec la conception des régimes de la majorité des États en ce domaine. En effet, pour prendre l'exemple français, la loi dite informatique et libertés et la création de la Commission nationale de l'informatique et des libertés (CNIL) de 1978 « *s'est avant tout construit autour d'une volonté de protection des personnes, de leurs droits fondamentaux et de leur vie privée, et non dans une logique patrimoniale* »¹⁶⁶³. De même, le RGPD n'a pas laissé entrevoir une perspective d'un droit de propriété formalisé de sorte qu'il apparaît difficilement justifiable de requérir des entreprises collectrices un versement en contrepartie de « l'appropriation » d'éléments insusceptibles de faire l'objet d'un droit de propriété.

B. Les modalités de calcul de la « redevance numérique » étatique

433. La détermination de la valeur des utilisateurs dans le montant de la redevance prélevée par l'État de consommation peut, en substance, s'effectuer de deux façons¹⁶⁶⁴. La première consiste classiquement à privilégier, similairement aux redevances adoptées par les États riches en ressources naturelles, l'indicateur du revenu réalisé au titre de l'activité de collecte des données personnelles (1). La seconde consiste à déterminer le montant de la redevance en fonction d'indicateurs censés représenter le degré de présence numérique de l'entreprise sur le territoire de

¹⁶⁶²W. HASLEHNER and M. LAMENSCH, « Taxation and Value Creation », *préc.*, p. 7.

¹⁶⁶³A. ANCIAUX, J. FARCHY, C. MÉADEL, « L'instauration des droits de propriété sur les données personnelles : une légitimité économique contestable », *Revue d'économie industrielle*, 158, 2017, p. 9.

¹⁶⁶⁴Nous rejetons la mise en œuvre de méthodes consistant à déterminer la base du prélèvement en fonction du volume de données collectées par une entreprise. En effet, en ce que chaque donnée dispose d'une valeur singulière pour l'entreprise collectrice, un prélèvement basé sur le volume de données fait fi de leur caractère protéiforme. On notera de plus les difficultés pratiques d'une telle méthode car la mesure du volume des données collectées devra être modifiée constamment pour refléter les améliorations des technologies de compression.

l'État de consommation. L'entreprise serait dès lors soumise à ce prélèvement même en l'absence de revenus générés au titre de son activité de collecte de données. À ce titre, la consommation de la bande passante¹⁶⁶⁵ constitue, pour certains gouvernements¹⁶⁶⁶ et auteurs¹⁶⁶⁷, l'indicateur le plus pertinent pour mesurer la présence numérique d'une entreprise sur un territoire en ce que toute entreprise souhaitant absorber un flux significatif de trafic internet apparaît dans l'obligation de disposer d'une bande passante suffisante (2). Si cette seconde option est susceptible de retranscrire avec plus de pertinence les interactions créatrices de valeur entre une entreprise étrangère et l'État de consommation dans une économie numérisée, l'assujettissement des entreprises numériques sur des indicateurs décorrélés de la réalisation de revenus pourrait toutefois les dissuader de déployer leurs activités économiques sur le territoire de cet État.

1. Un calcul du prélèvement basé sur l'indicateur des revenus de l'activité de collecte de données

434. L'évaluation de la fraction des revenus globaux d'une plateforme numérique générée par les utilisateurs dans une certaine juridiction apparaît fortement complexe en l'absence de flux monétaires identifiables entre cette plateforme et ses utilisateurs. Pour pallier cette difficulté, il pourrait être convenu que l'interaction entre les utilisateurs bénéficiant de l'accès gratuit à un service numérique et une plateforme disposant du droit de recueillir leurs données constitue une opération de troc¹⁶⁶⁸. La base du prélèvement serait alors constituée du prix de vente des données des internautes collectées auquel l'on déduirait dans un deuxième temps un certain montant pour tenir compte de la valeur ajoutée par la plateforme numérique dans les processus de retraitement de ces données¹⁶⁶⁹. Concernant cette deuxième étape, il convient de favoriser une détermination du périmètre de la déduction en fonction des structures de coûts spécifiques des entreprises multinationales numériques. En effet, la conception selon laquelle la standardisation devrait ici prévaloir ne peut qu'être rejetée au regard de la spécificité des processus de retraitement, d'assemblage et d'affinement des données mis en place par chacune des multinationales numériques et reposant bien souvent sur la mobilisation de capital intellectuel unique et à forte valeur¹⁶⁷⁰.

¹⁶⁶⁵La bande passante correspond à la quantité d'informations que peut véhiculer un canal de communication (mesurée en bit par secondes).

¹⁶⁶⁶Début d'année 2015, Fleur PELLERIN, alors ministre de la culture, avait relancé la proposition visant à taxer les plus importants consommateurs de bande passante. V. à ce titre, <https://www.lesechos.fr/2015/02/taxe-sur-la-bande-passante-fleur-pellerin-y-croit-encore-243910>

¹⁶⁶⁷C. O. LUCAS-MAS and R. F. JUNQUERA-VARELA, « Tax Theory Applied to the Digital Economy », *préc.* n°

¹⁶⁶⁸R. AVI-YONAH, N. FISHBIEN, « The Digital Consumption Tax », *Intertax*, 2020, Volume 48, Issue 5, propos introductifs.

¹⁶⁶⁹A. ASLAM, A. SHAH, « Taxing the Digital Economy », *préc.*, p. 216.

¹⁶⁷⁰Notre rejet des solutions standardisées s'étend de même à l'étape de la répartition des profits entre entités membres d'un groupe. Pour une critique de la solution du pilier 1 OCDE en ce qu'elle aboutit à une répartition standardisée du profit résiduel, cf. *infra*. Chapitre 2, Section 2.

Toutefois, il n'est pas certain que la qualification en opération de troc, au moins d'un point de vue de la TVA, puisse être attribuée à toutes interactions entre des utilisateurs et des plateformes dont l'activité consiste à suivre sur le réseau Internet intensivement les activités des utilisateurs. En effet, en ce que « *les données les plus pertinentes sont en réalité collectées par les plateformes en fonction des comportements et des activités des utilisateurs* »¹⁶⁷¹, il ne peut être raisonnablement considéré que les utilisateurs agissent toujours en tant qu'assujetti dans le cadre d'une activité économique. Ainsi, lorsque les utilisateurs ne partagent pas leurs données dans le cadre d'activités économiques dans lesquelles ils seraient engagés, il peut être douté de la pertinence de transposer le raisonnement adopté en matière de TVA dans le but de lutter contre les situations de sous-imposition des plateformes dans l'État de consommation¹⁶⁷².

2. Un calcul du prélèvement en fonction de l'indicateur de la bande passante consommée

435. Comme le notent C. LUCAS-MAS et R. F. JUNQUERA-VARELA : « *si les données collectées sur Internet [peuvent] avoir une valeur, le transfert ou la réception de données a un coût, correspondant au paiement des serveurs pour la bande passante Internet. Ce coût augmente proportionnellement à la capacité de la bande passante, ce qui n'est justifié que si l'augmentation du trafic Internet crée plus de valeur pour l'entreprise numérique* »¹⁶⁷³. En partant de ce postulat, le calcul de la redevance serait alors fonction de la bande passante mobilisée par l'entreprise sur le territoire de l'État percepteur sans qu'il ne soit tenu compte de la valeur du flux d'informations électroniques. En sus des incohérences économiques qui surviennent en liant le montant de la redevance à la quantité d'informations transitant sur le réseau Internet¹⁶⁷⁴, l'adoption d'un prélèvement de ce type apparaît contraire à certains des principes internationaux communément acceptés dans l'imposition des revenus des entreprises. C'est ainsi que dès la fin du XX^{ème} siècle, l'UE mais aussi certains États anglo-saxons comme le Canada et l'Australie ont rejeté la mise en

¹⁶⁷¹M. LAMENSCH, E. TRAVERSA, « Plateformes numériques : développements récents en matière fiscale », *Revue internationale de droit économique* 2019/3 (t. XXXIII), p. 343.

¹⁶⁷²*Ibid.* : on notera que la qualification de PS (avec échange de données en contrepartie) est de même sujette à caution. En effet, au regard de la nature de la relation entre le consommateur et le destinataire des données, « il peut raisonnablement être soutenu que les clients ne se sentent pas engagés à partager des données afin d'obtenir l'accès à une plateforme à titre de contrepartie. En outre, dans la mesure où l'accès à la plateforme ne dépend ni de la qualité ni de la quantité de données fournies, il peut également être soutenu qu'il ne peut y avoir de lien direct entre la fourniture de données et la réception de services électroniques ».

¹⁶⁷³C. O. LUCAS-MAS and R. F. JUNQUERA-VARELA « A Tax Theory Applied to the Digital Economy », *préc.*, p. 89.

¹⁶⁷⁴Les incohérences sont similaires à celles que l'on retrouve dans les prélèvements calculés en fonction du volume de données collectées par une entreprise. En effet, alors que des données à forte valeur contenues dans un volume relativement faible d'informations seraient soumises à un prélèvement correspondant faible, un transfert d'un grand agrégat de données impliquerait la soumission à un prélèvement élevé, indépendamment du fait que les données disposent d'une valeur ou non pour l'entreprise.

place d'une imposition sur la transmission de l'information (*bit tax*)¹⁶⁷⁵.

Plus spécifiquement en droit interne français, il n'est pas assuré qu'un prélèvement fiscal assis sur les données personnelles soit conforme au principe constitutionnel d'égalité devant l'impôt, en tant que ce principe exige que l'appréciation des facultés contributives repose sur des critères objectifs et rationnels en fonction de l'objectif poursuivi¹⁶⁷⁶. En effet, « *toutes les données n'ont pas la même valeur économique et la quantité de données récoltées n'est pas nécessairement révélatrice des profits que ces données permettent d'obtenir* »¹⁶⁷⁷. La récente décision du Conseil constitutionnel portant sur la LF pour 2020¹⁶⁷⁸ pourrait toutefois faciliter une plus grande différenciation dans le traitement fiscal des redevables en renforçant la latitude dont dispose le législateur dans le choix des indicateurs de nature à caractériser la capacité contributive des entreprises numériques. En effet, en considérant que le nombre de passagers peut être, entre autres, « *de nature à caractériser la capacité contributive des entreprises de transport aérien assujetties* »¹⁶⁷⁹, le Conseil constitutionnel octroie au législateur la possibilité de retenir une conception de la capacité contributive variant en fonction des spécificités des entreprises concernées par l'imposition. Il ne peut donc être affirmé avec certitude, en l'état actuel de la jurisprudence du Conseil, l'inconstitutionnalité d'un prélèvement fiscal dont la base imposable serait calculée en fonction des données collectées par une entreprise.

L'obligation pour les fournisseurs de services numériques étrangers d'obtenir une « licence numérique » de l'État de consommation préalablement à l'exercice de leurs activités sur son marché numérique permettrait alors de contourner en partie les difficultés liées à l'adoption d'une taxe sur la transmission de l'information. En effet, dans l'hypothèse d'une adoption internationale généralisée de ce système, les versements effectués par l'entreprise en contrepartie du droit de bénéficier du marché de l'État de consommation s'assimileraient à des charges opérationnelles déductibles de la base imposable de l'entreprise numérique dans son État de résidence¹⁶⁸⁰. Dans cette mesure, ce prélèvement constituerait, similairement aux versements effectués en contrepartie de la location d'espace de bureaux, un coût fixe pour les entreprises souhaitant accéder au marché numérique de la juridiction perceptrice¹⁶⁸¹. Les griefs faits d'une méconnaissance des principes traditionnels de la fiscalité internationale ne pourraient donc prospérer à l'égard d'un prélèvement ne disposant pas des

¹⁶⁷⁵C. O. LUCAS-MAS and R. F. JUNQUERA-VARELA, « Tax Theory Applied to the Digital Economy », *préc.*, Box 7.4, p. 91.

¹⁶⁷⁶L. AYRAULT, « Le principe d'égalité en matière fiscale », *préc.*, p. 39 et s.

¹⁶⁷⁷P. COLIN, N. COLLIN, *préc.*, p. 131.

¹⁶⁷⁸Cons. const., déc. n° 2019-796 DC du 27 déc. 2019, *Loi de finances pour 2020*.

¹⁶⁷⁹*Ibid.* § 47.

¹⁶⁸⁰C. O. LUCAS-MAS and R. F. JUNQUERA-VARELA, *préc.* n°, p. 92 : en ce que le prélèvement ne peut s'assimiler à un impôt sur le revenu, son montant pourra uniquement être déductible de la base imposable de l'entreprise numérique dans son État de résidence. Encore faut-il toutefois que cet État soit enclin à accorder ce droit de déduction.

¹⁶⁸¹*Ibid.*

caractères d'une imposition, le contribuable bénéficiant en contrepartie des redevances versées du droit d'accéder au marché et à la protection numérique de la juridiction de consommation¹⁶⁸².

II. La régulation fiscale des comportements des multinationales numériques : l'imposition selon une finalité incitative

436. L'imposition des multinationales du numérique selon une finalité incitative dispose de l'avantage notable de contourner la question, quasiment insoluble, de la valorisation fiscale des données personnelles en portant l'analyse exclusivement sur les comportements adoptés par ces entreprises dans l'exercice de leurs activités. Si cette conception n'est toutefois pas sans poser de difficultés, notamment concernant la tarification fiscale des comportements et leur définition, elle permet de mettre en relief de nouveaux objectifs qui seraient assignés à une fiscalité propre au numérique, différents de ceux de rendement et d'affectation qui prédominent actuellement en matière environnementale¹⁶⁸³.

Plus globalement, la conception des prélèvements fiscaux selon cette finalité est susceptible de répondre à une double préoccupation des États. Premièrement, l'adoption de dispositifs fiscaux incitatifs est de nature à favoriser le développement économique du numérique en permettant l'émergence dans ce secteur de « champions » nationaux. L'exemple de la Norvège en matière de fiscalité des *datacenters* est à ce titre illustratif, le gouvernement ayant décidé d'adopter un panel de mesures incitatives dans le but de devenir une « nation à *datacenters* »¹⁶⁸⁴. Dès lors, « *dans le cadre d'un internet mondialisé [où] les données voyagent sans passeport à travers les territoires [...], la fiscalité – dont l'application est essentiellement cantonnée à des limites territoriales – permet de ramener ces structures dans le giron étatique par le biais de politiques incitatives* »¹⁶⁸⁵. Deuxièmement, la transposition en matière fiscale de la logique pigouvienne selon laquelle le pollueur doit se voir imputer les coûts de la lutte contre la pollution qu'il provoque¹⁶⁸⁶, encourage les multinationales du numérique à l'adoption de comportements jugés comme vertueux dans une logique de préservation de l'environnement (**A**) et des libertés individuelles des citoyens (**B**). La liberté du législateur dans la conception de l'obligation fiscale n'est toutefois ici pas totale et doit se conformer aux prescriptions constitutionnelles (**C**).

¹⁶⁸²*Ibid.*

¹⁶⁸³B. PEYROL, L'autre chemin possible pour la fiscalité environnementale, *Fiscalité Internationale* 1-2021, Février 2021, p. 71 : La définition actuelle d'une taxe dite environnementale repose sur des critères désuets et aux antipodes de la conception que se font les citoyens de cette fiscalité. Les critères de rendement et d'affectation gâchent son ambition première qui doit être de protéger l'environnement.

¹⁶⁸⁴C. COUDERT, « La fiscalité des *datacenters* : un marqueur de la souveraineté », *Dr. fisc.* n° 5, 31 janvier 2019, 133.

¹⁶⁸⁵*Ibid.*

¹⁶⁸⁶Recommandation du Conseil du 3 mars 1975 relative à l'imputation des coûts et à l'intervention des pouvoirs publics en matière d'environnement, 75/436/Euratom, CECA, CEE, n°1.

A. L'incitation des multinationales numériques à l'adoption de comportements écologiques vertueux

437. Le retard pris par les entreprises européennes dans le domaine du *cloud* et des *datacenters* est conséquent par rapport aux géants du numérique américains et chinois¹⁶⁸⁷. La fiscalité a dès lors constitué ces dernières années, pour de nombreux États membres de l'UE, un outil de première importance dans le but de rétablir la compétitivité de ces entreprises¹⁶⁸⁸. Le législateur français avait ainsi décidé d'introduire dans la LF pour 2020 un taux réduit sur la taxe intérieure sur la consommation finale d'électricité (TICFE)¹⁶⁸⁹ au profit des *data centers*. Par cette réduction du prix du mégawatt/heure de 22,5 à 12 euros, cette mesure renforçait conséquemment la compétitivité des acteurs opérant dans ce secteur par rapport à leurs concurrents étrangers ainsi que l'attractivité du territoire français pour y installer ces « forteresses technologiques ». Toutefois, force est de constater que l'absence d'intégration d'une composante incitative pour bénéficier de cette réduction n'incitait pas les entreprises à l'adoption de pratiques plus respectueuses de l'environnement dans un secteur d'activités émettant pourtant, en raison de l'électricité nécessaire pour refroidir les serveurs des *datacenters*, une importante quantité de gaz à effet de serre¹⁶⁹⁰. L'indifférence quant à l'impact plus ou moins délétère de l'activité du *datacenter* sur l'environnement se voyait qui plus est renforcée par l'absence de prélèvement de la contribution climat énergie lorsque ces installations dépassaient une puissance de combustion de 20 MW¹⁶⁹¹.

L'État français semble toutefois progressivement basculer dans une nouvelle conception de la fiscalité des *datacenters* en « *incitant plus directement à rendre compatible datacenters et bonnes pratiques environnementales* »¹⁶⁹². En effet, en se fondant sur les multiples possibilités dont disposent les entreprises pour améliorer l'efficacité des systèmes de refroidissement des *datacenters*, le législateur français a décidé de subordonner le tarif réduit de la TICFE à la mise en œuvre par les *datacenters* d'un système de management de l'énergie ainsi qu'à l'adhésion à un programme de

¹⁶⁸⁷On notera par exemple que la firme Alphabet possède à elle-seule plus de 900 000 serveurs. Concernant le secteur du *cloud* au titre de l'année 2021, les trois fournisseurs Amazon, Azure et Google Cloud se partagent plus de 60 % des parts du marché (<https://kinsta.com/fr/blog/parts-de-marche-du-cloud/>).

¹⁶⁸⁸Pour une description des avantages fiscaux adoptés par les États membres de l'Espace économique européen (EEE) à destination des *datacenters*, C. COUDERT, *préc.*, § 17 et s.

¹⁶⁸⁹Cette taxe a pour but de financer la péréquation spatiale (lissage des coûts de l'électricité pour tous, y compris dans les zones difficiles d'accès) et le développement des énergies renouvelables (éolien, hydraulique et solaire).

¹⁶⁹⁰Les nouveaux usages du numérique entraînent une augmentation considérable des émissions de CO₂. Le secteur global du numérique générerait à ce titre plus de gaz à effet de serre (GES) que l'aviation (environ 3 % contre 2,1 des émissions mondiales de GES), V. à ce titre C. FREITAG et al., *The real climate and transformative impact of ICT : a critique of estimates, trends and regulations*, Patterns, Vol. 2, Issue 9, September 10, 2021.

¹⁶⁹¹Ou lorsque les entreprises optent en faveur d'un assujettissement au système d'échange de quotas d'émission de gaz à effet de serre (C. douanes, art. 265 *nonies*).

¹⁶⁹²C. DOUDERT, « Derrière le *cloud*, les *datacenters* : quel avenir fiscal pour ces usines du numérique ? », *Dr. fisc.* n° 5, 1er février 2018, 151.

mutualisation des bonnes pratiques de gestion énergétique¹⁶⁹³. Dans cette mesure, le droit fiscal joue pleinement son rôle de catalyseur de la responsabilité sociale des entreprises (RSE) en les incitant à l'adoption de bonnes pratiques. D'abord orientée vers l'adoption de dispositifs fiscaux particulièrement attractifs pour faire face à la concurrence internationale à l'oeuvre en matière numérique, la fiscalité française des *datacenters* semble désormais se concevoir prioritairement au travers de l'ambition de protection de l'environnement. La latitude dont dispose les États membres de l'UE en matière de fiscalité énergétique et environnementale¹⁶⁹⁴ devrait alors permettre à terme la conception de régimes d'équilibre qui, tout en préservant l'attractivité des territoires européens notamment par rapport aux États-Unis, induirait la transition vers des solutions de conservation des données moins énergivores conformes à l'intérêt général attaché à la protection de l'environnement¹⁶⁹⁵.

B. L'incitation des multinationales numériques à l'adoption de comportements respectueux de la vie privée des utilisateurs

438. Le gouvernement français a fait figure dans ce domaine de précurseur avec la proposition du rapport COLIN et COLLIN de 2013 tenant à la mise en place d' « *une fiscalité incitative fondée sur l'exploitation par les entreprises des données qu'elles collectent via un suivi régulier et systématique de l'activité des utilisateurs de leurs applications* »¹⁶⁹⁶. L'idée des auteurs était alors de concevoir le prélèvement de manière à ce que les comportements des entreprises numériques collectrices contraires à l'objectif de protection des libertés individuelle sur Internet soient découragés par une augmentation de l'imposition, au contraire des comportements conformes à cet objectif bénéficiant d'une réduction voire d'une exemption de l'imposition¹⁶⁹⁷. Pour apprécier de la conformité des comportements à l'objectif poursuivi par l'imposition, le rapport proposait alors de

¹⁶⁹³Loi n° 2021-1485 du 15 novembre 2021 visant à réduire l'empreinte environnementale du numérique en France, Chapitre IV : Promouvoir des centres de données et des réseaux moins énergivores, Article 28.

¹⁶⁹⁴Si l'EEE est, contrairement aux États-Unis, « inféodé au principe de prohibition des aides d'États », les États membres de cet espace conserve toutefois une certaine liberté dans les incitations fiscales accordées aux *datacenters*. Par exemple, la directive n° 2003/96/CE restructurant le cadre de taxation des produits énergétiques et de l'électricité octroie la possibilité de faire bénéficier aux « consommateurs professionnels » un taux différencié de taxation sur l'électricité, sous réserve du respect du taux *minimum* de taxation prévu par la directive (0,50 € le MW/heure). L'article 11, Paragraphe 4 précise, dans ce cadre, « que le champ des consommateurs professionnels peut être librement délimité par les États de manière à concerner sélectivement certains secteurs d'activité » (C. COUDERT, « La fiscalité des *datacenters* : un marqueur de la souveraineté », préc.).

¹⁶⁹⁵Le préambule de la Charte de l'environnement dispose en son point 6 « Que la préservation de l'environnement doit être recherchée au même titre que les autres intérêts fondamentaux de la Nation » et en son article 6 que « Les politiques publiques doivent promouvoir un développement durable. A cet effet, elles concilient la protection et la mise en valeur de l'environnement, le développement économique et le progrès social » ; On notera toutefois que si cet alinéa et cet article ont valeur constitutionnelle, ils n'instituent aucun droit ou liberté que la Constitution garantit de sorte qu'il ne peuvent être invoqués à l'appui d'une question prioritaire de constitutionnalité (QPC) (QPC du 23 novembre 2012, Association France Nature Environnement et autre, 2012-282).

¹⁶⁹⁶P. COLIN, N. COLLIN, préc. n°, p. 130 et s ;

¹⁶⁹⁷*Ibid.* p. 131.

se baser sur la possibilité donnée par l'entreprise numérique à ses utilisateurs d'exercer leurs droits consacrés dans la loi « informatiques et libertés » de 1978¹⁶⁹⁸. Par exemple, « *pourraient être regardées comme non-conformes des pratiques consistant en une information insuffisante sur la collecte ou une interface peu ergonomique pour accéder aux données et les rectifier* »¹⁶⁹⁹.

Contrairement au domaine environnemental où le législateur avait tenté d'introduire des impositions selon cette finalité¹⁷⁰⁰, la proposition COLIN et COLLIN est restée à l'état de projet, ses difficultés de mise en œuvre dans un contexte national et international ayant été considérées par le gouvernement français comme trop importantes¹⁷⁰¹. Pourtant, « *dans un monde dominé par des plateformes transnationales établies aux États-Unis [où] « le droit de décider et de contrôler les usages qui sont faits des données à caractère personnel » est particulièrement difficile à faire respecter* »¹⁷⁰², une fiscalité de ce type serait susceptible de constituer un instrument pertinent à la réaffirmation de la souveraineté numérique de l'État français. En effet, la valeur d'« actifs stratégiques » des données requiert des États de consommation l'adoption de mesures visant à protéger ces données d'une utilisation malveillante par des organisations étrangères qui s'avérerait dommageable pour la vie privée des individus mais aussi pour la concurrence économique des entreprises et la sécurité des États¹⁷⁰³. Dans cette mesure, l'imposition des entreprises en fonction du lieu de transfert des données aurait pour effet de poursuivre les récentes évolutions juridiques instituées par le RGPD et la CJUE dans le renforcement de la protection des données à caractère personnel. En effet, par ses décisions Maximilian SCHREMS I et II de 2015 et 2020¹⁷⁰⁴, la CJUE a annulé respectivement les décisions de la Commission validant les régimes de transfert des données dit de « *Safe-Harbour* » et « *Privacy Shield* » institués entre l'UE et les États-Unis sur le motif que les limitations à la protection des données personnelles dictées par les impératifs liés à la sécurité nationale, à l'intérêt public et au respect des lois américaines « *ne sont pas encadrées d'une manière à répondre à des exigences substantiellement équivalentes à celles requises, en droit de l'Union, à l'article 52, paragraphe 1, seconde phrase, de la Charte* »¹⁷⁰⁵. Dès lors, l'adoption d'une

¹⁶⁹⁸Loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés.

¹⁶⁹⁹P. COLIN, N. COLLIN, *préc.* n°, p. 133.

¹⁷⁰⁰V. notamment la tentative d'introduction d'une « taxe carbone » dans la LF pour 2010. Le Conseil constitutionnel a déclaré cette imposition contraire au principe d'égalité devant l'impôt en ce que l'exonération de plus de 93 % des émissions de CO₂ d'origine industrielle ne respectait pas le critère de rationalité au regard de l'objectif de réduction significative des GES que le législateur se proposait de poursuivre (Cons. const., déc. n° 2009-599 DC du 29 déc. 2009, *Loi de finances pour 2010*).

¹⁷⁰¹P. DE FILIPPI, « Taxing the cloud: introducing a new taxation system on data collection? », *Research and Studies Center of Administrative Science (CERSA/CNRS)*, Université Paris II (Panthéon-Assas), France, 1 may 2013, *Internet Policy Review*, 2(2)

¹⁷⁰²F. G'SELL, « Remarques sur les aspects juridiques de la souveraineté numérique », *préc.*

¹⁷⁰³C. DOUDERT, « Derrière le *cloud*, les *datacenters* : quel avenir fiscal pour ces usines du numérique ? », *préc.*

¹⁷⁰⁴CJUE, gde ch., 6 oct. 2015, aff. C-362/14 et 16 juill. 2020, aff. C-311/18, Maximilian Schrems c/ Data Protection Commissioner.

¹⁷⁰⁵CJUE, 16 juill. 2020, aff. C-311/18, point 185.

fiscalité dont l'objectif serait de dissuader le recours par les entreprises à des techniques de collecte et de transfert des données non-conformes aux textes juridiques en vigueur s'inscrirait en complémentarité avec le panel de sanctions dont dispose la formation restreinte de la CNIL lorsque des manquements au RGPD ou à la loi sont portés à sa connaissance.

C. Le contrôle constitutionnel des impositions selon une finalité incitative

439. Il doit être rappelé que le Conseil constitutionnel, tant sur le fondement du principe d'égalité devant la loi que sur celui d'égalité devant les charges publiques, exerce, en comparaison à une mesure fiscale à simple finalité de rendement, un contrôle plus approfondi de la cohérence de la mesure au regard de l'objectif que le législateur est censé poursuivre. En effet, comme le note le commentaire aux Cahiers du Conseil constitutionnel sous la décision QPC du 8 juin 2012 COPACEL¹⁷⁰⁶: « *lorsque les différences de traitement imposées résultant des différences d'assiette ou de taux de l'impôt sont fondées sur la volonté du législateur de susciter des comportements favorables à des buts d'intérêt général que le législateur a définis, le Conseil procède à un contrôle de l'adéquation entre la définition de l'assiette ou du taux et l'objet ainsi poursuivi par la loi* ». Ainsi, le Conseil n'a pu que juger inconstitutionnelle une contribution perçue sur les boissons énergisantes au motif que « *l'objectif de santé publique de lutte contre la consommation d'alcool chez les jeunes ne saurait en effet justifier une mesure pénalisant les « boissons énergisantes* » »¹⁷⁰⁷. Ce contrôle amène dès lors le Conseil à vérifier précisément chacun des critères retenus dans la mesure fiscale afin de déterminer de leur adéquation avec l'objectif d'intérêt général poursuivi le législateur. Une décision prononcée une nouvelle fois dans le domaine des boissons énergisantes¹⁷⁰⁸ permet d'illustrer la démarche minutieuse adoptée par la juridiction constitutionnelle dans le contrôle de la conformité des mesures incitatives. En poursuivant l'objectif de limiter la consommation de canettes de boisson contenant un taux élevé de caféine, le législateur ne pouvait exclure du champ de la taxe les boissons ayant une même teneur en caféine au motif qu'elles n'étaient pas des boissons dites « énergisantes ». La différence instaurée par le législateur entre les boissons destinées à la vente selon qu'elles sont ou non qualifiées de boissons entraînait ainsi une différence de traitement sans rapport avec l'objectif de l'imposition, contraire au principe d'égalité devant l'impôt¹⁷⁰⁹.

Enfin, la décision du 29 décembre 2012 par laquelle le Conseil a prononcé l'annulation de plusieurs dispositions de la loi de finances pour 2013 pourrait bien amener à une réduction de la

¹⁷⁰⁶Cons. constit. n° 2012-251 QPC du 8 juin 2012, *COPACEL et autres*.

¹⁷⁰⁷Cons. constit. n° 2012-659 DC du 13 décembre 2012, cons. 25.

¹⁷⁰⁸Cons. constit. n° 2014-417 QPC du 19 septembre 2014.

¹⁷⁰⁹*Ibid.*, considérant 12.

marge de manœuvre du législateur dans la conception des prélèvements à finalité incitative¹⁷¹⁰. En effet, le Conseil est venu considérer par cette décision que dès lors que l'impôt dépasse un certain niveau de taxation, celui-ci revêt un caractère confiscatoire, indépendamment des motifs exacts ayant amené le législateur à intervenir. Ce raisonnement est alors de nature à affaiblir la pertinence de recourir à l'outil fiscal afin de dissuader à l'adoption de certains comportements. Comme souligné par M. COLLET, « *la fiscalité [incitative] n'a de sens – et ne devient efficace – que si elle apparaît très largement déconnectée des seules capacités contributives : c'est parce que le coût de l'impôt est ressenti comme « excessif » que le pollueur consent à modifier son comportement* »¹⁷¹¹.

L'élaboration d'une fiscalité incitative fondée sur l'exploitation par les entreprises de données afin de les décourager à l'adoption de certains comportements ne saurait dès lors faire reposer sur ces dernières une charge « excessive » au sens de la décision du 29 décembre 2012. L'incertitude prédomine alors car le Conseil constitutionnel, comme en atteste la décision Cosfibel sur l'article 182 B du CGI¹⁷¹², n'a jamais établi expressément de seuil à partir duquel un taux rend une imposition confiscatoire ou excessive¹⁷¹³.

¹⁷¹⁰Cons. constit. n° 2012-662 DC du 29 décembre 2012.

¹⁷¹¹M. COLLET, *préc.*, p. 90.

¹⁷¹²V. *supra*. § 304.

¹⁷¹³A. MAITROT DE LA MOTTE, « Les retenues à la source et le principe constitutionnel d'égalité : remarques sur la conformité contestable du c du paragraphe I de l'article 182 B du CGI aux droits et libertés que la Constitution garantit », *Dr. fisc.* n°42, 17 octobre 2019, comm. 409.

CONCLUSION CHAPITRE 1

440. L'imposition des activités des multinationales numériques sur des indicateurs autres que le bénéfice révèle deux conceptions du rôle de la fiscalité qui semblent s'opposer. D'une part, une partie de la doctrine fiscale et des économistes prône une évolution de la fiscalité dans la finalité de limiter la sur-concentration du pouvoir économique dans les mains de quelques entreprises multinationales du numérique. Cette conception, développée notamment aux États-Unis par P. ROMER, considère la fiscalité comme un outil essentiel pour « démanteler » les plus importantes puissances économiques privées dont le gigantisme et la nature libertarienne risquent à terme de saper les fondements démocratiques sur lesquels reposent les systèmes occidentaux. D'autre part, certains auteurs voient dans la fiscalité le moyen d'inciter les plateformes numériques à adopter des comportements vertueux en matière de protection des libertés individuelles et de l'environnement au profit d'un plus grand bénéfice social.

L'ambition d'aboutir en France à un système d'imposition juste et équitable des multinationales du numérique invite toutefois à dépasser cette distinction pour se concentrer sur la matière première dont les modèles d'affaires numériques se nourrissent pour produire de la richesse : les données. En effet, la conception d'un nouveau régime d'imposition sur la base des données collectées auprès d'internautes français disposerait de l'avantage notable de permettre « *le développement d'un raisonnement de territorialité fondé sur l'origine géographique des données* »¹⁷¹⁴ de nature à neutraliser les pratiques de centralisation de l'essentiel du profit résiduel dans des États à fiscalité privilégiée. À cette fin, la détermination par l'État de consommation de la fraction indûment localisée dans des entités à l'étranger ne peut se réaliser de manière cohérente sans la mise en œuvre préalable d'une analyse de l'importance des données collectées dans le processus de création de valeur des entreprises numériques. Or, force est de constater que l'imposition sur des indicateurs ne tenant aucun compte de la capacité contributive des entreprises multinationales numériques¹⁷¹⁵, ne permet pas de retranscrire finement, à des fins fiscales, la valeur localisée sur le territoire de l'État de consommation qui est captée sous forme de rentes économiques par ces entreprises. Ce constat s'étend aux mesures d'imposition qui visent à déterminer aussi bien

¹⁷¹⁴P. COLIN et N. COLLIN, *préc.*, p. 130.

¹⁷¹⁵Nous rejoignons l'avis de L. FJORD KJAERGAARD, « Allocation of the Taxing Right to Payments for Cloud Computing-as-a-Service », *World Tax Journal*, Vol. 11, n° 3, 2019, considérant que la capacité contributive d'une entreprise devrait se mesurer idéalement uniquement au regard des revenus excédents les dépenses liées à son activité.

directement qu'indirectement la valeur pour une entreprise numérique d'éléments immatériels comme les données et la contribution « gratuite » des utilisateurs.

Indirectement, les États de consommation privilégient par principe le recours à l'indicateur du montant de CA réalisé en ce qu'il permettrait, d'une part, de contourner les difficultés relatives à la détermination du montant de bénéfice effectivement réalisé par une multinationale du numérique sur leurs territoire et, d'autre part, de disposer d'un rendement budgétaire immédiat à l'égard de contribuables dont il juge la contribution fiscale bien en-deçà de leurs réelles capacités contributives. Toutefois, en pratique, la détermination du CA réalisé par des entreprises numériques étrangères qui ne disposent pas d'un établissement stable sur le territoire de l'État de consommation est loin d'être évidente. Les autorités fiscales apparaissent en effet largement dépendantes de la bonne volonté de ces entreprises quant à la communication du montant de CA réalisé sur leurs territoires de sorte que concernant une taxe de péréquation, « *il y a gros à parier que les entreprises déclareront et paieront ce qu'elles estiment devoir payer « pour être tranquilles »... C'est déjà ainsi que cela se passe dans les transactions fiscales* »¹⁷¹⁶. Ces difficultés se couplent de plus avec des modalités de calcul des taxes sur le CA qui ne permettent qu'une retranscription sommaire de la valeur générée par les utilisateurs au profit des entreprises numériques concernées. En effet, l'indicateur du CA n'apparaît pas des plus pertinents lorsque l'imposition concerne des entreprises dont le modèle d'affaires fonctionne sur la gratuité des services proposés sur l'un des versants du marché. De plus, l'assimilation que font certaines taxes, comme celle française, entre l'affichage d'une publicité sur l'appareil d'un utilisateur et source de richesses pour une entreprise prestataire apparaît constituer un raccourci largement discutable.

Directement, la valorisation fiscale des données collectées par les entreprises numériques semble aujourd'hui se heurter à des difficultés pratiques quasiment insolubles. En effet, l'absence de linéarité de la valeur des données personnelles ainsi que la « *conception personnaliste du droit des données personnelles* »¹⁷¹⁷ qui prédomine sur le territoire européen ne sont pas de nature à permettre la mise en œuvre d'une fiscalité qui ferait des données une matière imposable spécifique. Dans cette mesure, la conception d'un prélèvement fiscal en tant qu'instrument de régulation des comportements économiques doit être privilégiée en visant à encadrer les pratiques des multinationales numériques non-conformes aux principes posés par les textes juridiques en matière d'exploitation commerciale des données. Si le rendement budgétaire de ce type de prélèvement peut s'avérer faible, il permet toutefois la réaffirmation positive de la souveraineté numérique de l'État

¹⁷¹⁶A. DE MONTGOLFIER, Audition préparatoire au Sénat sur le projet de loi portant création d'une taxe sur les services numériques et modification de la trajectoire de baisse de l'impôt sur les sociétés, 30 avril 2019, consultable à l'adresse suivante : <http://www.senat.fr/rap/118-496/118-4966.html>

¹⁷¹⁷P. COLIN et N. COLLIN, *préc.*, p. 59.

percepteur en assurant aux utilisateurs du réseau qu'ils puissent « *exercer et préserver leur autonomie dans le cyberspace, et se voir garantir le « droit à l'autodétermination informationnelle » [...] consacré par la loi du 7 octobre 2016 pour une République numérique dans l'article 1er de la loi informatique et libertés* »¹⁷¹⁸.

¹⁷¹⁸F. G'SELL, « Remarques sur les aspects juridiques de la souveraineté numérique », *préc.*

CHAPITRE 2

LES SOLUTIONS REPOSANT SUR UNE CONSÉCRATION EXCLUSIVE DE LA THÉORIE DE LA DEMANDE : L'EXEMPLE DU PILIER 1 OCDE

441. Selon le Cadre inclusif OCDE, la redéfinition traditionnelle de la source des revenus actifs serait dans une économie numérisée devenue impérative en ce que les multinationales sont désormais en mesure, d'une part, de pénétrer économiquement un marché en s'y installant durablement sans pour autant y déployer de moyens physiques et matériels et, d'autre part, de capter l'essentiel de la valeur qu'elles créent à l'extérieure de leur organisation pour en faire levier et générer des bénéfices conséquents¹⁷¹⁹. Dès lors, en partant du postulat que les facteurs de création de valeur extérieurs aux multinationales, i.e. les données personnelles collectées et la participation des utilisateurs à l'amélioration des services fournis, sont ancrés aux territoires des États de consommation, le système actuel entraînerait « *une distorsion entre les profits attribués ou non [à ces États], et les bénéfices globaux du groupe enregistrés dans la ou les juridictions de résidence des principales entités en termes de substance* »¹⁷²⁰. Pour y remédier, le Pilier 1, adopté par 136 des membres du Cadre inclusif le 8 octobre 2021¹⁷²¹, entreprend une modernisation conséquente des cadres fiscaux internationaux en concevant un régime d'imposition dont la répartition du pouvoir d'imposer et des profits ne serait plus liée à la localisation sur un territoire de l'activité économique à l'origine de la production du revenu, mais à la réalisation d'un certain montant de CA. La représentation exclusive du côté de la demande dans l'attribution des bénéfices à l'État de consommation couplée à l'appréciation unitaire de l'activité économique des entreprises multinationales permettent ainsi, au moins en apparence, la construction d'un régime se situant en dehors des difficultés d'application liées aux notions d'ES et de pleine concurrence. Si la volonté d'adoption d'un régime simplifié se manifeste aussi bien au niveau des composantes du nouveau *nexus* (**Section 1**) que de la formule de répartition adoptée (**Section 2**), il ne peut toutefois qu'être constaté l'abîme séparant le prisme d'analyse du Pilier 1 de l'approche originelle retenue par les

¹⁷¹⁹Action 1 du plan BEPS – Proposition d'approche unifiée- Document de consultation publique, OCDE, 9 oct. 2019.

¹⁷²⁰C. DALI-ALI, « Pilier 1 : imposer le numérique... et bien au-delà », *La Lettre Gestion des Groupes Internationaux, Option Finances*, Décembre 2020, consultable à l'adresse suivante : <https://www.optionfinance.fr/lettres-professionnelles/la-lettre-gestion-des-groupes-internationaux/la-revolution-de-la-fiscalite-internationale-nest-pas-pour-2020-rendez-vous-lannee-prochaine/pilier-1-imposer-le-numerique-et-bien-au-dela.html>

¹⁷²¹OCDE, Déclaration sur une solution reposant sur deux piliers pour résoudre les défis fiscaux soulevés par la numérisation de l'économie, Projet OCDE/G20 sur l'érosion de la base d'imposition et le transfert de bénéfices, 8 octobre 2021.

Économistes lors du rapport de 1923.

Section 1 : Les composantes du nouveau *nexus* introduites au titre du pilier 1

442. Le Pilier 1 de l'approche unifiée OCDE s'articule autour de deux composantes essentielles auxquelles s'ajoute un volet relatif à la sécurité juridique en matière fiscale : le Montant A constitutif du nouveau droit d'imposition au profit des juridictions de marché et le Montant B, mécanisme de simplification visant à l'attribution d'un rendement fixe pour certaines activités de distribution et de commercialisation de référence exercées physiquement dans une juridiction de marché¹⁷²². C'est à l'évidence à l'égard du Montant A que les difficultés de conception sont les plus importantes, les situations de double-imposition étant susceptibles de se multiplier en raison de sa coexistence avec des règles conventionnelles traditionnellement fondées sur le principe d'origine¹⁷²³. Dans cette mesure, la conception du Montant A a fait l'objet d'affinements successifs dans un objectif constant de simplification. Si la suppression de la composante dite Montant C en a été la première manifestation¹⁷²⁴, le ralliement des États-Unis en début d'année 2021 aux travaux menés par le Cadre inclusif, soucieux d'une solution ne s'appliquant pas exclusivement aux géants du numérique, a eu comme conséquence la simplification notable du champ d'application du montant A (**Paragraphe 1**) et du test du lien requis pour attribuer aux juridictions de marché le droit d'en imposer une fraction (**Paragraphe 2**). Le même pragmatisme est partagé dans la délimitation du revenu global à répartir, étape préalable à la détermination des éléments constitutifs de la formule de répartition (**Paragraphe 3**).

Paragraphe 1 : Le champ d'application du nouveau *nexus*

443. La question de déterminer si le périmètre de refonte des facteurs traditionnels de rattachement de l'obligation fiscale doit se limiter à certains secteurs spécifiques de l'économie numérique ou s'étendre à l'ensemble de l'économie relève avant tout du politique. En effet, la modulation de la notion d'ES, par l'introduction de clauses d'ES-construction ou d'ES commissionnaire, démontre que la différenciation dans le traitement fiscal de certains secteurs a été avant tout initiée par des motivations politiques propres à chaque État¹⁷²⁵. Dans cette mesure, si le

¹⁷²²OCDE, Les défis fiscaux soulevés par la numérisation – Rapport sur le *Blueprint* du Pilier 1, Projet OCDE/G20 sur l'érosion de la base d'imposition et le transfert de bénéfices, 2020, § 7.

¹⁷²³A. PAULA DOURADO, « The OECD Unified Approach and the New International Tax System : A Half-Way Solution », *Intertax*, Issue 1, 2020, Editorial.

¹⁷²⁴Le Montant C était censé représenter le rendement supérieur au Montant B requis pour les entités exerçant sur le territoire de la juridiction de marché des fonctions allant au-delà de fonctions de distributions routinières.

¹⁷²⁵W. SCHÖN, *préc.*, p. 24.

Cadre inclusif semblait s'orienter dans les réponses à apporter aux défis fiscaux soulevés par la numérisation vers un champ d'application restreint aux grandes multinationales numériques, l'ambition d'aboutir à un consensus politique entre l'ensemble des parties tenantes a finalement nécessité, sous la pression de l'administration Biden¹⁷²⁶, de concevoir un champ décloisonné sectoriellement sans qu'il ne soit ainsi donné d'importance à la nature des activités réalisées par les multinationales (I). Le caractère *a priori* illimité du champ d'application apparaît toutefois contrebalancé par d'importantes limitations tenant à ce que la conception du nouveau droit d'imposition doit s'effectuer dans le but d'assurer une proportion entre les charges de conformité et les avantages fiscaux escomptés. Ceci implique par conséquent que le Montant A n'ait vocation qu'à cibler les plus grandes multinationales disposant d'un certain seuil de rentabilité (II).

I. Un champ d'application globalisant quant à la nature de l'activité réalisée

444. Au début de l'année 2020, l'approche unifiée innovait fortement en intégrant dans le champ du Montant A les entreprises spécialisées dans la fourniture de « services numériques automatisés » et les « entreprises en relation étroite avec les consommateurs » (*consumer facing business CFB*)¹⁷²⁷. L'intégration de ces deux types d'entreprises dans le Pilier 1 constituait alors une tentative de synthèse entre les propositions initialement débattues par les États au sein du Cadre inclusif pour répondre à l'objectif de ré-allocation des droits d'imposition au profit de l'État de consommation¹⁷²⁸. Étaient dès lors concernées par ce champ d'application non seulement « *les entreprises [tirant] des revenus de la prestation de services numériques fournis de manière standardisée à une importante population de clients* »¹⁷²⁹ mais aussi celles exerçant leurs activités dans des secteurs plus traditionnels comme la restauration, l'automobile, la grande distribution ou encore la vente de produits pharmaceutiques accessibles librement. Il n'était par conséquent plus question de limiter la réforme aux seules multinationales qui, par leurs pratiques de planification

¹⁷²⁶J. MARTIN, « Leaked copy of US proposal for Pillar One and Pillar Two multinational group tax reforms available », consultable sur : <https://mnetax.com/leaked-copyof-us-proposal-on-multinational-group-tax-reforms-available-43379>

¹⁷²⁷OCDE, *Déclaration du Cadre inclusif sur le BEPS de l'OCDE et du G20 relative à l'approche en deux piliers visant à relever les défis fiscaux soulevés par la numérisation de l'économie – janvier 2020*, § 24 et s.

¹⁷²⁸Ces approches étaient au nombre de trois : l'approche fondée sur la « participation de l'utilisateur », l'approche fondée sur les « biens incorporels de commercialisation » et la proposition fondée sur le critère de « présence économique significative ». La première attribuait compétence fiscale à l'État de localisation des utilisateurs dans la mesure où ces derniers pouvaient être considérés comme un composant essentiel du processus de création de valeur de l'entreprise étrangère. La deuxième visait à attribuer un droit d'imposition à l'État où une entreprise était réputée avoir créée de la valeur par l'exploitation d'actifs liés à la base utilisateurs/clientèle ou bien plus globalement de « biens incorporels de commercialisation » (cf. *supra*. pour de plus amples développements sur cette approche). Enfin, la troisième approche, principalement défendue par les pays membres du G-24, consistait à moduler le concept d'ES pour y intégrer des facteurs de rattachement de l'obligation fiscale mettant en évidence une interaction significative par le biais de technologies numériques entre une entreprise et une juridiction.

¹⁷²⁹OCDE, *Déclaration préc.*, p. 11, § 22.

fiscale et leurs modèles novateurs de création de valeur disposaient d'un taux effectif d'imposition supposé bien inférieur à leur réelle capacité contributive, mais de l'étendre à l'ensemble des entreprises en contact direct et indirect¹⁷³⁰ avec les consommateurs. Deux raisons principales militaient toutefois à la suppression de cette sectorisation. D'une part, le concept des CFB contrevenait à l'exigence de simplicité et de certitude fiscale promue par le Cadre inclusif car il n'existait *a priori* aucune ligne de démarcation claire pour déterminer ce qui constituait ou non une entreprise de ce type. Ainsi, « *les sujets de discriminations [...] avaient vocation à se multiplier entre des EMN disposant d'activités voisines, mais dont les unes qualifieraient de CFB et tomberaient dans le champ d'application du nouveau droit d'imposer alors que les autres y échapperaient* »¹⁷³¹. D'autre part, la sectorisation du champ d'application n'apparaissait pas pertinente au regard de l'objectif politique poursuivi par le Cadre inclusif de redistribuer aux juridictions de marché une portion supplémentaire des bénéfices résiduels, attribuable aux actifs incorporels autres que manufacturiers, et résultant des gains d'efficacité permis par la numérisation de l'économie. En effet, il ne peut être considéré que la réalisation de bénéfices résiduels résultant de la mise en œuvre de facteurs autres que les incorporels manufacturiers, le capital ou le risque soit limitée aux CFB. En d'autres termes, les gains d'efficacité sont susceptibles de survenir à différentes étapes des opérations commerciales de sorte qu'un champ d'application restreint sectoriellement aurait eu pour effet d'exclure un spectre plus large de bénéfices pourtant attribuables aux juridictions de marché conformément à l'objectif politique innervant l'action du Cadre inclusif. Dans cette mesure, les considérations de simplification et d'équité entre les contribuables ont abouti à la suppression de l'approche sectorielle, avec toutefois comme exception notable l'exclusion des secteurs extractifs et financiers¹⁷³².

¹⁷³⁰Le Cadre inclusif avait fait le choix d'une application particulièrement extensive du critère CFB en considérant qu'il englobe « *les entreprises [...] qui vendent des produits de consommation indirectement en passant par des revendeurs tiers ou des intermédiaires effectuant des tâches courantes telles que des opérations mineures d'assemblage et de conditionnement* » (OCDE, *Déclaration préc.*, p. 12, par. 28).

¹⁷³¹O. EL ARJOUN, « Fiscalité internationale - Réforme de la fiscalité du numérique : quelques réflexions sur le Pilier Un du projet OCDE », *Dr. fisc.* n° 11, 18 Mars 2021, 177.

¹⁷³²Concernant l'exclusion des entreprises extractives du champ d'application du Montant A, il est avancé que le sur-profit lié à l'exploitation des ressources naturelles n'appartient pas à l'État de consommation mais est intrinsèquement lié au territoire de l'État sur lequel se trouve la ressource. Le FMI a toutefois pu récemment alerter sur la nécessité d'intégrer les entreprises du secteur extractif dans la modernisation des cadres fiscaux internationaux. En effet, selon une étude récente de l'institution sur les pratiques de transfert des bénéfices dans le secteur minier, les États d'Afrique subsaharienne subiraient en raison des pratiques d'évasion fiscale des multinationales extractrices des pertes d'IS en moyenne entre 470 et 730 millions \$ par an ; Concernant le secteur des services financiers, la réglementation actuelle est considérée comme globalement efficace dans l'alignement entre les capitaux propres et l'État de résidence des clients. En outre, une inclusion de ces activités dans le champ du Montant A aurait posé des difficultés pratiques insolubles dans la répartition des profits, comme en attestent la pratique des *deal* de banque d'affaires négociés sur des *deck* situés dans plusieurs États.

II. Les limitations au champ d'application

445. Comme le note le Cadre inclusif : « Pour définir les entreprises multinationales qui rentrent dans le champ d'application du Montant A, il est admis qu'en deçà d'un certain seuil global de taille, l'analyse coûts-avantages ne justifie pas d'imposer les règles exigées pour appliquer le Montant A »¹⁷³³. Si le consensus semblait alors jusqu'à récemment se situer dans l'établissement d'un seuil de 750 millions d'euros de CA pour éviter que les entreprises de petites et moyennes tailles ne supportent des coûts de mise en conformité fiscale disproportionnée en comparaison avec leur empreinte économique mondiale¹⁷³⁴, l'été 2021 a marqué un changement de position radicale des membres du Cadre inclusif en portant finalement ce seuil à 20 milliards d'euros. L'objectif est toutefois de l'abaisser à 10 milliards d'euros sept ans après l'entrée en vigueur de la réforme au titre du Pilier 1, sous réserve d'une mise en œuvre réussie et d'un examen correspondant concluant. Conjugué à la préservation d'un seuil de rentabilité de 10 %, entendu comme le ratio bénéfice avant impôt/ CA, seules 78 des plus grandes multinationales devraient être concernées par le nouveau droit d'imposition établi au titre du pilier 1¹⁷³⁵. Ainsi l'imposition conçue par le Cadre inclusif n'a pas vocation à concerner l'ensemble des multinationales, entendu au sens traditionnel du terme, mais seulement une poignée d'entreprises qualifiables de « globales » qui par leur taille et leur domaine d'intervention constituent une économie ou un écosystème à part entière¹⁷³⁶. Certains géants du numérique resteraient néanmoins en dehors du champ du dispositif car disposant de marges bénéficiaires inférieures au seuil de 10 %. Tel est le cas entre autres d'Amazon, la multinationale disposant, en raison d'une activité de détaillant en ligne peu profitable, d'une marge bénéficiaire totale de 6,4 % pour l'année 2020¹⁷³⁷. Son exclusion pose d'autant plus question que l'une de ses filiales, *Amazon Web Services*, spécialisée dans les services de *cloud computing*, contrôle plus de 40 % du marché public mondial dans ce domaine et voit ses profits augmenter d'année en année de 30 % avec une marge bénéficiaire similaire pour l'année 2020. Si l'institution d'un seuil de rentabilité différencié en fonction des activités réalisées par les multinationales

¹⁷³³OCDE, Les défis fiscaux soulevés par la numérisation – Rapport sur le blueprint du Pilier 1, *préc.* N° 1447, § 171.

¹⁷³⁴Ce seuil de 750 millions est celui privilégié par la majorité des pays européens ayant adopté une taxe sur les services numériques au niveau national à l'exception notable du Royaume-Uni, cf. *supra.*, Partie 2, Titre 1, Chapitre 1.

¹⁷³⁵M. DEVEREUX, M. SIMMLER, « Who will pay Amount A ? », *EconPol Policy Brief* 36/21, July 2021, vol. 5, Oxford University Centre for Business Taxation, disponible à https://www.econpol.eu/sites/default/files/2021-07/EconPol_Policy_Brief_36_Who_Will_Pay_Amount_A_0.pdf : selon cette étude, si le seuil de 750 millions d'euros avait été maintenu, environ 1720 multinationales auraient été concernés par le montant A mais le rendement budgétaire n'aurait été que du double (240 milliards de dollars contre 115 milliards).

¹⁷³⁶J. W. BELLINGWOUT, « Global Enterprise Taxation (GET) », *Intertax*, 2020, Vol. 48, Issue 3, p. 317-325.

¹⁷³⁷The Guardian, Global G7 deal may let Amazon off hook on tax, say experts, 6 June 2021, consultable à <https://www.theguardian.com/technology/2021/jun/06/global-g7-deal-may-let-amazon-off-hook-on-tax-say-experts> : d'autres multinationales du numérique comme Uber, Tesla, Snapchat ou Twitter devraient similairement être exclues du montant A car disposant d'un seuil de rentabilité inférieur à 10 %.

couvertes est de nature à remédier à cette difficulté -avec toutefois l'inconvénient majeur de multiplier les potentielles interactions entre les nouveau *nexus* et les règles actuelles de PDT - le récent accord des membres du Cadre inclusif ne mentionne qu'un pourcentage fixe sans distinction d'activités¹⁷³⁸. Seul reste envisageable à l'heure actuelle, à défaut de prononciation directe du Cadre sur ce point, la conception d'une obligation pour ces entreprises d'opérer une segmentation des revenus de leurs activités hautement profitables¹⁷³⁹.

Paragraphe 2 : Les facteurs pertinents dans la caractérisation du nouveau *nexus*

446. Au même titre que les règles conventionnelles classiques de répartition de la compétence fiscale en matière de revenus actifs, l'attribution du Montant A à une juridiction de marché ne peut s'effectuer que lorsqu'une entreprise étrangère participe à son économie de manière significative et soutenue. L'institution d'un certain seuil de présence économique à dépasser sur le territoire de l'État de consommation pour enclencher le nouveau *nexus* permet ainsi d'en faciliter l'administration en assurant l'élimination de phénomènes potentiels de sur-fragmentation des bases imposables entre de multiples juridictions¹⁷⁴⁰. Dès lors, « *faute d'une telle participation, aucune partie des bénéfices d'un groupe ne serait réattribuée à une juridiction donnée au titre du Montant A* »¹⁷⁴¹. À cette fin, la mesure de la participation économique est, dans la solution finale adoptée par le Cadre inclusif, fondamentalement novatrice en comparaison du système actuel dans lequel un État ne dispose d'un pouvoir d'imposition que lorsque se situe sur son territoire l'origine des bénéfices réalisés par une entreprise, entendu comme l'endroit où opèrent les facteurs de production qui les génèrent¹⁷⁴². En effet, l'interaction entre l'offre et la demande exprimée dans la juridiction de marché est ici à elle-seule suffisante pour établir que les bénéfices tirés par l'entreprise de la réalisation de ces transactions prennent leur source dans cette juridiction. Le nouveau *nexus* est dès lors une expression pure et simple du principe de destination en matière d'imposition des bénéfices des multinationales (I). Si selon les défenseurs de ce principe, son plus grand mérite est de minimiser les possibilités d'évasion fiscale, dans la mesure où les consommateurs constituent une base immobile, d'importantes difficultés pratiques surviennent toutefois dans la détermination des modalités de localisation du lieu d'origine du CA, notamment à l'égard d'entreprises réalisant leurs activités sur plusieurs faces d'un même marché (II).

¹⁷³⁸OCDE, *préc.* n° 1443, p. 2.

¹⁷³⁹Cf. *infra.* § 459 et s.

¹⁷⁴⁰La mise en œuvre du nouveau *nexus* sera étudiée suite à la répartition des bénéfices en raison de l'interdépendance entre ces deux étapes, cf. *infra.* n° et s.

¹⁷⁴¹OCDE, Les défis fiscaux soulevés par la numérisation – Rapport sur le blueprint du Pilier 1, *préc.* n° 1447, § 194.

¹⁷⁴²OCDE, Les règles actuelles d'imposition des bénéfices industriels ou commerciaux prévues par les conventions conviennent-elles au commerce électronique ?, § 40, 2003.

I. L'application exclusive du principe de destination dans la caractérisation du *nexus*

447. Au regard de la portée mondiale de l'action du Cadre inclusif, la modulation du seuil requis de CA en fonction du PIB des États pour enclencher le nouveau *nexus* apparaissait nécessaire pour éviter que ne soit centralisé dans les plus grandes juridictions de marché l'ensemble des bénéfices économiques découlant de l'adoption des nouvelles règles de répartition de la compétence fiscale et des profits (A). En considérant que le dépassement d'un certain seuil de CA dans la juridiction de marché est suffisant en lui-même pour constituer le nouveau *nexus*, l'approche retenue par le Cadre inclusif questionne quant à sa capacité à opérer un alignement entre l'attribution de la compétence fiscale à l'État de consommation et la localisation sur son territoire de facteurs essentiels à la création de valeur des entreprises multinationales (B).

A. Des seuils de chiffre d'affaires modulables en fonction du PIB des juridictions de marché

448. Le montant de CA brut réalisé par une entreprise dans une juridiction de marché constitue assurément le principal indicateur de son intégration significative et soutenue à l'économie de cette juridiction¹⁷⁴³. Toutefois, pour éviter une multiplication des présences taxables au titre du nouveau droit d'imposition, le seuil retenu de CA réalisé doit être suffisamment haut pour que la présence économique de l'entreprise sur le territoire de l'État de consommation y apparaisse évidente. À cette fin, la solution du Cadre inclusif répute le lien suffisant établi entre une juridiction de marché et un groupe concerné par le champ d'application du Montant A dès lors qu'il réalise au moins un million d'euros de recettes dans cette juridiction. Ce seuil est néanmoins ramené à 250 000 euros pour les juridictions de marché disposant d'un PIB inférieur à 40 milliards d'euros¹⁷⁴⁴. Enfin, de manière quelque peu surprenante, la déclaration du 8 octobre 2021 reste muette sur l'éventuelle mise en place d'un seuil temporel quant au dépassement du CA réalisé. Pourtant, il apparaît difficilement concevable de réputer un lien durable établi entre une entreprise et un État en l'absence du dépassement du seuil de CA retenu sur plusieurs exercices. En effet, la majorité des propositions quant à la conception du nouveau *nexus* retienne une période minimum de 3 ans durant laquelle l'entreprise concernée devrait dépasser le seuil de CA institué au niveau du marché, ceci pour s'assurer que ne soient intégrées que les seules entreprises tirant profit depuis un certain temps de l'économie de la juridiction de marché¹⁷⁴⁵.

¹⁷⁴³OCDE, *préc.*, p.14, par. 37.

¹⁷⁴⁴OCDE, Déclaration sur une solution reposant sur deux piliers pour résoudre les défis fiscaux soulevés par la numérisation de l'économie, *préc.* n° 1443, p. 1-2.

¹⁷⁴⁵Cf. notamment AFEP, Comments on Secretariat Proposal For a Unified Approach Under Pillar One, *préc.*, p.7 ; Danon & Chand, *préc.*, p. 18, § 33.

B. Des règles de lien déconnectées du concept de création de valeur

449. Se fondant sur la dichotomie retenue entre entreprises spécialisées en fourniture de services numériques automatisés (SNA) et entreprises en relation étroite avec les consommateurs (CFB), le Cadre inclusif avait initialement décidé d'opérer entre ces deux catégories d'entreprises une différenciation dans les règles de lien retenues. En effet, tandis que dans le domaine des SNA le critère quantitatif du CA dans l'enclenchement du *nexus* apparaissait à lui-seul suffisant pour justifier l'attribution d'un pouvoir d'imposer à l'État de consommation, la répartition de la compétence fiscale s'effectuait concernant les CFB exclusivement sous le prisme de la théorie de l'offre en raison de la rareté des hypothèses de déconnexion dans un État entre l'intégration économique effective de ces entreprises et les moyens matériels et physiques déployés¹⁷⁴⁶. Par la décision finale d'étendre l'exclusivité du critère quantitatif du CA à tout secteur d'activités, le Cadre inclusif marque toutefois l'abandon pur et simple de la théorie de l'offre dans les nouvelles règles de répartition de la compétence fiscale (1). Dès lors, l'enclenchement de la compétence fiscale d'un État du seul fait de la présence sur son sol d'un facteur de réalisation de valeur, i.e. les ventes, s'inscrit en contradiction avec les dispositions conventionnelles actuelles en matière d'imposition des bénéficiaires selon lesquelles, en substance, un État ne peut disposer d'un pouvoir d'imposer que lorsque convergent sur son territoire les facteurs travail et capital (2).

1. L'abandon de la théorie de l'offre dans l'imposition des bénéficiaires issus d'activités de *consumer facing business*

450. Les travaux initiaux du Cadre inclusif, notamment le *Blueprint* sur le pilier 1 d'octobre 2020, marquaient un attachement à préserver la théorie de l'offre à l'égard de la catégorie des activités CFB. Le seuil de CA réalisé dans la juridiction de marché ne constituait dans cette mesure pas un critère suffisant en lui-même pour caractériser la présence économique significative d'une entreprise sur le territoire de cette juridiction. Autrement dit, « *la vente internationale de biens corporels dans une juridiction du marché n'équivaut pas en soi à une participation significative et soutenue dans l'économie de cette juridiction* »¹⁷⁴⁷. D'autres facteurs additionnels devaient par conséquent être réunis pour établir le nouveau *nexus*. À cette fin, le Cadre inclusif citait deux types de facteurs : « *l'existence d'une présence physique du groupe d'entreprises multinationales dans la juridiction du marché ou d'une action publicitaire qui cible [cette] juridiction* »¹⁷⁴⁸. Le Cadre inclusif semblait dès lors entrevoir la possibilité pour une entreprise multinationale d'être assujettie

¹⁷⁴⁶OCDE, Les défis fiscaux soulevés par la numérisation – Rapport sur le Blueprint du Pilier 1, *préc.*, § 191.

¹⁷⁴⁷OCDE, *Déclaration du Cadre inclusif sur le BEPS de l'OCDE et du G20 préc.* p. 14, § 39.

¹⁷⁴⁸*Ibid.*

au Montant A dans une juridiction de marché, par les moyens matériels qu'elle y déployait, sans pour autant remplir les critères de l'ES au sens des conventions fiscales bilatérales actuelles. Par conséquent, en s'attachant exclusivement à analyser les actions mises en œuvre par l'entreprise dans le but de pénétrer économiquement un marché, la solution initialement promue préservait à l'égard des CFB l'application de la théorie de l'offre en liant l'attribution d'un pouvoir d'imposer à l'État de consommation à la localisation sur son sol de « *l'activité économique à l'origine de la production du revenu* »¹⁷⁴⁹. La volonté du Cadre inclusif de lier la présence physique et le principe d'origine apparaissait toutefois surprenant lorsqu'était mise en perspective la raison principale ayant motivée ses membres à travailler de concert dans les réponses à apporter aux défis fiscaux soulevés par la numérisation de l'économie. En effet, le constat fait par l'OCDE de la capacité toujours plus forte des multinationales de générer des bénéfices substantiels sur un territoire sans pour autant y déployer de moyens humains et matériels, impliquait naturellement le dépassement du critère physique dans l'institution du nouveau droit d'imposition. Néanmoins, par la formulation des facteurs additionnels susmentionnés, le Cadre inclusif s'inscrivait, au moins pour cette catégorie d'entreprises, dans la continuité du rapport OCDE sur le commerce électronique de 2001 par lequel la « nouvelle » économie avait été considérée comme ne modifiant pas l'essence de la conduite des opérations d'entreprises, c'est-à-dire « *l'exercice en un lieu quelconque d'une activité physique, concrétisée par la prise de risques d'un entrepreneur, la mobilisation de main-d'oeuvre et le lancement d'investissements matériels* »¹⁷⁵⁰. Les considérations de simplification et d'équité entre les contribuables ont cependant finalement abouti au cours de l'année 2021 à ce que le Cadre inclusif tire les conséquences du constat initialement formulé en uniformisant l'exclusivité du critère du CA dans l'établissement du nouveau *nexus* quelque soit le secteur d'activités de la multinationale.

2. L'attribution de la compétence fiscale selon un facteur de réalisation de la valeur

451. S'il pouvait apparaître aux origines de la proposition du Cadre inclusif complexe de déterminer sur quel principe sous-jacent étaient basées les nouvelles règles de *nexus*, la solution finale, par les effets qu'elle est susceptible de produire, marque assurément une étape significative dans l'application du principe de destination en matière d'imposition des bénéfices. Dès lors, le rapprochement apparaît notable entre l'impôt sur les revenus des entreprises et la TVA dans la localisation du lieu final de paiement de l'impôt. Cette consécration est ainsi de nature à amorcer des modifications dans la répartition de la compétence fiscale contraires à celles pouvant survenir

¹⁷⁴⁹N. VERGNET, *préc.* p. 329, § 813.

¹⁷⁵⁰OCDE, Les règles actuelles d'imposition des bénéfices industriels ou commerciaux prévues par les conventions conviennent-elles au commerce électronique ?, *préc.*, § 50.

suite à l'adoption de solutions visant à repenser le concept de « création de valeur » ou encore le principe d'origine.

452. Si les critiques quant à la pertinence du concept de « création de valeur » dans la modification des cadres de la répartition de la compétence fiscale ne cessent de s'intensifier ces dernières années - la majorité de la doctrine le cantonnant à un mécanisme permettant d'éviter la localisation des profits dans des pays à fiscalité privilégiée sans lien avec l'exercice d'une activité économique réelle¹⁷⁵¹ - l'important travail mené par l'OCDE en 2018 sur la description des chaînes de valeur dans les modèles d'affaires fortement numérisés¹⁷⁵² a néanmoins mis en exergue le lien intrinsèque existant entre la participation essentielle des utilisateurs au processus de création de valeur d'une multinationale et son intégration économique effective dans l'État de localisation des utilisateurs¹⁷⁵³. Dit autrement, la participation des utilisateurs à la production de valeur, matérialisée par la collecte intensive de leurs données personnelles et/ou par leur réalisation de certaines prestations gratuites au profit d'autres utilisateurs du service, démontre que les multinationales en bénéficiant, disposent dans l'État de localisation, des utilisateurs d'une présence économique significative susceptible de justifier l'attribution d'un pouvoir d'imposer à cet État. Ainsi le « travail gratuit » réalisé par les utilisateurs, en ce qu'il constitue une source essentielle de valeur pour l'entreprise multinationale, devrait être pris en compte dans l'origine des revenus actifs que cette entreprise génère¹⁷⁵⁴. Dans cette mesure, la répartition de la compétence fiscale dans des modèles d'affaires d'entreprises à forte composante numérique nécessite de repenser le principe d'origine sous le prisme du concept de « création de valeur ». Plus précisément, la présence de facteurs extérieurs de création de valeur captés par une plateforme numérique sur le sol d'une juridiction induit de ce fait qu'elle constitue le lieu de production de la richesse, de sorte qu'il existe, au moins dans ces modèles d'affaires spécifiques, un lien inconditionnel entre facteurs de création de valeur et revenus réalisés par une plateforme¹⁷⁵⁵. Cette conception, selon laquelle l'État de consommation ne

¹⁷⁵¹M. SOLANGE SCREPANTE, « The Arm's Length Principle Evolves Towards a 'Value Creation Functional (i.e. DEMPE) Formula Standard': A Barrier or a Gateway to Locational Business Planning ? », *Intertax*, Volume 48, Issue 10, 2020, p. 871 ; P. SAINT-AMANS avait de même noté, durant le congrès de l'IFA de 2019 sur l'imposition de l'économie numérique, que le concept de « création de valeur » n'avait jamais constitué un principe guidant l'OCDE dans les réponses à apporter aux défis fiscaux posés par la numérisation de l'économie. Ce concept constituerait alors tout au plus une manifestation de la substance sous la perspective économique.

¹⁷⁵²OCDE, *Les défis fiscaux soulevés par la numérisation de l'économie* – rapport intérimaire 2018 : Cadre inclusif sur le BEPS, 2018.

¹⁷⁵³Dans cette mesure, le concept de « création de valeur » peut être utilisé dans le but de justifier l'octroi d'un pouvoir d'imposer à un État, cf. à ce titre C. ELLIFFE, « International Tax Frameworks: Assessing the 2020s Compromise from the Perspective of Taxing the Digital Economy in the Great Lockdown », *Bulletin for International Taxation*, Volume 74, Issue 9, p. 544-545.

¹⁷⁵⁴N. VERGNET, préc. § 827, p. 334.

¹⁷⁵⁵Pour un avis contraire considérant que la création de valeur est un concept arbitraire qui ne peut être utilisé pour attribuer un pouvoir d'imposer à l'État de consommation, S. BURIK, préc., p. 305-306.

peut disposer d'un pouvoir d'imposer que lorsqu'il est lieu de localisation de la richesse produite par une entreprise, diverge de celle adoptée par le nouveau *nexus*. Cette contradiction est même susceptible de s'accroître à mesure que les éléments immatériels voient leur importance grandir dans la création de valeur des modèles d'affaires.

453. L'institution unique d'un facteur de réalisation de valeur n'apparaît pas en mesure de retranscrire, aux fins d'attribution de la compétence fiscale à l'État de consommation, le nouveau rôle des utilisateurs/consommateurs dans la production de richesse et la rentabilité économique des multinationales numériques. En effet, dans certains modèles d'affaires hautement numérisés, il n'existe aucune corrélation directe entre la valeur créée rattachable à un État et le montant de CA y étant réalisé. En d'autres termes, un État peut contribuer significativement à la création de richesse d'une entreprise numérique, par ex. en améliorant le *data mining* grâce à la collecte intensive de données personnelles, sans pour autant que cet entreprise ne réalise sur son territoire un important CA. De plus, le déclenchement du nouveau *nexus* sur la seule base d'un seuil de CA induit que les États de consommation, à niveau de ventes égal, reçoivent un même pouvoir d'imposition, que les consommateurs/utilisateurs résidents sur leurs territoires contribuent à la création de richesse de l'entreprise ou consomment passivement les biens et services qu'elle fournit¹⁷⁵⁶. Dans cette mesure, « *l'inclusion des États de consommation dans lesquels aucune richesse n'est produite réduira par conséquent le montant de profits qui devrait être normalement attribués aux États de consommation contribuant significativement à la génération des revenus d'entreprises étrangères* »¹⁷⁵⁷. Pourtant, force est de constater que les consommateurs constituent dans l'essentiel des situations, pour les entreprises multinationales, un facteur de réalisation de la valeur, entendu comme l'un des deux éléments avec l'offre permettant la conclusion des transactions commerciales. Il n'existerait donc *a priori*, à l'égard d'un impôt dont le but est l'imposition des activités d'investissement, aucun principe pouvant légitimer le pouvoir de l'État de marché d'imposer les bénéfices retirés de ces transactions lorsque les clients ne génèrent aucun rendement économique particulier¹⁷⁵⁸. L'uniformisation des règles de lien aux multinationales, quelque soit leurs secteurs d'activités (*avoid fiscal ring-fencing*), est d'autant plus surprenante au regard de l'ambition originellement affichée par le Cadre inclusif de lier la compétence fiscale de l'État de consommation à la contribution des consommateurs au processus de production de richesse de l'entreprise. En effet, si cette contribution se caractérise seulement dans certains modèles d'affaires hautement numérisés, i.e. les réseaux de valeur, l'intégration dans le champ du nouveau *nexus* des

¹⁷⁵⁶*Ibid.* p. 313.

¹⁷⁵⁷*Ibid.* [notre traduction]

¹⁷⁵⁸*Ibidem.*

activités où l'État de marché constitue uniquement le lieu de consommation de la richesse produite par l'entreprise apparaît contestable.

L'institution unique du facteur de réalisation de valeur que constitue le CA ne permet donc pas de répondre aux situations dans lesquelles des rentes économiques sont localisées actuellement en dehors du territoire de l'État de consommation alors qu'elles apparaissent en réalité générées par l'interaction de l'entreprise avec les consommateurs locaux et les utilisateurs de cet État. La théorie des droits offre dans cette mesure une base théorique alternative plus solide pour modifier la répartition initialement effectuée de la rente économique entre les entités d'un groupe et ainsi ouvrir la voie à l'attribution d'une part à l'État de consommation en adéquation avec l'importance des facteurs présents sur son territoire dans la création de valeur de ces entreprises¹⁷⁵⁹.

II. Les modalités de localisation du lieu d'origine du chiffre d'affaires

454. Au regard de la pluralité des modèles d'affaires que le *nouveau* nexus est susceptible d'englober, l'établissement du lieu de réalisation du CA requiert la mise en place d'indicateurs variant en fonction de la nature de l'activité considérée. L'exhaustivité dont a fait preuve l'OCDE dans cet exercice permet dès lors la minimisation des difficultés de détermination de la juridiction de marché en rendant qui plus est largement ineffective les pratiques de contournement du facteur revenus fondées sur la vente de biens par l'intermédiaire d'un distributeur localisé dans une juridiction fiscale plus favorable¹⁷⁶⁰. Toutefois, concernant les activités de prestations de services, d'importantes difficultés persistent dans la détermination de la source des revenus, celles-ci s'accroissant lorsque ces prestations sont effectuées en ligne de manière automatisée. En effet, les relations tripartites instituées par les modèles d'affaires multi-faces du type B2B2C ou B2C2B questionnent sur la détermination de l'identité même du « consommateur ». Pour répondre à ces difficultés, l'OCDE a alors fait le choix d'adopter des règles de localisation de la source du revenu différenciées entre les plateformes numériques dont la création de valeur apparaît essentiellement le fait de l'activité de ses utilisateurs (**A**) et celles prospérant grâce à une logique d'intermédiation en connectant plusieurs faces d'un même marché (**B**).

¹⁷⁵⁹Cf. *infra*. § 505 et s. pour la détermination des profits attribuables à la présence taxable nouvellement créée dans l'État de consommation.

¹⁷⁶⁰Comme le note l'OCDE, *préc.*, Paragraphe 378, à l'égard d'un distributeur indépendant chargé des activités de distribution pour une zone géographique déterminée, le lieu de livraison finale des biens détermine la règle de source. À ce titre, les informations fournies par le distributeur constituent l'indicateur le plus pertinent pour déterminer la source du revenu. Toutefois, en ce que l'entreprise ne dispose pas en toutes circonstances des informations relatives au lieu final de consommation, cette méthode peut s'avérer extrêmement chronophage et coûteuse. Dans cette mesure, des propositions ont émergé visant à exclure les ventes effectuées par l'intermédiaire d'indépendants sauf dans la situation où le recours à l'intermédiaire a été effectué dans un but de contourner l'imposition au titre du *nouveau nexus*. Cf à ce titre J. ENGLISCH, « Comments on Secretariat Proposal for a Unified Approach under Pillar One », University of Muenster, 15 november 2019.

A. La détermination de la source du revenu pour les entreprises spécialisées dans le ciblage publicitaire et la vente de données

455. Pour les services de publicité en ligne et de ventes de données non-fondés sur l'emplacement en temps réel du spectateur ou de l'utilisateur, le critère de source du CA repose en substance sur le lieu de résidence habituelle du spectateur ou de l'utilisateur apprécié à travers des indicateurs hiérarchisés tels que les données de géolocalisation récurrentes ou l'adresse IP en premier lieu ou s'ils ne sont pas fiables l'adresse de facturation du spectateur ou de l'utilisateur¹⁷⁶¹. La hiérarchisation opérée en l'espèce par le Cadre inclusif interroge toutefois au regard du manque de fiabilité et de précision des adresses IP qui, si elles sont les moyens les plus directs pour localiser les utilisateurs, peuvent être facilement masquées par des programmes dits « *anonymizers* » et ainsi rendre la tâche de leur réelle localisation impossible pour l'entreprise¹⁷⁶².

L'éventualité d'une localisation dans différents États des personnes auxquelles ces plateformes fournissent leurs services implique, dans un souci d'administration simplifiée du nouveau *nexus*, que les indicateurs adoptés retiennent une conception spatiale limitée du « lieu de consommation ». À ce titre, le Cadre inclusif répute pour l'ensemble des activités ADS la source du revenu constituée non pas au lieu de paiement pour les services rendus par la plateforme, comme l'a retenu l'article 12 B du modèle ONU¹⁷⁶³, mais au lieu de situation de l'utilisateur¹⁷⁶⁴. Nous souscrivons à cette règle de localisation en ce qu'elle apparaît conforme au principe d'origine. En effet, le lieu de production de la richesse pour la plateforme se situe en l'espèce dans l'État d'extraction des données personnelles et non dans l'État de conclusion des contrats de PS ou de ventes de données où les entreprises clientes ne constituent qu'un facteur de réalisation de la valeur, entendu comme l'un des deux éléments avec l'offre permettant la conclusion des transactions commerciales.

Les difficultés dans le contrôle de l'application de cette règle risquent toutefois d'être considérables pour les administrations fiscales. En effet, ces dernières seront largement tributaires

¹⁷⁶¹Nous renvoyons aux développements de l'OCDE qui présentent les différents indicateurs à retenir en fonction de la nature des activités réalisées par les entreprises multinationales couvertes par le nouveau droit d'imposition, cf. OCDE, *préc.*, § 218 à 405.

¹⁷⁶²E. ESCRIBANO, « Notes on the design of the new nexus rule for the OECD's Unified Approach (pillar 1) », University Carlos III de Madrid, 6 novembre 2019, p. 5. Dans cette mesure, l'auteure propose trois indicateurs alternatifs à savoir i) un certificat numérique de résidence ii) l'adresse du consommateur comme spécifiée dans l'instrument de paiement et iii) l'adresse fournie explicitement par le consommateur au vendeur à distance (*closing clause*).

¹⁷⁶³Pour une étude de l'article 12 B du modèle ONU, cf. *infra*. § 535.

¹⁷⁶⁴Pour des écrits considérant que les règles de localisation de la source du CA adoptées par le Cadre Inclusif ne permettent pas d'attribuer un pouvoir d'imposition à l'État de situation des utilisateurs, S. BURIK, *préc.*, p. 302 et S. DE BAETS and A. SMOLKOWSKA, *Profit Attribution to 'Significant Economic' Presence and the Market State*, in *Profit Attribution to Digital Significant Economic Presence*, Éd. Michael Lang et al., Aug. 2020.

des informations transmises par les multinationales concernées pour déterminer la correspondance entre le CA rattaché aux juridictions de localisation des utilisateurs et le montant de CA localisé actuellement. Ce contrôle sera d'autant plus complexe à effectuer faute de transactions monétaires rémunérant l'utilisateur pour la collecte de ses données personnelles. Or, si le reporting « pays par pays » permet désormais de disposer d'une vision plus globale des activités mondiales menées par un groupe, l'absence d'uniformisation des règles comptables dans les différentes zones géographiques mondiales et les difficultés pour les administrations de faire du *fine-tuning* des éléments de la norme standard rendent encore les informations contenues dans ces reporting largement ineffectives¹⁷⁶⁵.

B. La détermination de la source des revenus pour les plateformes d'intermédiation

456. Concernant les plateformes d'intermédiation en ligne, que la nature des biens et services transitant par ces plateformes soit corporelle ou incorporelle, les règles de source sont similaires et consistent en une répartition à parts égales du CA entre l'acheteur et le vendeur¹⁷⁶⁶.

L'exemple d'une plateforme d'intermédiation de réservation de logements en ligne permet d'illustrer cette règle :

Soit une entreprise résidente d'un État A exploitant une plateforme *marketplace* dont le but est la connexion de demandeurs d'hébergements avec des fournisseurs de logements. Les propriétaires des logements à louer, situés dans l'État B, résident dans cet État. Monsieur X, résident de l'État C, dispose d'un profil sur la plateforme dont il se sert pour réserver un logement dans l'État B. La transaction effectuée en ligne s'élève à un montant de 1000 euros, la plateforme retenant une commission de 15 % et reversant le montant restant, soit 850 euros, au propriétaire du logement. Le CA réalisé par la plateforme au titre de cette transaction est donc de 150 euros. En vertu des règles de détermination de la source du CA, il convient de diviser à parts égales le montant de CA réalisé par la plateforme entre l'État C, État de localisation de l'utilisateur demandeur d'hébergements, et l'État B, lieu de situation des propriétés louées soit 75 euros respectivement pour ces deux États.

457. Dans cette mesure, la solution promue par le Cadre inclusif s'inscrit en conformité avec les règles de détermination de la source du CA contenues dans la TSN française ou encore dans la

¹⁷⁶⁵IGPDE, « Quelles réformes de la fiscalité internationale des entreprises ? Quels impacts attendus ? », Compte rendu, 20 janvier 2021, p. 7-9.

¹⁷⁶⁶OCDE, *préc.*, § 249 à 265.

proposition de directive de la Commission relative à l'adoption de la DST qui attribuait, dans ce type de situation, un pouvoir d'imposer aux deux États dans lesquels se situent les utilisateurs. Le choix opéré par le gouvernement britannique a lui été plus radical en se fondant sur le lien intrinsèque que partage les propriétés bâties avec l'État du territoire sur lequel elles sont situées. Ainsi le revenu est réputé prendre sa source exclusivement au Royaume-Uni dès lors que la propriété est située dans cet État et ce peu importe que le propriétaire réside en dehors du Royaume-Uni ou que logement occupé ait été réservé par un utilisateur étranger¹⁷⁶⁷. Cette solution apparaît, au contraire de celle visant à diviser à part égale le pouvoir d'imposer entre les États de localisation des utilisateurs, conforme au principe d'origine. De fait, en ce que l'augmentation de la valeur d'usage pour l'utilisateur demandeur d'hébergements résulte exclusivement de la coopération et de la co-création de valeur entre la plateforme d'intermédiation (interface de recherche fluide, support client, offres moins chères par rapport à des hôtels...) et le fournisseur de logements, l'État du lieu de production de la richesse ne peut être que celui de localisation physique des services fournis¹⁷⁶⁸. En effet, l'utilisateur de l'hébergement, par son unique fonction consommatrice, ne contribue aucunement au processus de co-production de la richesse auxquelles sont parties la plateforme et le fournisseur de logement¹⁷⁶⁹.

Paragraphe 3 : La détermination de la base imposable au titre du montant A

458. Le Montant A introduit une évolution notable dans la répartition internationale des profits en appréciant de façon unitaire l'activité économique d'un groupe, indépendamment du fait qu'elle y soit réalisée au travers d'entités juridiquement distinctes. Dès lors, si la répartition de la base taxable « *repose traditionnellement sur l'application de règles fiscales susceptibles de diverger selon les juridictions dans lesquelles une entreprise exerce ses activités* »¹⁷⁷⁰, l'appréhension du groupe en tant qu'une seule et même entité économique¹⁷⁷¹ implique, similairement aux propositions de directives ACCIS¹⁷⁷², la détermination d'une base commune taxable au titre du

¹⁷⁶⁷UK: HM Treasury, Digital Services Tax Draft Guidance, 2019, p. 38.

¹⁷⁶⁸S. BURIK, préc., p. 308.

¹⁷⁶⁹*Ibid.*

¹⁷⁷⁰O. EL ARJOUN, préc.

¹⁷⁷¹L'OCDE ne donne aucune indication précise sur la délimitation du périmètre des entités devant être intégrées au « groupe ». Dans cette mesure, le régime du Montant A devrait vraisemblablement se baser sur la proposition ACCIS de 2016 où l'admissibilité dans un groupe aux fins de la consolidation fiscale est déterminée sur la base de deux critères, à savoir i) le contrôle (plus de 50 % des droits de vote) et ii) la propriété (plus de 75 % du capital) ou les droits sur le bénéfice (plus de 75 % des droits à la répartition des bénéfices). Le choix de ces critères n'est néanmoins pas sans critique, tant concernant les opportunités d'organisation qu'il induit pour rentrer ou non dans le champ du nouveau régime d'imposition que sur la réalité économique de l'intégration, cf. à ce titre, M. P. DEVEREUX, A.J. AUERBACH, M. KEEN, P. OOSTERHUIS, W. SCHÖN, AND J. VELLA, « Taxing Profit in a Global Economy », préc. n°, p. 141 à 143.

¹⁷⁷²Propositions de directives du Conseil concernant une assiette commune pour l'impôt sur les sociétés (ACCIS), 2011,

Montant A. Le Cadre inclusif prévoit dans cette mesure que le bénéfice avant impôt servant de base au calcul du Montant A soit déterminé en partant d'états financiers consolidés établis selon des principes comptables généralement établis (GAAP) conformes aux normes internationales d'information financière (IFRS) (I). Concernant les pertes réalisées par les entreprises multinationales couvertes, les objectifs assignés au Montant A « *d'imposer uniquement le bénéfice économique [...] et d'améliorer la neutralité en veillant à la bonne corrélation entre produits et charges pour tous les types d'activités commerciales* »¹⁷⁷³ nécessitent la mise en œuvre d'une symétrie dans leur traitement fiscal par rapport aux profits (II).

I. La détermination du bénéfice avant impôt selon un référentiel comptable commun

459. La délimitation de l'assiette fiscale à répartir au titre du Montant A est susceptible de se réaliser de deux manières : en combinant l'ensemble des revenus perçus sur une base de groupe ou en segmentant les revenus fonctionnellement entre les différentes lignes d'activités (*business line*) et/ou géographiquement entre les juridictions de marché. Si la première approche a l'avantage de la simplicité en minimisant les coûts de mise en conformité pour les contribuables et les charges de contrôle pour l'administration, la deuxième aboutit à des résultats plus en lien avec la réalité économique des activités du groupe en permettant la différenciation entre des branches d'activités aux marges bénéficiaires et aux empreintes géographiques potentiellement très variées. Dans cette mesure, le recours à une segmentation des revenus semble constituer, pour les groupes couverts par le champ d'application du nouveau *nexus*, une obligation lorsqu'un segment respecte les règles relatives au champ d'application (A). En l'absence de transposition homogène des normes comptables financières dans les comptes sociaux des sociétés, certains ajustements fiscaux doivent être envisagés afin de rapprocher le bénéfice comptable de la base d'imposition à l'IS traditionnellement retenue par les membres du Cadre inclusif (B).

A. Le cantonnement de la segmentation des revenus à des circonstances exceptionnelles

460. L'intérêt du recours à la segmentation des revenus est directement lié au caractère sectoriel plus ou moins décroisé du champ d'application du Montant A. En effet, la limitation originelle du périmètre d'applicabilité aux activités ADS et CFB induisait potentiellement des situations de distorsions fiscales entre les entreprises percevant l'ensemble de leurs revenus d'activités couvertes par le Montant A et celles exerçant des activités dans et en dehors du champ du

COM(2011) 121/4 et COM(2016) 683 final.
¹⁷⁷³OCDE, *préc.*, § 473.

dispositif. Pour pallier cette difficulté, le Cadre inclusif invitait dès lors le contribuable à procéder à une ventilation du CA entre les activités couvertes et non couvertes par le nouveau *nexus*¹⁷⁷⁴.

Le principe de la segmentation établi, d'importantes difficultés pratiques surviennent toutefois dans sa mise en œuvre. D'une part, un consensus apparaît difficilement atteignable entre les membres du Cadre inclusif dans la définition même d'une « ligne d'activités » au vu de la multiplicité des modèles organisationnels adoptés par les groupes d'entreprises, i.e. centralisée, décentralisée ou sur une base régionale¹⁷⁷⁵. L'expérience de certains États américains dans l'application séparée des formules de répartition des profits à chaque « entreprise unitaire » (*unitary business*) illustre à ce titre la subjectivité de l'exercice de division d'un groupe multinational en plusieurs unités distinctes, source d'une augmentation conséquente des différends avec les autorités fiscales¹⁷⁷⁶. D'autre part, et surtout, le recours à une segmentation nécessite une répartition entre les différentes branches d'activités des dépenses communes à l'activité du groupe et des pertes, un décalage pouvant qui plus est survenir entre la réalisation de ces dernières et la mise en place des branches. Dès lors, si les états financiers consolidés permettent une vision d'ensemble du groupe, ils sont dans la majorité des situations insuffisants pour fournir des informations précises sur une ligne d'activité donnée, nécessitant ainsi le recours à des documents comptables de gestion internes à l'entreprise¹⁷⁷⁷. Leur caractère peu réglementé, en comparaison avec ceux préparés pour les parties prenantes externes, est par conséquent de nature à créer des différends entre les multinationales et les administrations fiscales ainsi qu'entre ces dernières dans la mesure où l'allocation de la base imposable entre les différents segments d'activités diverge selon les marchés¹⁷⁷⁸. Dans cette mesure, « *la garantie du respect des règles relatives à la segmentation créerait une charge importante à la fois pour les entreprises multinationales et pour les autorités fiscales* »¹⁷⁷⁹.

Tenant de neutraliser les difficultés pratiques relatives au montant de bénéfices nets à attribuer à chacun des segments couverts, le Cadre inclusif avait alors, dans le *Blueprint* d'octobre 2020, simplifié significativement les modalités de détermination de l'assiette fiscale du Montant A. Ainsi le calcul de l'assiette devait par principe s'opérer sur une base consolidée avec l'utilisation de « *la marge bénéficiaire consolidée du groupe comme indicateur de la marge bénéficiaire couverte, en l'appliquant au CA couvert pour obtenir une mesure des bénéfices couverts* »¹⁷⁸⁰.

¹⁷⁷⁴*Ibid.* § 442.

¹⁷⁷⁵R. J. DANON, V. CHAND, « Comments to Public Consultation Document : Secretariat Proposal for a Unified Approach under Pillar One », Université de Lausanne, 12 novembre 2019, § 40, p. 22.

¹⁷⁷⁶C. E. McLURE, Jr., « Operational Interdependence Is Not the Appropriate 'Bright Line Test' of a Unitary Business – At Least Not Now », 18 *Tax Notes* 107, January 10, 1983.

¹⁷⁷⁷*Ibid.*

¹⁷⁷⁸P. OOSTERHUIS, « Comments to Public Consultation Document : Secretariat Proposal for a Unified Approach under Pillar One », *Skadden*, 12 novembre 2019, p.9.

¹⁷⁷⁹*Ibid.*

¹⁷⁸⁰OCDE, *préc.*, § 444.

461. Si le « décloisonnement sectoriel »¹⁷⁸¹ opéré finalement au titre du Pilier 1 a réduit drastiquement l'intérêt des controverses autour du recours éventuel à une segmentation, le Cadre inclusif n'en exclut pour autant pas en toutes circonstances son utilisation. En effet, la règle précédemment citée de calcul de l'assiette sur une base consolidée est susceptible d'aboutir à des résultats inéquitables fiscalement entre contribuables lorsqu'un groupe exploite par exemple deux entreprises essentiellement indépendantes avec des marges bénéficiaires différentes, de sorte que par la combinaison des bénéfices de ces deux activités, l'impôt dû au titre du Montant A soit significativement réduit voire même nul¹⁷⁸². Or, ces situations sont loin de relever de l'exception en ce que de nombreuses multinationales, notamment des secteurs pharmaceutiques et numériques, disposent de lignes d'activités variant fortement dans les marges bénéficiaires réalisés¹⁷⁸³. Amazon en constitue l'exemple le plus notable avec, d'une part, une ligne d'activité de détaillant en ligne réalisant au titre de l'année 2020 une marge bénéficiaire d'environ 3 % et, d'autre part, une ligne spécialisée dans les services de *Cloud computing* réalisant une marge bénéficiaire de 30 % (environ 13 milliards de profits). Le seuil de rentabilité de 10 % n'étant pas atteint par Amazon en raison de la prédominance de son activité de détaillant dans la réalisation du CA, elle est par principe exclue de la solution du Pilier 1. À ce titre, la volonté encore très récemment affirmée des principaux États de consommation européens d'intégrer dans le champ du Montant A Amazon¹⁷⁸⁴, pourrait se manifester par l'introduction d'une exception à la règle du seuil de rentabilité. Pour éviter une augmentation des coûts de mise en conformité trop importante pour les multinationales concernées, l'exception devrait toutefois se cantonner aux situations où la ligne d'activité hautement profitable dépasse un seuil de rentabilité spécifique, en toute logique supérieur à celui de 10 %, et puisse se différencier aisément des autres lignes d'activités à faibles marges bénéficiaires. L'absence d'interférence dans la réalisation de ces différentes activités est une condition d'autant plus importante qu'elle permettrait de neutraliser toute conception opportuniste des États de la notion de lignes d'activités couvertes par le Montant A. Tel est le cas en toute vraisemblance de l'entreprise Amazon qui devrait dès lors, selon l'exception instituée, calculer la base taxable au titre du Montant A, *i. e.* le bénéfice avant impôt, à l'aide des comptes segmentés relatifs à son activité de fournisseurs de services de *Cloud computing*.

¹⁷⁸¹D. GUTMANN, « Les Piliers de la réforme fiscale internationale : état des lieux », *FR* 36/21, 27 août 2021.

¹⁷⁸²OCDE, *préc.* n° 1464, § 445.

¹⁷⁸³J. ANDRUS, P. OOSTERHUIS, *préc.* n° : « Pharma companies, for example, have quite different margins for their prescription pharmaceutical businesses than for their generics or consumer products businesses »

¹⁷⁸⁴Financial Times, *G7 moves to tap Amazon in new global corporate tax plan*, 7 juin 2021, consultable à l'adresse suivante : <https://www.ft.com/content/1b16c49d-b8fd-4eac-9ff1-d5e8b9510110>

B. Des ajustements fiscaux limités dans le calcul de la base taxable

462. L'absence de définition précise de la notion de « bénéfiques avant impôt » dans la plupart des GAAP octroie aux entreprises multinationales une certaine liberté dans la détermination des éléments à y inclure. Dans cette mesure, « *afin d'assurer un calcul cohérent de la base d'imposition dans l'ensemble des groupes couverts, certaines corrections entre données comptables et fiscales [doivent être] effectuées pour arriver à un chiffre normalisé de bénéfice avant impôt* »¹⁷⁸⁵. Parmi ces corrections, limitées à l'objectif d'aligner autant que possible la base taxable du Montant A à celle de l'IS, peuvent être citées : l'exclusion de la charge d'impôt sur les bénéfiques, l'inclusion de certaines charges comptables non-admises en déduction fiscale pour des motifs de politique publique (amendes et sanctions), ou encore l'exonération des dividendes et plus-values ou pertes d'actions¹⁷⁸⁶. Dès lors, la détermination du résultat global du groupe diverge ici fondamentalement du corpus de règles contenu dans la proposition révisée de l'ACCIS de 2016 aux fins du calcul d'un résultat fiscal unique pour l'ensemble des activités exercées sur le territoire de l'UE par les entités d'un même groupe¹⁷⁸⁷. D'une part, dans l'ACCIS, aucun lien formel n'est établi avec les normes IFRS de sorte que « *les sociétés doivent partir des comptes élaborés selon les règles comptables nationales et procéder aux ajustements nécessaires pour satisfaire aux besoins d'une assiette uniforme de l'ACCIS et établir un compte de résultat spécifiquement fiscal* »¹⁷⁸⁸. D'autre part, les ajustements fiscaux proposés dans la proposition de directive ACCIS, de part leur nombre et leur complexité, contrastent fortement avec la simplification recherchée par le Cadre inclusif dans la détermination de l'assiette fiscale à répartir. Peuvent être cités entre autres, la réintroduction par le Conseil de la clause anti-abus dite *switch over*, permettant la remise en cause de l'exonération des dividendes et des plus-values afférents à des titres d'une filiale étrangère lorsque l'impôt dans l'État de la résidence de cette filiale est inférieur à 50 % du taux légal d'IS dans l'État de la société mère, la mise en place d'un système dual d'amortissements ou encore la création d'un mécanisme de super déduction en faveur des activités de R&D¹⁷⁸⁹. Dès lors, si « *la raison d'être de l'ACCIS est de faciliter la vie des groupes qui, à défaut de toute harmonisation de l'impôt sur les*

¹⁷⁸⁵OCDE, préc., § 423.

¹⁷⁸⁶ Le Cadre inclusif n'a pas encore déterminé si cette exonération devait être subordonnée à des conditions relatives à la propriété et à la période de détention.

¹⁷⁸⁷COM(2016) 683 final.

¹⁷⁸⁸M. AUJEAN, C. MAIGNAN, « Gestion fiscale des groupes : les perspectives internationales et européennes », *Dr. fisc.* n° 50, 13 décembre 2012, 560, § 8.

¹⁷⁸⁹Au titre du mécanisme de super déduction, les entreprises seraient en droit de déduire la totalité de leur coût de R&D, plus une sur déduction de 50 % des dépenses jusqu'à 20 millions d'euros et 25 % pour la partie excédant ce dernier montant. Pour de plus amples développements sur les mécanismes introduits par l'ACCIS, D. SIQUIER DELOT, L'ACCIS à l'aune de la compétitivité des entreprises en Europe, Institut Frieland, Octobre 2017.

sociétés en Europe, est entravée par de multiples contraintes pratiques »¹⁷⁹⁰, le système promu par le Cadre inclusif dans sa composante du Montant A, au moins au titre des règles de détermination de l'assiette fiscale, apparaît plus convaincant dans l'établissement d'une fiscalité internationale « simplifiée »¹⁷⁹¹. Cette apparence de simplicité s'atténue toutefois lorsqu'est mentionné que le Montant A n'a pas vocation à remplacer le système d'imposition actuelle des entreprises multinationales mais simplement à s'y superposer.

II. La symétrie dans le traitement fiscal des pertes et des profits

463. Le régime de report des pertes institué par le Montant A - La détermination de la base imposable au niveau du groupe présuppose l'adoption d'un régime de report des pertes permettant de s'assurer que « *les entreprises prenant des risques dont le bénéfice est très fluctuant, sont en mesure de récupérer les coûts associés à leurs investissements initiaux, et ne sont donc pas soumises à une charge fiscale relativement plus élevée que d'autres activités commerciales dont la voie vers la rentabilité est plus rapide* »¹⁷⁹². Si les fluctuations les plus importantes dans les bénéfices réalisés se manifestent dans le numérique, en ce que la réussite des modèles d'affaires est directement liée à l'engagement d'importants investissements en démarrage du cycle économique, « *la dégradation de la situation économique causée par la pandémie de SARS-CoV-2 fait peser sur de nombreux groupes un risque financier dont l'aléa est encore impossible à maîtriser* »¹⁷⁹³ de sorte que les modalités d'utilisation des pertes constituent pour l'ensemble des secteurs économiques une question de première importance. Pour répondre aux nombreuses préoccupations exprimées par les groupes d'entreprises dans les documents de consultation publique, le Cadre inclusif ouvre ainsi la possibilité de reporter en avant les déficits, l'imposition au titre du Montant A ne pouvant dès lors survenir qu'après absorption de l'ensemble des déficits accumulés antérieurement au niveau du groupe ou du segment¹⁷⁹⁴. En permettant ainsi une compensation transfrontalière des pertes réalisées, le Montant A simplifie conséquemment l'environnement fiscal morcelé dans lequel évolue actuellement les groupes en l'absence d'harmonisation des systèmes nationaux de traitement des pertes¹⁷⁹⁵. La simplification induite par l'appréciation des déficits réalisés au niveau du groupe est de

¹⁷⁹⁰D. GUTMANN, « Les enjeux de l'ACCIS pour les groupes français », *Dr. fisc.* n° 47, 22 Novembre 2012, 528.

¹⁷⁹¹Les actions récentes de la Commission européenne dans ce domaine sont tournées vers l'élaboration d'une fiscalité équitable et simplifiée, cf. pour un exemple récent Commission européenne, Une fiscalité équitable et simplifiée à l'appui de la stratégie de relance, COM (2020) 312 final.

¹⁷⁹²OCDE, *préc.* n° 1464, § 473.

¹⁷⁹³M. SADOWSKY, « Déduction des pertes définitives européennes : l'importance d'être constant », *Dr. fisc.* n° 45, 5 novembre 2020, comm. 428, § 15.

¹⁷⁹⁴OCDE, *préc.* § 480.

¹⁷⁹⁵Pour une étude de la diversité des pratiques des États membres de l'UE dans le traitement des pertes fiscales, cf. S. DECHSAKULTHOR, K. GLENN, S. B. LAW, J.A MYSZKA, « Treatment of Losses Under OECD Pillars 1 and 2 » : *Tax Notes International*, 20 juill. 2020, p. 328 et 329.

plus de nature à favoriser une solution de répartition équitable du pouvoir d'imposition entre États en comparaison avec le choix d'un suivi juridiction par juridiction des déficits reportés. En effet, ce dernier choix aurait assurément conduit à une injustice entre « *une juridiction dans laquelle l'EMN a concentré des frais de lancement de ses projets (e.g. frais de R&D), se matérialisant par la constatation de déficits, dans [l'obligation] d'attendre patiemment que le stock de déficits ainsi créé soit consommé alors que les autres juridictions de marchés pourraient taxer immédiatement la création de valeur résultant de ces dépenses* »¹⁷⁹⁶. En d'autres termes, une telle solution aurait eu pour conséquence un financement direct du nouveau droit d'imposition par les juridictions détentrices de la P.I au bénéfice des juridictions de marché en attribuant à ces dernières une part plus importante de la sur-profitabilité liée à ces actifs sans pour autant qu'elles n'en assument la portion des pertes s'y rattachant.

464. La délimitation du périmètre de la notion de « déficits » - En ce que le Montant A n'a pas vocation en théorie à interagir avec le système fiscal international actuel en imposant uniquement une fraction de la marge consolidée avant impôt au-delà d'un seuil de profitabilité prédéterminé, son application devrait par principe se limiter aux multinationales réalisant des bénéfices nets supérieurs aux rendements courants. Dès lors, pour uniformiser les règles de la base d'imposition du Montant A que le résultat soit un bénéfice ou un déficit, plusieurs États membres du Cadre inclusif entendent intégrer dans la notion de déficits outre les pertes économiques, les « manques à gagner », entendus comme la différence entre le bénéfice réalisé par l'entreprise et le seuil de rentabilité retenu au titre du Montant A. En effet, contrairement au système actuel dans lequel l'imposition s'effectue à la première unité de bénéfice supérieur à zéro, « *dans un système tel que le Montant A, qui réattribue uniquement les bénéfices résiduels supérieurs à un seuil de bénéfice positif fixe, la neutralité exige que le point pivot pour les reports soit le seuil de bénéfice résiduel* »¹⁷⁹⁷. Un groupe réalisant un bénéfice inférieur au seuil de rentabilité serait dès lors en mesure de reporter ce « manque à gagner » pour l'imputer sur les bénéfices résiduels réalisés au titre d'années postérieures.

Exemple :

Au cours de l'année n, une multinationale couverte par le champ du dispositif du Montant A dispose d'une marge opérationnelle, entendue comme le ratio bénéfice avant impôt/ CA, de 5 %. Le seuil de rentabilité retenu par le Cadre

¹⁷⁹⁶O. EL ARJOUN, préc.

¹⁷⁹⁷OCDE, préc., § 489.

inclusif étant de 10 %, le manque à gagner pour la multinationale au titre de l'année n est égal à 5 % (10-5). Au cours de l'année n+1, cette multinationale réalise une marge opérationnelle de 20 %. Cette marge doit ainsi faire l'objet d'une réduction égale au manque à gagner réalisé au cours de l'année n avant de la comparer avec le seuil de rentabilité de 10 %. La marge opérationnelle au titre de l'année n+1 est donc égale à 15 % (20-5). En ce que la marge opérationnelle au cours de l'année n+1 est supérieure au seuil de rentabilité (15 > 10), la base taxable retenue au titre du montant A équivaudra à 5 % de la marge opérationnelle.

Section 2 : La consécration d'une répartition fractionnaire des bénéfices

465. La méthode de répartition multilatérale du droit d'imposer instaurée par le Pilier 1 revêt une nature hybride tenant à la conservation du PPC dans la détermination des bénéfices routiniers réalisés tout en s'en écartant à l'étape de la détermination du montant de bénéfices résiduels, dit Montant A, attribuable aux juridictions de marché éligibles. Dans cette mesure, le Montant A se distingue du dispositif ACCIS qui entend répartir par une formule constituée de facteurs ayant supposément participé à la création du revenu, l'ensemble des bénéfices européens, routiniers comme résiduels, d'un groupe multinational. L'objectif de ces méthodes de répartition proportionnelle reste toutefois similaire en visant à « [allouer] *les profits mondiaux d'une même entreprise (quelles que soient les personnes qui participent à son activité) à chaque juridiction au sein de laquelle seraient situés des facteurs participant à la production [et/ou à la réalisation du revenu]* »¹⁷⁹⁸. Dès lors, le Montant A vise à déterminer approximativement le « juste » montant qu'une multinationale couverte devrait acquitter dans les juridictions de marché où elle dispose d'une présence économique significative au contraire du PPC, intrinsèquement lié à la théorie de la faculté (*ability-to-pay*), où l'objectif est d'aboutir à un partage équitable de la charge fiscale entre contribuables en situation comparable¹⁷⁹⁹. Le Montant A marque par conséquent une rupture dans la conception traditionnelle des règles de répartition du profit en centrant exclusivement l'analyse sur les modalités par lesquelles les revenus sont réalisés. En résulte un caractère entièrement novateur du dispositif dans les étapes de répartition de la fraction du bénéfice résiduel attribuable aux juridictions de marché éligibles (**Paragraphe 1**). Le ré-équilibre instauré dans la répartition de l'assiette imposable au profit des juridictions de marché est dès lors, notamment en raison de la

¹⁷⁹⁸N. VERGNET, *préc.*, p. 383, § 945.

¹⁷⁹⁹L. EDUARDO SHOUERI, « Arm's Length : Beyond the Guidelines of the OECD », *Bulletin for International Taxation*, December 2015, p. 700.

consécration du multilatéralisme dans la répartition du pouvoir d'imposer, de nature à entraîner des difficultés pratiques d'une ampleur inédite tant pour les juridictions que pour les contribuables potentiellement concernés par ce nouveau droit d'imposition (**Paragraphe 2**).

Paragraphe 1 : Les étapes dans la répartition du montant a entre les juridictions de marché éligibles

466. Si le Montant A reprend en substance les étapes de la proposition de « biens incorporels de commercialisation » dans la répartition du bénéfice résiduel entre les juridictions de marché éligibles, l'objectif de simplification sous-tendant sa conception permet néanmoins de neutraliser en grande partie les difficultés pratiques découlant de la mise en application du concept américain¹⁸⁰⁰. En effet, concernant la détermination des bénéfices « routiniers », étape préalable à la ré-allocation d'une portion de bénéfices résiduels aux juridictions de marché, l'institution d'un seuil de rentabilité unique est de nature à minimiser les difficultés liées au tracé d'une ligne de démarcation entre les contributions routinières et non-routinières ainsi que les différends, nombreux, entre administrations fiscales et contribuables portant sur la rémunération des activités de routine conformément au référentiel de pleine concurrence¹⁸⁰¹. De même, en ré-allouant en toutes circonstances aux juridictions de marchés éligibles un pourcentage fixe des bénéfices résiduels réalisés par les multinationales couvertes, le Montant A ne distingue aucunement entre les bénéfices résiduels attribuables aux *trade intangibles*, restant soumis aux règles actuelles de PDT, et ceux attribuables aux *marketing intangibles*, dont le lien intrinsèque avec les juridictions de marché nécessite une imposition selon le nouveau dispositif (**I**). Cette simplification s'étend à la deuxième étape relative à la clé retenue pour ventiler le Montant A entre les juridictions de marché éligibles en ne représentant, au travers de l'institution unique du facteur des ventes *par destination*¹⁸⁰², que l'aspect demande de la génération des revenus (**II**).

¹⁸⁰⁰Cf. *supra*. § 418 et s. pour l'étude des difficultés liées à l'application du concept de « biens incorporels de commercialisation »

¹⁸⁰¹S. BURIAK, K. DZIWINSKI, « Global Transfer Pricing Developments, in Transfer Pricing Developments Around the World », Chapter 1, *Wolters Kluwer*, 2020, p. 27.

¹⁸⁰²Le facteur des ventes *par destination* se distingue de celui des ventes *par origine*. En effet, la localisation géographique des ventes *par origine* est réputée se situer, non pas au lieu de livraison des biens, mais au lieu de leur expédition. Pour une étude des différentes raisons visant à rejeter ce facteur pour lui préférer celui des ventes par destination dans la formule de répartition des bénéfices des multinationales, cf. Commission européenne, ACCIS : ébauche d'un mécanisme de répartition, décembre 2007, CCCTB/WP060, § 44 à 46.

I. La ré-allocation aux juridictions de marché d'un pourcentage fixe de bénéfices résiduels

467. Si le déplacement de la source vers le marché s'opère, au titre du Montant A, sans que ne soit nécessairement¹⁸⁰³ caractérisé sur le territoire de l'État de situation des consommateurs l'origine de la création de valeur, cette circonstance n'entraîne pour autant pas en-elle même une rupture avec la théorie des services rendus dans la répartition de la compétence fiscale¹⁸⁰⁴. Force est toutefois de constater que l'institution d'un pourcentage unique de ré-allocation des bénéfices résiduels ne peut constituer au mieux qu'une traduction approximative du *quantum* de l'impôt dû par les multinationales en raison des services fournis par les juridictions de marché dont elles bénéficient dans la conduite de leurs activités économiques (A). L'absence subséquente de mise en œuvre de mécanismes de différenciation visant à moduler la fraction de bénéfices résiduels ré-attribuable laisse ainsi préfigurer de nombreuses incohérences entre le montant d'imposition dû aux juridictions de marchés et l'importance des facteurs situés sur leurs territoires dans le processus de création de valeur des multinationales numériques couvertes (B).

A. La cohérence partielle avec la théorie des services rendus

468. Selon R. AVI-YONAH, le Montant A serait conçu dans le but de moderniser les modalités d'application de la théorie des services rendus pour la conformer à la réalité des activités exercées par les multinationales dans une économie numérisée¹⁸⁰⁵. À ce titre, le Montant A constituerait dans le système fiscal international la première solution tangible apportée pour « *repenser plus finement l'application que font actuellement les conventions fiscales de la théorie des services rendus dans la mesure où [il] remet en cause l'idée selon laquelle la valeur se crée uniquement là où se situent les facteurs de production physiquement identifiables de l'entreprise* »¹⁸⁰⁶. Cette solution étend en effet considérablement le pouvoir d'imposer de l'État de marché en considérant que la notion traditionnelle d'ES ne peut désormais plus constituer le seul critère permettant de caractériser une interaction suffisante entre un État fournisseur de services publics et une entreprise étrangère. Dès lors, la place que cette conception accorde aux services et infrastructures publiques fournis par l'État dans la création de valeur d'une entreprise, inviterait à

¹⁸⁰³Si le Montant A s'inscrit en conformité avec la théorie de l'offre lorsque l'attribution d'un pouvoir d'imposer à l'État de marché coïncide avec l'existence d'une contribution essentielle des utilisateurs au processus de création de valeur de l'entreprise, il s'en écarte toutes les fois où l'État de marché se voit accordé un pouvoir d'imposer alors que les consommateurs se situant sur son territoire ne constituent que des facteurs de réalisation de la valeur.

¹⁸⁰⁴D. PINTO, « The Need to Reconceptualize the Permanent Establishment Threshold », *Bulletin for International Taxation*, juillet 2006, p. 447.

¹⁸⁰⁵R. AVI-YONAH, « The New International Tax Regime », *Draft*, 9 octobre 2021.

¹⁸⁰⁶N. VERGNET, *préc.*, p. 212, § 534.

considérer à l'extrême que toute entreprise étrangère desservant le marché d'un État devrait y être soumise à imposition en ce que les transactions commerciales qu'elle y réalisent n'auraient pu l'être sans le bénéfice des services et infrastructures fournis par cet État¹⁸⁰⁷. Cette conception globalisante remet ainsi en cause l'analogie initialement formulée en 1923 par les experts entre le bénéfice des services publics fournis par un État à une entreprise et la présence physique de cet entreprise sur son territoire. Rapporté plus spécifiquement aux modèles d'affaires numériques, « *l'activité des utilisateurs d'applications est permise et même décuplée par des dépenses publiques, notamment dans [...] le déploiement des réseaux sur l'ensemble du territoire* »¹⁸⁰⁸ de sorte que la compétence fiscale de l'État de consommation se justifierait à partir du moment où une entreprise étrangère dessert son marché, indépendamment du fait qu'elle y déploie des moyens matériels ou humains¹⁸⁰⁹. Les potentialités d'augmentation du pouvoir d'imposer de l'État de consommation selon cette conception sont conséquentes et apparaissent déconnectées du principe d'origine dès lors que cet État ne peut être considéré comme le lieu où convergent les facteurs de production mobilisés par l'entreprise.

La modernisation des modalités d'application de la théorie des services rendus se traduirait, selon Reuven AVI-YONAH, au travers de la division hiérarchique du profit opérée par le Montant A¹⁸¹⁰. Par cette affirmation, l'auteur exprime une conception controversée de la théorie des services par laquelle le montant de profits imposables dans un État serait lié aux avantages qu'il fournit à une entreprise dans la réalisation de son activité. La théorie des services rendus ne servirait dans cette mesure plus uniquement à justifier la compétence fiscale de l'État de source mais aussi à déterminer le montant de profits qui lui est rattachable¹⁸¹¹. Dès lors, en prenant en compte la circonstance que dans la majorité des modèles d'affaires numériques les algorithmes sous-tendant la réalisation de leurs activités ont été développés dans l'État de résidence et ainsi financés en partie par les dépenses de cet État, la ré-allocation de l'assiette imposable au profit des juridictions de marché ne pourrait porter que sur une part réduite des bénéfices résiduels, la répartition de l'essentiel des bénéfices s'effectuant dès lors en fonction de la localisation des facteurs relatifs à la production de la valeur¹⁸¹². En d'autres termes, les États de marché ne peuvent disposer que d'une

1807A. A. SKAAR, « Permanent Establishment : Erosion of a Tax Treaty Principle », *Kluwer Law and Taxation*, 1991, p. 559-560.

1808P. COLLIN et N. COLIN, « Mission d'expertise sur la fiscalité de l'économie numérique : Rapport au ministre des Finances », 2013, p. 2.

1809A. A. SKAAR, *préc.*

1810R. AVI-YONAH, *préc.*

1811Pour un auteur considérant que la théorie des services rendus ne peut servir qu'à justifier la compétence fiscale de l'État de source, V. E. KEMMEREN, « Legal and Economic Principles Support an Origin and Import Neutrality-Based over a Residence and Export Neutrality-Based Tax Treaty Policy, in *Tax Treaties: Building Bridges between Law and Economics* » section 5, *IBFD*, 2010.

1812Comme le note justement M. MAZZUCATO, « The Entrepreneurial State : Debunking Public vs. Private Sector Myths, London », *Anthem Press*, 2013 : « Sans les montants massifs d'investissements publics réalisés [par le

compétence fiscale limitée sur les bénéfices résiduels (25%), la part essentielle restante se répartissant entre les États de localisation des facteurs travail et capital au regard de l'importance des services qu'ils fournissent dans la conduite de l'activité économique des multinationales couvertes (75%). Plus globalement, l'importance considérable des dépenses de R&D engagées par les plus grandes multinationales, notamment dans les secteurs pharmaceutique et numérique, impliquerait des rendements supérieurs au niveau des *trade intangibles* ce qui réduirait naturellement la part de bénéfices résiduels potentiellement attribuable à l'État de marché¹⁸¹³. Dans cette mesure, la division forfaitaire mise en œuvre par le Montant A entre les bénéfices résiduels attribuables aux juridictions de marché et ceux attribuables aux États d'origine introduit une hiérarchie entre les facteurs participant à la réalisation de la valeur imputable à la demande, i.e. les ventes par destination, et les facteurs de production de la richesse de l'entreprise¹⁸¹⁴.

469. Si le choix d'une répartition 25-75 revêt la nature d'un compromis politique dans le but de rallier à la solution les différentes catégories d'États (État de résidence, de source et de consommation), il n'est néanmoins pas exempt de critiques dans sa capacité à aboutir à une répartition du pouvoir d'imposer conforme à la théorie des services rendus¹⁸¹⁵. En effet, en allouant une portion fixe du bénéfice résiduel aux juridictions de marché, la solution proposée par le Cadre inclusif (*half formula based solution*) préfère la mise en œuvre d'une méthode indirecte d'évaluation du revenu, basée sur des présomptions, plutôt que sur la détermination du revenu net réalisé par l'entreprise couverte¹⁸¹⁶. Dès lors, si une telle méthode passe outre les difficultés d'application du PPC à l'égard des modèles d'affaires numérisés dans la détermination de la « juste » part de profit imposable dans l'État de consommation, elle est en tout état de cause inapte à lier le montant de l'impôt acquitté à l'importance des avantages fournis par les États de consommation. Pour relativiser cette inaptitude, il pourrait être noté l'absence de corrélation directe entre ces deux éléments au regard de la possibilité pour une entreprise « *de déployer des facteurs de production dans une juridiction pour y exercer une activité déficitaire tout en bénéficiant des mêmes services publics*

gouvernement américain] pour favoriser la révolution Internet, les actions de Steve Job's auraient tout au plus permises l'invention d'un jouet, et certainement pas des produits révolutionnaires comme l'iPad ou l'iPhone qui ont changé la façon dont les gens travaillent et communiquent » [notre traduction].

¹⁸¹³ Amazon est l'entreprise engageant le plus de dépenses de R&D au niveau mondial avec plus de 42 milliards de dollars pour l'année 2020 contre 27,6 milliards de dollars pour l'entreprise Alphabet, Voir à ce titre <https://fr.statista.com/infographie/26333/depenses-des-entreprises-tech-en-R&D-recherche-et-developpement/>

¹⁸¹⁴ A. P. DOURADO, « The OECD Unified Approach and the New International Tax System : A Half-Way Solution », *Intertax*, Editorial, Volume 48, Issue 1, 2020, p. 7-8.

¹⁸¹⁵ En ce que la solution proposée par le Cadre inclusif repose sur une modification multilatérale de la répartition du pouvoir d'imposer, la théorie des services rendus peut faire l'objet d'une transposition dans un contexte global, c'est-à-dire en prenant en compte l'ensemble des États de consommation participant au processus de création de valeur des entreprises par les avantages qu'ils leur fournissent.

¹⁸¹⁶ *Ibid.*

que les activités concurrentes qui seraient bénéficiaires »¹⁸¹⁷. Toutefois, on ne peut nier qu'au vu de la spécificité du champ d'application du Montant A, englobant des entreprises numériques largement bénéficiaires réputées prospérer économiquement grâce à l'exploitation intensive de facteurs de production situés sur le territoire de l'État de consommation, il est des situations où le lien apparaît particulièrement fort entre l'importance de la valeur créée et la qualité des infrastructures, notamment de réseaux, fournis par les États de consommation. La perception palpable d'une variation dans l'intensité de la participation des États de marché à la création de valeur des multinationales en fonction de leurs modèles d'affaires invite dès lors à se prononcer sur l'opportunité d'instaurer des mécanismes de différenciation.

B. L'absence de mise en place de mécanismes de différenciation

470. Initialement dans les travaux du Cadre inclusif, les mécanismes de différenciation étaient potentiellement envisagés pour tenir compte, d'une part, des spécificités de certaines activités de commercialisation couvertes, notamment au regard de leur degré de numérisation, et, d'autre part, des écarts substantiels de rentabilité pouvant exister entre certaines juridictions de marché¹⁸¹⁸. Si le décalage entre les mécanismes de différenciation par juridiction et les modalités de détermination du Montant A, reposant sur une approche globale (ou par segments) invitait logiquement à en rejeter l'application dans un souci de simplification du régime¹⁸¹⁹, l'opportunité de mettre en place des mécanismes de différenciation selon les activités commerciales se posait avec plus d'acuité en raison de l'intensité variable d'intégration économique des modèles d'affaires sur les territoires des juridictions de marché.

471. L'application des mécanismes de différenciation selon les activités commerciales est susceptible de s'effectuer à plusieurs étapes du calcul du Montant A : en abaissant le seuil de rentabilité à la première étape ou en augmentant le pourcentage de bénéfice résiduel ré-allouable lorsque l'État de consommation favorise, par la fourniture de services, la création de valeur pour une entreprise couverte et/ou que se situe sur son territoire des facteurs essentiels à la production de richesse de cette entreprise. Si la question de la mise en œuvre d'un mécanisme de différenciation

¹⁸¹⁷N. VERGNET, *préc.*, p. 206, § 521 ;

¹⁸¹⁸OCDE, *préc.*, § 521.

¹⁸¹⁹Cette absence de prise en compte des écarts de rentabilité en fonction des juridictions constitue toutefois un frein à l'adoption d'une solution cohérente avec la réalité des processus de création de valeur. En effet, il apparaît difficilement concevable de considérer que deux États, disposant respectivement d'un marché très rentable et d'un autre non-rentable, disposent d'un même droit d'imposition au titre du Montant A sur le simple fait que les ventes réalisées sur leurs territoires sont d'un montant similaire. Dès lors, la solution du Cadre inclusif partage la même lacune que les méthodes de répartition proportionnelle classiques de « créer une compétence fiscale qui suit les facteurs de production sans varier selon la localisation de ces facteurs » (N. VERGNET, *préc.*, p. 399, § 989).

selon les activités revêt un aspect éminemment politique, l'institution d'un pourcentage unique de ré-allocation des bénéfices résiduels n'est en tout état de cause pas en mesure de retranscrire avec précision l'intensité variable de participation des États de consommation dans les différents processus de création de valeur des multinationales. En effet, ainsi qu'il a déjà été mentionné¹⁸²⁰, les entreprises fonctionnant en réseaux de valeur apparaissent, plus que tout autre type d'entreprises, largement tributaires de la qualité des infrastructures de réseaux fournis par les États de consommation pour s'installer durablement sur leurs marchés et faire fructifier les effets de réseaux directs et indirects propres à leurs modèles d'affaires dans un but de réaliser d'importantes rentes économiques. En d'autres termes, les États de consommation constituent des partenaires de première importance dans la réussite économique des multinationales numériques, l'imposition devant par suite s'établir comme un paiement du « juste prix » (*fair price*) pour les services fournis par ces États¹⁸²¹. De surcroît, ces entreprises captent sur le territoire des États de consommation des facteurs, i.e. les utilisateurs ou plus globalement le réseau d'utilisateurs, essentiels pour maximiser leur production de richesse. Dans cette mesure, ces deux éléments induiraient, au moins pour les entreprises à forte composante numérique en réseaux de valeur, une réévaluation à la hausse du pourcentage initial d'allocation des bénéfices résiduels aux juridictions de marché éligibles. Néanmoins, le Cadre inclusif n'a dans sa déclaration finale¹⁸²² pas retenu cette option en privilégiant l'objectif de simplification du nouveau régime d'imposition à celui de lier avec cohérence le *quantum* d'impôt à acquitter dans la juridiction de marché avec la géographie de la création de valeur.

II. La prise en compte exclusive de la destination dans la ventilation du Montant A

472. Il pouvait être perçu, dans l'instruction publiée par l'OCDE en 2018 sur la mise en œuvre de la méthode de *profit split*¹⁸²³, une première incartade au rejet toujours affiché par l'organisation d'introduire une approche formulaire dans la répartition intra-groupe des profits. La rénovation du PPC entreprise dans le but d'en solidifier les fondements dans une économie globalisée et numérisée, n'a toutefois pas été considérée comme suffisante par le Cadre inclusif pour répondre aux attentes des États de consommation. Dans cette mesure, si la méthode de répartition des profits retenue par le Montant A s'inspire fortement de l'analyse résiduelle du *profit split*¹⁸²⁴, elle

¹⁸²⁰Cf. *supra*. § 387.

¹⁸²¹M. LYKKEN, « The Philosophy of Digital Taxation », *préc.*

¹⁸²²OCDE, Déclaration sur une solution reposant sur deux piliers pour résoudre les défis fiscaux soulevés par la numérisation de l'économie, *préc.*, p. 2.

¹⁸²³OCDE, Revised Guidance on the Application of the Transactional Profit Split Method—BEPS Action 10, Paris: OECD Publishing, 2018.

¹⁸²⁴Cf. *supra*. § 725 et s.

s'en détache fondamentalement dans son périmètre d'application, les facteurs de répartition du profit ne se limitant pas à des transactions individuelles (approche transactionnelle), mais couvrant bien plus largement l'ensemble du groupe d'entreprises et ses activités¹⁸²⁵. Le principe du Montant A est dès lors similaire à celui des formules classiques de répartition proportionnelle consistant à « *alloue[r] une part proportionnelle de l'assiette sur la base d'un facteur ou d'une série de facteurs reflétant (ou réputés refléter) les activités génératrices de revenus dans l'État concerné* »¹⁸²⁶. Le rejet de mise en œuvre du PPC dans les modalités de répartition de la fraction du bénéfice résiduel entre les juridictions de marché questionne toutefois sur les fondements théoriques à l'origine de cette décision. Assurément, le Montant A entraîne une rupture avec le PPC dans la conception théorique des règles de répartition intra-groupe par l'abandon de la théorie de la faculté (A). Cet abandon ne semble cependant être compensé par aucun autre fondement théorique mais par des raisons pratiques militent, dans un souci de facilité d'administration et de recouvrement de l'impôt, pour une répartition de la fraction de bénéfices résiduels entre les juridictions éligibles sur le seul facteur des ventes par destination (B).

A. L'abandon de la théorie de la faculté dans la répartition de la fraction du bénéfice résiduel

473. En déconnectant l'analyse de répartition des profits du montant de revenu effectivement généré sur un territoire par une entreprise multinationale en comparaison avec des contribuables en situation similaire, l'approche unitaire réduit les difficultés d'application du PPC, notamment celles relatives à la mise en œuvre des études de *benchmarks*, tout en intégrant dans la base imposable à répartir les économies d'échelles liées à la forme d'organisation en groupe et la valeur générée par les interactions entre les diverses composantes intégrées de l'entreprise¹⁸²⁷. S'il peut donc être considéré que les formules de répartition retranscrivent avec une plus grande pertinence que le principe d'entité juridique distincte la réalité économique des groupes d'entreprises, l'impossibilité d'entreprendre une comparaison entre une multinationale avec une présence globale et des contribuables exerçant leurs activités localement pour déterminer le montant imposable rattachable à une juridiction constitue toutefois un marqueur manifeste de l'incapacité de l'approche formulaire à opérer une distribution équitable de la charge imposable entre des contribuables en situation comparable. En effet, si la conception du PPC a été originellement liée à la théorie de la faculté, les formules de répartition sont tout au plus un outil permettant de

¹⁸²⁵M. P. DEVEREUX, A.J. AUERBACH et al., « Taxing Profit in a Global Economy », *préc.*, p. 140.

¹⁸²⁶ACCIS Groupe de travail, Le mécanisme de répartition de l'ACCIS, 13 décembre 2006, p. 5, consultable à : https://ec.europa.eu/taxation_customs/system/files/2016-09/ccctbwp47_sharing_mechanism_fr.pdf

¹⁸²⁷L. EDUARDO SHOUERI, « Arm's Length : Beyond the Guidelines of the OECD », *Bulletin for International Taxation*, *préc.*, p. 691.

déterminer la « juste » charge d'impôt que devrait supporter une multinationale dans chaque État où le groupe est présent économiquement¹⁸²⁸. Dans cette mesure, en ne liant aucunement la répartition de la compétence fiscale à la localisation géographique de la source du revenu puisqu'il est, selon les défenseurs de son intégration dans le système fiscal international, impossible de déterminer avec exactitude le lieu de production du profit¹⁸²⁹, le choix d'une approche unitaire rompt inévitablement avec la théorie de la faculté, théorie à l'origine de la conception du PPC¹⁸³⁰. Dès lors, les critiques formulées par le rapport CARROLL en 1933, période d'avènement des législations en matière de PDT, restent dans leur essence pertinentes pour tempérer les volontés grandissantes d'une partie de la doctrine fiscale de remplacer le principe d'entité juridique distincte par des formules de répartition¹⁸³¹. Force est en effet de constater que le choix des facteurs de répartition du pouvoir d'imposer reste un exercice essentiellement arbitraire¹⁸³² qui vise non pas à connecter directement le lieu de paiement de l'impôt et celui de la création réelle de valeur mais à répartir la matière imposable sous le prisme d'une certaine conception de l'équité entre États. Le glissement dans la conception des règles de répartition intra-groupe des profits de l'équité inter-individuelle vers l'équité inter-étatique induirait ainsi l'avènement de solutions dénuées de fondements théoriques solides et déboucherait à terme sur des transferts de matière imposable en faveur des États disposant des pouvoirs de négociation les plus importants¹⁸³³.

En ce qui concerne plus spécifiquement le Montant A, le choix d'insérer dans la clé de répartition un unique facteur représentant la demande, i.e. ventes par destination, est de nature à exacerber les critiques communément adressées aux méthodes de répartition proportionnelle tenant à leur inaptitude à retranscrire avec cohérence l'essentiel des processus productifs des groupes d'entreprises intégrées¹⁸³⁴. Outre l'impossibilité patente pour toute approche formulaire d'identifier le potentiel de création de valeur non-attribuable au(x) facteur(s) constituant la formule de répartition¹⁸³⁵, la répartition des bénéfices résiduels au titre du Montant A est susceptible d'aboutir à des résultats inéquitables entre deux États dans toutes les situations où les utilisateurs du premier

¹⁸²⁸*Ibid.*

¹⁸²⁹Maarten F. DE WILDE, « Tax Jurisdiction in a Digitalizing Economy; Why 'Online Profits' Are So Hard to Pin Down », *Intertax*, Vol. 43, Issue 12, p. 798 : « With some effort, we can determine who has earned that profit. But the more difficult – or perhaps even impossible – question to answer is where that profit is earned. This is because profit does not have any geographical characteristics ».

¹⁸³⁰L. EDUARDO SHOUERI, *préc.*, p. 691.

¹⁸³¹Pour des écrits d'auteurs considérant que l'approche unitaire devrait prévaloir sur le principe d'entité juridique distincte dans la répartition des profits intra-groupe, V. notamment S. PICCIOTTO, Taxing Multinational Enterprises as Unitary Entities, *Tax Notes*, n°82, p. 912, 30 May 2016 et R. ROBILLARD, BEPS: Is the OECD « Now at the Gates of Global Formulary Apportionment? », *Intertax*, Issue 6-7, n°43, 2015, p. 447.

¹⁸³²M. B. CARROLL faisait déjà état dans son rapport de 1933 du caractère foncièrement arbitraire des formules de répartition.

¹⁸³³L. EDUARDO SHOUERI, *préc.*, p. 700

¹⁸³⁴N. VERGNET, *préc.*, p. 398-399.

¹⁸³⁵*Ibid.*

État consomment passivement les services fournis par une multinationale tandis que dans le second, ils contribuent, par la collecte de leurs données personnelles ou les actions qu'ils entreprennent, à la production de richesse de cette multinationale¹⁸³⁶. En effet, à niveau de ventes égal entre ces deux États, un même montant de bénéfices résiduels leur sera attribuable et ce en dépit du fait que le second État est le lieu de situation de l'essentiel du processus productif de la multinationale. Cette incohérence est particulièrement notable dans les modèles d'affaires numérisés où une multinationale peut à l'évidence tirer substantiellement profit d'éléments situés dans un État sans pour autant y réaliser un important CA. À ce titre, force est de constater que la seule traduction de la demande dans la formule de répartition est en incapacité d'appréhender la complexité des processus de création de valeur des plateformes numériques. Dans cette mesure, seule une formule constituée de plusieurs facteurs représentant tout à la fois les paradigmes de l'offre et de la demande, permettrait « *de procéder à un découpage assez précis des processus productifs* »¹⁸³⁷ aux fins de répartition du pouvoir d'imposer.

B. La justification par les facilités d'administration de la solution

474. De manière novatrice, le Cadre inclusif a élaboré une solution dont les règles de rattachement de la compétence et de répartition des profits apparaissent exclusivement basées sur des critères quantitatifs tels que le CA réalisé. En résulte l'attribution automatique d'une part de bénéfices résiduels à une juridiction dès lors qu'est identifiée sur son territoire la présence significative du facteur des ventes. Dans cette mesure, l'adoption uniformisée par l'ensemble des membres du Cadre inclusif de ce type de formules neutralise -uniquement dans le cadre du Montant A - l'intérêt pour les entreprises liées de recourir à des pratiques d'évasion fiscale liées au transfert de bénéfices puisque seul est désormais pris en compte le profit taxable consolidé du groupe.

Les formules de répartition retranscrivant à la fois le paradigme de l'offre et de la demande, ex. le projet ACCIS avec les facteurs immobilisations, travail et ventes, multiplient toutefois inévitablement les possibilités pour les multinationales de manipuler la localisation de ces facteurs dans le but de réduire leur taux effectif d'imposition. Il semble dans cette mesure que les facteurs de répartition basées sur l'offre soient ceux les plus aisément localisables en fonction des différents taux d'imposition retenus par les juridictions¹⁸³⁸. En d'autres termes, dès lors qu'un facteur constituant la clé de répartition reflète les activités économiques, i.e production, marketing, R&D, le transfert des activités de la juridiction d'origine vers une juridiction disposant d'un taux d'imposition

¹⁸³⁶S. BURIAK, *préc.*, p. 313.

¹⁸³⁷N. VERGNET, *préc.*, p. 398.

¹⁸³⁸M. DEVEREUX et al., « Taxing Profit in a Global Economy », *préc.*, p. 143.

inférieur aura pour conséquence la réduction de la charge fiscale globale de l'entreprise¹⁸³⁹. Il peut être noté à ce titre la facilité avec laquelle une multinationale est, concernant des formules basées sur les actifs et le travail, en mesure de minimiser son imposition en transférant par exemple les actifs dans un État à pression fiscale faible avant de les céder à un tiers¹⁸⁴⁰ ou encore en recourant à l'externalisation pour faire exécuter certaines fonctions par des prestataires indépendants. Cette facilité s'accroît d'autant pour certaines entreprises spécialisées dans des activités hautement numérisées comme les services de *Cloud Computing* où les actifs essentiels de valeur, notamment les serveurs, disposent d'un caractère fortement mobile sans que le choix de leur localisation n'ait de réel impact dans la génération des revenus. Dans cette mesure, l'incitation fiscale est grande pour les multinationales de localiser ces actifs dans des juridictions à faible imposition pour y centraliser le profit résiduel. L'institution exclusive du facteur des ventes par destination dans la formule améliore par conséquent fortement l'efficacité économique et la robustesse contre les pratiques d'évasion fiscale en comparaison des clés à plusieurs facteurs et *a fortiori* du système actuel où la répartition des profits est fonction du statut personnel des entités distinctes constitutives du groupe. En effet, les règles de détermination du lieu de consommation, telles que conçues par le Cadre inclusif, permettent d'assurer que les entreprises multinationales seront pour l'essentiel en incapacité de manipuler le facteur des ventes par destination. La robustesse du régime du Montant A contre les pratiques visant à contourner son application est donc presque maximale.

Paragraphe 2 : Les difficultés pratiques concernant la superposition du Montant A au système actuel

475. Le Montant A ne consiste pas en la création nette d'un droit d'imposer mais a simplement vocation à ré-équilibrer la répartition de l'assiette imposable au profit des juridictions de marché¹⁸⁴¹. Dans cette mesure, le nouveau système d'imposition ne remplace pas les règles actuelles d'imposition des profits des entreprises mais coexiste avec elles, amenant ainsi inexorablement, sans la mise en place d'une coopération renforcée entre les juridictions concernées, à une augmentation des phénomènes de double-imposition. La multiplication potentielle des situations de double-imposition¹⁸⁴² a dès lors nécessité l'élaboration par le Cadre inclusif d'un mécanisme novateur pour

¹⁸³⁹Ibid.

¹⁸⁴⁰La Commission européenne, ACCIS : ébauche d'un mécanisme de répartition, préc. n°, Paragraphe 41, avait décrit le schéma suivant : « L'actif est d'abord transféré à sa valeur fiscale nette à une entité du groupe située dans un État membre où la pression fiscale est faible sans entraîner d'imposition ; deuxièmement, il est vendu à un tiers et une part plus importante de l'assiette fiscale est attribuée, en raison de la localisation des actifs, à la société située dans l'État membre où la pression fiscale est faible (transfert de facteur) ».

¹⁸⁴¹L. STANKIEWICZ, « Travaux sur les défis fiscaux soulevés par la numérisation de l'économie », *REIDF*, n° 2021/3, p. 417.

¹⁸⁴²Ces situations de double-imposition tiennent à ce qu'un même revenu soit taxé dans la juridiction de marché au titre du Montant A et des règles traditionnelles ou soit attribué à une juridiction de marché au titre du Montant A alors

assurer que l'imposition nouvelle accordée dans la juridiction de marché soit en toutes circonstances compensée dans une autre juridiction (I). Les innovations introduites par le pilier 1 dans la répartition du pouvoir d'imposer et des profits entre les juridictions induisaient de même la mise en œuvre d'outils de prévention et de règlements des différends distincts de ceux actuellement prévus par les conventions fiscales. À ce titre, la démarche entreprise par le Cadre inclusif y est fondamentalement novatrice en apparaissant innervée par la volonté d'assurer aux multinationales couvertes une sécurité juridique en matière fiscale à l'ensemble des étapes d'administration du nouveau droit d'imposition (II).

I. Le traitement des situations de double-imposition

476. Si les méthodes d'élimination de la double-imposition sont en substance similaires à celles utilisées classiquement par l'État de résidence pour éliminer la double-imposition résultant de l'exercice du pouvoir d'imposer de l'État de source sur une opération (B), le Montant A, de part sa nature formulaire, complexifie toutefois fortement l'identification du contribuable en charge de s'acquitter de l'impôt en ce que « *les concepts de résidence et de source n'ont aucune signification, [...] le droit d'imposer s'exerçant non par rapport à une opération mais sur une fraction du bénéfice consolidé du groupe* »¹⁸⁴³. Pour répondre aux difficultés liées à l'identification des « entités payeuses », la démarche adoptée par le Cadre inclusif oscille ainsi entre la préservation et le renouveau des concepts traditionnels de répartition des profits (A).

A. L'allègement de la double-imposition par les « entités payeuses »

477. L'identification des « entités payeuses » impose que la multinationale couverte détermine les structures individuelles participant significativement à la réalisation des bénéfices résiduels et disposant de la capacité de supporter la charge fiscale résultant du Montant A. Pour déterminer la où les entités à l'origine de la réalisation des bénéfices résiduels au sein du groupe, l'approche classique fonctions/actifs/risques en matière de PDT est retenue par l'OCDE¹⁸⁴⁴. Cette approche pourrait éventuellement faire l'objet de simplification par l'adoption de listes d'indices contenant des critères spécifiques pour déterminer si une entité exécute des fonctions, utilise ou possède des actifs et/ou assume des risques qui sont économiquement significatifs pour le groupe de sorte qu'elle constituerait une « entité payeuse » au titre du Montant A¹⁸⁴⁵. Ce critère de l'activité est

qu'il a déjà fait l'objet d'une imposition dans une autre juridiction.

¹⁸⁴³L. STANKIEWICZ, préc., p. 418.

¹⁸⁴⁴OCDE, préc., § 562.

¹⁸⁴⁵Le Cadre inclusif cite comme indices pertinents pour qualifier une entité de « payeuse » les fonctions, les actifs employés et les risques qui peuvent lui être attribués ; ses caractéristiques qui ressortent de la documentation

dans un deuxième temps couplé avec le critère de la rentabilité pour exclure de l'obligation de paiement de la charge imposable au titre du Montant A les entités du groupe déficitaires ou faiblement bénéficiaires. L'inclusion d'entités de ce type aurait en effet abouti à un résultat incohérent avec l'esprit originel du nouveau dispositif de ré-allouer aux juridictions de marché uniquement une fraction du bénéfice excédant le bénéfice standard puisque les États de résidence de ces entités n'auraient pu en toutes circonstances conserver le droit de taxer la fraction des résultats correspondant au bénéfice standard¹⁸⁴⁶. Suite au ciblage des « entités payeuses » au sein du groupe, l'attribution de la charge fiscale résultant du montant A entre ces entités s'effectue en fonction de leur lien avec les juridictions de marché éligibles. En d'autres termes, « *une entité ne doit supporter que la charge fiscale relative au Montant A qui concerne la ou les juridictions de marché à l'économie desquelles elle participe* »¹⁸⁴⁷. Si l'application du critère du lien avec le marché ne devrait dans la majorité des situations ne poser aucune difficulté, l'hypothèse, certes résiduelle, d'une participation soutenue de plusieurs « entités payeuses » à l'économie d'une juridiction de marché pose la délicate question de l'adoption d'un ordre de priorité entre les différentes entités dans le paiement du Montant A¹⁸⁴⁸. À l'inverse, lorsqu'aucun lien suffisant ne peut être établi entre les « entités payeuses » et les juridictions de marché éligibles, le Montant A doit être réparti proportionnellement entre ces entités sur la base d'une formule¹⁸⁴⁹. Ce mécanisme de répartition proportionnelle est de même étendu lorsque les « entités payeuses » disposant d'un lien suffisant avec les marchés ne sont pas en mesure de payer la totalité du Montant A, le solde restant se répartissant dès lors au moyen d'une formule entre les autres « entités payeuses » du groupe.

B. Les méthodes d'élimination de la double-imposition

478. L'identification des « entités payeuses » permet de mettre en relief les différences de nature entre les double-impositions résultant du système classique et du Montant A. En effet, alors que classiquement l'État de résidence élimine la double-imposition résultant de l'exercice du droit d'imposer de l'État de source sur une opération, le système du Montant A implique d'abord l'imposition de l'entité payeuse par son État de la résidence selon les règles actuelles, avant que la charge du Montant A ne soit dans un deuxième temps calculée, pour que finalement ce même État accorde un allègement égal au montant de la fraction de bénéfice résiduel ré-allouable à la ou les

existante sur les PDT ou encore la méthode de fixation des PDT qui a été employée pour déterminer ses bénéfices selon le PPC (OCDE, *préc.*, § 586).

¹⁸⁴⁶O. EL ARJOUN, *préc.*

¹⁸⁴⁷OCDE, *préc.*, § 566.

¹⁸⁴⁸O. EL ARJOUN, *préc.*

¹⁸⁴⁹OCDE, *préc.*, § 567.

juridictions de marché avec laquelle l'entité payeuse dispose d'un lien suffisant. Dès lors, « à travers le Montant A, l'OCDE vient en réalité de créer une nouvelle forme de double-imposition sui generis, une espèce de double-imposition financière, à défaut d'être pleinement juridique ou économique »¹⁸⁵⁰. Ce caractère inédit dans la forme de la double-imposition n'a toutefois pas nécessité selon le Cadre inclusif la mise en œuvre de mécanismes novateurs pour en assurer la suppression. L'État de résidence de « l'entité payeur » dispose ainsi d'une liberté de choix quant à la technique d'élimination de la double-imposition soit en exonérant la fraction de Montant A transférée dans une autre juridiction soit en accordant un crédit d'impôt égal à la fraction prélevée par cette autre juridiction (1). L'ambition d'aboutir à un ré-équilibre des droits d'imposition au profit des juridictions de marché qui sont, en vertu du cadre actuel d'imposition des bénéfices, en incapacité d'imposer des multinationales disposant d'une présence économique significative sur leurs territoires implique qu'il ne soit pas donné la possibilité à une juridiction de marché d'imposer deux fois le même élément de bénéfices résiduels au travers des règles actuelles et du nouveau dispositif. Dans cette mesure, le Cadre inclusif a conçu un régime de protection visant à ajuster le *quantum* de Montant A taxable dans une juridiction de marché en fonction du montant de bénéfices résiduels déjà imposé par cette juridiction en vertu des règles actuelles de répartition des profits (2).

1. Les méthodes classiques d'exemption et d'imputation

479. La technique d'élimination de la double-imposition adoptée par l'État de résidence de l'« entité payeuse » n'est pas neutre. En effet, si la méthode d'exemption dans l'allègement du Montant A a logiquement la faveur des groupes d'entreprises par sa simplicité d'application et la diminution de la charge fiscale globale qu'elle est susceptible d'induire¹⁸⁵¹, la méthode d'imputation permettrait à l'État de résidence de l'« entité payeuse » de conserver des droits d'imposition secondaires sur les bénéfices de cette entité lorsque l'imposition de la fraction du Montant A dans la juridiction de marché est effectuée à un taux inférieur à celui de l'État de résidence¹⁸⁵². Se pose dès lors la question, dans le cadre de la méthode d'imputation, de savoir si le plafond de crédit d'impôt imputable dans l'État de résidence doit s'apprécier juridiction par juridiction ou de façon agrégée, en effectuant une moyenne pondérée des taux d'imposition appliqués dans les juridictions de marchés concernées. Le choix d'une approche combinée serait à l'évidence plus favorable aux contribuables que l'approche par juridiction dans laquelle le contribuable ne peut compenser le plafonnement du

¹⁸⁵⁰L. STANKIEWICZ, préc., p. 419.

¹⁸⁵¹La méthode d'exemption pourrait entraîner une diminution de la charge fiscale globale du groupe lorsque les revenus transférés dans la juridiction de marché au titre du Montant A sont imposés moins fortement qu'originellement dans l'État de résidence de l'entité payeuse.

¹⁸⁵²OCDE, préc., § 622.

crédit d'impôt dans l'État de résidence au titre de revenus transférés dans des juridictions à forte pression fiscale par des crédits d'impôts plus faibles accordés au titre de revenus plus faiblement imposés¹⁸⁵³. En raison d'un taux moyen d'imposition fort dans les États de marché (environ 26 %) ¹⁸⁵⁴, les situations d'attribution de droits secondaires devraient toutefois rester minoritaires ou à tout le moins ne pas entraîner de différences significatives dans l'imposition de l'« entité payeuse » au niveau de l'État de résidence.

2. L'instauration novatrice d'un régime de protection

480. Si les mécanismes classiques d'élimination de la double-imposition permettent d'éviter avec efficacité la situation de taxation par deux fois d'un même élément de bénéfices par une juridiction de marché dans des modèles centralisés où le bénéfice résiduel est attribué à un nombre limité de juridictions, l'exercice des activités économiques par le biais de modèles décentralisés multiplie toutefois fortement les hypothèses de « double-comptage » en ce qu'il est commun que des entités implantés sur le territoire des juridictions de marché, ex. distributeurs de plein exercice, réalisent des bénéfices résiduels d'ores-et-déjà imposés par ces juridictions¹⁸⁵⁵. Dans cette mesure, le « régime de protection des bénéfices de commercialisation et de distribution » vise à « *plafonner* » *la répartition du Montant A aux juridictions de marché qui détiennent déjà des droits d'imposition sur les bénéfices d'un groupe en vertu des règles fiscales existantes* »¹⁸⁵⁶.

481. Fonctionnement et calcul du régime de protection – Le régime de protection consiste en une comparaison entre les bénéfices actuellement attribués à la présence imposable dans la juridiction de marché pour ses activités de commercialisation et de distribution et la « rémunération relevant du régime de protection » constituée du Montant A plus une rémunération fixe pour les activités standard de commercialisation et de distribution dans le pays, pouvant inclure selon les circonstances une majoration régionale et sectorielle¹⁸⁵⁷. De manière quelque peu surprenante, la détermination de la rémunération fixe se détache de l'autre composante du Pilier 1, le Montant B, dont le but est de forfaitiser l'application du PPC par la mise en place d'un taux de rentabilité fixe pour la réalisation de certaines activités standards de distribution et de commercialisation. En effet, le Cadre inclusif note que « *la rémunération fixe ne chercherait pas*

¹⁸⁵³O. EL ARJOUN, *préc.*

¹⁸⁵⁴OCDE, *préc.*, § 622.

¹⁸⁵⁵Pour des exemples concernant l'allègement de la double-imposition dans des modèles centralisés et décentralisés, cf. OCDE, *préc.* n°, Annexe C, Encadrés C. 3 et C.4.

¹⁸⁵⁶*Ibid.* § 533.

¹⁸⁵⁷*Ibid.* § 535.

nécessairement à reproduire une rémunération de pleine concurrence [mais] servirait à identifier les situations dans lesquelles l'attribution du Montant A à une juridiction de marché donnerait lieu à un double comptage »¹⁸⁵⁸. Pourtant, un alignement dans les modalités de calcul de ces deux types de rémunération aurait permis, outre d'accroître la sécurité juridique en matière fiscale, d'assurer une application exclusive du PPC à l'égard de certaines activités standardisés, seul principe de nature à induire une répartition équitable de la charge imposable entre des contribuables en situation comparable¹⁸⁵⁹. Dans cette mesure, si la standardisation (« brésilianisation »¹⁸⁶⁰) du PPC doit être privilégiée à l'égard des activités de distribution car permettant une réduction importante des coûts de contrôle pour les administrations fiscales et de conformité pour les contribuables, elle doit toutefois s'accompagner, dans un esprit de cohérence, de la possibilité pour les contribuables de s'en écarter en démontrant le caractère plus approprié d'une autre méthode au regard du PPC¹⁸⁶¹.

En pratique, l'attribution à une entité imposable dans la juridiction de marché d'un bénéfice supérieur à la rémunération relevant du régime de protection aura pour conséquence de dénier à cette juridiction un pouvoir d'imposer au titre du Montant A. *A contrario*, l'entreprise couverte ne pourra bénéficier du régime de protection lorsque le bénéfice imposable dans la juridiction de marché sera inférieur à la rémunération fixe. Dans la mesure où le bénéfice attribuable à la présence imposable dans la juridiction de marché apparaîtra supérieur à la rémunération fixe mais inférieur à la rémunération relevant du régime de protection, la fraction du Montant A allouable à la juridiction de marché sera égale à la différence entre la rémunération relevant du régime de protection et le bénéfice déjà attribué à la présence locale¹⁸⁶².

II. La prévention et le traitement des différends fiscaux liés au Montant A

482. La mise en œuvre effective et cohérente du Montant A entre les juridictions ne peut s'effectuer que par l'adoption d'une convention multilatérale qui, « *à la différence de [l'instrument multilatéral BEPS], ne chercherait pas à modifier la formulation des dispositions des conventions existantes* »¹⁸⁶³ mais à régir de façon autonome l'ensemble des aspects ayant trait au nouveau droit

¹⁸⁵⁸*Ibid.* § 542.

¹⁸⁵⁹Le système du Montant B est pleinement compatible avec le PPC en ce que la détermination des marges fixes s'effectue au moyen d'analyses comparatives basées sur des transactions comparables avec des tiers.

¹⁸⁶⁰L. STANKIEWICZ, *préc.* n° faisant référence au système de marges fixes appliqué par le Brésil pour les activités de distribution.

¹⁸⁶¹Le fonctionnement du Montant B sur la base d'une présomption réfragable est envisagé par les travaux du Cadre inclusif (OCDE, *préc.*, Paragraphe 687). La pratique de l'administration fiscale brésilienne n'est actuellement pas en ce sens, cf. à ce titre L. EDUARDO SHOUERI, *préc.* n°, p. 707-708. Des travaux sont en cours au sein de l'OCDE pour aligner avec plus de cohérence la simplification des méthodes de détermination des PDT entreprise par l'État brésilien et les exigences requises dans la mise en œuvre du PPC (OCDE, Call for input on transfer pricing issues related to the design of the safe harbour provisions and other comparability considerations, 30 July 2020).

¹⁸⁶²*Ibidem* § 536.

¹⁸⁶³*Ibid.* § 829.

d'imposition. En effet, si une transposition dans le droit interne de l'ensemble des juridictions apparaît nécessaire, elle est en tout état de cause insuffisante car les conventions fiscales bilatérales actuelles auront pour effet d'en neutraliser l'application dans la majorité des situations¹⁸⁶⁴. Dans cette mesure, les dispositions contenues dans la convention multilatérale prévaudront, en cas de conflit, sur les dispositions contenues dans les conventions bilatérales. Cette pénétration du multilatéralisme dans une matière où les États semblaient lier la préservation de leur souveraineté avec le maintien du bilatéralisme dans leurs relations fiscales ne s'est alors pas cantonnée aux règles de répartition du pouvoir d'imposer mais s'est étendue dans la conception des mécanismes de prévention et de règlement des différends liés au Montant A. En effet, la nature particulière des différends susceptibles de survenir dans l'application du nouveau droit d'imposition, en ce qu'ils n'opposent pas directement le contribuable à l'un ou l'autre État mais les États entre eux, induisait naturellement le dépassement de la logique bilatérale prévalant traditionnellement dans ce domaine pour privilégier la création de mécanismes et d'instances fonctionnant sur un modèle multilatéral¹⁸⁶⁵. À ce titre, l'action du Cadre inclusif apparaît novatrice aussi bien dans la prévention des différends « *en créant une sorte de rescrit multilatéral* »¹⁸⁶⁶ (A) que dans leur règlement en instituant un mécanisme obligatoire et contraignant dont la portée universelle reste toutefois à nuancer (B).

A. La création novatrice d'un mécanisme de rescrit fiscal multilatéral

483. Le nouveau cadre de prévention et de règlement des différends institué au titre du Montant A¹⁸⁶⁷ repose sur un processus en plusieurs étapes. En substance, le cadre consisterait pour le groupe d'entreprises couverte « *à déclarer une auto-évaluation, assise sur un modèle standardisé, du calcul et de la répartition du Montant A* »¹⁸⁶⁸. Le dépôt des documents requis serait effectué par l'entité de coordination, en principe l'entité mère-ultime, auprès de son administration fiscale pour l'ensemble des entités du groupe dans un souci d'alléger au maximum les coûts de conformité résultant du nouveau droit d'imposition. La centralisation dans le processus d'administration se couplerait avec la possibilité pour les groupes d'entreprises de formuler à l'attention de leur administration fiscale principale une demande « *visant à obtenir une sécurité juridique à un stade précoce* » sur le champ d'application du Montant A et sur les modalités retenues pour le calcul et la

¹⁸⁶⁴B. PEYROL, « Rapport d'information sur la mise en œuvre des conclusions de la mission d'information relative à l'évasion fiscale internationale des entreprises, Assemblée Nationale », n° 4052, 7 avril 2021, p. 95-96.

¹⁸⁶⁵P. COLLIN, « Le rôle des juridictions en fiscalité internationale », *Fiscalité internationale*, n° 02-2021, p. 36.

¹⁸⁶⁶D. GUTMANN, *préc.*

¹⁸⁶⁷La déclaration du Cadre inclusif du 8 octobre 2021 ne donne aucune précision sur les mécanismes visant à prévenir et à traiter les différends non-liés au Montant A, le choix pouvant se porter sur une amélioration des mécanismes existants (ICAP, vérifications conjointes, APP bilatéraux/multilatéraux etc...) ou de manière plus novatrice sur l'adoption d'un mécanisme obligatoire et contraignant à portée générale.

¹⁸⁶⁸B. PEYROL, *préc.*, p. 96.

répartition de celui-ci¹⁸⁶⁹. En ce que seul le groupe peut être à l'origine du déclenchement de cette procédure de sécurisation juridique, les décisions formulées par les administrations fiscales et les comités ne peuvent, à chaque stade de la procédure, s'imposer à lui que lorsqu'il les a acceptées. Dans cette mesure, l'approche du Cadre inclusif semble similaire à celle du programme international pour le respect des obligations fiscales (ICAP) « *selon laquelle les contribuables et les administrations œuvrent de manière concertée et multilatérale pour évaluer en temps quasi réel les risques et obtenir une certitude quant aux principaux risques fiscaux internationaux* »¹⁸⁷⁰. Le renforcement de la coopération entre les multinationales et les administrations est ainsi vu à cet effet comme un préalable indispensable pour obtenir une sécurité juridique multilatérale accrue en matière fiscale et *in fine* réduire le nombre de différends soumis à procédure amiable.

Dès lors, dans l'hypothèse où l'administration fiscale principale considère que la demande formulée par le contribuable ne présente aucun risque, il lui est possible de s'abstenir de recourir à un comité d'examen et de transmettre directement ses conclusions aux autres administrations fiscales impliquées. À défaut d'opposition de l'une de ses administrations, la position de l'administration principale devient contraignante pour le groupe, s'il en a accepté le sens, et les autres administrations du Cadre inclusif. Dans l'hypothèse où la demande formulée par le groupe apparaît plus complexe à trancher, la constitution d'un comité d'examen, composé idéalement de 6 à 8 administrations, est requise dans le but d'aboutir à une solution consensuelle¹⁸⁷¹. En l'absence d'accord au sein du comité, d'un refus du groupe ou d'un refus d'une administration tierce d'accepter la décision du comité, un comité de décision est constitué pour trancher les points du litige restant encore en suspens. Le comité de décision statue dans cette mesure à la majorité simple selon l'approche de la *meilleure offre* en choisissant parmi les différentes solutions proposées initialement par le comité d'examen¹⁸⁷². Sa décision s'imposera à l'ensemble des juridictions concernées, après acceptation du contribuable. D'importantes divergences persistent toutefois encore entre les juridictions quant à la composition et le fonctionnement de ce comité, notamment en ce qui concerne son caractère permanent, l'indépendance de ses membres ou encore la latitude dont il dispose quant aux décisions à adopter.

¹⁸⁶⁹OCDE, *préc.*, § 728.

¹⁸⁷⁰OCDE, Programme international pour le respect des obligations fiscales: Guide de programme pilote 2.0, OCDE, 2019.

¹⁸⁷¹OCDE, *préc.*, § 747 et s.

¹⁸⁷²L. STANKIEWICZ, *préc.* n°, p. ; La France avait fait le choix, concernant l'I.M BEPS, d'appliquer la méthode de la *meilleure offre* pour régler les cas d'arbitrages. Comme le note la doctrine administrative, selon cette méthode, chacune des autorités compétentes soumet à la commission d'arbitrage une proposition de résolution portant sur les points du litige avant que cette commission ne choisisse la proposition qu'elle juge la plus appropriée (BOI-INT-DG-20-25, Paragraphe 480, 16 décembre 2020). Cette méthode s'oppose à la méthode de *l'opinion indépendante* pour laquelle l'arbitre forme sa propre décision au regard des éléments communiqués par les parties.

B. L'absence de portée universelle du mécanisme contraignant de règlement des différends

484. Si l'entrée en vigueur de l'I.M avait, suite à l'action 14 du plan BEPS¹⁸⁷³, entraîné une évolution significative dans les modes de règlements des différends avec l'engagement de 25 États de prévoir une procédure d'arbitrage obligatoire et contraignante dans leurs conventions fiscales bilatérales, le Montant A franchit une nouvelle étape dans la gouvernance fiscale mondiale en étendant le recours régulier à des comités représentatifs des administrations fiscales à l'application concrète d'un régime d'imposition¹⁸⁷⁴. La volonté de l'ensemble des États signataires du pilier 1 d'être lié par un mécanisme obligatoire et contraignant de règlement des différends au titre du Montant A est toutefois à tempérer au regard de la dernière déclaration du Cadre inclusif en date du 8 octobre 2021 instituant « *un système facultatif [...] s'agissant des économies en développement qui peuvent prétendre au report de leur examen par les pairs au titre de l'action 14 du BEPS et dont le nombre de cas soumis à la procédure amiable est faible ou nul* »¹⁸⁷⁵. Dès lors, si la mise sur un pied d'égalité de tous les membres du Cadre inclusif dans la conception du Pilier 1 semble produire des effets concrets par la prise en compte de la réticence des États à faible ressources d'être liés obligatoirement par des mécanismes de règlements des différends¹⁸⁷⁶, la sécurité juridique des groupes d'entreprises en pâti toutefois avec des procédures potentiellement changeantes en fonction des États avec lesquels ils sont en désaccord. Dans cette mesure, l'amélioration des mécanismes existants (ICAP, vérifications conjointes, APP bilatéraux/multilatéraux...) apparaît comme indispensable pour assurer que l'application du nouveau régime d'imposition n'aboutisse pas à une multiplication des situations de double-imposition non allégées.

¹⁸⁷³L'action 14 BEPS élabore une norme *a minima* dans le règlement des différends dont la correcte application fait l'objet d'un processus de contrôle par les pairs. Cette norme vise notamment à s'assurer que les obligations relatives à la procédure amiable prévues par les conventions sont exécutées de bonne foi et que les différends donnant lieu à une procédure amiable sont résolus en temps opportun ou encore que le contribuable est en mesure de recourir à ce type de procédure lorsqu'il peut y prétendre.

¹⁸⁷⁴L. STANKIEWICZZ, *préc.*

¹⁸⁷⁵OCDE, *préc.*, p. 2.

¹⁸⁷⁶Pour un avis contraire considérant que les solutions conçues par le Cadre inclusif le sont dans l'intérêt des principaux États développés, Y. BRAUNER, « Agreement? What Agreement? The 8 October 2021, OECD Statement in Perspective », *Intertax* Vol. 50, 2022, pp. 2-6 et « Lost in Construction: What Is the Direction of the Work on the Taxation of the Digital Economy » *Intertax*, Vol. 48, 2020, p. 270-272.

CONCLUSION CHAPITRE 2

485. L'accord récent des 136 États membres du Cadre inclusif au titre du Pilier 1 constitue à première vue une réforme d'une ampleur inédite des cadres traditionnels d'imposition des bénéficiaires des entreprises multinationales dont la nature pourrait entraîner à terme la création d'un nouvel ordre fiscal international. En effet, la stabilité pendant presque un siècle des mécanismes de mesure de l'intégration économique d'une entreprise à un territoire aux fins de reconnaissance de la compétence fiscale et des règles de répartition intra-groupe des profits semble désormais avoir fait place au niveau international à un courant particulièrement novateur initié par des États développés à la balance commerciale majoritairement déficitaire. Le Montant A ne base dans cette mesure aucunement l'enclenchement de l'obligation fiscale à la caractérisation sur le sol de l'État de consommation d'une présence physique de l'entreprise étrangère, pas plus qu'il ne lie la répartition des profits entre les nouvelles présences imposables créées aux résultats découlant de la mise en œuvre du référentiel de pleine concurrence. L'immixtion du principe de destination dans l'ensemble des étapes de calcul et de répartition du Montant A entre les juridictions de marché éligibles assurerait ainsi l'avènement d'une fiscalité internationale équitable et simplifiée, capable de répondre aux défis fiscaux soulevés par la numérisation de l'économie.

Si ces évolutions sont significatives par rapport au souhait toujours marqué de l'OCDE de préserver l'exclusivité de la théorie de l'offre dans l'imposition des bénéficiaires des entreprises multinationales, elles ne sauraient toutefois s'assimiler, en pratique, à une révolution de l'architecture du système fiscal international. D'une part, l'attribution d'un pourcentage prédéterminé de bénéfices résiduels aux juridictions de marché éligibles apparaît conceptuellement similaire à la pratique de tout temps des États fédérés américains de privilégier une répartition des revenus des entreprises fondée sur des formules unitaires de répartition proportionnelle, formules qui plus est désormais en majeure partie constituées par le seul facteur des ventes par destination¹⁸⁷⁷. Ce souhait de ne représenter que l'aspect demande de la génération des revenus est alors motivé par des considérations purement pratiques tenant à ce que le lieu de consommation, en comparaison d'autres facteurs productifs de valeur comme les immobilisations et le travail, est en principe moins

¹⁸⁷⁷Alors que dans les années 1980, environ 80 % des États américains avaient adopté une formule de répartition à trois facteurs, représentant à la fois le paradigme de l'offre et de la demande, ils ne sont désormais plus que 15 %, la majorité des autres États ayant migré vers une formule basée sur le seul facteur vente par destination, cf. à ce titre, J. ANDRUS, P. OOSTERHUIS, « Transfer Pricing After BEPS : Where Are We and Where Should We Be Going », préc.

sujet à des manipulations aux fins de contournement fiscal. D'autre part, et plus fondamentalement, les innovations introduites par le Montant A n'ont vocation à s'appliquer tout au plus qu'au cent des plus grandes multinationales mondiales de sorte que les lacunes identifiées du système actuel dans l'imposition juste et équitable par l'État de consommation des entreprises multinationales dans une économie numérisée seraient, au mieux, partiellement et indirectement traitées par ce nouveau régime d'imposition¹⁸⁷⁸. Dès lors, dans la majorité des situations, le pouvoir d'imposer de l'État de consommation ne sera pas équivalent à l'importance de son rôle dans le processus de création de valeur des entreprises numériques étrangères, que ce soit au regard des infrastructures publiques qu'il leur fournit dans la réalisation de leurs activités ou des facteurs de production localisés sur son territoire et que ces entreprises captent sous la forme de rentes économiques. Ainsi la mise en œuvre concrète du Montant A n'aura pas comme conséquence de modifier substantiellement la répartition actuelle des rentes économiques liées aux interactions entre les utilisateurs (*customer synergy rents*)¹⁸⁷⁹, largement centralisée dans des entités résidentes d'États à faible fiscalité. Dans cette mesure, le caractère limité de la réforme entreprise par le Cadre inclusif, de part son champ d'application et la portion mineure de bénéfices résiduels ré-allouée aux juridictions de marché, ne saurait constituer une réponse pleinement efficace à l'incapacité du principe de pleine concurrence, tel qu'interprété actuellement en droit français, à déterminer la « juste » part de revenus taxables des entreprises à forte composante numérique devant revenir à l'État de consommation français.

¹⁸⁷⁸ Y. BRAUNER, « Agreement? What Agreement? The 8 October 2021, OECD Statement in Perspective », *préc.*, p. 3-4.

¹⁸⁷⁹ V. PLEKHANOVA, « Value Creation within Multinational Platform Firms: A Challenge for the International Corporate Tax System », *préc.*, p. 296.

CONCLUSION TITRE 1

486. L'essentiel des réformes en matière d'imposition des multinationales numériques, qu'elles soient envisagées en droit interne ou dans le cadre de négociations internationales, se détache des principes traditionnels sur lesquels reposent actuellement le cadre fiscal international. Ce désintéressement quant aux solutions éventuelles de modernisation des concepts conventionnels de répartition des droits d'imposition trouve une explication dans le contexte généralisé d'accroissement de l'endettement public. En effet, pour répondre à la situation d'attrition des ressources fiscales et d'augmentation significative des dépenses publiques, les États ont été amenés à multiplier les mesures d'imposition ciblant les entreprises dont ils jugent la contribution fiscale bien en-deçà de leurs réelles capacités contributives. Dès lors, le caractère urgent de l'action fiscale favorise le choix d'une conception de l'imposition en dehors des cadres théoriques actuels de la répartition de compétence fiscale, leur modernisation requérant en tout état de cause un bien plus long processus puisqu'il serait nécessaire de modifier les dispositifs conventionnels sur lesquels reposent le *nexus* et la répartition des profits¹⁸⁸⁰. L'urgence dans l'élaboration d'une solution en capacité de répondre aux défis fiscaux soulevés par la numérisation de l'économie a de même innervé les discussions au sein du Cadre inclusif OCDE. Dans cette mesure, le choix s'est finalement porté sur l'instauration, au titre du pilier 1, d'un cadre fiscal international parallèle à celui dans lequel évolue actuellement les entreprises qui ne se fonderait -mis à part la notion de « bénéfiques résiduels » - sur aucun des principes connus des conventions fiscales bilatérales. Toutefois, et similairement à la multiplication des taxes nationales sur le CA de certaines multinationales du numérique, l'adoption du pilier 1 a avant tout été motivée par « *l'atteinte d'objectifs politiques qu'un ensemble spécifique d'États a considéré comme urgents* »¹⁸⁸¹, sans qu'il n'ait été débattu, notamment d'un point de vue théorique, la pertinence d'une préservation de la dichotomie actuelle entre États de résidence et de source dans une économie numérisée. Si ce détachement des principes traditionnels dans la conception de nouvelles règles d'imposition a permis une rapidité d'action sur la scène internationale jusqu'ici inégalée, l'absence d'un standard normatif communément accepté par les États signataire risque de fragiliser la cohérence du compromis auquel avait aboutit les experts dans les années 1920.

En effet, ni le pilier 1, ni *a fortiori* les prélèvements fiscaux assis sur le CA réalisé par une

¹⁸⁸⁰A. CHRISTIANS, T. DINIZ MAGALAES, « A New Global Tax Deal for the Digital Age », *Revue fiscale canadienne*, Vol. 67, Issue n°4, 2019, p. 1167.

¹⁸⁸¹*Ibid.*

entreprise ne sont en mesure de reconnaître, à des fins d'imposition par l'État de consommation, la diversité des contributions des facteurs localisés sur son territoire à la création de valeur des modèles d'affaires numériques, notamment en réseaux de valeur. Cette incapacité s'explique principalement par le caractère sommaire et standardisé des méthodes visant à déterminer la fraction de profits ou de revenus imposable dans l'État de consommation. En effet, l'allocation du profit résiduel sur la base d'un facteur unique ou sur la base des seules ventes conclues dans la juridiction du marché ne permet pas l'alignement de l'imposition des bénéficiaires sur le lieu de création de valeur, notamment dans les situations où les entreprises multinationales sont globalement intégrées avec une contribution de chaque maillon de la chaîne de valeur mondiale au profit global du groupe¹⁸⁸². Dans cette mesure, l'objectif d'aboutir à une répartition intra-groupe des profits conforme à la réalité commerciale implique de recourir à d'autres méthodes qui seraient en capacité d'allouer les bénéfices en fonction de la contribution respective de chacun des maillons des chaînes de valeur mondiales et des facteurs à la production de richesse globale du groupe.

¹⁸⁸²J. LI, N. JIN BAO, H. C. LI, « Value Creation : A Constant Principle in a Changing World of International Taxation », *Canadian Tax Journal*, Vol. 64, Issue 4, p. 1133-1134.

TITRE 2

L'IMPOSITION DES PROFITS DES MULTINATIONALES DU NUMÉRIQUE PAR L'ÉVOLUTION DES PRINCIPES TRADITIONNELS DE LA FISCALITÉ INTERNATIONALE

487. L'échec du Cadre inclusif de faire émerger, au titre du Pilier 1, une solution soutenue par des principes économiques et une base conceptuelle solides, invite à reconsidérer les cadres théoriques originels sur lesquels sont fondées les règles d'imposition des bénéfices des entreprises multinationales. En effet, les principaux modèles disruptifs de valeur des plateformes numériques ne sont pas de nature à remettre frontalement en cause la pertinence de la doctrine de l'allégeance économique, instituée originellement par le rapport des experts en 1923, dont l'objectif était déjà d'aboutir à une relation symbiotique entre le lieu de création de valeur et le lieu d'imposition des profits. La valeur ajoutée dans les modèles B2B2C et certains B2C2B est le résultat de la fourniture d'un produit unique à l'utilisateur final, issu de la combinaison des activités de la plateforme numérique et des entreprises utilisatrices¹⁸⁸³. Voilà pourquoi il n'existe *a priori* aucune raison légitime de révolutionner les cadres méthodologiques institués par les experts et M. B CARROLL où, de façon commune, l'analyse des processus productifs de valeur dictait pour l'essentiel la répartition de la compétence fiscale et des profits entre entités membres d'un groupe. Nous considérons bien au contraire qu'une conservation du « *substrat intellectuel* » de ces rapports, tout en en modernisant la portée dans certaines circonstances délimitées, est la seule solution permettant, avec précision, l'attribution de droits d'imposition à l'État de consommation conforme à son rôle, actif ou passif¹⁸⁸⁴, dans le processus de création de valeur des entreprises. En tout état de cause, la « standardisation » promue par le Pilier 1 ne permet pas, aux fins de détermination d'une portion adéquate de bénéfices résiduels attribuable aux juridictions de marché, de retranscrire la multiplicité des processus de création de valeur des modèles d'affaires numériques et par suite de déterminer l'intensité des liens qu'ils partagent avec ces juridictions. Il convient dès lors de prendre appui sur les solutions basées sur une modernisation des mécanismes et notions conventionnels fondant la compétence fiscale de l'État de source, à savoir l'établissement stable (**Chapitre 1**) et les retenues à la source (**Chapitre 2**), dont l'objectif commun est d'appréhender certaines des

¹⁸⁸³S. BURIK, *préc.*

¹⁸⁸⁴L'État de consommation peut être actif au regard des infrastructures publiques qu'il fournit dans la réalisation de l'activité économique de l'entreprise ou passif du fait de la présence sur son territoire de facteurs captés par une entreprise étrangère et lui ayant permis d'augmenter sa production de richesse.

spécificités des multinationales numériques, jugées comme neutralisant la capacité de l'État de consommation de prélever un montant d'impôt en adéquation avec leurs facultés contributives.

CHAPITRE 1

LES SOLUTIONS REPOSANT SUR L'ÉVOLUTION DE LA NOTION D'ÉTABLISSEMENT STABLE

488. Les volontés de révision de l'ES comme critère de répartition de la compétence fiscale entre État de résidence et de source ne datent pas de l'avènement de l'Internet. En effet, dès les années 1940, un sous-comité de la Société des Nations, composé principalement d'États sud-américains, avait été chargé de réfléchir sur l'éventuelle modification du seuil d'intégration économique nécessaire sur un territoire pour identifier un ES. De ces travaux avait découlé la publication du modèle de Mexico de 1943¹⁸⁸⁵ qui s'il « *conservait le principe de l'ES dans certaines situations [...], reconnaissait par principe le droit d'imposition des États à raison de toute activité lucrative exercée sur leurs territoires* »¹⁸⁸⁶. L'abandon du Modèle de Mexico au profit du Modèle de Londres en 1948, bien plus favorable aux États exportateurs de capitaux, avait toutefois stoppé net l'éventualité d'une conception globalisante de la source des revenus en limitant la reconnaissance d'un lien taxable à la présence physique d'une entreprise sur le territoire d'un État. Ce n'est que suite aux premières conséquences de la « révolution numérique » que le souhait de procéder à une révision des seuils d'intégration économique sur lesquels repose l'ES s'est de nouveau fortement manifesté avec comme différence notable cette fois-ci une inversion des États à l'origine de ces propositions. En effet, « *la fortune étant capricieuse, ce sont aujourd'hui principalement les États développés qui, mis face au constat des effets conjugués de la mobilité accrue de la résidence fiscale et de la numérisation de l'économie, plaident pour une révision de cet instrument* »¹⁸⁸⁷. Dans cette mesure, la modernisation de l'ES, pour l'adapter au monde virtuel dans lequel agit les entreprises multinationales invite, similairement au Montant A du Pilier 1, au dépassement du critère de la présence physique pour identifier une présence taxable sur le territoire de l'État de source (**Section 1**). Si nous avons déjà pu présenter tout au long de la première partie les difficultés de mise en œuvre de la notion traditionnelle de l'ES, elles s'accroissent toutefois encore davantage lorsqu'il est entrepris une redéfinition de cette notion afin de permettre à l'État de source d'appréhender les bénéficiaires d'activités numériques *a priori* a-territoriales (**Section 2**).

¹⁸⁸⁵SDN, Modèles de conventions fiscales de Londres et de Mexico, Commentaire et texte, C.88.M.88.1946.II.A, Genève, 1946.

¹⁸⁸⁶N. VERGNET, *préc.*, p. 311

¹⁸⁸⁷*Ibid.*, p. 310.

Section 1 : La modernisation de la notion d'établissement stable : le concept d'établissement stable virtuel

489. La modernisation du concept de l'ES, pour repenser avec une plus grande pertinence « *le lieu à partir duquel la substance de l'activité économique est exercée* »¹⁸⁸⁸, doit s'entreprendre par le biais d'une préservation des fondements théoriques à l'origine de sa conception. En effet, l'approche fondée sur la demande considérant « *que la simple utilisation d'un « marché » situé dans un autre État soit suffisante pour fonder l'imposition* »¹⁸⁸⁹ ne devrait pas trouver à s'appliquer concernant une notion dont la substance est intrinsèquement liée à l'analyse des facteurs de production déployés par une entreprise. Dans cette mesure, maintenir le postulat originel des experts en 1923 selon lequel les bénéfices sont réalisés au lieu de déploiement des facteurs de production permet de neutraliser les tentatives visant à intégrer dans les éléments constitutifs de l'ES de simples facteurs de réalisation de valeur pour ne retenir que les facteurs clés de production du revenu spécifiques à l'ère du numérique qui ne sont actuellement que très partiellement appréhendés. Il doit cependant être noté que l'intégration dans la définition de l'ES d'éléments relatifs à une taxation basée sur le principe de destination ne contrevient pas en toutes circonstances à la théorie de l'offre dès lors qu'il apparaît avec évidence que ces éléments ont eu un impact dans la génération du profit de l'entreprise étrangère. À ce titre, certains modèles d'affaires numériques, que nous identifierons, tirent substantiellement profit de l'activité de leurs consommateurs, ces derniers ne pouvant par conséquent s'apparenter à un facteur de réalisation. Ces développements esquissent d'ores-et-déjà l'attraction pour une conception restrictive de l'ES virtuel dans le but de modifier les cadres de la répartition de la compétence fiscale dans les seules hypothèses où se situent sur le lieu de consommation des facteurs essentiels à la production de richesse des entreprises. Cela minimiserait de plus les situations de doublon avec l'ES traditionnel, scénario d'autant plus plausible au regard de la baisse constante des exigences de seuil sur lesquels il repose. Cette conception contraste alors avec la vision selon laquelle le principe de neutralité impliquerait que le champ d'application soit conçu de manière globalisante sans distinguer entre le type d'activités réalisées. Dès lors, plusieurs voies sont susceptibles d'être empruntées dans la modulation du champ du concept d'ES virtuel, le choix final revêtant indéniablement un caractère politique (**Paragraphe 1**). Dans un second temps, l'abaissement des seuils sur lesquels reposent l'identification d'un ES, en réponse aux possibilités offertes par les NTIC de développer des activités économiques sur de nombreux territoires avec une présence physique limitée, s'effectuera par une évolution des facteurs censés retranscrire la pénétration économique suffisante d'une entreprise sur un territoire aux fins

¹⁸⁸⁸P. COLLIN, N. COLIN, « Mission d'expertise sur la fiscalité du numérique », préc., p. 123.

¹⁸⁸⁹B. GOUTHIERE, *Les impôts dans les affaires internationales*, *Op.cit.*, p. 310, § 16610.

d'imposition de ses bénéfices pour les adapter à l'ère du numérique (**Paragraphe 2**).

Paragraphe 1 : La modulation du champ d'application du concept

490. La numérisation est un processus qui touche l'ensemble des secteurs de l'économie. L'augmentation de la productivité et la génération de profits se font désormais par une intégration des NTIC tout au long des chaînes de valeur de sorte qu'il apparaît de plus en plus compliqué de distinguer les entreprises traditionnelles des entreprises numériques¹⁸⁹⁰. La capacité de développer une clientèle mondiale sans déploiement conséquent d'actifs matériels sur les territoires d'États de consommation peut dès lors concerner les entreprises ayant réussi l'adaptation de leur modèles d'affaires au numérique, indépendamment de leurs domaines d'activités. Une partie des propositions de modification du lien s'attachent donc à retranscrire globalement cette réalité par le biais du concept de présence économique significative (**I**). Il est néanmoins possible d'adopter une vision plus restrictive de l'étendue de ce nouveau lien sans pour autant nier le processus de numérisation de l'économie actuellement à l'oeuvre. Dans le droit fil des développements de l'OCDE analysant finement les spécificités des modèles d'affaires numériques¹⁸⁹¹, une approche pragmatique vise à ne retenir que les entreprises qui posent frontalement des difficultés au concept d'ES. Le concept de présence numérique significative permet cela (**II**).

I. Le concept de présence économique significative

491. Présentation - La première option étudiée par l'OCDE dans la modulation du concept d'ES vise à caractériser dans un État une présence taxable « *dès lors qu'une entreprise non résidente a une présence économique significative dans ce pays, au regard de facteurs qui démontrent une interaction volontaire, inscrite dans la durée, avec l'économie de ce pays par le biais de technologies et d'autres outils automatisés* »¹⁸⁹². Le champ d'application de ce lien recouvre par conséquent l'ensemble des transactions conclues à distance au moyen de TIC par une entreprise non-résidente. Les conditions cadres d'Ottawa posées en 1998 pour l'imposition du commerce électronique apparaissent dès lors respectées en assurant une application du nouveau concept de présence taxable à la totalité des entreprises multinationales se servant des canaux numériques pour exercer leurs activités. L'OCDE considère, dans cette mesure, que son adoption « *garantirait une*

¹⁸⁹⁰J. ENGLISCH, « Territorialité de l'impôt : la crise est-elle surmontable ? » *préc.* : il est estimé que plus de 40 % des bénéfices de l'industrie automobile allemande, au cours de la décennie 2020, seront réalisés par des *software updates*.

¹⁸⁹¹OCDE, Les défis fiscaux soulevés par la numérisation de l'économie, Rapport intérimaire-2018, *Op.cit.*, n° 199, p. 25 à 88.

¹⁸⁹²OCDE, Relever les défis fiscaux posés par l'économie numérique, Action 1 – plan BEPS, *préc.*, p. 122, § 277.

neutralité fiscale entre des formes comparables d'activité commerciale, tout en réduisant les risques de litige de qualification »¹⁸⁹³. En effet, la nature des biens et services fournis par l'entreprise étrangère est sans importance dans la délimitation du périmètre d'applicabilité du nouveau lien¹⁸⁹⁴. Dès lors, la formation de la transaction entre une entreprise non-résidente et un consommateur par le biais d'Internet ou d'outils automatisés aura pour effet automatique son intégration dans le champ d'application, indépendamment de la circonstance que les biens soient fournis sur un support numérique ou matériel. La dissociation s'avère dans cette hypothèse totale entre présence physique et intégration économique effective sur un territoire.

492. Critiques - Deux éléments invitent à questionner la pertinence de ce champ d'application dans l'établissement d'une présence économique suffisante sur un territoire.

Premièrement, un tel champ ne permet pas la retranscription de la diversité des processus de création de valeur numérique. Il s'inscrit même en opposition avec l'objectif initial de répartition des droits d'imposition en fonction des bénéficiaires générés sur un territoire. L'exemple d'une entreprise non-résidente spécialisée dans la vente de biens matériels sur Internet et ne disposant pas d'une présence physique dans l'État de consommation est à ce titre évocateur. En effet, le lien entre cette entreprise et le territoire de situation des consommateurs, apparaît distendu voire même inexistant. L'utilisation des moyens technologiques constitue dans cette situation uniquement un support permettant à l'entreprise de proposer ses services à des clients indépendamment de leur localisation¹⁸⁹⁵. Dans cette mesure, la théorie des droits ne peut être mobilisée dans l'exercice de justification du droit d'imposer de l'État de consommation. En effet, la source du bénéfice dans ce type de modèle d'affaires n'a subi aucun bouleversement suite aux évolutions induites par la « révolution numérique » et se situe toujours en substance dans une majoration du prix de vente des biens. Dès lors, même s'il est indéniable que les TIC ont permis à ces entreprises une meilleure connaissance de leurs potentiels consommateurs, par le traçage de certaines actions réalisées sur leurs sites internet, il ne peut être considéré que les consommateurs disposent dans ce type de modèle d'affaires d'un rôle « créateur de valeur ». Leur rôle est en effet dans le processus de création de valeur de ces entreprises minime en comparaison avec celui des actifs incorporels et des facteurs de productions traditionnels. La compétence fiscale doit ainsi être attribuée exclusivement

¹⁸⁹³OCDE, préc., p. 131.

¹⁸⁹⁴R. S. AVI-YONAH, « A Virtual PE : International Tax and the Marketplace Fairness Act », University of Michigan Law School Public Law and Legal Theory Research Paper Series, 2013, n° 328, p. 2.

¹⁸⁹⁵Outre cette spécificité induite par l'essor du numérique dans l'exploitation d'un site Internet ou d'une plateforme, les similarités entre un modèle d'affaires d'un revendeur numérique et celui d'une entreprise traditionnelle de ventes au détail sont importantes. En effet, leurs activités principales -approvisionnement, recours à des fournisseurs, réception et stockage des produits à vendre - sont essentiellement similaires.

au lieu de situation de ces derniers en l'absence de présence physique de l'entreprise de *e-commerce* sur le territoire de l'État de consommation. Si la théorie des services rendus peut sembler de nature à justifier la reconnaissance à l'État de source d'un droit d'imposer une partie des bénéfices des entreprises de *e-commerce*, en raison notamment de son rôle de fournisseur d'infrastructures numériques propices à la conduite de leurs activités économiques, d'importantes difficultés survenant à l'étape de sa mise en œuvre invite à en rejeter l'adoption.

Deuxièmement, outre le point de vue à discuter selon lequel le profit serait désormais largement fonction de l'issue des risques commerciaux relatifs à la pénétration d'un marché¹⁸⁹⁶, l'absence de présence physique d'une entreprise sur le territoire de l'État de consommation rend en tout état de cause particulièrement malaisée l'application de la théorie des services rendus. Si la présence physique pérenne d'une entreprise étrangère sur le sol de l'État de source est un indicateur manifeste de son interaction avec les services et infrastructures fournis par cet État, il apparaît en revanche bien plus complexe, aux fins de rattachement de la compétence fiscale, de représenter le seuil à partir duquel l'interaction serait suffisante entre l'État fournisseur de services et une entreprise étrangère agissant sur son territoire exclusivement par le biais de canaux numériques. Ainsi, l'objectif de rééquilibrer la répartition de la compétence fiscale au profit des États de source, tout en évitant l'émergence de phénomènes de sur-fragmentation de la base imposable, invite à ne pas retenir de conceptions trop extensives selon lesquelles, en raison de la « *substitution d'un certain nombre d'infrastructures locales à celles que l'entreprise étrangère aurait dû déployer pour réaliser [son activité]* », l'État de consommation disposerait par principe d'une compétence fiscale à l'égard de toute entreprise desservant son marché¹⁸⁹⁷.

Dans une autre mesure, et de manière pragmatique, ces entreprises disposent dans la majorité des cas d'une présence taxable sur le sol des États de source¹⁸⁹⁸. En effet, en raison de la concurrence extrêmement forte concernant la rapidité de livraison, les entreprises multinationales opérant dans ce secteur sont dans l'obligation de s'implanter physiquement sur le territoire des États de consommation, par le biais notamment d'entrepôts, pour établir une plus grande proximité avec leurs consommateurs. Intégrer ces activités dans le nouveau concept de lien alors qu'elles sont déjà appréhendées par la notion traditionnelle d'ES, qui plus est au regard des évolutions entreprises au

¹⁸⁹⁶Cette circonstance démontrerait le lien de plus en plus ténu entre le profit et l'utilisation d'infrastructures présentes sur un État ; Pour un avis contraire, notamment en raison de l'importance de l'infrastructure juridique fournie par l'État de consommation dans la réussite de l'activité économique des entreprises numériques, D. PINTO, préc. n°, p. 267.

¹⁸⁹⁷A. A. SKAAR, « Permanent Establishment : Erosion of a Tax Treaty Principle », préc., p. 559-560.

¹⁸⁹⁸M. MAHJOUBI, « Les Hacker de la Fiscalité », Note d'analyse, Septembre 2019, p.8 : la grande majorité des multinationales du numérique et non pas seulement celles de e-commerce disposent d'une présence taxable en France. Les GAFAM mais aussi Uber, Booking, Airbnb, Twitter et Alibaba disposent d'une filiale et/ou d'établissement stable. Seul Netflix n'a pas de présence taxable en France.

titre de l'action 7 du projets BEPS (éviter artificiel d'une présence taxable), apparaît ainsi superfétatoire¹⁸⁹⁹. Dès lors, c'est sous l'angle de l'attribution des profits à ladite présence que les problématiques liées aux activités de *e-commerce* doivent majoritairement être réglées.

II. Le concept de présence numérique significative

493. Dans un premier temps étudié par l'OCDE dans son rapport intermédiaire de 2014 sur les défis fiscaux posés par l'économie numérique (A), le concept de présence numérique significative a fait quelques années plus tard l'objet d'une tentative d'adoption par le Conseil de l'UE (B). Si cette tentative s'est finalement soldée par un échec, elle conserve néanmoins une pertinence certaine pour se prononcer sur l'option à retenir quant au champ d'application de ce concept (C).

A. Le concept OCDE

494. Initialement, l'action 1 du projet BEPS envisageait prioritairement la reconstruction du lien par l'adoption du concept de présence numérique significative¹⁹⁰⁰. Selon le rapport intermédiaire de 2014, une présence taxable dans un État peut être caractérisée dès lors « *qu'une entreprise engagée dans certaines « activités numériques entièrement dématérialisées » maintient une présence numérique significative dans l'économie de ce pays* »¹⁹⁰¹. Les critères susceptibles d'identifier une « *activité entièrement dématérialisée* », posait une double limite au champ d'application du nouveau lien relative, d'une part, au mode de création et de délivrance des biens ou services (par le biais des TIC) et, d'autre part, à leur nature (immatérielle). La principale difficulté d'une proposition ne s'appliquant qu'aux entreprises fortement numérisées dont les activités ne nécessitent qu'un faible déploiement international de masse physique, tient à sa potentielle violation du principe de neutralité fiscale. Toutefois, nous ne pensons pas que l'étendue de ce lien est de nature à compartimenter de manière inadéquate les différents secteurs d'activités des entreprises multinationales. Tout au contraire, il permettrait la restauration d'une égalité de traitement fiscal avec les entreprises qui exercent internationalement leurs activités par le biais d'IFA ou d'agents dépendants sur les territoires des États de consommation¹⁹⁰². En effet, il pourrait être considéré,

¹⁸⁹⁹P. HONGLER, P. PISTONE, « Blueprints for a New PE Nexus to Tax Business Income in the Era of the Digital Economy », Working Paper, *IBFD*, 20 janvier 2015, p. 24 ; Pour cette même raison, les entreprises du secteur bancaire et des assurances ont été exclues des propositions de réforme formulées au sein du Cadre inclusif OCDE. En effet, ces entreprises sont dans la plupart des situations dans l'obligation de déployer dans les États de source une présence imposable pour obtenir une licence octroyant le droit de réaliser l'activité.

¹⁹⁰⁰OCDE, Relever les défis fiscaux posés par l'économie numérique, Rapport intermédiaire-2014, Projet BEPS, p. 155: moins d'un an plus tard, dans le cadre de son rapport final sur l'action 1 (2015), l'OCDE s'est pourtant orienté vers le concept de « présence économique significative ».

¹⁹⁰¹*Ibid.*, p.156.

¹⁹⁰²P. HONGLER, P. PISTONE, *art.préc.*, p.42.

similairement au raisonnement adopté par la Cour suprême en matière de *Sales taxes* dans la décision *Wayfair*, que des entreprises exerçant physiquement leurs activités sur le territoire de l'État de consommation subissent une discrimination fiscale en comparaison d'entreprises qui ne partagent avec cet État que des « liens virtuels »¹⁹⁰³. La nécessité d'établir fiscalement des règles du jeu équitables (*even playing field*) entre des entreprises opérant dans un même secteur inviterait dans cette mesure à la conception d'un *nexus* qui ne s'attacherait à englober que les situations où les entreprises, par leur mode d'organisation des activités, seraient en mesure d'éviter toute imposition de leurs bénéfices dans l'État de consommation.

De même, cette mesure aboutirait, aux fins de répartition de la compétence fiscale, à un affinement concernant les activités de différentes natures qu'une seule et même multinationale peut exercer. En effet, « [en] ce que chaque multinationale du numérique est une hydre dotée d'un modèles d'affaires spécifique, instable et multi-versants »¹⁹⁰⁴, l'élargissement global du critère de l'ES à toute activité réalisée sans déploiement d'actifs matériels entraînerait un rééquilibrage inéquitable dans la répartition de la compétence fiscale, des États de source se voyant attribuer un droit d'imposition alors qu'ils ne sont le lieu de réalisation d'aucune des opérations productives du contribuable. Dans cette situation, la répartition actuelle de la compétence fiscale doit être préservée en attribuant l'exclusivité des droits d'imposition aux États de résidence, États de réalisation des opérations créatrices de valeur. Rapporté plus spécifiquement à une multinationale numérique disposant par exemple de deux lignes d'activités principales, à savoir le *e-commerce* et les services infonuagiques, le concept d'ES virtuel ne devrait trouver à s'appliquer pour les raisons sus-indiquées qu'à l'égard de cette deuxième activité. Plus qu'une étude globale d'un modèle d'affaires, ce champ d'application permettrait ainsi une répartition conventionnelle de la compétence fiscale basée sur les spécificités des lignes d'activités réalisées par les entreprises multinationales de sorte que les mutations du processus de création de valeur induites par la numérisation de l'économie seraient assurément appréhendées, à des fins fiscales, plus finement¹⁹⁰⁵.

¹⁹⁰³La création de distorsions de concurrence entre des acteurs économiques en fonction du mode de réalisation de leurs activités a été à l'origine de la décision de la Cour suprême des États-Unis *Wayfair* du 21 juin 2018 en matière de *Sales taxes* (Cour suprême des États-Unis, *South Dakota vs Wayfair, Inc.*, n° 17-494, 585 U.S., 2018). En effet, l'institution par la Cour suprême au niveau fédéré d'un critère de présence physique pour être redevable de ce type d'impôt indirect sur la consommation avait eu comme conséquence d'entraîner une discrimination entre les entreprises entretenant un lien physique avec le territoire d'un État fédéré et les entreprises exerçant leurs activités dans cet État sans déploiement de moyens matériels et physiques. Ainsi dès les années 1960, « la Cour suprême avait déjà choisi de favoriser la vente à distance en attribuant un avantage concurrentiel fort (absence de *Sales taxes*) aux opérateurs de ce secteur » (A. LAUMONIER, La notion de présence numérique en matière de taxes sur la consommation aux États-Unis, *Droit fiscal* n° 5, 31 Janvier 2019, 134). Ce n'est alors qu'en 2018, par l'arrêt *Wayfair*, que la Cour a considéré que la caractérisation d'un lien substantiel aux fins d'imposition des *Sales taxes* ne requerrait pas qu'il soit de nature physique, la réalisation d'un certain montant de CA étant à ce titre suffisante.

¹⁹⁰⁴A. GOBEL, « Fiscalité internationale et économie numérique : la juste valeur des Big Data », *préc.*

¹⁹⁰⁵*Ibid.*

B. Le concept UE

495. Présentation - La proposition de directive du 21 mars 2018 du Conseil européen¹⁹⁰⁶ constitue la première tentative à l'échelon régional¹⁹⁰⁷ de modulation du lien fiscal entre une entreprise non-résidente et un État. L'étendue de la notion de « *présence numérique significative* » ou ES virtuel est ici limitée à une activité de « *fourniture de services numériques par l'intermédiaire d'une interface numérique* »¹⁹⁰⁸. La signification et le champ matériel de la notion de « *services numériques* » est liée en tout point à la notion de « *services fournis par voie électronique* » dont la définition est donnée par le règlement d'exécution de la directive de 2006 relative au système commun de TVA¹⁹⁰⁹. Il est ainsi nécessaire pour revêtir un caractère « *numérique* », que le service puisse être exécuté de manière largement automatique, sur les réseaux électroniques, avec une intervention humaine minimale de l'entreprise prestataire. La similarité avec la directive de 2006 n'est néanmoins pas totale. Il est en effet mentionné, dans un souci d'éviter une imposition reposant exclusivement sur le lieu de consommation, que « *la simple vente de biens ou de services facilitée par l'utilisation de l'internet ou d'un réseau électronique n'est pas considérée comme un service numérique* »¹⁹¹⁰. Là encore, la caractère matériel d'un bien aura pour effet de l'exclure du champ d'application, alors même que l'utilisation d'Internet ou d'outils automatisés peuvent être à l'origine de la réalisation de la transaction entre l'entreprise et le consommateur.

496. Critiques – La transposition des définitions de la directive TVA 2006 à l'égard du concept de PSN pose d'importantes problématiques tenant aux différences de finalité entre impôt sur le revenu et impôt sur la consommation. Concernant ce dernier, la directive TVA vise à appréhender les « *services fournis par voie électronique* » qui sont consommés, sans importance accordée au rôle de l'utilisateur dans la création de valeur. La proposition PSN du 21 mars 2018 a quant à elle suivi une démarche opposée, en considérant que le nouveau lien devait traduire un élément commun créateur de valeur à la diversité des modèles d'affaire numériques, à savoir la participation et la contribution active des utilisateurs dans la fourniture du service¹⁹¹¹. Ainsi, les

¹⁹⁰⁶Proposition de directive du Conseil établissant les règles d'imposition des sociétés ayant une présence numérique significative, COM (2018) 147 final, 21 mars 2018.

¹⁹⁰⁷Au niveau national, la Slovaquie a été le premier pays à insérer le concept de « présence numérique significative », avec prise d'effet à compter du 1er janvier 2018. Celui-ci modifie la définition traditionnelle de l'ES située à la section 16(2) de la loi relative à l'impôt sur le revenu. Néanmoins, seules sont concernées dans le champ d'application du nouveau lien, les services d'intermédiation fournis par les plateformes numériques des secteurs de l'hébergement et des transports.

¹⁹⁰⁸Proposition de directive, *préc.*, Chap. 2, Article 4 (présence numérique significative), p.18.

¹⁹⁰⁹Règlement du Conseil portant mesures d'exécution de la directive 2006/112/CE relative au système commun de la taxe sur la valeur ajoutée, n°282/2011, 15 mars 2011.

¹⁹¹⁰Proposition de directive, *préc.*, p.8.

¹⁹¹¹*Ibid.*, p.9

activités se limitant à collecter les données générées par les utilisateurs ne devraient être intégrées dans le champ d'application du nouveau lien, en ce que lesdites données, en l'absence de transmission à des fins commerciales ou de retraitement par algorithmes, constituent un simple apport à la chaîne de valeur (*business input*) de l'entreprise numérique¹⁹¹². Autrement dit, pour les entreprises spécialisées dans des domaines autres que le ciblage publicitaire en ligne et le commerce de données, la collecte de données ne constitue qu'une activité de support auxiliaire qui ne devrait pas justifier la reconnaissance d'une compétence fiscale à l'État de consommation¹⁹¹³. L'intégration dans le champ matériel de la proposition de directive de services tels que l'abonnement à des journaux en ligne, les informations et bulletins météorologiques en ligne, l'accès à des jeux à distance sur l'Internet ou bien encore l'enseignement à distance sur les réseaux électroniques¹⁹¹⁴, apparaît de même contraire à la démarche initialement adoptée par le Conseil, ces activités n'impliquant à l'évidence aucune participation active de l'utilisateur dans la fourniture du service numérique. En effet, ces activités se rapprochent fortement des modèles d'affaires traditionnels (journaux papiers, chaînes de radios/TV...) où l'observation des comportements des utilisateurs permet ensuite la proposition d'un service en fonction des intérêts manifestés par ces derniers. La contribution des utilisateurs à la création de valeur du service ne peut dès lors être considérée comme directe. Comme le note P. BRÄUMANN : « *le simple fait d'observer les clients dans leur consommation passive ou de tenter de capter leur attention ne fait pas d'eux des créateurs de valeur* »¹⁹¹⁵.

L'étendue de ce champ matériel indique dès lors un basculement marqué au profit d'une approche fondée sur la destination, et ce en contradiction avec la volonté initiale de la Commission d'inscrire cette proposition dans les concepts initiaux de répartition des droits d'imposition¹⁹¹⁶.

C. L'option retenue quant au champ d'application

497. La conception du nouveau *nexus* doit s'envisager comme complément à la notion d'ES dans le but d'appréhender les bénéficiaires des activités numériques où le décalage est le plus marqué entre le lieu d'imposition et le lieu de production de la richesse de l'entreprise. Il n'apparaît dès lors

¹⁹¹²M. DEVEREUX, J. VELLA, « Taxing the Digitalised Economy : Targeted or System-Wide Reform ? », 4 *BTR* 387, p. 397, 2018.

¹⁹¹³S. BURIK, *préc.*, p. 308.

¹⁹¹⁴Proposition de directive du Conseil établissant les règles d'imposition des sociétés ayant une présence numérique significative, Annexes, *préc.*, p.2 (Annexe II, n, p, x et y).

¹⁹¹⁵P. BRÄUMANN, « Digital PEs : Taxing Significant Digital Presence, In Tax and the digital economy : challenges and proposals for reform », *Series on International Taxation*, vol. 69, 2019, p.170 [notre traduction].

¹⁹¹⁶*Ibid.*, p.162 : « Moreover, this strategy can be seen as an example for policymaker's aforementioned efforts to deny fundamentals realignments of international tax distribution and belittle the paradigm shift caused by the introduction of a digital PE model ».

pas pertinent d'augmenter les pouvoirs d'imposition de l'État de consommation à l'égard de modèles d'affaires dont l'essence n'a pas été bouleversée par la numérisation de l'économie (notamment les activités de *e-commerce*).

Plus fondamentalement, le champ d'application choisi se révélera plus restrictif que l'ensemble des propositions étudiées précédemment. L'ES virtuel n'aura donc vocation à concerner que les modèles d'affaires qui ne peuvent prospérer sans la participation et la contribution des utilisateurs aux services proposés. Au-delà d'une dichotomie entre entreprises à forte composante numérique et entreprises traditionnelles, une délimitation doit être opérée entre ce qui constitue ou non une contribution essentielle de l'utilisateur dans la production de richesse de l'entreprise¹⁹¹⁷.

Pour ce faire, il apparaît que les modèles d'affaires numériques arrivent à tirer profit de la participation des utilisateurs de deux manières. La première tient à la collecte de leurs données laissées pendant le temps d'utilisation du service numérique. Ces données peuvent être ensuite vendues en l'état, ou bien être analysées au travers d'algorithmes pour permettre un ciblage publicitaire affiné et/ou être vendues à des entreprises tierces soucieuses de mieux connaître leur base utilisateur. Ainsi, même dans des activités B2B, une relation triangulaire apparaît entre l'entreprise fournisseur de services, l'entreprise annonceur et le consommateur, ciblé en fonction de ses préférences affichées en ligne¹⁹¹⁸. La deuxième se base sur la qualité de plateforme numérique d'intermédiation de l'entreprise, en ce que ce sont les utilisateurs qui au fil de leurs interactions, génèrent des effets de réseau et permettent une augmentation de la valeur du service.

Dès lors, les services retenus seront en tout point identiques à celui de la proposition de directive du Conseil sur la taxe sur les services numériques¹⁹¹⁹ :

«(a) le placement sur une interface numérique de publicités ciblant les utilisateurs de cette interface;

(b) la mise à disposition des utilisateurs d'une interface numérique multifaces qui permet aux utilisateurs de trouver d'autres utilisateurs et d'interagir avec eux, et qui peut aussi faciliter la réalisation de fournitures sous-jacentes de biens ou services directement entre les utilisateurs;

(c) la transmission de données recueillies au sujet des utilisateurs et générées à partir de leurs activités sur les interfaces numériques. »

¹⁹¹⁷Pour une opinion contraire considérant que la mesure adoptée devrait concerner l'ensemble des entreprises sans importance accordée au processus de création de valeur, cf. G. DE WILDE., « Comparing Tax Policy Responses for the Digitalizing Economy : Fold or All-in », *Intertax*, 2018, Vol.46, n°6-7.

¹⁹¹⁸A. TURINO, « Which Source Taxation for the Digital Economy », *Intertax*, 2018, vol. 46, n°6-7.

¹⁹¹⁹Article 3, proposition de directive du Conseil concernant le système commun de taxe sur les services numériques applicables aux produits tirés de la fourniture de certains services numériques, COM (2018) 148 final, 21 mars 2018.

498. Intégrer dans l'appréciation du seuil de présence économique sur lequel reposerait l'ES virtuel le rôle prépondérant des utilisateurs dans le processus de création de valeur de certains modèles d'affaires numériques ne revient pas à privilégier une approche fondée sur la destination, dès lors que l'État de consommation constitue le lieu de situation de facteurs de production de richesse pour une entreprise étrangère. Bien au contraire, en étendant le champ d'application aux seules activités numériques où les utilisateurs exercent une fonction de production assimilable à celle réalisée par des employés de la firme, le nouveau lien permet une conservation intacte de la théorie de l'offre. Dit autrement, conclure au caractère essentiel de la contribution des utilisateurs dans le service fourni revient ainsi à les assimiler, aux fins de taxation des bénéficiaires en étant issus, à des facteurs de création du revenu.

Paragraphe 2. Les facteurs pertinents dans la caractérisation du *nexus*

499. Au même titre que l'ES traditionnel, le nouveau *nexus* doit retranscrire un point à partir duquel la pénétration économique d'une entreprise étrangère sur un territoire est suffisante pour donner à un État compétence fiscale sur les bénéficiaires issus de cette activité. S'il est souvent présenté comme un passage de critères physiques à non-physiques, force est toutefois de constater que l'ES n'a de virtuel que le nom tant le concept de territorialité dans lequel il s'inscrit semble lié à des critères de rattachement matériel de l'obligation fiscale. Les facteurs qui sont les plus à même de le caractériser peuvent en effet toujours faire l'objet d'une localisation géographique précise au lieu de situation des utilisateurs/consommateurs¹⁹²⁰. Outre l'adoption d'un critère temporel qui semble nécessaire pour éviter qu'un État de consommation ne dispose d'une compétence fiscale à l'égard d'une activité disposant d'un « caractère purement temporaire »¹⁹²¹, trois facteurs d'inégale importance semblent pertinents dans la caractérisation de l'ES virtuel : les facteurs basés sur les revenus (I), les facteurs numériques (II) et les facteurs liés aux utilisateurs (III). Enfin, la caractérisation d'une présence économique ne saurait se baser que sur un seul facteur : une combinaison est nécessaire (IV).

I. Les facteurs basés sur les revenus

500. Comme le note l'OCDE dans son rapport de 2015 au titre de l'action 1, « *les recettes générées de façon durable dans un pays pourraient être considérées comme l'un des indicateurs les*

¹⁹²⁰P. BRÄUMANN, *préc.*, p. 152.

¹⁹²¹OCDE, *Modèle de convention fiscale concernant le revenu et la fortune*, 2017, *préc.*, C (5) Paragraphe 28 : la pratique des pays membres démontre en général qu'un ES ne peut être identifié lorsque l'activité a été exercée par l'intermédiaire d'une installation d'affaires pendant une période de moins de six mois.

plus manifestes de l'existence d'une présence économique significative »¹⁹²². Si durant la période d'intégration des actions BEPS dans l'ordre fiscal international, l'OCDE considérait conformément à la théorie de l'offre que cet indicateur ne suffisait à lui seul à établir une présence économique d'une entreprise sur le sol de l'État de consommation¹⁹²³, l'adoption de la composante Montant A par le Cadre inclusif a toutefois marqué dans ce domaine une évolution inattendue en fondant la règle du lien exclusivement sur le critère quantitatif du CA réalisé localement¹⁹²⁴.

En matière de modernisation du critère d'ES, cette possibilité avait été envisagée dès 2014 par R. AVI-YONAH en réputant l'existence d'un ES sur le territoire d'un État dès lors qu'une entreprise étrangère y réalisait un CA dépassant 1 million d'euros¹⁹²⁵. L'Inde a finalement intégré dans la loi de finances pour 2018 une disposition similaire, effective depuis le 1er avril 2021, permettant l'identification d'une présence économique significative de deux manières alternatives, la première par le seul dépassement d'un seuil de revenus réalisé localement (20 millions de roupies soit environ 274 000 dollars) et la deuxième par l'existence d'une « sollicitation systématique et permanente d'activités commerciales »¹⁹²⁶ ou par l'interaction sur une année avec plus de 300 000 utilisateurs. L'Inde, désormais rejoint récemment par le Nigéria¹⁹²⁷, adopte dès lors une conception originale des exigences de seuils sur lesquels reposent l'identification d'un ES en introduisant la possibilité d'établir la compétence fiscale en matière de revenus actifs uniquement sur le rôle présumé de la demande dans la production de richesse d'une entreprise. En effet, en considérant que l'offre ne crée de la valeur que lorsqu'elle satisfait une demande, l'approche apparaît frontalement contraire à la connexion sur laquelle repose actuellement le cadre fiscal international entre la source des revenus actifs et le lieu de mise en œuvre effective du capital.

¹⁹²²OCDE, *Op.cit.*, p. 123, § 278.

¹⁹²³*Ibid.*

¹⁹²⁴N. VERGNET, préc. n°, p. 313 : « Il est ainsi peu probable que l'organisation insère un jour au sein de son modèle de convention une règle de seuil fondée sur des critères strictement quantitatifs tels que le CA » ; Pour une étude du nouveau *nexus* introduit au titre du Montant A, cf. *supra*. Partie 2, Titre 1, Chapitre 2.

¹⁹²⁵R. AVI-YONAH et O. HALABI, « A Model Treaty for the Age of BEPS », *Law & Economics Working Papers*, University of Michigan, 2014.

¹⁹²⁶Concernant ce concept, d'importantes difficultés d'interprétation risquent de se présenter en l'absence à l'heure actuelle de précision par l'administration indienne quant à sa réelle signification, cf. S. GOEL, Indian 2018 Budget: New Nexus to Tax Based on Virtual Presence, KLUWER INT'L TAX BLOG (Feb. 5, 2018).

¹⁹²⁷Le Nigéria a adopté le 3 février 2020 en droit interne le concept de présence économique significative (NG: Companies Income Tax Act (CITA) 1990 (amended 2019), Primary Sources IBFD) en considérant que cette nouvelle personnalité fiscale serait caractérisée dès lors qu'une entreprise étrangère opérant dans les secteurs des services numériques et du commerce électronique dépasserait sur son territoire un CA annuel supérieur à 25 millions Nigerian Nairas (environ 64 500 dollars). Pour de plus amples développements sur la conception nigériane, C. ECHENDU, Nigeria's Significant Economic Presence Income Tax on Digital Economic Activities: Challenges and Opportunities, *Bulletin for International Taxation*, Vol. 74, n°9, September 2020, p. 524 et s.

II. Les facteurs numériques

501. Outre un détachement novateur du concept de matérialité dans le rattachement de la compétence fiscale, l'intérêt premier des facteurs numériques se trouve dans l'importance accordée aux investissements réalisés par une entreprise dans l'exercice de son activité. Paradoxalement, ces critères s'inscrivent en pleine continuité avec la théorie de l'offre en analysant une série de facteurs, propres à l'économie numérique, déployés par l'entreprise pour cibler les clients ou utilisateurs¹⁹²⁸. Au titre de ces facteurs, l'OCDE envisage notamment le nom de domaine local, le déploiement d'une plate-forme numérique locale ou encore la mise en place de supports de paiements locaux¹⁹²⁹. Ces facteurs, affectés de l'adjectif « *local* », traduisent la mobilisation de ressources par une entreprise dans le but d'assurer une adaptation des biens et/ou services fournis en fonction des spécificités culturelles ou linguistiques des consommateurs d'un certain État. Cette adaptation s'effectue désormais prioritairement au travers d'investissements relatifs aux TIC, instruments nécessaires pour créer et pérenniser un lien économique significatif avec un territoire.

Dans ce prolongement, les interventions législatives des États américains en matière de *Sales taxes*, équivalent de la TVA pour les autres pays¹⁹³⁰, sont particulièrement intéressantes en ce qu'elles permettent d'étoffer les éléments susceptibles de caractériser une « connexion virtuelle substantielle » entre une entreprise étrangère et un État de consommation. À ce titre, la conception de certains États fédérés est de réputer l'existence d'un lien substantiel avec une entreprise numérique étrangère dès lors que certains de ses aspects sont rattachables physiquement à son territoire. Par exemple, dans l'État du Massachusetts, un vendeur étranger y est réputé disposer d'une « présence physique » par le seul placement de « *cookie* » sur les ordinateurs ou téléphones portables des consommateurs de l'État (*cookie nexus*)¹⁹³¹. Une approche similaire a été suivie par l'État de l'Ohio considérant le critère de présence physique rempli lorsque le vendeur étranger utilise un logiciel développé dans l'État de consommation pour vendre ses biens ou fournir ses services à des consommateurs de cet État¹⁹³². Ces facteurs numériques ne sont en principe pas suffisant pour

¹⁹²⁸W. SCHÖN, « Ten Questions About Why and How to Tax the Digitalized Economy » 2017-11 *Max Planck Institute for Law & Public Finance* 1–6, 2017.

¹⁹²⁹OCDE, *Op.cit.*, p.125, § 279.

¹⁹³⁰Avec comme différence notable que « les *Sales taxes* ne sont pas collectées de manière fractionnée à chaque stade de la chaîne de création de valeur ajoutée mais uniquement au stade de la consommation finale » (A. LAUMONIER, préc.).

¹⁹³¹On notera toutefois que cette modulation du critère de présence physique ne semble, selon une décision récente de la commission d'appel des impôts du Massachusetts, pouvoir s'appliquer pour une période antérieure à la décision de la Cour suprême *Wayfair* du 21 juin 2018 (Massachusetts Appellate Tax Board, U.S. AUTO PARTS NETWORK, INC. v. COMMISSIONER OF REVENUE, December 7, 2021).

¹⁹³²Ohio States Tax Blog, Ohio joins the wave by enacting Wayfair economic nexus standards and expanding collection obligations to marketplace facilitators, 31 juillet 2019, consultable à l'adresse suivante : <https://ohiostatetaxblog.com/ohio-sales-use-tax-ohio-joins-the-wave-by-enacting-wayfair-economic-nexus-standards-and-expanding-collection-obligations-to-marketplace-facilitators/>

établir une connexion suffisante aux fins d'imposition entre un État et une entreprise non-résidente en l'absence de dépassement d'un seuil de revenus réalisé localement. L'État israélien constitue toutefois une exception notable dans ce domaine, l'administration ne semblant faire reposer la caractérisation d'une présence économique significative que sur la réunion des facteurs numériques (développement et maintien d'un site internet en langue Hébreu) et utilisateurs (analyse d'informations collectées sur le marché israélien et trafic web élevé par les utilisateurs israéliens)¹⁹³³.

III. Les facteurs liés aux utilisateurs

502. Indéniablement, les actions mises en œuvre par une entreprise non-résidente dans l'exploitation d'un marché démontrent sa présence économique au sein de l'État de situation du marché. Dès lors, « *la base d'utilisateurs et la collecte des données associées peuvent être d'importants indicateurs d'une interaction volontaire et durable avec l'économie d'un autre pays* »¹⁹³⁴. Le rapport COLLIN et COLIN considère dans cette mesure qu' « *une entreprise qui fournit une prestation sur le territoire d'un État au moyen de données issues du suivi régulier et systématique des internautes sur le territoire d'un État doit être regardée comme y disposant d'un ES virtuel* »¹⁹³⁵. Cette interaction concernant les utilisateurs peut ainsi se manifester par trois facteurs : les utilisateurs mensuels actifs (UMA)¹⁹³⁶ d'une plateforme numérique, la conclusion de contrats en ligne et les données collectées par l'entreprise étrangère auprès d'utilisateurs dudit pays. Contrairement à la conclusion de contrats en ligne qui peut être quantifiée sans difficulté, des incertitudes persistent à l'égard, d'une part, du qualificatif « *actif* » pour les usagers mensuels et, d'autre part, de l'absence d'affinement quant à la nature des données collectées. Une partie de ces incertitudes doit être dissipée par l'adoption d'une approche similaire à celle qui consiste à opérer une délimitation entre les contributions essentielles ou non de l'utilisateur à la production de richesse d'une entreprise. Comme le démontre le champ d'application retenu, l'inscription et la connexion d'un utilisateur à une plateforme auront pour effet automatiquement de créer une importante valeur au profit de l'entreprise exploitant la plateforme. En effet, en raison des potentiels effets de réseau que les utilisateurs impliquent et du suivi régulier et systématique dont font l'objet leurs actions, le nombre d'UMA dont dispose une plateforme numérique apparaît constituer un critère de première importance pour caractériser sa présence économique significative sur le territoire de l'État de marché. Tel n'est néanmoins pas le cas de l'indicateur des données collectées

¹⁹³³Circulaire administrative 04/2016 (11 avril 2016).

¹⁹³⁴*Ibid.*, p.126, § 280.

¹⁹³⁵P. COLLIN et N. COLIN, *préc.*, p. 123.

¹⁹³⁶*Ibid.* : « Le terme UMA renvoie aux utilisateurs inscrits qui se sont connectés et ont visité la plateforme numérique de l'entreprise au cours de la période de 30 jours se terminant à la date de calcul ».

qui, en raison d'une nature hybride pouvant à la fois reposer sur des critères « quantitatifs » et « qualitatifs », n'est pas en toutes circonstances de nature à permettre l'identification d'une présence économique suffisante de l'entreprise collectrice dans l'État de situation de ses consommateurs. En effet, ainsi qu'il a pu être démontré, les données brutes collectées par une entreprise n'acquiescent réellement de valeur que lorsqu'elles sont analysées, retraitées, couplées par le biais d'algorithmes avant potentiellement d'être vendues à des clients tiers. Dès lors, en l'absence d'affinement de l'indicateur des données collectées concernant les activités mises en œuvre par l'entreprise pour les valoriser, il apparaît fortement contestable de considérer qu'une entreprise dispose d'une présence économique significative dans l'État de consommation du seul fait du dépassement d'un nombre de données collectées alors que ces données peuvent n'être utilisées qu'à des fins internes sans générer de flux de revenus distincts.

IV. La combinaison des facteurs

503. Si l'établissement d'un seuil de CA constitue un facteur indispensable à l'existence d'une présence économique significative sur un territoire, il apparaît néanmoins insuffisant à lui seul à démontrer une participation régulière et durable d'une entreprise non résidente à la vie économique d'un pays¹⁹³⁷.

D'une part, il est des situations où des transactions conclues entre une entreprise non-résidente et des clients pourraient dépasser le seuil de CA brut sans pour autant caractériser un lien évident entre cette entreprise et l'État de situation des clients payeurs. L'hypothèse de contrats conclus avec des clients lors de négociations effectuées en dehors de la juridiction de marché en est un exemple lorsque l'entreprise gère simplement « *un site Internet passif qui fournit des informations sur ses produits mais n'offre aucune fonctionnalité permettant de conclure des transactions ou d'interagir de façon significative avec les utilisateurs (y compris en collectant des données)* »¹⁹³⁸. Le facteur recettes doit ainsi être combiné avec d'autres facteurs, en envisageant uniquement ceux directement liés aux bénéfices réalisés par l'entreprise dans la juridiction du marché. À cette fin, les facteurs retenus doivent se centrer sur l'utilisateur en ce que leurs interactions démontrent un bénéfice pour les entreprises des infrastructures de réseaux présentes sur le territoire de l'État de marché (théorie des services rendus) et que leur nombre est *de facto* un facteur de création de valeur pour l'entreprise (théorie des droits)¹⁹³⁹.

D'autre part, la volonté de maintenir les fondements théoriques sur lesquels repose l'ES

¹⁹³⁷OCDE, *Op.cit.*, p. 127, § 282.

¹⁹³⁸*Ibid.* § 283.

¹⁹³⁹P. HONGLER, P. PISTONE, *art.préc.*, p.25.

invite à combiner au facteur des revenus, un ou plusieurs facteurs permettant de représenter l'investissement réalisé dans l'État de source et les facteurs de production qui y sont déployés. En effet, il apparaît théoriquement difficilement justifiable de considérer que le simple dépassement d'un CA sur un territoire - quand bien même il « *constitue[rait] un indice de l'interaction entre le contribuable et les infrastructures publiques* » de l'État de consommation¹⁹⁴⁰ – soit suffisant pour identifier un ES alors que cette notion est depuis ses origines centrée exclusivement sur l'analyse des actions mises en œuvre par une entreprise dans le but de pénétrer un marché. À cela s'ajoute d'autres difficultés, déjà identifiées dans le cadre du Montant A, tenant au caractère arbitraire du niveau de seuil retenu ou plus fondamentalement à l'incapacité d'un facteur de réalisation de valeur à retranscrire, aux fins d'attribution de la compétence fiscale, le rôle des utilisateurs/consommateurs dans la production de richesse des plateformes numériques. Dans cette mesure, il peut être noté que le maintien des fondements théoriques originels sur lesquels repose l'ES, condition selon nous *sine qua none* à l'introduction du concept d'ES virtuel, entraînera globalement un élargissement de la compétence fiscale de l'État de source de moindre importance que celui résultant du Pilier 1 en faveur des États de consommation.

Section 2 : La mise en œuvre du concept d'établissement stable virtuel

504. S'il n'apparaît pas inconcevable de réussir à moderniser la notion d'ES pour permettre l'attribution à l'État de source d'une compétence fiscale à l'égard des quelques entreprises numériques qui ne possèdent pas de présence taxable actuellement sur son territoire alors qu'elles y sont par évidence intégrées économiquement, les difficultés s'intensifient toutefois nettement à l'étape de la détermination de la base imposable rattachable à l'ES virtuel. En effet, cette étape apparaît extrêmement complexe en ce qu'elle implique « *de moderniser l'approche usuelle en matière d'identification des principaux leviers de création de valeur, de segmentation de la chaîne de valeur et d'application des méthodes de prix de transfert* » dans le but de révéler la contribution réellement exercée par cette nouvelle présence taxable à la création de valeur du groupe. Dans cette mesure, s'il a déjà pu être démontré que les formules de répartition uniformes et standardisées avaient l'avantage de simplifier conséquemment le système actuel de répartition des profits au sein d'un groupe, leur incapacité patente à retranscrire les processus de création de valeur complexes invite néanmoins, dans un secteur comme le numérique où la réussite des modèles d'affaires est avant tout la combinaison de procédés innovants et de la captation intensive d'éléments extérieurs au périmètre de l'organisation, à en rejeter l'application. Dès lors, nous privilégierons la solution

¹⁹⁴⁰N. VERGNET, *préc.*, p. 312, § 775.

consistant à repenser l'application du PPC pour l'adapter aux mutations induites par la numérisation de l'économie en préservant, conformément à l'approche autorisée de l'OCDE, l'attribution des profits à l'ES virtuel sur la base des facteurs de production déployés et/ou captés par l'entreprise numérique étrangère sur le territoire de l'État de consommation (**Paragraphe 1**). Une telle approche ne peut se réaliser que par une mobilisation du concept de « création de valeur » pour déterminer, au cas-par-cas (*case-by-case analysis*), la contribution réelle de l'ES virtuel à la production de richesse de l'entreprise étrangère¹⁹⁴¹. Dès lors, « *la profitabilité de l'ES virtuel sera directement liée à la valeur intrinsèque du ou des élément(s) essentiel(s) de valeur contribué(s)*, [i.e les données personnelles et les contributions directes des utilisateurs] »¹⁹⁴².

Outre ces difficultés de taille, il convient de noter que le concept d'ES virtuel a l'avantage de reposer sur des notions dont les contours sont déjà appréhendés par les praticiens avec une préservation de la dichotomie entre État de résidence et État de source sur laquelle est fondée depuis ses origines le système fiscal international. L'intégration de ce nouveau concept dans le droit fiscal interne français s'inscrirait donc en dehors des nombreuses difficultés pratiques relatives à l'élaboration d'une solution consacrant le multilatéralisme dans la répartition du pouvoir d'imposer. En d'autres termes, l'inscription en droit positif du nouveau concept de présence numérique significative, peu importe l'échelle de son adoption, n'entraînerait pas une réforme fondamentale de l'imposition des bénéfices des sociétés contrairement à des solutions consacrant un impôt sur les flux de trésorerie basé sur la destination ou une imposition unitaire des entreprises multinationales¹⁹⁴³. Toutefois, la mise en œuvre de ce *nexus* complémentaire ne serait pas dépourvu de toutes difficultés pratiques et poserait notamment des questions relatives à son intégration dans le système fiscal international (**Paragraphe 2**) et sur les outils adéquats à mobiliser pour assurer son recouvrement (**Paragraphe 3**).

Paragraphe 1. Une attribution de profits à l'établissement stable virtuel conforme au principe de pleine concurrence

505. Le droit fiscal français est en incapacité d'appréhender la juste fraction des bénéfices des entreprises numériques étrangères devant revenir à l'État français en tant qu'État de consommation. En effet, les plateformes numériques apparaissent actuellement en mesure, conformément aux cadres d'interprétation français du PPC, de centraliser en fonction d'un facteur

¹⁹⁴¹R. PETRUZZI, S. BURIK, « Addressing the Tax Challenges of the Digitalization of the Economy – A Possible Answer in the Proper Application of the Transfer Pricing Rules? », *Bulletin for International Taxation*, Vol. 72, N°4/a, Special Issue, 2018.

¹⁹⁴²A. GOBEL, *préc.*

¹⁹⁴³P. BRÄUMANN, Digital PEs : « Taxing Significant Digital Presence », *préc.*, p. 162.

fiscal la valeur créée par les utilisateurs dans des entités qui reçoivent, de part leur qualité d'entrepreneur ou de propriétaire des principaux actifs incorporels du groupe, l'essentiel du profit résiduel. Dès lors, l'entité localisée sur le marché français, en ne bénéficiant que d'une rémunération standardisée au titre de la fonction routinière qu'elle réalise, voit sa base imposable amputée de la valeur co-crée par les utilisateurs en tant que partenaires des plateformes numériques, valeur pourtant intrinsèquement liée à l'État de consommation français. Les règles d'attribution des profits à l'ES virtuel doivent dans cette mesure être modernisées pour permettre de déterminer, au regard de l'importance des données issues du « travail gratuit » des utilisateurs-collaborateurs dans le processus de création de valeur de la plateforme, « *la proportion des « bénéfices indirectement transférés » à une ou plusieurs entités affiliées, vraisemblablement sous la forme d'un excédent de redevances versées en rémunération des incorporels localisés à l'étranger* »¹⁹⁴⁴.

Dès lors, la traduction dans l'analyse de PDT du passage d'une vision de la création de la valeur centrée sur les activités de la firme à celle, dans un environnement virtuel, centrée sur l'utilisateur/consommateur « *revient à regarder la capacité de mobilisation des utilisateurs et de collecte de données comme l'équivalent d'un actif qui serait nécessairement rattaché à [la nouvelle personnalité fiscale fictive] créée sur le territoire de l'État de consommation et dont la contribution devrait être rémunérée à sa juste valeur* »¹⁹⁴⁵. Toute la difficulté réside alors dans la mesure de l'importance prise par les données et le « travail gratuit » des utilisateurs dans le processus de création de valeur des plateformes numériques par rapport aux facteurs contribuant classiquement à la génération du profit, i.e. en substance les actifs incorporels stratégiques, dont la facilité de localisation en fonction d'un facteur fiscal permet d'ores-et-déjà l'imposition de l'essentiel du profit résiduel dans des États à fiscalité privilégiée. Pour tenter de répondre à cette difficulté, il convient de poursuivre la tendance actuelle visant à généraliser, préalablement à tout exercice d'identification des fonctions humaines significatives réalisées par l'ES virtuel, la mise en œuvre d'une analyse de la chaîne de valeur virtuelle (*value chain analysis* (VCA)) du groupe d'entreprises. En effet, la complémentarité de la VCA¹⁹⁴⁶ avec l'analyse fonctionnelle, dont l'objectif est de déterminer à l'égard de transactions spécifiques de quelles manières les fonctions réalisées, les actifs utilisés et les risques assumés génèrent de la valeur, est de nature à lier avec plus de pertinence les bénéfices opérationnels des plateformes numériques aux activités économiques qui les ont générés¹⁹⁴⁷. Plus précisément, l'exercice complémentaire de ces deux analyses permet avec une plus

¹⁹⁴⁴A. GOBEL, *préc.*

¹⁹⁴⁵P. COLLIN et N. COLIN, *préc.*

¹⁹⁴⁶La VCA est centrée sur la compréhension générale du processus de création de valeur et l'identification des moteurs du profits internes au groupe.

¹⁹⁴⁷R. PETRUZZI, S. BURIK, « Addressing the Tax Challenges of the Digitalization of the Economy », *préc.*, p. 9-10.

grande netteté l'identification des nouvelles fonctions de captation de la valeur réalisées sur le sol de l'État de consommation par l'intermédiaire de l'ES virtuel et ainsi de lui attribuer, aux fins de reconstruction de sa base imposable, les sources essentielles de valeur, ignorées jusqu'alors des règles de répartition des profits, et qui sont liées à la réalisation de ces fonctions (I). En ce que l'étude des modèles d'affaires des plateformes numériques démontre que la création de valeur est essentiellement le fruit de la combinaison de l'utilisation des actifs incorporels (algorithmes), du capital basé sur les connaissances (*knowledge-based capital*) et des activités des utilisateurs eux-mêmes (données collectées), l'attribution des profits à l'ES virtuel selon la méthode du *profit split* apparaît constituer la solution la plus pertinente pour retranscrire la contribution respective de chacune des entités à la génération du profit routinier et résiduel (II).

I. La complémentarité de l'analyse de la chaîne de valeur virtuelle et de l'analyse fonctionnelle

506. L'abaissement général des exigences de seuil sur lesquels repose l'identification d'un ES n'est pas de nature à entraîner une augmentation significative des profits rattachables à l'État de consommation. En effet, force est de constater que la mise en œuvre de l'approche autorisée OCDE révèle, pour les entreprises de vente en ligne et de ciblage publicitaire sur Internet, que les décisions essentielles à la conduite des activités sont dans la plupart des cas situées à l'extérieure du territoire de l'État de consommation¹⁹⁴⁸. En d'autres termes, les fonctions réalisées au niveau de l'ES ne constituent pas les « fonctions humaines significatives » pertinentes pour la prise en charge des risques. Dès lors, au vu du profil fonctionnel en apparence peu complexe de l'ES, l'application d'une méthode de PDT unilatérale semble requise, l'établissement, partie testée, se voyant ainsi exclu de toute participation à la réalisation du profit résiduel¹⁹⁴⁹. Dans cette mesure, les entreprises numériques disposent de la capacité de dissocier la localisation des actifs et des activités essentielles - telles qu'identifiées par l'analyse fonctionnelle traditionnelle - de la localisation des ventes et de collecte des données des utilisateurs du service numérique¹⁹⁵⁰. La conclusion à laquelle arrive la mise en œuvre scrupuleuse de l'approche OCDE apparaît toutefois contraire à la réalité des fonctions réalisées sur le sol de l'État de consommation par les entreprises multinationales susceptibles d'être concernées par le concept d'ES virtuel tel que nous en avons délimité les contours. En effet, en ce que l'analyse fonctionnelle n'envisage la réalisation des fonctions qu'au

¹⁹⁴⁸L. SPINOSA & V. CHAND, « A Long-Term Solution for Taxing Digitalized Business Models: Should the Permanent Establishment Definition Be Modified to Resolve the Issue or Should the Focus Be on a Shared Taxing Rights Mechanism? », *Intertax*, Vol. 46, Issue 6/7, 2018, p. 489.

¹⁹⁴⁹B. WELLS & C. LOWELL, « Tax Base Erosion: Reformation of Section 482's Arm's Length Standard », *Florida Tax Review*, Vol. 15, p. 755-56, 2014.

¹⁹⁵⁰S. GREIL, « The Arm's Length Principle in the 21st Century – A Literature Overview », *Journal of Tax Administration*, Vol. 6, Issue n°2, 2021, p. 167.

travers la présence physique des employées, de leur rôle dans les transactions réalisées et de leur capacité à créer de la valeur pour une entreprise, l'identification dans les réseaux de valeur des activités économiques significatives, des actifs et des « éléments essentiels contribués de valeur »¹⁹⁵¹ utilisés ainsi que des risques assumés par les entités localisées dans l'État de consommation apparaît largement lacunaire¹⁹⁵². Il est dès lors nécessaire de repenser la notion de fonction pour y intégrer les activités et éléments essentiels au processus de création de valeur des plateformes numériques qui sont, dans leur captation et leur exploitation, largement indépendant du déploiement de moyens matériels et humains. Dans cette mesure, si la donnée brute peut parfois constituer un moteur essentiel de profit lorsqu'elle est revendue en l'état à des tiers ou influence directement l'activité de fabrication de l'entreprise collectrice, ce sont essentiellement les activités relatives aux techniques, méthodes et algorithmes utilisés pour analyser un nombre toujours croissant de données (*data mining process*) qui créent de la valeur en transformant ces éléments en « connaissances »¹⁹⁵³. Par conséquent, l'analyse fonctionnelle doit être réalisée de façon à conceptualiser le processus de *data mining* pour le décomposer entre les différentes entités du groupe y prenant part (A). Considérer que le profit dans les modèles d'affaires orientés sur les données (*data driven business*) est en grande partie le résultat de l'efficacité des processus de *data mining* ne revient pas à occulter le rôle essentiel qu'occupe les utilisateurs dans le processus de création de valeur de certains modèles multi-faces. En effet, les contributions des utilisateurs dans la production de richesse y sont d'une telle importance qu'elles révèlent l'exercice d'une fonction de production extérieure de même nature que celle réalisée par des employés de l'entreprise. La modernisation du concept de « fonctions humaines significatives » est dès lors dans ces hypothèses nécessaire pour que la reconstitution de la base imposable de l'ES virtuel soit en corrélation avec le rôle de co-créateur de valeur des utilisateurs (B).

A. Le caractère essentiel des fonctions liées au *data mining*

507. La valeur des données brutes collectées n'est perceptible par principe que suite à la réalisation d'activités économiques conduites par les entités membres du groupe d'entreprises. Ce constat se voit renforcé par les importantes dépenses engagées par les entreprises numériques dans le développement des processus de *data mining* dans le but final d'augmenter le retour sur

¹⁹⁵¹ Terme utilisé par A. GOBEL, préc., et faisant référence aux sources essentiels de valeur pour les plateformes numériques, notamment les données, qui ne sont actuellement pas appréhendés par les cadres de répartition du profit.

¹⁹⁵² R. PETRUZZI, S. BURIK, « Addressing the Tax Challenges of the Digitalization of the Economy », préc., p. 14.

¹⁹⁵³ D. T. LAROSE & C.D. LAROSE, *Discovering knowledge in data: An introduction to data mining* (2nd ed.) Hoboken, NJ: John Wiley & Sons, 2014.

investissement¹⁹⁵⁴. Les données ne peuvent alors s'assimiler à des ressources naturelles comme le pétrole puisqu'elles n'acquièrent de valeur qu'en raison des affinements successifs réalisés par les entreprises pour les transformer en « connaissances ». Dès lors, dans les circonstances où la contribution de l'utilisateur du service numérique au processus de création de valeur de l'entreprise numérique ne peut être dite essentielle, la répartition des profits doit s'effectuer conformément aux investissements spécifiquement réalisés par l'entreprise numérique dans le but d'améliorer l'efficacité du processus de *data mining*¹⁹⁵⁵. Par conséquent, l'extraction de données doit ici s'appréhender comme une fonction de l'entreprise en raison de l'absence d'intervention active de l'utilisateur dans la réalisation de l'activité¹⁹⁵⁶. La multiplicité des étapes pouvant être requises pour transformer les données brutes en un élément immatériel de valeur, i.e. collection et sélection, pré-processing, transformation, *mining* ou encore interprétation, complexifie toutefois fortement l'exercice de répartition des profits entre les entités engagées dans ce processus. En effet, en plus des difficultés liées à l'identification des étapes dans lesquelles les entités parties au processus de valorisation des données sont engagées, il convient de déterminer l'importance prise par chacune de ces activités spécifiques dans la création de valeur globale résultant du processus de *data mining*¹⁹⁵⁷. La réponse à ces difficultés se situe alors dans « une application rigoureuse de l'approche méthodologique des PDT »¹⁹⁵⁸ en identifiant par l'analyse de la VCA et le profil fonctionnel des entités parties aux transactions intra-groupe les spécificités de chacun des processus de valorisation des données. À titre d'exemple, la complexité du processus de *data mining* de Netflix est faible avec une utilisation des données collectées exclusivement à des fins internes pour améliorer le service proposé en fonction des préférences manifestées par ses utilisateurs. L'exclusion de ce type d'entreprises du champ d'application du concept d'ES virtuel se trouve dès lors confortée par la prépondérance des actifs incorporels dans la valeur créée au sein du groupe, le rééquilibrage dans la répartition des bénéfices au profit de l'État de consommation n'ayant, selon nous, vocation à s'effectuer que lorsque l'étude du modèle d'affaires révèle que les données brutes collectées constituent un maillon essentiel de la chaîne de valeur. À l'opposé, l'entreprise Alphabet dispose d'un processus de *data mining* extrêmement complexe influençant directement les services et produits qu'elle proposent aux annonceurs tiers. En effet, l'entreprise s'engage dans d'importantes

1954 M. OLBERT, C. SPENGLER, « Taxation in the Digital Economy – Recent Policy Developments and the Question of Value Creation », *Discussion Paper*, n°19-010, 04/2019, p. 16.

1955 L'on retrouve ici la conception de W. Schön selon laquelle le montant imposable dans l'État de consommation doit refléter le niveau d'investissement, la nature du risque de marché et la qualité des activités permettant la mise en œuvre, le soutien et l'amélioration de cet investissement.

1956 J. BECKER, J. ENGLISCH & D. SCHANZ, « A Sure Way of Taxing the Digital Economy », *Tax Notes*, n° 93, 2019, p. 309–312.

1957 M. OLBERT, C. SPENGLER, *préc.*

1958 A. GOBEL, *préc.* n°

activités de R&D pour disposer d'algorithmes (ex. *Page Rank*) capables de transformer les données brutes collectées en modèles précis sur les habitudes de ses utilisateurs mais aussi d'interprétation et d'évaluation de ces modèles pour améliorer *in fine* les services de ciblage publicitaires proposés. L'importance majeure des algorithmes de retraitement dans le processus de valorisation des données ne doit pour autant pas masquer la principale spécificité de l'entreprise qui est d'avoir établi un modèle d'affaires multi-faces dans lequel l'utilité d'un réseau est proportionnelle au carré du nombre de ses utilisateurs¹⁹⁵⁹. Dès lors, l'hybridité du modèle d'affaire de l'entreprise Google nécessite que les profits, notamment entre l'État de situation de développement de l'algorithme et l'État de localisation des utilisateurs, se répartissent en fonction de l'importance respective des algorithmes, des données des utilisateurs, des fonctions de vente et de ses connaissances spécifiques dans son processus de création de valeur¹⁹⁶⁰. Il semble par conséquent possible d'identifier une certaine corrélation entre la complexité du processus de *data mining* et l'intensité de la participation des utilisateurs au processus de création de valeur de l'entreprise collectrice. En effet, à mesure que les activités d'analyse des données dans lesquelles s'engage l'entreprise se diversifient, les données collectées sont susceptibles de s'assimiler plus nettement à un moteur essentiel de profit en ce qu'elles constituent l'unique élément innervant l'ensemble des étapes de la chaîne de valeur de l'entreprise collectrice. Les données des utilisateurs étant actuellement en dehors du périmètre d'applicabilité des règles de répartition des profits, la reconstruction de la base imposable de l'ES virtuel devra ainsi s'effectuer dans ces hypothèses selon « *une approche par les vases communicants entre la valeur de [ces trois éléments classiques] d'une part, et la valeur des données ou plus généralement de l'élément essentiel contribué d'autre part* »¹⁹⁶¹.

B. La modernisation du concept de « fonctions humaines significatives »

508. Rappelons qu'en vertu de l'approche OCDE en matière d'attribution des profits à l'ES, les « fonctions humaines significatives » doivent être identifiées et attribuées au siège de l'entreprise ou à l'ES sur la base des fonctions réalisées, des actifs possédés ou utilisés et des risques assumés. La démarche de cette analyse dans une économie numérisée apparaît toutefois obsolète en concevant uniquement la création de valeur comme le résultat d'activités réalisées par des individus personnes physiques. Une telle conception est en effet en partie contraire à la réalité des activités de certaines entreprises numériques dans laquelle les solutions d'intelligence artificielle, notamment les

¹⁹⁵⁹C. SHAPIRO, H. R. VARIAN, « Information Rules : A Strategic Guide to the Network Economy », *Harvard Business Press*, 1999, vol. 30, n°2.

¹⁹⁶⁰Nous rejoignons donc l'opinion formulée par G. KOFLER et J. SINNIG, « Equalization Taxes and the EU's Digital Services Tax », *préc.*, p.117.

¹⁹⁶¹A. GOBEL, *préc.*

algorithmes autonomes de collecte des données, réduisent conséquemment la contribution du personnel employé dans le processus de création de valeur du groupe¹⁹⁶². Ainsi, dans l'exemple d'une chaîne de valeur où la production de la richesse est essentiellement le fait de l'interaction de réseaux virtuels et de solutions d'intelligence artificielle, la réalisation d'une analyse fonctionnelle et factuelle traditionnelle ne permet pas l'identification des activités économiques essentielles de l'entreprise numérique et ainsi de les valoriser conformément à leur importance dans la création de valeur globale du groupe. Dès lors, la centralisation de la valeur imposable dans des entités réalisant leurs fonctions par la mobilisation de « travail humain » a pour effet d'amputer la portion de la valeur normalement imposable dans des entités localisées sur le territoire de l'État de consommation dont le déploiement de moyens matériels et humains ne constitue pas une obligation à la réalisation de leurs activités. Cette sur-pondération de l'importance du facteur humain dans la création de valeur est donc de nature, dans une économie où l'automatisation des fonctions ne cesse de s'accroître, à entraîner « *une répartition [inéquitable] des droits d'imposition entre les juridictions où les entreprises créent les conditions les plus favorables au développement durable de leurs principaux moteurs de valeur* »¹⁹⁶³.

509. L'objectif de réaligner la répartition de la matière taxable au sein d'un groupe conformément à la géographie de la création réelle de la valeur implique par conséquent de faire évoluer la conception des « fonctions humaines significatives » pour l'adapter à la réalité de certains modèles d'affaires hautement numérisés. En effet, il doit être convenu qu'un ES virtuel est en mesure de réaliser des activités économiques essentielles à la création de valeur d'un groupe alors qu'aucun individu n'est employé à cet effet. La proposition de directive du 21 mars 2018 instituant le concept de présence numérique significative avait alors partiellement pris en compte cette réalité en considérant que « *les activités réalisées par l'entreprise par l'intermédiaire d'une interface numérique en relation avec des données ou des utilisateurs sont considérées comme des activités économiquement significatives de la présence numérique significative qui attribuent les risques et la propriété économique des actifs à cette présence* »¹⁹⁶⁴. La modernisation proposée par la Commission européenne des cadres méthodologiques d'attribution des profits à l'ES s'effectuait alors principalement sur trois étapes distinctes : (1) l'identification des activités économiques significatives, par exemple les activités de collecte et de vente de données au niveau de l'utilisateur réalisées par l'intermédiaire d'une interface numérique ; (2) l'attribution des actifs et des risques en

¹⁹⁶²S. GREIL, « The Arm's Length Principle in the 21st Century », *préc.*, p. 167.

¹⁹⁶³R. PETRUZZI, S. BURIK, « Addressing the Tax Challenges of the Digitalization of the Economy », *préc.*, p. 10 [notre traduction].

¹⁹⁶⁴Proposition de directive du Conseil établissant les règles d'imposition des sociétés ayant une présence numérique significative, *préc.*, article 5.

fonction des activités économiques significatives ; et (3) l'attribution des profits à la présence numérique sur la base des activités économiques significatives qu'elle réalisent, des actifs à l'égard desquels elle dispose de la qualité de propriétaire économique et des risques qu'elle assume. Ce raisonnement en trois temps ne permet toutefois pas de rendre pleinement compte de la valeur effectivement générée par cette nouvelle personnalité fiscale sur le sol de l'État de consommation. En effet, il pourrait apparaître plus pertinent, dans le cadre de l'analyse fonctionnelle, d'inclure directement les nouvelles fonctions réalisées dans certains modèles d'affaires hautement numérisés par des personnes extérieures à l'organisation, i.e. les utilisateurs, pour pouvoir ensuite attribuer à l'ES virtuel les actifs ou « éléments essentiels de valeur contribués », i.e. les données, et les risques qui sont liés à la réalisation de ces fonctions¹⁹⁶⁵. Cet élargissement du périmètre des fonctions susceptibles de créer significativement de la valeur pour un groupe d'entreprises permettrait dès lors une retranscription plus juste de la capacité des utilisateurs à améliorer, par les prestations actives non-rémunérées qu'ils effectuent, le service fourni par la plateforme numérique.

510. Les tentatives de modernisation du concept de « fonctions humaines significatives » se heurtent néanmoins à la rigidité dont fait preuve le droit comptable français dans l'identification des actifs incorporels. En effet, si certains auteurs ont pu considérer que le but initial des stratégies d'investissements des plateformes numériques d'attirer une large base d'utilisateurs plutôt que de générer rapidement des profits, justifiait la possibilité d'assimiler les utilisateurs à un actif notionnel de l'ES virtuel¹⁹⁶⁶, force est de constater que la définition comptable française des immobilisations incorporelles interdit en l'état toute assimilation en ce sens.

Pour sortir de cette impasse, trois voies distinctes pourraient être empruntées. La première, déjà en partie étudiée, consisterait à reconstituer la réalité de l'échange économique intervenant entre la plateforme et l'utilisateur, i.e. un schéma de troc, en attribuant « *un prix de vente par l'internaute à l'ES virtuel français des éléments essentiels contribués (comptabilisé en charges dans le compte de résultat) et un prix de revente par [cet] ES aux entités juridiques impliquées sur un ou plusieurs autre(s) versant(s) lucratif(s) du modèle d'affaires concerné [...] (comptabilisé en produits)* »¹⁹⁶⁷. Ainsi, la base imposable de l'ES virtuel serait constituée de la valeur attribuée aux données fournies par les utilisateurs et leurs contributions diminuée des coûts exposés par

¹⁹⁶⁵G. COTTANI, Recent Developments on Attribution of Profits to Digital Permanent Establishments, Chapter 8, in *Transfer Pricing Around the World*, Kluwer Law International, 2019.

¹⁹⁶⁶Cf. notamment les travaux de J. BECKER, J. ENGLISH & D. SCHANZ « How Data Should (Not) Be Taxed, Working Paper, 2018 and A SURE Way of Taxing the Digital Economy », *Tax Notes*, n°93, 2019, p. 309–312 dans lesquels les « relations durables avec les utilisateurs » (*sustained user relationship*) instaurées par les efforts de l'entreprise numérique sont assimilées à un actif incorporel.

¹⁹⁶⁷A. GOBEL, *préc.*

l'entreprise pour fournir le service en contrepartie¹⁹⁶⁸. La deuxième viserait à contourner la difficulté liée à l'indissociabilité des activités de l'entreprise avec la collecte des données et leur exploitation en « *considér[ant] la collecte de données issues du travail gratuit des utilisateurs en contrepartie de la fourniture d'un service comme l'acquisition d'un élément d'actif incorporel auprès d'un tiers [...]* »¹⁹⁶⁹. Enfin, il pourrait simplement être considéré qu'en raison du degré particulièrement important de similitude entre les éléments essentiels de valeur contribués des modèles d'affaires multi-faces et les actifs incorporels entendus traditionnellement, l'objectif que se fixe toute analyse de PDT d'aligner les droits d'imposition sur la création de valeur impliquerait une uniformisation des règles de répartition intra-groupe du profit entre ces deux catégories d'éléments immatériels¹⁹⁷⁰. Cette prise en compte de la valeur des données et des contributions des utilisateurs ferait alors écho au traitement de la « survaleur » dans les principes directeurs en matière de PDT, l'OCDE considérant que cet élément, même s'il ne peut s'assimiler en toutes circonstances à un actif incorporel, doit être pris en compte dans l'analyse de répartition car de nature à modifier conséquemment la détermination d'un prix de pleine concurrence pour une transaction donnée¹⁹⁷¹.

Peu importe la voie choisie, l'assimilation aux fins d'analyse des PDT des données des utilisateurs et leurs contributions à un actif incorporel de l'entreprise collectrice permettrait, outre un réalisme économique accru, de s'inscrire dans le courant initié par certains États anglo-saxons de modernisation de la notion d'actifs incorporels. Pour ne citer que l'exemple des États-Unis, le droit fiscal américain, au travers des régimes d'imposition GILTI (*Global intangible Low Taxed Income*) et FDII (*Foreign Derived Intangible Income*), adopte pour le moins une conception novatrice dans ce domaine en intégrant dans le calcul du profit tiré des incorporels le sur-profit lié à l'exploitation des actifs corporels. Dès lors, le droit fiscal français « *ne doit pas nécessairement se laisser enfermer par les règles comptables [en] s'interdi[sant] d'imaginer des solutions originales, sous réserve qu'elles ne soient pas excessivement complexes* »¹⁹⁷².

II. La généralisation de la méthode du *profit split*

511. Le champ d'application particulièrement restreint du concept d'ES virtuel, limité aux plateformes numériques multi-faces où la contribution des utilisateurs au processus de création de valeur apparaît essentielle, permet de dresser un profil fonctionnel précis de cette nouvelle personnalité fiscale. En effet, si la mise en œuvre du PPC implique une analyse au cas-par-cas pour

¹⁹⁶⁸P. COLLIN et N. COLIN, *préc.*, p. 85.

¹⁹⁶⁹Ibid.

¹⁹⁷⁰A. GOBEL, *préc.*

¹⁹⁷¹OCDE, Principes applicables en matière de PDT, *préc.*, § 6. 28 (version 2022).

¹⁹⁷²S. HUMBERT, « Les frontières des impôts de production », *préc.*, p. 69-70.

déterminer en fonction des plateformes numériques concernées « *la contribution effective de[s] éléments essentiels contribués à la création de valeur au sein du groupe* »¹⁹⁷³, leur rattachement à l'ES virtuel dans la réalisation de son activité induit en tout état de cause que sa base imposable ne puisse se constituer d'un simple profit routinier. Bien au contraire, l'analyse fonctionnelle menée à l'égard des entreprises numériques concernées par ce nouveau *nexus* démontre que l'ES virtuel dispose d'un profil fonctionnel complexe avec l'apport de contributions uniques et de valeurs dans la production de richesse globale du groupe. Ressurgissent dès lors les difficultés d'application du PPC à l'égard de contributions qui ne peuvent être comparées à des contributions apportées par des entreprises sur le marché libre dans des situations similaires¹⁹⁷⁴. Dans cette mesure, la méthode de partage des bénéfices, par « *la souplesse qu'elle offre en prenant en compte des faits et circonstances spécifiques, voire uniques, qui sont propres aux entreprises associées* »¹⁹⁷⁵ apparaît seule en mesure d'assurer une répartition des bénéfices conforme aux contributions relatives des entités (parties aux transactions impliquant les données des utilisateurs) mesurées selon les fonctions exercées, les actifs utilisés et les risques assumés (A). Si la généralisation de la méthode de *profit split* dans ce domaine complexifie dès lors la possibilité pour les multinationales de séparer artificiellement les fonctions des bénéfices qu'elles génèrent¹⁹⁷⁶, la principale carence du PPC relative à la prise en compte très partielle du surprofit d'intégration subsiste et compromet ainsi l'objectif d'aligner l'imposition des bénéfices sur la création de valeur. Dès lors, le rétablissement d'une « dimension distributive équitable » dans l'application du PPC doit s'effectuer par une prise en considération de l'ensemble des sources de surplus pour les plateformes multi-faces, qu'elles résultent des actions directes des entités du groupe, de l'internalisation des fonctions ou encore des multiples interactions entre leurs utilisateurs (B).

A. La répartition des profits selon la contribution respective des entités membres du groupe

512. Rappelons que sous l'analyse des contributions, l'une des deux approches de la méthode de partage des bénéfices, les bénéfices à considérer sont répartis entre les entreprises associées pour obtenir une approximation raisonnable du partage que des entreprises indépendantes auraient pu réaliser dans des situations similaires. Dès lors, « *les bénéfices devraient être partagés selon une formule économiquement valable correspondant aux contributions relatives des parties à*

¹⁹⁷³A. GOBEL, *préc.*

¹⁹⁷⁴Cf. supra. par exemple § 362 pour des exemples jurisprudentiels français dans lesquels l'administration n'a pas été en mesure de constituer une analyse de comparabilité pertinente aux fins de démonstration de l'existence d'un transfert de bénéfices

¹⁹⁷⁵OCDE, Principes applicables en matière de PDT, *préc.*, Paragraphe 2.121 (version 2022).

¹⁹⁷⁶B. WELLS & C. LOWELL, « Tax Base Erosion: Reformation of Section 482's Arm's Length Standard », *préc.*, p. 761.

la transaction et permettant de se rapprocher de la répartition des bénéfices qui aurait été obtenue dans des conditions de pleine concurrence »¹⁹⁷⁷. Dans sa tentative d'introduction à l'échelle européenne d'un ES virtuel, la Commission avait alors érigé en principe cette méthode – sauf à ce que le contribuable n'apporte la preuve qu'une autre méthode serait plus en adéquation avec les résultats de l'analyse factuelle - avec la mise en œuvre d'une formule de répartition pouvant inclure, selon les faits et circonstances propres à l'entreprise, « les dépenses engagées pour la recherche, le développement et la commercialisation [ou encore] le nombre d'utilisateurs et les données recueillies par État membre »¹⁹⁷⁸. L'institution d'une clé d'allocation économique dépendante des résultats de l'analyse fonctionnelle permet alors, au contraire des méthodes uniformisées et standardisées, de tenir compte des spécificités de chacun des modèles d'affaires concernés en liant ainsi la profitabilité de l'ES virtuel à la valeur intrinsèque des données et des prestations effectuées par les utilisateurs¹⁹⁷⁹. Dans cette mesure, l'introduction d'éléments formulaires pour partager le profit entre les différentes entités en fonction de leur contribution à la création de valeur ne méconnaît pas le PPC¹⁹⁸⁰. La difficulté se situe alors dans l'élaboration d'une clé retranscrivant avec exhaustivité l'ensemble des sources essentielles de valeur des entreprises numériques concernées en les pondérant en fonction de leur importance dans la création de valeur au sein du groupe. À ce titre, si l'élaboration d'un cadre uniforme de répartition du profit n'apparaît pas pertinente tant les interactions entre les différents éléments essentiels de valeur des plateformes multi-faces varient dans leur forme et leur intensité, il convient toutefois de bannir les formules radicales s'attachant à ne retranscrire que le rôle des utilisateurs ou bien à l'inverse celui des activités de développement des actifs incorporels dans la production de richesse. En effet, l'étude des modèles d'affaires des plateformes multi-faces démontre globalement que la création de valeur est essentiellement le fruit de la combinaison de l'utilisation des actifs incorporels (algorithmes), du capital basé sur les connaissances (*knowledge-based capital*) et des activités des utilisateurs eux-mêmes. Si, comme dans toute analyse basée essentiellement sur les faits, le risque de différends avec les administrations fiscales est important¹⁹⁸¹, force est néanmoins de constater que l'octroi aux États de consommation en toutes circonstances d'une même portion de profits, bien que minimisant les complexités induites par l'application du PPC, s'inscrit en contrariété avec l'objectif d'aligner

¹⁹⁷⁷OCDE, Principes applicables en matière de PDT, *préc.*, § 2.166.

¹⁹⁷⁸Proposition de directive du Conseil établissant les règles d'imposition des sociétés ayant une présence numérique significative, *préc.*, Article 5 § 6.

¹⁹⁷⁹A. GOBEL, *préc.*

¹⁹⁸⁰J. OWENS, « The Taxation of Multinational Enterprises: An Elusive Balance », *Bulletin International Taxation*, Vol. 67, Issue n°8, 2013, p. 443.

¹⁹⁸¹M. KOBETSKY, « The Transfer-Pricing Profit Split Method after BEPS : Back to the Futur », *Canadian tax journal*, revue fiscale canadienne, Vol. 67, Issue n°4, 2019, p. 1105.

l'imposition des profits sur la géographie de la création de valeur¹⁹⁸². On notera à ce titre la pratique particulièrement novatrice de l'État indien dans l'attribution des profits à la « présence économique significative » par l'insertion dans la formule de répartition proportionnelle des profits, aux côtés de facteurs classiques comme les ventes, les employés et les actifs, d'un facteur utilisateurs dont la pondération est susceptible de varier sur la base de l'intensité de la participation des utilisateurs dans la production de richesse de l'entreprise numérique¹⁹⁸³. Concrètement, la pondération du facteur utilisateurs apparaît de 10 % dans les situations où la participation des utilisateurs est considérée comme faible ou moyenne (les autres facteurs recevant une pondération de 30 % chacun), et de 20% dans les situations où la participation y est considérée comme élevée avec cette fois-ci une réduction de la part des actifs et des employés à 25 % chacun tandis que le facteur des ventes conservera la même pondération de 30 %. Si l'effort de moduler l'application de cette méthode en fonction de l'importance des éléments situés sur le sol de l'État de consommation dans le processus de création de valeur des modèles d'affaires numérisés reste louable, le caractère nécessairement arbitraire des pourcentages choisis, en ce qu'ils ne reposent sur aucune analyse des circonstances de faits, invite à transposer les critiques adressées aux formules de répartition s'écartant du PPC.

De même, l'attribution des revenus à l'ES virtuel par la valorisation fiscale des données sur chacune des faces du marché sur lesquelles intervient la plateforme n'aboutirait pas en toutes circonstances à un résultat en lien avec la contribution de cet établissement à la création de valeur globale du groupe. En effet, même en admettant que l'on puisse valoriser, aux fins de reconstitution de la base imposable de l'ES virtuel, les données lorsqu'elles sont un élément essentiel de la production de richesse de l'entreprise collectrice¹⁹⁸⁴, les actions réalisées au travers de cette nouvelle

¹⁹⁸²S. GREIL, « The Arm's Length Principle in the 21st Century », *préc.*, p. 170 ; Dans cette mesure, l'approche développée par le Royaume-Uni visant à octroyer aux juridictions de marché, suite à la rémunération des fonctions routinières, une part fixe du bénéfice résiduel censée retranscrire l'importance de la contribution des utilisateurs dans la création de valeur des entreprises numériques ne peut ainsi être considérée, contrairement à ce que considère l'administration fiscale britannique, comme conforme au PPC (UK HM Treasury, *Corporate tax and the digital economy*, March 2018, p. 20-21).

¹⁹⁸³Central Board of Direct Taxation, *Proposal for Amendment of Rules for Profit Attribution to a Permanent Establishment*, 18 April 2019.

¹⁹⁸⁴R. PETRUZZI, S. BURIK, *préc.*, p. 15-16 : cette solution revient à transposer dans le domaine de la répartition des profits la typologie des données décrite précédemment. Ainsi, alors que les données utilisées à des fins internes ne sont qu'un support pour améliorer les services ou produits fournis par une entreprise, les données vendues à des tiers génèrent un flux de revenus distincts en constituant l'élément essentiel sur lequel se conclut la transaction. En faisant fi du caractère hétéroclite des données collectées par une plateforme numérique pour ne rattacher à l'ES virtuel aux fins d'évaluation de sa base imposable que cette deuxième catégorie de données, les principales difficultés liées à leur valorisation fiscale semblent neutralisées. En effet, il pourrait simplement être considéré que l'attribution de profits à cette nouvelle personnalité fiscale s'effectue sur la base des revenus générés par ces données diminués des coûts fixes (ex. installation de capteurs) et des coûts variables pour les collecter, les affiner et les exploiter. Cette méthode partagerait alors des similarités avec la méthode du revenu net présumé (*modified deemed profit methods*) selon laquelle la reconstitution de la base imposable de l'ES virtuel s'effectuerait par l'application d'un ratio de dépenses présumées aux revenus de l'entreprise étrangère provenant des transactions conclues avec les clients du marché. Ce ratio pourrait se déterminer par divers facteurs, comme par exemple par référence aux marges bénéficiaires d'entreprises dans un secteur similaire. Dans l'hypothèse où des ratios fixes de dépenses seraient institués en fonction de secteurs industriels ou de lignes d'activités, il conviendrait toutefois de laisser la possibilité

personnalité fiscale peuvent bien souvent être à l'origine d'une production de richesse plus importante que celle découlant de l'exploitation intensive des données des utilisateurs. Dit autrement, les interactions entre les consommateurs/utilisateurs sur différentes faces d'un marché sont de nature, en raison des externalités positives majeures qu'elles induisent, à générer une valeur tout aussi importante voire supérieure à la seule valeur des données collectées. En l'absence de rattachement à l'ES virtuel de la valeur créée par le réseau d'utilisateurs en tant que nouvelle forme d'actif incorporel, la portion de profit imposable dans l'État de consommation restera en tout état de cause bien inférieure à la réelle contribution de cet élément dans la production de richesse de la plateforme numérique. Dès lors, s'il ne peut être nié que la valorisation fiscale des données dans ce domaine constituerait une étape significative pour rééquilibrer les droits d'imposition en faveur de l'État de consommation, cette évolution n'aurait pas pour conséquence de neutraliser les pratiques mises en œuvre par les groupes d'entreprises numériques de déconnexion entre le lieu de création des économies de coûts et des synergies découlant des activités de leurs utilisateurs et le lieu de leur imposition¹⁹⁸⁵. La centralisation persistante de l'essentiel des profits résiduels dans des entités faiblement taxées démontrerait ainsi l'échec de cette solution à ré-aligner avec plus de cohérence l'imposition des bénéfices avec le lieu de leur réalisation.

B. La répartition du surplus en fonction de la contribution respective des entités à sa génération

513. La notion d'équité innerve sensiblement les propositions de modernisation des règles de contrôle des PDT¹⁹⁸⁶. En effet, si cette notion, à la forte dimension normative, ne fait l'objet d'aucune définition précise dans les différentes publications des organisations internationales, pas plus que dans le droit interne français, des travaux économiques lui ont néanmoins attribué une consistance pratique en considérant qu'elle requerrait qu'une entité se voit attribuée un profit égal à sa contribution au profit consolidé de l'entreprise multinationale¹⁹⁸⁷. Il convient dès lors de noter que la transposition dans le domaine des PDT de la conception économique des « méthodes de partage équitables »¹⁹⁸⁸ revient à centrer l'analyse de répartition des profits sur le profil fonctionnel des entités constitutives du groupe sans qu'il ne soit porté attention à la problématique du partage de la base imposable entre les différents États dans lesquels opèrent le groupe¹⁹⁸⁹.

pour le contribuable d'apporter la preuve qu'une autre méthode est plus pertinente pour aboutir à un résultat de pleine concurrence.

¹⁹⁸⁵O. MAZUR, « Transfer Pricing Challenges in the Cloud », *préc.*, p. 674-675.

¹⁹⁸⁶Cf. *supra*. Chapitre 1, Section 2, § 2.

¹⁹⁸⁷J. PELLEFIGUE, *Théorie économique de la réglementation des prix de transfert*, Thèse, *préc.*, p. 147.

¹⁹⁸⁸H. MOULIN, *Fair division and collective welfare*, MIT Press, 2003, cité par J. PELLEFIGUE.

¹⁹⁸⁹J. PELLEFIGUE, *préc.*, p. 147.

Force est alors de constater que l'importance grandissante des synergies de groupe d'entreprises dans la production de richesse n'est que partiellement appréhendée par les cadres actuels de répartition du profit puisque la création de valeur n'y est conçue qu'au travers de la réalisation d'activités économiques¹⁹⁹⁰. Si l'OCDE avait pour la première fois en 2017 exprimé une position claire dans ce domaine en permettant que les bénéfices associés aux synergies découlant d'actions délibérées et concertées soient répartis entre les membres du groupe à proportion de leur contribution à la création desdites synergies, l'ampleur de cette évolution ne saurait toutefois être exagérée au regard des pratiques diverses des administrations fiscales des États OCDE. Pour prendre les exemples du Japon et de la France, l'administration nippone s'oppose par principe à la prise en compte des synergies de groupe aux fins de l'établissement des PDT tandis que l'administration française adopte une position plus nuancée en répartissant, notamment dans les situations de centralisation de l'ensemble des fonctions d'achat au sein d'une entité, les avantages en découlant en les répartissant en fonction du CA réalisé par chacune des entités impliquées¹⁹⁹¹. En tout état de cause, ni les développements de l'OCDE, ni les pratiques des États ne sont en mesure actuellement d'appréhender avec exhaustivité les nouvelles sources de surplus des plateformes numériques, notamment les « rentes synergiques liées aux consommateurs », qui sont avant tout le résultat de contributions extérieures au périmètre du groupe d'entreprises¹⁹⁹².

Dans cette mesure, le rétablissement d'un partage équitable de la matière imposable implique de repenser l'application du PPC de sorte à ce qu'il soit en mesure d'identifier l'ensemble des sources de surplus et d'évaluer précisément la contribution de chacune des entités à la réalisation de ce surplus. Pour se faire, certains praticiens en matière de PDT proposent, dans les situations où les activités de l'entreprise apparaissent fortement intégrées, de combiner à la méthode de *profit split* l'application de la théorie des « jeux coopératifs » pour répartir équitablement le surplus, i.e. en fonction de la contribution des entités à la relation de coopération¹⁹⁹³. L'intégration de cette composante théorique dans l'application du PPC permet par conséquent de refléter la logique commerciale des entreprises intégrées en considérant que la coopération entre les entités membres du groupe entraîne la réalisation d'un surplus synergique supérieur à la rémunération qu'aurait perçue l'entité en restant en dehors du périmètre du groupe¹⁹⁹⁴. Dès lors, « *le résultat coopératif total*

1990 W. RICHER, « Aligning profit taxation with value creation », *Working Paper*, No. 7589, CESifo, February 2019, p. 2.

1991 IFA, *The future of Transfer Pricing*, *préc.*, p. 42 et 374-375.

1992 V. PLEKHANOVA, « Value Creation within Multinational Platform Firms: A Challenge for the International Corporate Tax System », *préc.*

1993 L. POGORELOVA, T « Transfer-Pricing and Game Theory », *Intertax*, Vol. 43, Issue 5, 2015, p. 395-404.

1994 A. MUTHOO, « A Non-Technical Introduction to Bargaining Theory », Vol. 2, Issue 1, *World Economy*, 2000, p. 145 et s.

dépasse la somme des gains autonomes »¹⁹⁹⁵. La mise en œuvre de cette combinaison apparaît ainsi fortement pertinente dans les situations où les fonctions réalisées par les entités du groupe sont si interdépendantes que les performances d'une entité impactent directement les performances et la réalisation des profits d'une autre entité¹⁹⁹⁶. En d'autres termes, une approche coopérative de la théorie des jeux dans le contexte de la méthode de *profit split* doit être privilégiée dès lors que des fonctions uniques et de valeurs réalisées par une entreprise sur un territoire sont de nature à créer, au bénéfice d'autres entités du groupe, des externalités positives se matérialisant par une augmentation de la demande¹⁹⁹⁷. La détermination du profit incrémental apporté par l'entité à l'ensemble des autres entités constitutives du groupe (valeur de SHAPLEY) s'effectuerait ainsi par la différence entre le profit généré par le groupe lorsque l'entité contributrice y est intégrée et le profit généré par le groupe lorsque l'entité contributrice y est exclue. Par conséquent, « l'application de [cette méthode] en tenant compte de l'ensemble des sources de surplus, notamment les bénéfices tirés de l'internalisation et des interactions entre les consommateurs, reviendrait, in fine, à appliquer une méthode de partage des profits en utilisant des clés d'allocation économiques »¹⁹⁹⁸. Il existerait donc une identité de résultats entre le montant attribuable de profits à l'ES virtuel selon les éléments essentiels de valeur lui étant rattachables sur la base de l'analyse fonctionnelle et l'application du PPC combiné avec la répartition du surplus selon la valeur de Shapley. À ce titre, la méthode développée dans ce paragraphe pourrait s'appliquer de manière corroborative pour « vérifier que l'attribution des profits à l'ES virtuel a bien résulté dans un niveau de profitabilité locale conforme à la fois au PPC et au principe de récompense »¹⁹⁹⁹.

Paragraphe 2 : L'intégration du nouveau *nexus* dans le droit positif

514. En ce que le nouveau *nexus* revient à étendre les possibilités pour l'État de source de se voir reconnaître une compétence fiscale à l'égard d'entreprises étrangères numériques réalisant une activité économique sur son territoire, des interactions surviendraient automatiquement avec les dispositifs conventionnels fondant d'ores-et-déjà la compétence fiscale de l'État de source en matière de revenus actifs et passifs. Les plus notables²⁰⁰⁰ concerneraient celles avec l'article 5 (1) du

1995 V. HAHN, Y. HERVÉ, S. SALJANIN, L. EDEN, « Shapley Value : A Fair Solution to the Value Creation Puzzle in Transfer Pricing ? », *Tax Notes International*, Vol. 104, 18 Octobre 2021, p. 294 [notre traduction].

1996 *Ibid.*, p. 402.

1997 U. SEJATI, « Value Creation in the Digital Economy, in Taxation in a Global Digital Economy », *préc.*, p. 279-280.

1998 A. GOBEL, *préc.*

1999 *Ibid.*

2000 La question de l'interaction entre le concept d'ES virtuel et les dispositions conventionnelles actuelles ne se limite pas à l'installation fixe d'affaires. En effet, comme le notent P. HONGLER, P. PISTONE, *préc.* n° p. 38 et s., d'autres conflits peuvent survenir notamment lorsqu'une entreprise étrangère dispose d'un ES virtuel sur le sol d'un État et perçoit dans ce même État des revenus immobiliers au sens de l'article 6 du modèle OCDE. Les commentaires OCDE règlent toutefois cette difficulté en considérant que le fait que l'État de la source est, en

modèle OCDE relatif à l'installation fixe d'affaires, certaines entreprises numériques pouvant déjà disposer sur le territoire de l'État de source d'un ES « traditionnel » (I). Dans un second temps, il conviendra de se prononcer sur l'échelle d'intégration la plus appropriée pour mettre en œuvre le nouveau *nexus*, ceci dans le double-objectif d'aboutir à une redistribution effective des droits d'imposition au profit des États de source et à une simplification des régimes d'imposition des bénéficiaires des entreprises multinationales numériques (II).

I. L'interaction avec l'article 5 (1) du modèle OCDE

515. L'introduction du concept de présence numérique significative comme *nexus* complémentaire s'inscrit dans le même courant que les récentes modifications apportées au sein du modèle OCDE et consacrées dans l'Instrument multilatéral : l'abaissement des exigences de seuil sur lesquelles repose l'ES dans le but final d'augmenter le pouvoir d'imposition de l'État de consommation. Il est donc probable qu'entre les États ayant intégré cette nouvelle définition de l'ES dans leurs conventions fiscales bilatérales, les situations dans lesquelles une entreprise étrangère dispose d'une double-présence sur le territoire de l'État de source, à savoir une installation fixe d'affaires et/ou agent dépendant et un ES virtuel, se multiplient. Si certains commentaires de la consultation publique OCDE de 2019 concernant l'élaboration d'un cadre fiscal adapté à la numérisation de l'économie ont pu proposer, pour atténuer cette difficulté, de concevoir le concept de présence numérique significative de façon à y englober les différentes formes classiques d'ES, les spécificités de cette nouvelle personnalité fiscale invitent toutefois à sa coexistence parallèle avec les règles de source déjà contenues dans les conventions fiscales²⁰⁰¹. Dans cette mesure, ce concept serait conçu similairement à l'article 8 du modèle de convention OCDE instaurant un traitement fiscal particulier pour les revenus d'entreprises attribuables aux activités de navigation maritime et aérienne internationale.

L'exemple d'une entreprise de e-commerce exerçant son activité par le biais d'une plateforme numérique illustre les difficultés pratiques tenant à la coexistence de ces deux types d'ES. D'une part, comme déjà noté, en nécessitant le déploiement d'actifs matériels sur le territoire de l'État de source, notamment des entrepôts de stockages, ce type d'entreprises est susceptible, selon les modifications entreprises par l'action 7 du projet BEPS, d'y disposer d'un ES. D'autre part, son rôle d'intermédiaire numérique entre vendeurs et acheteurs, souvent couplé au placement sur une interface numérique de publicités ciblant ses utilisateurs serait de nature à caractériser (sous réserve

matière de revenus immobiliers, prioritaire dans le droit d'imposer « n'empêche pas que les revenus des biens immobiliers, s'ils sont obtenus par l'intermédiaire d'un ES, soient traités comme revenus d'entreprise » (C (6), § 4).

²⁰⁰¹G. COTTANI, « Recent Developments on Attribution of Profits to Digital Permanent Establishments », *préc.*, p. 255 et s.

de remplir le facteur de recettes) un ES virtuel. Dans cette mesure, l'exercice par une entreprise étrangère d'une pluralité d'activités dans l'État de source pose la question de la consolidation ou non des résultats fiscaux des différents établissements autonomes. Comme déjà noté précédemment, en dépit de l'institution par le droit interne français d'une obligation de consolidation des résultats des établissements dont disposent une entreprise étrangère en France, le CE adopte une position bien plus restrictive en subordonnant la consolidation des résultats des activités à l'existence sur le territoire français d'une « unité de direction »²⁰⁰². Dès lors, en ce que dans l'essentiel des situations appréhendées par le nouveau *nexus*, les « unités de direction » apparaissent centralisées au siège étranger, les entreprises concernées seront soumises à l'obligation de sectoriser leurs différentes activités françaises aux fins de détermination de leur bénéfice imposable. On ne peut que déplorer cette position qui revient à instaurer, en contradiction avec les normes communautaires, des modalités d'imposition moins favorables pour les sociétés étrangères exerçant en France leurs activités par l'intermédiaire de plusieurs établissements en comparaison à une société française dans une situation similaire²⁰⁰³.

II. L'échelle d'intégration du nouveau *nexus*

516. Face aux lacunes inhérentes d'une mise en œuvre à des niveaux inférieurs à l'échelon international (A), l'intégration par le biais d'un instrument de nature à permettre une modification rapide et harmonisée des règles internationales du *nexus* fiscal doit être privilégiée (B).

A. Le rejet d'une intégration au niveau national et européen

517. Intégration du nouveau *nexus* en droit interne – L'introduction du nouveau *nexus* par des mesures nationales non-coordonnées doit être rejetée pour deux raisons. Premièrement, l'absence de coordination entre les États dans la mise en œuvre unilatérale du concept d'ES virtuel entraînerait, en raison des disparités étatiques fortes dans la conception des règles de source, une complexification des obligations de mise en conformité pour les entreprises multinationales, source d'insécurité juridique²⁰⁰⁴. En effet, comme le note A. COCKFIELD, alors que les administrations fiscales des États importateurs de capitaux en adopteront par principe une conception large, les administrations des États exportateurs de capitaux s'attacheront à concevoir de manière plus

²⁰⁰²Cf. *supra*. § 386.

²⁰⁰³*Ibid.*

²⁰⁰⁴T. ENDO, « Modification of a Taxable Nexus to Address the Tax Challenges of the Digital Economy, in *Taxation in a Global Digital Economy* », *Linde*, 2017, 107, p. 117.

exigeante les seuils sur lesquels reposent cette nouvelle présence taxable²⁰⁰⁵. Une multiplication des mesures de ce type au niveau des États membres de l'UE risquerait par conséquent de fragmenter le marché unique et de créer des distorsions de concurrence entre les différents États. Deuxièmement, en raison de la primauté des conventions internationales sur le droit interne²⁰⁰⁶, les effets d'une disposition interne, contraire à une convention, seront neutralisés. L'intégration nationale du nouveau *nexus* n'aura donc vocation à produire ses effets qu'en dehors du champ d'application des conventions fiscales lorsque l'entreprise étrangère sera résidente d'un État ne disposant pas d'une convention avec l'État sur le territoire duquel est identifié le nouveau *nexus*. Si cette situation peut apparaître largement résiduelle en raison du large réseau conventionnel dont dispose l'État français, la réalisation de certaines activités numériques fortement prospères dans des paradis fiscaux qui ne sont pas liés à la France par une convention fiscale invite à reconsidérer l'opportunité d'adopter en droit fiscal interne le concept d'ES virtuel. En effet, pour les jeux en ligne, souvent localisés à l'Île de Man ou à Gibraltar et les transactions sur crypto-actifs dont la conclusion s'effectue souvent dans des paradis fiscaux comme les Îles Vierges Britanniques, l'introduction en droit français du nouveau *nexus* aurait l'avantage de pouvoir rendre leur présence imposable en France²⁰⁰⁷. Toutefois, selon notre conception quant au périmètre d'extension du pouvoir d'imposition de l'État de marché dans une économie numérisée, encore faudrait-il, pour que les profits de ces activités soient rattachables à l'État français que les consommateurs disposent d'un rôle de co-créateur de la valeur, i.e. en ne se cantonnant pas uniquement à une activité de consommation passive, ou que les entreprises spécialisées dans les jeux en ligne où dans les transactions de crypto-monnaie génèrent directement des revenus par les données qu'elles collectent sur leurs utilisateurs.

518. Intégration du nouveau *nexus* au niveau européen – Opérer une intégration du nouveau *nexus* par le biais d'une directive européenne n'apparaît pas forcément plus satisfaisante. En effet, si le champ d'application territorial d'une mesure européenne est susceptible de s'étendre à des entreprises constituées ou établies dans un État tiers, elle ne pourra néanmoins trouver à s'appliquer dans des situations où un État tiers aurait conclu une convention fiscale avec l'État membre où est constatée l'existence de ce nouveau *nexus*²⁰⁰⁸. Le large réseau de conventions fiscales maintenu par les États membres laisse ainsi à penser que la seule conséquence serait une

²⁰⁰⁵A.J. COCKFIELD, « Reforming the PE Principle through a Quantitative Economic Presence Test », 38 Can. Bus. I. J., 2003, p. 400-424.

²⁰⁰⁶Les États-Unis peuvent être cités comme exception au principe de primauté des conventions sur le droit interne. Les conventions fiscales ne prévaudront que dans le cas où la loi américaine n'aura pas eu l'intention d'y déroger (Treaty overriding).

²⁰⁰⁷V. RENOUX, « Fiscalité numérique : le match retour, Think thank Digital New Deal », Septembre 2021, p. 45.

²⁰⁰⁸Tel est le cas par exemple de la proposition de directive du Conseil établissant les règles d'imposition des sociétés ayant une présence numérique significative en son article 2 du 21 mars 2018 (COM (2018) 147 final).

redistribution de la base taxable intra-européenne, sans résolution de la problématique principale de relocalisation au sein de l'UE des profits transférés dans des États tiers, lieux de résidence de nombreuses multinationales numériques²⁰⁰⁹. Dans cette mesure, deux scénarios sont susceptibles de se produire suite à l'adoption d'une directive européenne instituant un *nexus* complémentaire conçu dans le but d'étendre les pouvoirs d'imposition de l'État de consommation à l'égard de certaines activités d'entreprises dématérialisées²⁰¹⁰. Le premier, empreint d'optimisme, marquerait un terme à la concurrence fiscale acerbe que se livre les États européens en matière d'IS en permettant une répartition inter-étatique de la matière imposable plus équitable et cohérente avec la géographie réelle de la création de la valeur. Le deuxième, plus pessimiste, aboutirait à un transfert massif de résidence des multinationales du numérique vers des juridictions d'États tiers pour éviter une redistribution de leurs profits entre les principaux États de marché européens.

B. L'intégration par le biais d'un instrument multilatéral

519. Envisager une modification du concept d'ES à l'échelon international peut s'effectuer de deux manières.

La première approche vise classiquement à amender le modèle OCDE pour ajouter une définition autonome du nouveau *nexus*. Les renégociations des conventions s'effectueront ainsi une à une pour aligner la définition de l'ES sur le nouveau standard. Entraîner une modification de l'ensemble du réseau conventionnel mondial sur cette base prendrait dès lors un temps considérable, en inadéquation avec les réponses instantanées que nécessitent les défis fiscaux posés par la numérisation de l'économie. De plus, l'on peut douter, lorsqu'il est fait état des fortes disparités dans la conception des règles de source entre les États à travers le monde, de la pertinence de faire reposer la signification d'une nouvelle notion uniquement sur des instruments de *soft law*. En effet, si l'édiction par un forum mondial de recommandations précises peut apparaître efficace car guidant naturellement l'action des législateurs nationaux dans la transposition du concept d'ES virtuel, l'expérience du projet BEPS a toutefois démontré qu'il n'était pas possible d'harmoniser, au travers uniquement de mécanismes de droit non-contraignant, la pratique des différents États parties au processus de transposition. Dès lors, en raison des particularismes nationaux persistant en matière d'interprétation des règles de fiscalité internationale, l'exigence de certitude fiscale devant présider à l'adoption de tout nouveau concept induit de combiner aux mécanismes de *soft-law* des règles de nature contraignante.

La deuxième approche prend ainsi note des faiblesses relatives à cette première approche

²⁰⁰⁹P. BRÄUMANN, « Digital PEs : Taxing Significant Digital Presence », *préc.*, p. 165.

²⁰¹⁰*Ibid.*

pour intégrer directement le concept de présence numérique significative dans l'Instrument Multilatéral OCDE. Pour rappel, cet Instrument, signé à Paris le 7 juin 2017 et entré en vigueur le 1er juillet 2018, permet « *de modifier de façon synchronisée et uniforme le réseau de conventions fiscales bilatérales d'élimination des doubles impositions soumis par l'ensemble des États signataires* »²⁰¹¹. S'il constitue à n'en pas douter un fort « *accélérateur juridique* »²⁰¹² dans la conduite des modifications conventionnelles, il convient toutefois de noter que sa mise en œuvre n'aboutit aucunement à consacrer une répartition multilatérale du pouvoir d'imposer. En effet, contrairement à une convention multilatérale *ad hoc*, l'Instrument multilatéral permet uniquement aux États de recourir à une négociation multilatérale pour harmoniser, conformément au plan d'action BEPS, le contenu de leurs conventions fiscales, sans toutefois remettre en cause le bilatéralisme sur lequel repose depuis tout temps le partage de la compétence fiscale.

En pratique, le fonctionnement de cet outil révèle ainsi un mécanisme à plusieurs étapes réduisant dans certaines hypothèses substantiellement son champ d'intervention. En effet, l'Instrument n'a vocation à s'appliquer que lorsque les deux États contractants au moment de sa ratification ont décidé de couvrir la convention fiscale bilatérale les liant. Ce pouvoir discrétionnaire ne s'arrête toutefois pas au choix des conventions couvertes par l'instrument et s'étend à l'application individuelle des articles par la possibilité de formuler des réserves et options. Dans cette mesure, l'émission d'une réserve par un État sur un article aura pour effet d'en empêcher son application alors même que l'autre État n'en avait émise aucune. Pareillement, si deux États dans la mise en œuvre d'un article ont choisi des modalités d'application différentes, ce simple fait aura pour conséquence d'en empêcher l'application.

520. L'Instrument Multilatéral dans la mise en œuvre du nouveau *nexus* se doit néanmoins d'être privilégié en ce qu'il permet une rénovation des dispositions conventionnelles d'une rapidité jusqu'ici inégalée dans le domaine fiscal. En raison de l'urgence à agir pour rétablir une concurrence équitable entre les entreprises du secteur traditionnel et du secteur numérique, il pourrait ainsi être envisagé de faire accéder le nouveau *nexus* au rang de « *standard minimum* »²⁰¹³ pour en assurer une application uniformisée dans les conventions fiscales couvertes. En effet, contrairement aux autres articles de l'Instrument Multilatéral, aucune option ou réserve ne peut être formulée à l'égard de

²⁰¹¹Assemblée Nationale, Rapport autorisant la ratification de la convention multilatérale pour la mise en œuvre des mesures relatives aux conventions fiscales pour prévenir l'érosion de la base d'imposition et le transfert de bénéfices, 20 juin 2018, n° 1099, p. 13.

²⁰¹²P. MARTIN, « La convention multilatérale OCDE : quel impact sur la fiscalité internationale ? », Actes de la soirée d'étude annuelle de l'International Fiscal Association, 4 octobre 2017, in *Dr. fisc.* 51-52, décembre 2017.

²⁰¹³Sur les vingt-quatre articles de l'Instrument multilatéral, seuls trois articles constituent des « standards minimums » : l'article 6 concernant l'objet des conventions fiscales couvertes, l'article 7 pour prévenir l'utilisation abusive des conventions et l'article 16 sur l'institution d'une procédure amiable.

l'application de ces standards. Cependant, tel ne semble pas être le chemin pris aujourd'hui, puisqu'aucune des mesures BEPS concernant l'évitement artificiel d'un ES n'ont acquis à ce jour ce statut.

Paragraphe 3. Le recouvrement du nouveau *nexus*

521. Suite à la première étape visant à reconnaître un lien aux fins d'imposition entre une entreprise non-résidente et un État, il est nécessaire de déterminer si cet État dispose de la capacité de recouvrer l'impôt sur lequel il a compétence fiscale²⁰¹⁴. Cette deuxième étape soulève d'importantes difficultés dans le cadre du nouveau *nexus*. En effet, le contrôle pour l'État de consommation du dépassement des seuils de présence économique nécessaire pour identifier cette nouvelle personnalité fiscale et du montant de profits adéquat à lui attribuer peut s'avérer extrêmement complexe à l'égard d'entreprises étrangères qui ne disposent pas de présence physique sur son sol. Dès lors, les caractéristiques organisationnelles des entreprises multinationales numériques semblent rendre particulièrement complexe l'atteinte de l'objectif visant à aligner l'attribution étatique de l'assiette fiscale avec la capacité de recouvrer effectivement l'impôt dans la juridiction à laquelle l'assiette est attribuée.

L'État de marché dispose à ce titre de plusieurs possibilités, plus ou moins dissuasives, pour assurer un recouvrement de l'impôt basé sur une présence digitale : l'utilisation d'outils technologiques pour bloquer les transactions numériques de l'entreprise non-résidente avec des consommateurs situés sur son territoire, imposer des pénalités pour non-conformité ou bien encore faire usage du mécanisme des RALS pour collecter l'impôt dû²⁰¹⁵.

522. L'utilisation des RALS comme mécanisme de collecte et outil de contrôle de l'application du nouveau *nexus* serait susceptible de constituer une solution potentiellement efficace²⁰¹⁶. Qui plus est, cette conception ne poserait, au contraire de la mise en œuvre autonome d'une RALS, aucun problème de compatibilité avec le droit de l'UE et les obligations commerciales internationales²⁰¹⁷. Toutefois, en raison de l'augmentation significative des coûts de mise en conformité que pourrait induire la modulation du concept d'ES pour les entreprises numériques

²⁰¹⁴L'on retrouve ici la distinction anglo-saxonne, largement répandue, théorisée par W. HALLERSTEIN entre la *substantive jurisdiction* (compétence matérielle) et l'*enforcement jurisdiction*. V. note de bas de pages pour les écrits de cet auteur sur ce sujet.

²⁰¹⁵W. HALLERSTEIN, « Jurisdiction to Tax in the Digital Economy : Permanent and Other Establishments », *Bulletin for International Taxation*, 2014, p. 348-349.

²⁰¹⁶C. O. LUCAS-MAS and R. F. JUNQUERA-VARELA, « Tax Theory Applied to the Digital Economy : A Proposal for a Digital Data Tax and a Global Internet Tax Agency », *World Bank Group*, 2021, p. 80.

²⁰¹⁷Pour une étude approfondie des retenues à la source comme mécanisme autonome, cf. n° et s.

concernées qui ne déploient ni moyens matériels ni moyens humains sur les territoires des États de consommation, cette solution n'apparaît pas la plus adéquate. En effet, il convient, notamment dans l'hypothèse où le concept de présence numérique significative ferait l'objet d'une adoption conjointe dans une convention fiscale multilatérale, de privilégier l'élaboration d'un mécanisme extraterritorial de collecte permettant pour les entreprises concernées de centraliser leurs obligations de mise en conformité au sein d'une seule autorité. Si l'élaboration d'un mécanisme de ce type « *requiert pour les États participant de limiter leur souveraineté fiscale en matière de compétence exécutive en déléguant certaines de leurs compétences à une autorité étrangère* »²⁰¹⁸, ses avantages sont néanmoins fondamentaux car ils permettent d'assurer, outre une facilité dans la mise en œuvre du nouveau système, une perception plus efficace de l'impôt. De plus, l'attachement viscéral des États à la préservation de leur souveraineté dans le domaine fiscal semble désormais avoir fait place à une mutualisation de leurs moyens et leurs forces au sein de l'OCDE, comme en atteste le consensus sur l'adoption des deux piliers, de sorte que la mise en place à l'échelon international d'un mécanisme de collecte de ce type ne relève plus de la pure utopie.

Ce mécanisme pourrait alors se concevoir sur le fondement des simplifications européennes entreprises ces dernières années en matière de collecte de la TVA. En effet, dès le 1er janvier 2015, le mini-guichet unique (« *One-Stop-Shop - Import One-Stop-Shop* ») avait octroyé la possibilité « *aux assujettis qui fournissent des services de télécommunication, de radiodiffusion et de télévision ou des services électroniques à des personnes non assujetties dans des États membres où ils ne sont pas établis, d'acquitter la TVA due sur ces services via un portail web dans l'État membre où ils sont inscrits* »²⁰¹⁹. Les entreprises optant pour ce dispositif ne sont donc plus dans l'obligation de s'enregistrer auprès de chaque administration fiscale de chaque État membre pour déclarer et payer la TVA due. Suite à la réception du paiement global de TVA dû par l'assujetti, l'État membre d'inscription est ensuite chargé de la reverser aux autres États membres. Ce mécanisme de collecte a fait récemment l'objet par la loi de finances pour 2021²⁰²⁰ d'une extension aux ventes à distance de biens, en provenance d'un autre État membre de l'Union européenne (UE) ou en provenance de pays tiers, et à destination de non assujettis à la TVA. Dans cette mesure, le recouvrement du nouveau *nexus* au travers de ce mécanisme assurerait, d'une part, une

²⁰¹⁸P. HONGLER, P. PISTONE, *art. préc.*, p. 37.

²⁰¹⁹Guide du mini-guichet unique en matière de TVA, Commission européenne, 23 octobre 2013, p.2. Ce guide, à valeur non-contraignante pour les États membres de l'UE permet d'explicitier le règlement d'exécution de la Commission instituant le mini-guichet unique, cf. Règlement d'exécution (UE) n°815/2012 de la Commission portant modalités d'application du règlement (UE) n° 904/2010 du Conseil en ce qui concerne les régimes particuliers applicables aux assujettis non établis qui fournissent des services de télécommunication, de radiodiffusion et de télévision ou des services électroniques à des personnes non assujetties.

²⁰²⁰Article 147 de la Loi de finances pour 2020 transposant les directives UE/2017/2455 du 5 décembre 2017 et UE/2019/1995 du 21 novembre 2019 (entrée en vigueur le 1er juillet 2021).

simplification conséquente des obligations déclaratives et de paiement pour les contribuables concernés et, d'autre part, un recouvrement effectif de l'impôt par un transfert de cette tâche aux États membres²⁰²¹.

²⁰²¹P. THLIVEROS, EU OSS & MOSS « A solution to the challenges of the digital economy », in *Taxation in a Global Digital Economy* », *préc.*

CONCLUSION CHAPITRE 1

523. Si les abaissements successifs du seuil de présence économique nécessaire à l'identification d'un établissement stable (ES) ont élargi significativement les possibilités pour les États de consommation de se voir reconnaître une compétence fiscale, l'incertitude planant dans l'ère pré comme post-BEPS sur la délimitation du périmètre du droit d'imposer de l'État français-État de source²⁰²² nécessite d'entreprendre la modernisation de l'ES afin de traiter précisément et définitivement la situation des entreprises du numérique ne déployant peu voire aucun moyen matériel sur le sol français.

La modernisation de la notion d'ES doit alors se concevoir dans le but de minimiser, pour les groupes étrangers exerçant leurs activités en France, l'incertitude et l'insécurité fiscale résultant de l'appréciation évolutive de cette notion. Dans cette mesure, il apparaît naturel de favoriser une conception restrictive du champ d'application de l'ES virtuel pour n'appréhender que les seules entreprises numériques étrangères qui, bien que captant d'importantes sources de production de richesse rattachables au territoire de l'État de consommation, n'y sont soumises à aucune imposition sur leurs bénéfices. Cette restriction quant au champ d'application personnel de l'ES virtuel se couple à une deuxième tenant à la préservation des cadres théoriques sur lesquels reposent traditionnellement l'établissement de la compétence fiscale de l'État de source. En substance, le déclenchement de l'obligation fiscale dans l'État de marché en matière de revenus actifs ne devrait survenir que lorsque les utilisateurs/consommateurs contribuent, notamment par la collecte de leurs données personnelles ou les prestations de services qu'ils effectuent gratuitement, à la production de richesse de l'entreprise étrangère. En effet, concernant une notion dont la substance est intrinsèquement liée à l'identification des facteurs de production déployés par une entreprise, la simple consommation passive des biens produits et des services fournis ne devrait pas avoir comme conséquence le déclenchement de la compétence fiscale de l'État de consommation. L'analyse des modèles d'affaires des entreprises numériques démontre alors que le rôle de co-producteur de la valeur ne peut être attribué aux utilisateurs que lorsque par leurs interactions multiples sur différentes faces d'un même marché, ils contribuent de manière essentielle à la production de

²⁰²²La CAA de renvoi, dans l'affaire *Conversant*, a directement fait référence à cette situation en faisant preuve d'une particulière clémence dans l'appréciation du droit à l'erreur pour faire obstacle à la qualification d'activité occulte au sens des dispositions L. 169 et L. 176 LPF, « *compte tenu des incertitudes majeures existant au cours desdites années sur les modalités d'imposition des groupes internationaux exerçant leur activité dans ce secteur* ».

richesse d'une plateforme numérique. Le rattachement de la compétence fiscale à l'État de consommation par la mobilisation du concept de « création de valeur » apparaît dans cette mesure pertinente sur deux aspects principaux. D'une part, limiter la conception de l'ES aux seules hypothèses dans lesquelles l'État de consommation est le lieu de situation d'éléments essentiels à la production de richesse pour une entreprise sans qu'elle n'ait besoin d'y déployer des moyens physiques et matériels pour les exploiter, permet de minimiser les situations de doublon avec la notion d'ES traditionnelle. Ainsi lorsque la faible imposition des bénéficiaires d'une entreprise numérique étrangère dans l'État de consommation bouscule intuitivement une certaine conception de l'équité, l'extension du concept d'ES n'est pas une solution adéquate pour répondre à cette problématique. La redondance potentielle de ses effets avec la notion traditionnelle d'ES implique bien au contraire de privilégier la mise en œuvre d'une analyse visant à déterminer si l'établissement existant d'ores-et-déjà sur le sol de l'État de consommation reçoit une rémunération de pleine concurrence en contrepartie des fonctions qu'il réalise. D'autre part, la conception restrictive du champ de l'ES virtuel permet d'éviter les situations dans lesquelles une entreprise étrangère disposerait d'une telle présence sans pour autant que ne soit attribué à l'État de marché un montant significatif de profits ou symétriquement de pertes lorsque les risques économiques significatifs supportés par l'établissement au titre de son activité se seraient matérialisés. Ces situations ne relèveraient pas de l'exception et surviendraient même à l'égard de modèles où la numérisation et la dématérialisation de l'économie a modifié substantiellement les processus de création de la valeur. En effet, si les entreprises spécialisées dans la fourniture de services de *Cloud Computing* sont en mesure de fragmenter et de transférer en fonction d'un facteur fiscal les activités informatiques essentielles dans des emplacements géographiques éloignés du lieu de consommation²⁰²³, cette circonstance n'est pour autant pas en elle-même suffisante pour accorder aux États de consommation un pouvoir d'imposition plus important que celui dont ils disposent actuellement. En effet, la répartition de la matière imposable au sein du groupe devant suivre la géographie réelle de la création de la valeur, force est de constater que l'essentiel de la valeur se situe là où les investissements sont réalisés pour créer le matériel informatique et développer les logiciels et algorithmes soutenant l'activité de fournisseurs de services de *Cloud*²⁰²⁴.

La modernisation des facteurs de rattachement de l'obligation fiscale à l'État de consommation en matière de revenus actifs implique dans un second temps de développer de nouvelles règles d'attribution des profits à l'ES virtuel. En effet, la préservation à l'identique des cadres de l'approche autorisée OCDE n'aurait pas pour effet de modifier sensiblement la répartition

²⁰²³O. MAZUR, « Transfer Pricing Challenges in the Cloud », *Boston College Law Review*, Vol. 57, 2016, p. 672-673.

²⁰²⁴L. FJORD KJAERGAARD, « Allocation of the Taxing Right to Payments for Cloud Computing-as-a-Service », *World Tax Journal*, Vol. 11, n° 3, 2019.

actuelle de la matière imposable des groupes concernés. Il convient dans cette mesure de repenser les cadres d'analyse de l'approche autorisée qui empêchent l'identification des éléments essentiels de valeur rattachables par fiction à l'activité de l'ES virtuel. L'exercice de reconstitution de la base imposable de cette nouvelle personnalité fiscale apparaît alors d'autant plus complexe qu'il ne peut être identifié, au contraire d'activités plus traditionnelles, de flux monétaires entre les plateformes concernées et leurs utilisateurs. Pour pallier cette difficulté, nous avons fait le choix de privilégier la modernisation du PPC pour intégrer, dans les cadres d'analyse de l'attribution des revenus imposables à l'ES virtuel, les facteurs de production novateurs que l'entreprise numérique étrangère déploient et/ou captent par son intermédiaire sur le territoire de l'État de consommation. En effet, ainsi qu'il a déjà pu être noté dans l'étude du régime d'imposition du Pilier 1, les méthodes standardisées sont en incapacité d'opérer une répartition des profits conforme à la réelle contribution des entités au processus de création de valeur du groupe. Ce constat se renforce dans les modèles d'affaires retenus dans le champ du concept d'ES virtuel où la création de valeur est essentiellement le fruit de la combinaison de l'utilisation des actifs incorporels, du capital basé sur les connaissances et des activités des utilisateurs eux-mêmes. Dans cette mesure, l'objectif de réaligner la répartition de la matière taxable conformément à la géographie de la création réelle de la valeur implique de repenser, d'une part, la notion de « fonctions humaines significatives » en considérant que l'ES virtuel peut réaliser des activités économiques essentielles à la production de richesse du groupe sans qu'il n'y emploie à cet effet d'individus et, d'autre part, le périmètre des éléments de valeur susceptibles de disposer d'un impact sur la répartition de la matière imposable. Dès lors, la révélation de la forte complexité du profil fonctionnel de l'ES au côté d'entités disposant actuellement de la qualité d'entrepreneur, induit nécessairement le recours à la méthode de *profit split* pour répartir les bénéfices conformément à la contribution de chacune des entités parties aux transactions impliquant les données des utilisateurs. Ainsi, en ce que « *la clé de la neutralité se trouve [...] dans une application rigoureuse de l'approche méthodologique des PDT* »²⁰²⁵, la formule de répartition devra dépendre directement de l'analyse fonctionnelle modernisée en retranscrivant avec exhaustivité l'ensemble des sources de surplus, pour les pondérer ensuite en fonction de leur contribution à la création de valeur globale du groupe.

2025A. GOBEL, *préc.* n°

CHAPITRE 2

LES SOLUTIONS REPOSANT SUR L'EVOLUTION DU MÉCANISME DE RETENUES À LA SOURCE

524. La redéfinition récente de la source des revenus actifs et passifs au sein du Comité des Nations-Unies a été entreprise suite au mécontentement d'une grande partie des pays en développement considérant que le projet BEPS n'avait que trop faiblement impacté la redistribution des droits d'imposition entre États de résidence et de source. Ce constat doit en partie être partagé puisque le projet BEPS n'avait comme unique objectif que de restaurer certains des aspects des concepts conventionnels de résidence et de source - jugés obsolètes dans l'appréhension des activités économiques déterritorialisées - en s'assurant que les revenus issus des transactions transfrontalières soient désormais soumis à l'imposition une fois, et une fois seulement. Dès lors, l'incorporation effective du « principe de taxation unique » (*Single Tax Principle*) dans les actions BEPS implique la poursuite du but initialement formulé par les concepteurs du système fiscal international relatif à la lutte contre la double-imposition tout en neutralisant les situations dans lesquelles les revenus seraient sous-imposés ou non-imposés²⁰²⁶. Si les mesures du projet BEPS apparaissent par conséquent essentiellement « compensatoire » en visant à garantir une imposition « juste » et « équitable » des entreprises multinationales numériques par rapport à leurs concurrents locaux et aux États sur les territoires desquels elles tirent leurs bénéfices, certains éléments laissent toutefois déjà présager de réformes de plus grande ampleur touchant directement à la redistribution des droits d'imposition au profit des juridictions de marché²⁰²⁷. Pour ne citer que l'exemple de l'établissement stable (ES), l'abaissement dans plusieurs hypothèses des seuils de présence économique nécessaires à son identification s'était effectué sans que ne soit démontrée une quelconque intention abusive de l'entreprise étrangère²⁰²⁸. Cette transition au sein de l'OCDE dans la conception des solutions visant à moderniser le système d'imposition des bénéfices des multinationales, passant de simples mesures « compensatoires » à des mesures plus fondamentales de modification de la répartition des droits d'imposition, se retrouve similairement dans les travaux des Nations-Unies. En effet, la redéfinition constante de la source des revenus à laquelle s'attèle le Comité des N-U dans l'intérêt de ses membres, essentiellement États importateurs de capitaux, s'est

²⁰²⁶Pour une étude approfondie du « principe d'imposition unique », R. AVI-YONAH, *International Taxation of Electronic Commerce*, *Tax Law Review*, Vol. 58, 1997, p. 517 et s.

²⁰²⁷W. SCHÖN, « Ten Questions about Why and How to Tax the Digitalized Economy », *préc.*, p. 5.

²⁰²⁸*Ibid.*

d'abord réalisée par un renforcement des mécanismes de lutte contre l'évasion fiscale internationale des entreprises. À ce titre, les retenues à la source (RALS) ont constitué, dès les premiers modèles de convention ONU, la solution de prédilection pour protéger les États de source des pratiques d'érosion de leur base imposable et de transfert des bénéficiaires mises en œuvre par les entreprises. L'intégration dans la catégorie des redevances des paiements effectués en contrepartie de la location « d'équipements industriels, commerciaux et scientifiques » en a été l'exemple le plus manifeste, cette extension, toujours contenue dans le modèle ONU²⁰²⁹, ayant été originellement conçue pour neutraliser les pratiques des entreprises de ces secteurs qui visaient à s'établir dans des États à fiscalité faible voire nulle sans pour autant déployer d'ES dans les États où ces équipements étaient utilisés²⁰³⁰. Dès lors, la faculté du mécanisme de RALS de se détacher du critère de présence physique dans l'enclenchement de la compétence fiscale de l'État de source pour privilégier d'autres indicateurs intrinsèquement liés à son territoire, i.e. le lieu d'utilisation des biens et services fournis par l'entreprise ou le lieu de paiement, a permis avec une certaine effectivité de lutter contre les stratégies d'évitement d'une présence imposable entreprises par les multinationales notamment dans le domaine de la fourniture de services. Cette conception essentiellement « protectionniste » des RALS a toutefois récemment fait place à une conception de plus large portée dans laquelle ce mécanisme constituerait la solution la plus appropriée pour répondre, dans le domaine des impôts directs, aux défis globaux soulevés par la numérisation de l'économie. En effet, si le rapport intérimaire OCDE en 2018 avait finalement rejeté cette solution, considérant que ses lacunes d'un point de vue technique étaient trop importantes²⁰³¹, l'ensemble des réformes de redistribution des droits d'imposition au profit des États de source a été entreprise par le Comité des N-U, à l'exception de l'ES de services²⁰³², par l'intermédiaire de mécanismes de RALS autonomes. D'abord simple mesure « compensatoire » dans le but de restaurer une compétition « juste » et « équitable » entre fournisseurs locaux et étrangers, la généralisation du mécanisme de RALS comme solution permettant le rattachement effectif à l'État de source des profits d'activités numérisées aux contours largement a-territoriales, entraîne dès lors un changement de paradigme dans la répartition des droits d'imposition au moins aussi important que celui institué par le pilier 1 OCDE (**Section 1**). Si nous avons déjà pu présenter les importantes difficultés de mise en œuvre de la RALS instituée par l'article 182 B du CGI en tant que technique d'imposition visant à garantir le recouvrement effectif de l'impôt auprès d'entreprises étrangères, elles se complexifient toutefois encore davantage lorsque

²⁰²⁹Au contraire de l'OCDE qui a décidé en 1992 de retirer de l'article 12 du modèle la référence aux équipements industriels, commerciaux ou scientifiques.

²⁰³⁰A. MARTIN JIMENEZ, BEPS, « The Digital(ized) Economy and the Taxation of Services and Royalties », *WP*, 2018, University of Cadiz, p. 31-32.

²⁰³¹OCDE, *Les défis fiscaux soulevés par la numérisation de l'économie* – rapport intérimaire 2018, *préc.*, p. 135.

²⁰³²Cf. *supra*. § 154 et s.

la retenue constitue une imposition autonome libératoire prélevée sur certaines catégories spécifiques de revenus (**Section 2**).

Section 1 : La redistribution des droits d'imposition au profit des juridictions de source par l'intermédiaire des mécanismes de retenues à la source

525. La multiplication des propositions doctrinales reposant sur l'extension conventionnelle du mécanisme de RALS s'est produite au moment de l'avènement de l'Internet, les caractéristiques des activités de commerce électronique ayant été très vite perçues comme nécessitant d'entreprendre une évolution dans la façon dont la source était traditionnellement définie dans les conventions fiscales²⁰³³. Dans cette mesure, l'intensification des problèmes posés par le commerce électronique en matière de revenus actifs et passifs impliquait, d'une part, la conception d'un *nexus* complémentaire à celui de l'ES qui ne serait pas basé sur le critère de présence physique et, d'autre part, la refonte des catégories préexistantes relatives à la qualification conventionnelle fiscale des revenus. À ce titre, l'approche de la base d'érosion, développée par Richard DOERNBERG²⁰³⁴, a constitué la première solution globale redéfinissant la source des revenus dans un contexte bilatéral sans se fonder sur une quelconque modulation du seuil de présence économique sur lequel repose l'identification d'un ES (**Paragraphe 1**). Si certaines actions du Comité des N-U se sont inspirées de l'approche de Richard Doernberg, l'urgence à agir pour répondre à l'insatisfaction des États en développement quant aux modalités de redistribution des droits d'imposition dévoilées par le pilier 1 a toutefois nécessité le dépassement des cadres de cette approche pour lui préférer une mesure d'imposition qui ne concerneraient que les activités numériques jugées les plus à-mêmes de rendre obsolètes le système fiscal international. À cette fin, le Comité des N-U a décidé, en avril 2021²⁰³⁵, d'inclure dans le modèle ONU un nouvel article 12 B par lequel est institué un mécanisme de RALS spécifique sur les revenus de services numériques automatisés (**Paragraphe 2**).

Paragraphe 1 : La redéfinition de la source des revenus par l'approche de l'érosion de la base fiscale

526. Développée à une période où il existait un consensus international selon lequel toute mesure d'imposition entravant le développement du commerce électronique devait être rejetée, l'approche de la base d'érosion s'inscrit dans l'objectif de moderniser de façon incrémentale les

²⁰³³D. PINTO, « E-commerce and Source-based Taxation », *IBFD Doctoral Series*, 2002, Chapter 6.

²⁰³⁴Cf. notamment R. L. DOERNBERG, « Electronic Commerce and International Tax Sharing », *Tax Notes International*, 1998, 1013-22 ; R. L. DOERNBERG and L. HINNEKENS, « Electronic Commerce and International Taxation (The Hague: Kluwer Law International, 1999) », p. 315 et s.

²⁰³⁵Committee of Experts on International Cooperation in Tax Matters, « Tax consequences of the digitalized economy – issues of relevance for developing countries », 22nd Session, E/C.18/2021/CRP.1, 6 April 2021.

aspects du système fiscal international qui ne sont pas en mesure de retranscrire la faculté pour les entreprises de ce secteur de disposer d'une présence économique significative sur un territoire sans pour autant y déployer de moyens matériels et humains. Pour ce faire, cette approche justifie la compétence fiscale de l'État de source dès lors qu'il est identifié un paiement réalisé par un de ses résidents ayant pour effet d'« éroder » son assiette imposable. En d'autres termes, en l'absence d'ES sur son sol, l'État de source serait tout de même légitime à imposer les intérêts, les redevances ou encore les honoraires pour services techniques versés par ses résidents en ce que ces paiements réduisent sa base imposable²⁰³⁶. Une telle vision « protectionniste » est toutefois sujette à caution. En effet, il peut apparaître contestable d'assimiler la déduction de dépenses de la base imposable d'un contribuable à une pratique fiscale dommageable surtout lorsque ces dépenses apparaissent justifiées d'un point de vue commercial. De même, le fondement théorique sur lequel s'appuie les partisans de cette approche, tenant au fait que la déduction des paiements effectués par des contribuables résidents démontrerait l'allégerance économique des dépenses déduites et des revenus correspondant à l'État de source²⁰³⁷, ne convainc pas dans toutes les situations notamment quand l'État de résidence du prestataire prend une place prépondérante dans son processus de création de valeur. Reste qu'au-delà de ces incertitudes théoriques, les avantages pratiques de cette approche, en comparaison à des solutions plus complexes de modernisation de la notion d'ES, amènent sérieusement à considérer l'opportunité de son intégration dans le réseau conventionnel d'États disposant d'une balance commerciale structurellement déficitaire comme la France (I). La principale consécration de cette approche figure à l'article 12 A du modèle ONU, introduit en 2017²⁰³⁸, et octroyant aux États de source la possibilité d'imposer sur une base brute les rémunérations versées par ses résidents en contrepartie de la fourniture de services techniques, que ces services aient été réalisés par l'entreprise étrangère à l'intérieur ou à l'extérieur de son territoire. Cette nouvelle règle de distribution est alors révélatrice du changement de paradigme majeur opéré par le Comité des N-U dans le traitement de l'imposition à la source des revenus tirés des prestations de services, cette question ayant été, durant le début du XXIème siècle, essentiellement appréhendée sous le prisme de la notion d'ES²⁰³⁹. Toutefois, force est de constater que le dispositif

²⁰³⁶B. J. ARNOLD, « The Taxation of Income from Services », *Draft Paper* n°2, United Nations, May 2014, p. 3 et s.

²⁰³⁷J. LI, « International Taxation in the Age of Electronic Commerce: A Comparative Study », *The Canadian Tax Foundation*, 2003, p. 592-593.

²⁰³⁸L'intégration de cette disposition fait suite à d'importants travaux menés au sein du Comité des N-U dès l'année 2009 sur la répartition des droits d'imposition concernant les revenus découlant des activités de services transfrontaliers. Pour de plus amples développements sur la genèse de cette article, A. BAEZ MORENO, *préc.*

²⁰³⁹B. J. ARNOLD, « père fondateur » de l'article 12 A, notait en 2007 que « si l'imposition à la source des revenus tirés de services techniques fournis dans un État est jugée appropriée, cela devrait se faire par une extension du concept d'ES de manière à rendre applicables les règles de l'article 7 plutôt que par l'inclusion dans les conventions de double imposition d'un article relatif aux rémunérations des prestations de services techniques [...] » (UN Committee, Proposals for amendments to article 5 of the United Nations Model Double Taxation Convention between Developed and Developing Countries: Further Issues Relating to Permanent Establishments E/C

de l'article 12 A, de part son champ d'application restrictif, n'est qu'une retranscription lacunaire des fondements sur lesquels reposent l'approche de la base d'érosion (II).

I. Les avantages pratiques de l'approche de la base d'érosion

527. La simplicité de mise en œuvre de l'approche de la base d'érosion tient en partie au fait que le régime d'imposition du prestataire non-résident dans l'État de source est déterminé par le traitement fiscal du paiement dans cet État. En d'autres termes, le prélèvement à la source sur la somme versée à l'entreprise étrangère est uniquement subordonné à l'identification d'un paiement déductible de la base imposable de l'État de source. Dans cette mesure, l'adoption de cette approche est de nature à neutraliser les difficultés touchant à la qualification fiscale des revenus perçus par une entreprise étrangère en contrepartie de la fourniture de services en rendant inopérante l'analyse des dispositions cédulaires contenues dans les conventions fiscales pour répartir la compétence fiscale (A). En concevant le rattachement de la compétence fiscale de l'État de source sur des facteurs qui ne sont pas centrés sur les actions déployées par un prestataire étranger pour faire fructifier son activité, l'approche de la base d'érosion laissait ainsi déjà présager de l'importance de certains éléments intrinsèquement liés au marché dans la redistribution des droits d'imposition entre juridictions. En effet, son fonctionnement se rapproche dans certains de ses aspects, d'approches plus novatrices visant à considérer que les ventes conclues par des entreprises étrangères reflèteraient la production d'un revenu de nature à justifier la compétence fiscale de l'État de consommation. Les avantages pratiques d'une intégration en droit fiscal conventionnel de l'approche de la base d'érosion sont toutefois encore plus notables qu'une mesure imposition selon le principe de destination. En effet, l'institution par cette approche d'un lien entre le prélèvement de la retenue par le contribuable résident payeur et sa faculté de déduire lesdits paiements de sa base imposable, permet d'assurer automatiquement l'exécution de ce prélèvement (B).

A. La neutralisation des difficultés liées à la qualification fiscale conventionnelle des revenus

528. La catégorisation des revenus d'activités de services réalisées par des multinationales numériques en fonction des dispositions contenues dans les conventions fiscales bilatérales est de nature à favoriser les situations de double-imposition, les États étant susceptibles d'adopter des interprétations divergentes quant à la qualification de ce type de revenus²⁰⁴⁰. En effet, si le rattachement des revenus issus de la fourniture de PS à la catégorie des redevances apparaît fondé

18/2007/CRP.4, p. 26).

²⁰⁴⁰D. PINTO, *préc.*

sur un critère *a priori* clair, à savoir la communication par le prestataire d'une expérience acquise, l'étude des commentaires OCDE et de la jurisprudence française démontrent toutefois d'importantes difficultés à manier ce critère notamment à l'égard de contrats où le prestataire s'engage à fournir des PS techniques uniques et à forte valeur ajoutée²⁰⁴¹. Dans cette mesure, l'adoption d'un critère objectif selon lequel l'État de la source dispose d'une compétence fiscale à l'égard de n'importe quel paiement dès lors qu'il « érode » sa base imposable, comporte les avantages significatifs de la simplicité et de la certitude fiscales. En effet, la mise en œuvre effective de la RALS implique non pas de déterminer la nature de ce qui est vendu ou fourni par l'entreprise étrangère mais de déterminer le lieu de vente ou de réalisation de la prestation²⁰⁴². De plus, l'institution de ce critère permettrait de renouer avec une certaine réalité économique dans laquelle « *la catégorisation des revenus apparaît foncièrement artificielle. En effet, sur le marché, un vendeur ne se soucie pas (en dehors des considérations fiscales) de la catégorisation d'un paiement reçu, tant que le paiement correspond à la juste valeur de ce qui a été vendu* »²⁰⁴³.

La limitation du champ d'application de l'approche aux seuls paiements qui ont pour effet de diminuer la base imposable du payeur résident de l'État de source n'est toutefois pas sans poser des difficultés. En effet, une telle conception induit l'exclusion totale des activités dans lesquelles le clients ne disposent d'aucune faculté de déduction du paiement, i.e. les activités B2C. Apparaissent déjà à ce stade les faiblesses de cette mesure en comparaison d'une solution de modernisation de la notion d'ES. Cette dernière permet en effet l'appréhension de l'ensemble des activités réalisées par une entreprise étrangère sur le territoire de l'État de source sans qu'il ne soit opérée de distinction entre les activités B2B, B2C ou C2C. Si les partisans de l'intégration d'une RALS de ce type dans l'architecture conventionnelle tentent de minimiser l'importance de cette lacune en arguant de la prédominance actuelle du commerce B2B²⁰⁴⁴, l'exclusion des activités B2C est en tout état de cause susceptible d'entraîner des résultats contraires au principe de neutralité. En effet, en l'absence de présence taxable sur le territoire de l'État de consommation, les entreprises étrangères spécialisées dans la réalisation d'activités B2C ne subiront aucune imposition de leurs bénéfices dans l'État de source de sorte qu'elles disposeront d'un avantage compétitif significatif en comparaison avec des entreprises soumises à l'application de la RALS²⁰⁴⁵. L'avantage compétitif sera d'autant plus important lorsque l'entreprise prestataire réside dans un État qui n'impose que faiblement les

²⁰⁴¹Cf. *supra*. § 295.

²⁰⁴²D. PINTO, *préc.*

²⁰⁴³R. DOERNBERG, *préc.* n°, p. 23.

²⁰⁴⁴A. BAEZ MORENO, Y. BRAUNER, *art. préc.*, p. 82 (citant J. Li, « Protecting the Tax Base in a Digital Economy, in United Nation Handbook on Selected Issues in Protecting the Tax Base of Developing Countries 407 », p.10) : les activités de B2B oscilleraient entre 75 et 90 % du e-commerce mondial.

²⁰⁴⁵D. PINTO, *préc.*, p. 186.

revenus perçus en comparaison de l'État de source.

B. Le caractère auto-exécutoire de l'approche de la base d'érosion

529. L'approche de la base d'érosion implique qu'un client payeur résident de l'État de source ne puisse déduire les sommes versées à une entreprise prestataire non-résidente de sa base imposable que lorsqu'il a effectivement procédé au prélèvement de la retenue. « *De cette façon, le système crée une puissante incitation pour les payeurs à déduire l'impôt et pourrait donc créer un système auto-applicable, ce qui est une caractéristique administrativement souhaitable de l'approche* »²⁰⁴⁶. Plus fondamentalement encore, la redéfinition de la source dans cette approche est de nature à renforcer l'effectivité de la lutte contre les situations de double non-imposition dans lesquelles l'État de résidence de l'entreprise prestataire soumet à une faible imposition les sommes reçues voire même les exonèrent totalement²⁰⁴⁷. Il est dès lors surprenant que le projet BEPS n'ait jamais considéré directement les propositions visant à renforcer l'imposition à la source spécifiquement en matière de prestations de services comme réponse à une mise en œuvre effective du « principe de taxation unique ». Cette indifférence semble toutefois aujourd'hui avoir fait place à une prise de conscience du Cadre inclusif OCDE concernant le potentiel du mécanisme de RALS, en tant que mécanisme complémentaire aux règles *Globe*, pour assurer que les profits retirés par une entreprise multinationale ne soient plus imposés en-deçà d'un taux minimum pré-déterminé.

II. Les illustrations de l'approche de la base d'érosion dans le système fiscal international

530. La principale consécration de l'approche de la base d'érosion figure à l'article 12 A du modèle ONU, introduit en 2017²⁰⁴⁸, et octroyant aux États de source la possibilité d'imposer sur une base brute les rémunérations versées par ses résidents en contrepartie de la fourniture de services techniques, que ces services aient été réalisés par l'entreprise étrangère à l'intérieur ou à l'extérieur de son territoire. Cette nouvelle règle de distribution est alors révélatrice du changement de paradigme majeur opéré par le Comité des N-U dans le traitement de l'imposition à la source des revenus tirés des prestations de services, cette question ayant été, durant le début du XXI^{ème} siècle, essentiellement appréhendée sous le prisme de la notion d'ES²⁰⁴⁹. Toutefois, force est de constater

²⁰⁴⁶Ibid.

²⁰⁴⁷A. BAEZ MORENO, « The Taxation of Technical Services under the United Nations Model Double Taxation Convention », *préc.*, § 2.

²⁰⁴⁸L'intégration de cette disposition fait suite à d'importants travaux menés au sein du Comité des N-U dès l'année 2009 sur la répartition des droits d'imposition concernant les revenus découlant des activités de services transfrontaliers. Pour de plus amples développements sur le genèse de cette article, A. BAEZ MORENO, *préc.*

²⁰⁴⁹B. J. ARNOLD, « père fondateur » de l'article 12 A, notait en 2007 que « si l'imposition à la source des revenus tirés de services techniques fournis dans un État est jugée appropriée, cela devrait se faire par une extension du concept

que le dispositif de l'article 12 A, de part son champ d'application restrictif, n'est qu'une retranscription lacunaire des fondements sur lesquels reposent l'approche de la base d'érosion (A). Si cette approche avait été initialement développée dans le but d'opérer une redistribution des droits d'imposition au profit des États de source, il convient de noter qu'elle innerve de la même manière la conception des mécanismes de RALS au caractère « compensatoire ». L'exemple récent le plus notable est alors la règle de l'assujettissement à l'impôt (RAI) introduite à titre complémentaire dans la solution du pilier 2 qui permettra aux États de source, normalement dès la mi-2022, de prélever une retenue complémentaire dès lors que le revenu bénéficiant d'une protection conventionnelle n'est pas taxé ou est taxé en-deçà d'un taux minimum pré-déterminé (9 %) dans l'autre juridiction contractante. En conséquence, l'enclenchement de la compétence fiscale de l'État de source serait subordonné non seulement à l'identification de certains paiements intra-groupe érosifs, mais également à l'imposition effective du flux dans l'État de résidence du bénéficiaire. En ce sens, la RAI marque, de part sa nature hybride, une évolution de l'approche de la base d'érosion puisqu'elle dispose, outre de la faculté classique de protéger l'assiette fiscale nationale de l'État de source, de l'effet stratégique d'atténuer l'agressivité de la concurrence fiscale internationale (B).

A. L'article 12 A du modèle ONU : une illustration lacunaire de l'approche de la base d'érosion

531. S'il a pu être noté que l'approche de la base d'érosion pouvait aboutir à des résultats non-conformes au principe de neutralité, particulièrement dans le domaine du numérique avec l'exclusion des activités B2C, le prélèvement à la source introduit par l'article 12 A du modèle ONU, en ne limitant son périmètre d'application qu'à une catégorie particulière de services, i.e. les services techniques, exacerbe d'autant plus cette difficulté (1). Dans cette mesure, l'article 12 A est de nature à causer de nombreuses difficultés dans la qualification conventionnelle des revenus, la distinction apparaissant malaisée entre les services dits « techniques » et ceux « ordinaires » qui ne nécessitent pas en principe de la part de l'entreprise prestataire la mise en œuvre de connaissances particulières²⁰⁵⁰. Dès lors, les objectifs de simplicité et de certitude fiscales auxquels s'attachent l'approche de la base d'érosion ne semblent pouvoir être atteints que par l'adoption d'un champ matériel globalisant (2).

d'ES de manière à rendre applicables les règles de l'article 7 plutôt que par l'inclusion dans les conventions de double imposition d'un article relatif aux rémunérations des prestations de services techniques [...] » (UN Committee, Proposals for amendments to article 5 of the United Nations Model Double Taxation Convention between Developed and Developing Countries: Further Issues Relating to Permanent Establishments E/C 18/2007/CRP.4, p. 26).

²⁰⁵⁰F. SOUZA DE MAN, *Taxation of Cross-Border Provision of Services in Double Tax Conventions between Developed and Developing Countries: A Proposal for New Guidelines*, Dissertation, Maastricht, 2013, p. 251 et s.

1. La contrariété avec le principe de neutralité

532. La contrariété d'une mesure d'imposition au principe de neutralité fiscale ne devrait pas constituer un obstacle à son adoption dans deux situations distinctes. D'une part, comme nous l'avons noté pour le concept d'ES virtuel, les cadres actuels de la répartition des droits d'imposition apparaissent en mesure d'appréhender les activités de vente de biens réalisées à distance par les entreprises de sorte qu'une mesure qui viendrait à exclure de son champ ce type d'activités, bien que dans un certain sens non-conforme au principe de neutralité, n'en saurait pas pour autant moins pertinente. D'autre part, comme le note R. DOERNBERG, des incartades au principe de neutralité pourraient être envisagées dès lors que la mesure d'imposition « *repose sur l'idée de trouver un compromis global entre les États de résidence et de source [...] qui soit simple, équitable et exécutoire* »²⁰⁵¹.

Si la limitation du champ d'application d'une RALS aux revenus découlant de la réalisation de services transfrontaliers semble dans cette mesure justifiable, tel n'est néanmoins pas le cas de dispositions comme l'article 12 A qui, sans réel fondement, viennent à distinguer artificiellement deux catégories de services pour les soumettre à des règles de distribution différentes. En effet, la contrariété au principe de neutralité n'apparaît ici justifiée par aucun fondement en ce que l'ensemble des services, qu'ils requièrent ou non la mise en œuvre de connaissances spécialisées du prestataire, sont de nature à « éroder » la base imposable de l'État de source. En d'autres termes, si l'introduction de l'article 12 A a vocation à appréhender les situations dans lesquelles les paiements effectués par un contribuable ont pour effet de diminuer la base imposable de l'État de source sans imposition à la source correspondante, l'exclusion de certaines catégories de services du champ d'application des retenues apparaît incohérente avec l'objectif de ces mesures d'éviter un traitement fiscal privilégié pour les prestataires étrangers²⁰⁵². Dès lors, l'article 12 A ne peut s'assimiler à une consécration de l'approche de la base d'érosion dans laquelle la répartition des droits d'imposition entre État de résidence et de source est opérée indépendamment de la nature de l'activité réalisée par le prestataire de services.

2. La contrariété avec les objectifs de simplicité et de certitude fiscales

533. L'introduction de l'article 12 A dans le modèle ONU, loin de constituer une révolution au regard de la pratique conventionnelle des États en développement²⁰⁵³, poursuivait le but initial de

²⁰⁵¹R. DOERNBERG, *préc.*, p. 23.

²⁰⁵²A. BAEZ MORENO, « The Taxation of Technical Services under the United Nations Model Double Taxation Convention », *préc.*

²⁰⁵³W. WIJNEN, J. DE GOEDE, A. ALESSI, « The Treatment of Services in Tax Treaties », *Bulletin for International*

réduire les incertitudes juridiques découlant des difficultés à tracer une ligne de démarcation nette entre les bénéfices d'entreprises et les redevances en matière d'imposition des services à la source²⁰⁵⁴. Pour ce faire, le choix des commentateurs du modèle ONU a été alors de retenir une interprétation extrêmement restrictive de la notion de « services techniques » en excluant de son périmètre d'application l'ensemble des « services numériques automatisés », jugés comme revêtant exclusivement un caractère routinier.

Deux raisons principales, développées dans le modèle ONU de 2017, amènent à justifier cette interprétation restrictive. La première est relative à l'adoption d'une signification spécifique des termes de « rémunérations pour services techniques » par rapport à celle contenue dans le droit interne de certains États tandis que la deuxième tient à l'exclusion de tout service qui n'impliquerait pas du prestataire la mise en œuvre de connaissances, de compétences ou d'expertises spécialisées pour le compte d'un client²⁰⁵⁵. Force est néanmoins de constater que dans la pratique, l'article 12 A entraîne bien au contraire une augmentation de l'insécurité juridique « *puisque [...] la plupart des pays qui taxent déjà les services techniques dans leur droit interne n'applique pas une telle exclusion et une telle interprétation oblige -ce qui n'est pas une tâche aisée- à distinguer entre services routiniers et non routiniers* »²⁰⁵⁶. Dès lors, l'article 12 A n'apparaît manifestement pas en mesure de remplir sa fonction unificatrice dans l'interprétation des diverses dispositions conventionnelles relatives à l'imposition par l'État de source des revenus tirés de services réalisés par un prestataire sur son sol en l'absence d'existence d'un ES. Le caractère superfétatoire de cette disposition pourrait même être avancé lorsqu'il est mis en perspective la profusion de dispositifs permettant d'ores-et-déjà d'octroyer une compétence fiscale à l'État de source en l'absence de présence d'un ES sur son territoire. Pour ne citer que l'exemple des rémunérations versées en contrepartie de « l'utilisation d'équipements industriels, commerciaux ou scientifiques », revêtant dans le modèle de l'ONU la nature de redevances, certains États considèrent que l'« utilisation » ne nécessite pas forcément la possession physique de l'équipement mais pourrait se caractériser lorsque le client utilise des capacités satellitaires, des câbles ou encore des *pipeline* sans pour autant les exploiter²⁰⁵⁷. Enfin, concernant la distinction entre services routiniers et non routiniers, son bien-

Taxation, Vol. 66, Issue n°1, 2012, p. 33 ; Plus exceptionnellement, cette notion est insérée dans certaines conventions fiscales conclues par la France avec des États en développement, cf. à ce titre la convention franco-indienne, article 13.

²⁰⁵⁴A. BAEZ MORENO, « Because not always B comes after A: Critical Reflections on the new Article 12B of the UN Model Tax Convention on Automated Digital Services », Universidad Carlos III de Madrid, Juillet 2021, p. 8-9.

²⁰⁵⁵*Ibid.* p. 4.

²⁰⁵⁶*Ibid.* p. 10. Seul l'État indien partage cette vision restrictive de la notion de « services techniques ». Cette restriction dans l'interprétation de cet article expliquerait alors la pratique de l'État indien visant à introduire de manière complémentaire dans ses conventions une clause « d'honoraires pour services inclus » (*fees for included services*). Cette dernière notion est quasiment identique à la notion de « redevances » telle que définie dans les modèles OCDE et ONU.

²⁰⁵⁷Cette position ne se retrouve pas uniquement chez les États en développement. En effet, certains États développés

fondé apparaît discutable en ce que la réalisation de chaque service, qu'elle soit automatisée ou standardisée, requiert dans une certaine mesure toujours la mise en œuvre par le prestataire de connaissances spécifiques pour le compte d'un client et ce parfois même avec une plus grande intensité que dans certains services sur mesure²⁰⁵⁸.

B. La règle de l'assujettissement à l'impôt du pilier 2 OCDE : une évolution de la conception de l'approche de la base d'érosion

534. Ainsi que nous l'avons déjà mentionné²⁰⁵⁹, l'adoption du Pilier 2, par la majorité de la communauté internationale, constitue une rupture avec l'approche prévalant dans le cadre du projet BEPS relative à la lutte contre les seuls régimes fiscaux qui ne permettaient pas de lier l'attribution d'un avantage fiscal par un État à l'exercice sur son territoire d'une activité substantielle par un contribuable.

La redéfinition des éléments de distinction développés par l'action 5 du projet BEPS entre la concurrence fiscale « saine » et la concurrence fiscale « dommageable »²⁰⁶⁰ dans le but de garantir une imposition effective des entreprises multinationales réalisant un CA supérieur à 750 millions d'euros s'est alors réalisée par un renforcement conséquent des droits d'imposition des États de résidence. Certains auteurs ont alors pu considérer que cette solution s'inscrivait en contradiction avec l'objectif de renforcer l'imposition à la source dans le but de satisfaire à une répartition plus équitable des droits d'imposition²⁰⁶¹. Toutefois, l'institution complémentaire d'une RALS à la RPII est, en apparence, de nature à ré-équilibrer les implications distributives de la mise en œuvre d'un impôt minimum à la résidence en renforçant conséquemment les droits d'imposition des juridictions de source. En effet, le prélèvement d'une RALS à taux unique limité aux paiements intra-groupe qualifiés d'« érosifs », i.e. les intérêts, redevances et autres paiements exposés à des pratiques de BEPS, aboutirait dans les faits à une sorte d'imposition minimale dans l'État de source tout en conservant, comme le souhaitait le projet BEPS, les cadres fondateurs sur lesquels reposent actuellement la répartition conventionnelle des droits d'imposition. L'approche développée par le Cadre inclusif apparaît alors fondamentalement novatrice au vu de la diversité des mécanismes d'imposition composant la solution du pilier 2, favorisant tantôt l'État de résidence tantôt l'État de source, dans le but d'éliminer les situations dans lesquelles les revenus transfrontaliers seraient

comme l'Allemagne disposent d'une vision similaire, V. à ce titre, UN Committee of Experts on International Cooperation in Tax Matters, Possible Amendments to the Commentary, on Article 12 (Royalties), Note by the Coordinator, Ms Pragya Saksena for the 12th Session, Geneva, 11-14 Oct. 2016, E/C.18/2016/CRP.8.

²⁰⁵⁸A. BAEZ MORENO, « The Taxation of Technical Services under the United Nations Model Double Taxation Convention », *préc.* N^o, § 3.2.1.2.2.

²⁰⁵⁹V. *supra*. Introduction.

²⁰⁶⁰V. *supra*. Introduction.

²⁰⁶¹A. BAEZ MORENO, Y. BRAUNER, « Taxing The digital Economy Post BEPS ... Seriously », *préc.*, p. 57.

exonérés d'imposition. La RAI reflète dans cette mesure la vision selon laquelle l'État de source, conformément au principe de taxation unique, ne devrait pas réduire son impôt à moins qu'il ne puisse être certain que le revenu est réellement assujéti à l'impôt dans un autre État²⁰⁶². Dans cette mesure, la lutte contre la double non-imposition pourrait constituer une justification à l'attribution de la compétence fiscale à l'État de source. Toutefois, en « *cibl[ant] les structures transfrontalières liées aux paiements intragroupe qui exploitent certaines dispositions de la convention pour transférer des bénéfices de pays de la source vers des juridictions où ces paiements supportent des taux d'imposition nominale [inférieurs à 9 %]* »²⁰⁶³, force est de constater que la RAI ne modifiera que de manière infime la répartition des droits d'imposition entre État de source et de résidence. Cette absence de modification substantielle des cadres de la répartition tient en raison du caractère « compensatoire » de la RAI mais aussi et surtout de son champ d'application restrictif combiné avec l'adoption d'un taux minimum d'imposition bas, i.e. 9 %, pour éviter que ne se multiplient les situations de double-imposition du fait de l'assise du prélèvement sur une assiette brute. Plus spécifiquement concernant le caractère compensatoire de cette mesure, le Cadre inclusif note en effet que « *la RAI n'est pas motivée par les préoccupations (telles que celles auxquelles répond le premier Pilier ou qui sous-tendent l'inclusion de la disposition sur les honoraires pour services techniques à l'article 12A du Modèle des Nations Unies de 2017) selon lesquelles la répartition actuelle des droits d'imposition entre juridictions doit être réexaminée* »²⁰⁶⁴. Il apparaît toutefois regrettable que le Cadre inclusif n'ait pas adossé à la RAI, similairement à certaines propositions doctrinales, une composante distributive. En effet, l'adoption d'une RALS libératoire sur les paiements transfrontaliers en contrepartie de la réalisation de services, soumise à un taux d'imposition dépendant du niveau d'imposition dans l'État où le bénéficiaire réside²⁰⁶⁵, aurait assurément permis une solution plus satisfaisante pour les États en développement, majoritairement États importateurs de capitaux. Dès lors, il ne semble guère possible de voir à terme l'émergence d'un ordre fiscal international unifié, tant la solution du pilier 2 est de nature à favoriser les intérêts des principaux États de résidence des entreprises multinationales en comparaison au pilier 1 qui n'aboutira sûrement qu'à une faible redistribution des droits d'imposition au profit des États de consommation. Le choix du Comité des experts des N-U de développer une solution spécifique

²⁰⁶²R. AVI-YONAH, « International Taxation of Electronic Commerce », *Tax Law Review*, Vol. 58, 1997, p. 539.

²⁰⁶³OCDE, Les défis fiscaux soulevés par la numérisation de l'économie - Rapport sur le blueprint du Pilier Deux : Cadre inclusif sur le BEPS, 2020, § 567.

²⁰⁶⁴*Ibid.*

²⁰⁶⁵Y. BRAUNER, A. BAEZ, « Withholding Taxes in the Service of BEPS Action 1 : Address the Tax Challenges of the Digital Economy », *préc.* n° : le taux de RALS est décomposé en fonction de la résidence fiscale de l'entreprise prestataire. Tandis que le taux normal serait de 10 % concernant les paiements effectués aux non-résidents enregistrés selon le système d'identification prévu, il serait porté à 15 % lorsque l'entreprise étrangère serait résidente d'un État à fiscalité privilégiée.

d'imposition des revenus des multinationales numériques en est l'illustration la plus manifeste.

Paragraphe2 : La redéfinition de la source des revenus par le mécanisme de retenues à la source de l'article 12 B du modèle ONU

535. En laissant hors de son spectre d'application les services les plus à même d'être réalisés par un prestataire étranger sur le territoire de l'État de consommation sans déploiement de moyens physiques et matériels, l'article 12 A ne pouvait à l'évidence constituer une solution adaptée aux défis fiscaux soulevés par la numérisation de l'économie. L'introduction complémentaire d'un dispositif dans le modèle de Convention constituait dès lors la conséquence logique de l'interprétation restrictive du champ matériel de l'article 12 A. À cette fin, l'inclusion à l'article 12 B d'une RALS spécifique sur les revenus de services numériques automatisés en avril 2021 marque un changement de paradigme au sein du Comité des N-U dans la conception des règles de distribution conventionnelle des droits d'imposition en ne limitant plus l'octroi d'une compétence fiscale à l'État de source aux situations dans lesquelles sa base imposable ferait l'objet d'une érosion **(I)**. Cette solution alternative au pilier 1, considérée par ses partisans comme disposant des mérites de la simplicité et de l'efficacité dans l'exercice de re-distribution des droits d'imposition entre juridictions²⁰⁶⁶, entreprend dès lors de remédier à certaines des lacunes les plus importantes du mécanisme de RALS pour l'adapter aux contours des activités qu'il vise à appréhender **(II)**.

I. L'abandon d'une vision « protectionniste » dans la conception des règles de distribution

536. L'intégration de l'article 12 B dans le modèle ONU revient à opérer une consécration de la théorie de la demande en considérant que l'exploitation d'un marché, en lui-même, génère des profits pour les entreprises spécialisées dans la fourniture de « services numériques automatisés » (SNA), l'État de consommation étant à ce titre légitime pour imposer les bénéfices découlant de ces activités **(A)**. Par la mise en œuvre d'un prélèvement au champ d'application matériel limité à certaines activités numériques, le modèle ONU semble désormais disposer, au moins en apparence, d'un attirail complet de nature à permettre aux États de source de remédier aux situations dans lesquelles un prestataire étranger réalise des bénéfices subséquents sur leurs territoires sans pour autant y faire l'objet d'une imposition en l'absence de moyens physiques et matériels déployés **(B)**.

²⁰⁶⁶V. à ce titre, Committee of Experts on International Cooperation in Tax Matters. Tax consequences of the digitalized economy – issues of relevance for developing countries. E/C.18/2020/CRP.41, spéc. p. 9-28.

A. La consécration de la théorie de la demande dans l'attribution des droits d'imposition à l'État de source

537. L'ajout d'un nouvel article dans le modèle ONU trouve une justification similaire à celle ayant été avancée dans l'extension du pouvoir d'imposition de l'État de source en matière de services techniques : les prestataires étrangers spécialisés dans la fourniture de services numériques autonomisés disposent, en raison de l'évitement de toute présence imposable sur le territoire de l'État de source, d'un avantage compétitif substantiel sur les prestataires domestiques. Dans cette mesure, la ré instauration d'une équité dans le traitement fiscal entre prestataires étrangers et domestiques implique, notamment pour les États aux faibles capacités administratives, l'élaboration d'une solution simple, fiable et efficace permettant en toutes circonstances l'appréhension par les États de source d'une portion des revenus tirés par un prestataire étranger et rattachables à leurs territoires²⁰⁶⁷. Pour ce faire, l'article 12 B s'inscrit dans le courant théorique prédominant actuellement dans la conception des réponses à apporter aux défis fiscaux soulevés par la numérisation de l'économie. En effet, cet article revient, similairement au pilier 1 OCDE et à certaines propositions de modulation de la notion d'ES²⁰⁶⁸, à transposer la position selon laquelle l'impossibilité pour une entreprise de réaliser des profits par la simple production de biens serait de nature à démontrer que le marché est le lieu principal où la valeur contribuant aux bénéfices de l'entreprise est créée²⁰⁶⁹. L'article 12 B se détacherait toutefois des règles de localisation de l'acte de consommation adoptées par le pilier 1 OCDE en liant le rattachement de la compétence fiscale d'un État à la localisation sur son territoire du client payeur. En d'autres termes, en vertu de cet article, l'attribution de la compétence fiscale à un État est subordonnée à la localisation sur son territoire du client payeur, indépendamment du fait que cet État soit le lieu de création de valeur pour l'entreprise prestataire étrangère. Si nous avons déjà pu exposer les difficultés et incohérences que poseraient l'adoption d'une telle approche avec les fondements sur lesquels reposent actuellement l'architecture du système fiscal international, leur exacerbation par certaines des spécificités du mécanisme de RALS invite à les reconsidérer par une étude séparée.

B. La complémentarité apparente du champ d'application avec l'article 12 A

538. Par l'adoption du concept de SNA, le Comité des N-U a décidé d'emprunter une direction opposée à celle du Cadre inclusif OCDE qui avait finalement abandonné ce concept pour

²⁰⁶⁷Commentaires Modèle ONU, C (12 B), § 7.

²⁰⁶⁸V. notamment à ce titre l'approche indienne concernant le concept de « présence économique significative »

²⁰⁶⁹IN: Government of India, Central Board of Direct taxes, Income department, Proposal for Amendment of Rules for Profit Attribution to Permanent Establishment (CBDT 2019), § 51.

préférer un champ d'application matériel globalisant au titre du pilier 1 (1). Si, en apparence, les RALS des articles 12 A et 12 B semblent toutes deux concerner des catégories spécifiques de services, l'absence de définition claire des concepts de « services numériques automatisés » et de « services techniques » risquent toutefois de complexifier fortement l'exercice de qualification des revenus perçus par les prestataires étrangers (2).

1. La résurgence du concept de « services numériques automatisés »

539. Le concept de SNA, tel qu'il est formulé au paragraphe 5 de l'article 12 B, ainsi que les commentaires du Comité des N-U sur cette disposition, sont pour l'essentiel une retranscription des développements formulés par le Cadre inclusif OCDE sur ce même concept lorsque la solution promue au titre du pilier 1 n'avait pas encore vocation à concerner l'ensemble des secteurs économiques²⁰⁷⁰. Dès lors, un SNA se caractériserait par sa facilité de reproduction pour de nouveaux utilisateurs sans requérir de la part du fournisseur une implication humaine significative. La différenciation entre les entreprises spécialisées dans les services automatisés sur Internet et les entreprises non-automatisées s'effectuerait ainsi par la faculté des premières, une fois la technologie développée, de fournir leurs services à un coût marginal extrêmement faible par rapport aux secondes qui voient une augmentation proportionnelle de leurs coûts unitaires liés à la fourniture des services à leurs nouveaux clients²⁰⁷¹. L'adoption de ce concept implique par conséquent que le champ d'application de la RALS ne soit pas déterminé en fonction de la nature déductible du paiement effectué par un résident de l'État de source. Dit autrement, la réalité selon laquelle de nombreux groupes d'entreprises spécialisées dans ce type de services tirent des bénéfices substantiels de leurs activités B2C nécessite que l'enclenchement de la RALS de l'article 12 B ne se limite pas aux situations dans lesquelles un paiement est déductible de la base imposable de l'État de source. Dès lors, la nouvelle règle de distribution de l'article 12 B apparaît davantage justifiée par des raisons d'ordre pratique que par la vision « protectionniste » de la base imposable de l'État de source qui prévalait jusqu'alors au sein du Comité des N-U dans la conception des RALS.

2. Les interactions potentiellement multiples entre l'article 12 B et 12 A

540. Au premier abord, la distinction entre les « services techniques » et les SNA semble reposer sur des critères clairs. En effet, *« un service, pour être considéré comme technique, nécessite la mise en œuvre d'un degré significatif de personnalisation pour le client qui, par*

²⁰⁷⁰OCDE, *Déclaration du Cadre inclusif sur le BEPS de l'OCDE et du G20 relative à l'approche en deux piliers visant à relever les défis fiscaux soulevés par la numérisation de l'économie – janvier 2020*, § 39-51.

²⁰⁷¹Commentaires Modèle ONU, C (12 B), § 54.

définition, ne peut se retrouver dans la réalisation d'un SNA dans lequel l'intervention humaine est minimale »²⁰⁷². Cette clarté se dissipe toutefois fortement en pratique lorsqu'il est mis en perspective l'ensemble des difficultés pré-existantes touchant à la catégorisation conventionnelle des revenus, notamment en ce qui concerne l'impossibilité de déterminer précisément le seuil de « personnalisation » requis pour caractériser un service technique²⁰⁷³. À ce titre, certains auteurs voient dans l'adoption de l'article 12 B du modèle ONU l'ajout d'une couche supplémentaire de complexité dans la délimitation de la compétence fiscale de l'État de source en matière d'imposition des services²⁰⁷⁴. Cette ajout aurait même pu apparaître superfétatoire s'il n'avait pas été retenu par le Comité des N-U une interprétation extrêmement restrictive du concept de services techniques, interprétation qui plus est en contradiction avec le droit interne de l'essentiel des États ayant adopté une définition de ce concept²⁰⁷⁵. Toutefois, force est de constater que l'introduction de l'article 12 B neutralise désormais toute interprétation globalisante de l'article 12 A qui viendrait à intégrer dans son champ les SNA.

Si les commentaires du modèle pouvaient en partie remédier à ces incertitudes en définissant avec des éléments précis le concept de SNA, le choix opéré par le Comité des N-U de faire finalement reposer l'identification de ce type de services sur des seuils subjectifs n'apparaît manifestement pas en mesure de favoriser la sécurité juridique des contribuables. On notera par exemple qu'il n'est fourni aucune indication concernant le seuil d'implication humaine à partir duquel un service ne pourrait plus être considéré comme « automatisé », le Comité se contentant de décrire ce concept avec des expressions vagues telles que des « réponses humaines très limitées » (*very limited human response*) ou encore des « interactions limitées avec les instructeurs » (*limited interaction with instructors*)²⁰⁷⁶. Enfin, à ces incertitudes s'ajoutent les contradictions directes de certaines des dispositions de l'article 12 B avec la signification communément retenue des concepts de services techniques et de SNA. En effet, en prévoyant en son paragraphe 7 que l'article 12 A s'applique seul lorsque les paiements revêtent simultanément la nature de rémunération en contrepartie de services techniques et de SNA, l'article 12 B suggère indirectement qu'il puisse être apporté des exceptions à l'exclusion mutuelle de principe entre ces deux concepts²⁰⁷⁷. Dans cette mesure, et pour éviter que ne se multiplient des traitements fiscaux asymétriques entre les revenus tirés de la réalisation de services techniques et de SNA, leurs modalités de calcul, i.e. le taux et

2072A. BAEZ MORENO, « Because not always B comes after A », *préc.*, p. 16.

2073Lorsque le service ne peut être considéré comme technique car ne disposant pas d'un degré suffisamment élevé de personnalisation, les revenus découlant de sa réalisation revêtiront la nature de « bénéfices d'entreprises » et feront ainsi, en l'absence d'ES, l'objet d'une imposition dans l'État de résidence du prestataire.

2074A. BAEZ MORENO, *préc.*, p. 16.

2075Seul l'État indien semble adopter dans son droit interne la conception restrictive du modèle ONU.

2076*Ibid.*

2077*Ibid.*

l'assiette, doivent impérativement faire l'objet d'une uniformisation.

II. Une conception de nature à minimiser les lacunes des mécanismes de retenues à la source

541. Les lacunes du mécanisme de RALS comme solution alternative au critère d'ES pour répondre aux défis fiscaux soulevés par la numérisation de l'économie sont connues²⁰⁷⁸. D'une part, en ne requérant aucunement le dépassement d'un certain seuil de présence économique sur le territoire de l'État de source pour lui reconnaître une compétence fiscale, le mécanisme de RALS serait de nature à augmenter considérablement les obligations de mise en conformité fiscale pour les entreprises. D'autre part, si l'exercice de la RALS sur une base brute permet indéniablement d'en simplifier l'administration, le CA réalisé ne saurait constituer un indicateur pertinent de la mesure des bénéfices réalisés par le prestataire au titre de son activité²⁰⁷⁹. En soumettant des contribuables à une imposition alors même que leurs activités seraient déficitaires, la mise en œuvre d'une RALS sur une base brute fait donc peser sur cette catégorie de contribuables une charge excessive au regard de leurs facultés contributives²⁰⁸⁰. Pour remédier à l'ensemble de ces difficultés, le Comité des N-U a alors développé, dans le corps des commentaires, de nombreuses alternatives innovantes visant à assurer un alignement plus cohérent du mécanisme de RALS de l'article 12 B avec les principes traditionnels d'imposition des bénéfices. Le rapprochement avec la notion d'ES est ainsi perceptible puisqu'il est envisagé pour la première fois par le Comité la possibilité, pour les États introduisant dans leurs conventions fiscales l'article 12 B, d'introduire un certain seuil de présence économique à dépasser sur le sol de l'État de source pour enclencher le prélèvement (**A**). La transposition de certains des raisonnements menés dans l'identification d'un ES entraînerait dès lors la création d'une mesure d'imposition au caractère hybride. Cette hybridité pourrait de plus se renforcer par l'adoption d'une méthode novatrice de détermination de la base imposable visant à présumer le montant de bénéfices réalisé par le prestataire au titre de son activité (**B**).

A. L'éventuelle adoption d'un seuil de présence économique dans l'enclenchement du prélèvement

542. Au contraire de la notion d'ES, le prélèvement de la RALS n'est traditionnellement pas subordonné au dépassement par l'entreprise étrangère de seuils quantitatifs ou qualitatifs sur le

²⁰⁷⁸Cf. à ce titre, S. I. KATZ, « International Taxation of Electronic Commerce: Evolution not Revolution », *Tax Law Review*, Vol. 52, Summer 1997, p. 655.

²⁰⁷⁹C. LUCAS-MAS and R. JUNQERA VARELA, « Tax Theory Applied to the Digital Economy : A Proposal for a Digital Data Tax and a Global Internet Tax Agency », *World Bank Group*, 2021, p. 67-68.

²⁰⁸⁰L. FJORD KJAERGAARD, « Allocation of the Taxing Right to Payments for Cloud Computing-as-a-Service », *préc.*, p. 24-25.

territoire de l'État de source. L'assujettissement à l'impôt de la totalité des revenus découlant des transactions concernées démontrerait ainsi la supériorité de ce mécanisme sur l'ES qui, en vertu de la règle du « tout ou rien » (« *all-or-nothing rule* »), est de nature à priver l'État de source de tout pouvoir d'imposition dès lors qu'une entreprise étrangère ne dépasse pas l'un des seuils nécessaires à l'identification d'un ES²⁰⁸¹.

Reste que cet avantage n'apparaît pas en mesure de compenser l'inconvénient majeur du mécanisme de RALS tenant à l'augmentation conséquente des obligations fiscales de mise en conformité des entreprises. Dès lors, des propositions de la doctrine fiscale se sont, dès le début des années 2000, multipliées dans le but de s'assurer que la retenue ne soit prélevée que dans les situations où les contribuables exploitent intensivement le marché de l'État percepteur et sont en mesure de faire face à l'augmentation des obligations de mise en conformité. En effet, en 2002, D. PINTO avait déjà considéré que l'institution d'une RALS à taux uniforme, remboursable si le total des ventes brutes d'une entreprise dans l'État de source restait inférieur à un seuil *de minimis*, constituait la solution la plus adéquate pour répondre aux problématiques fiscales posées par le commerce électronique²⁰⁸². Une telle proposition revenait dès lors à subordonner l'enclenchement de la RALS au dépassement par une entreprise étrangère d'un certain seuil de présence économique sur le sol de l'État de source. Les bienfaits d'une adoption d'un seuil suffisamment haut de CA réalisé sur un territoire pour identifier un lien suffisant aux fins d'attribution de la compétence fiscale sont en effet conséquents et permettent notamment d'éviter la sur-fragmentation des bases imposables entre juridictions. Néanmoins, comme nous avons pu le noter, l'institution unique du facteur des ventes pour faire naître la compétence fiscale de l'État de consommation apparaît frontalement contraire à la connexion sur laquelle repose actuellement le cadre fiscal international entre la source des revenus actifs et le lieu de mise en œuvre effective du capital. Admettons toutefois que la limitation du prélèvement aux situations dans lesquelles le prestataire dépasse un certain seuil de CA sur le territoire de l'État de source constitue une amélioration significative de ce mécanisme en ne faisant pas reposer sur des entreprises réalisant sporadiquement des activités commerciales dans cet État des obligations de mise en conformité fiscale disproportionnées. Si cette opinion n'est partagée que par une très faible minorité des membres du Comité des N-U²⁰⁸³, les commentaires de l'article 12 B envisagent néanmoins directement la possibilité d'insérer dans les conventions fiscales bilatérales deux seuils relatifs, d'une part, au CA mondial du prestataire étranger et, d'autre part, aux revenus tirés de la réalisation des SNA dans l'État de source. Le rapprochement est ainsi notable

²⁰⁸¹A. BAEZ MORENO, Y. BRAUNER, « Withholding Taxes in the Service of BEPS Action 1 : Address the Tax Challenges of the Digital Economy », *IBFD*, 2015, p. 18.

²⁰⁸²D. PINTO, *préc.*, Chapter 8 : « Reconceptualizing Source for Active and Passive Income – The Refundable Withholding Approach »

²⁰⁸³Commentaires ONU Article 12 B, § 25.

avec les taxes sur le CA frappant certaines multinationales numériques. L'insertion de ce double-seuil doit par conséquent être favorisée dans les conventions souhaitant élargir le spectre des RALS aux SNA, la ré Instauration d'une équité de traitement fiscal entre les entreprises domestiques et les entreprises étrangères ne devant se réaliser au détriment des contribuables de petites tailles dont l'augmentation trop importante des obligations de mise en conformité aurait potentiellement comme effet l'arrêt des activités commerciales sur le territoire de l'État de source.

B. L'évolution des modalités classiques de calcul des retenues à la source

543. Comme a pu le noter D. GUTMANN : « *Il a longtemps paru évident que les RALS, pour constituer un moyen immédiat et efficace de prélever l'impôt sur les revenus perçus par les non-résidents, devaient s'exercer sur une base brute* »²⁰⁸⁴. Dans un autre sens, obliger le contribuable étranger à produire des déclarations de revenus sur une base nette dans l'ensemble de ses juridictions d'activités, entraînerait un alourdissement conséquent de ses charges administratives²⁰⁸⁵. Néanmoins, une assiette sur une base brute pose un problème majeur en ce qu'elle ne permet pas la prise en compte de la théorie de la faculté dans l'application de l'impôt. Nous renvoyons à ce titre aux développements concernant les lacunes d'un impôt assis sur une base brute²⁰⁸⁶. Ainsi, contrairement à l'ES, dont le montant imposable est lié à la déduction des dépenses engagées dans la réalisation du revenu, une RALS est susceptible d'être prélevée dans des situations où un contribuable non-résident est dans une situation déficitaire. Cette problématique, principale talon d'Achille du mécanisme de RALS²⁰⁸⁷, pourrait cependant être minimisée par deux mesures cumulatives : d'une part, en l'intégrant dans les conventions fiscales ce qui permettrait une utilisation des mécanismes traditionnels d'élimination de double-imposition et, d'autre part, en octroyant le droit pour les contribuables non-résidents d'opter pour une base d'imposition sur une assiette nette²⁰⁸⁸.

Concernant cette dernière mesure, il peut apparaître regrettable que l'article 12 B du modèle ONU n'ait pas prévu, dans un souci de simplification du régime d'imposition de l'article 12 B, directement la possibilité pour le contribuable de déduire l'ensemble des dépenses engagées dans la

²⁰⁸⁴D. GUTMANN, *Op. cit.*, p. 522, § 781.

²⁰⁸⁵A. COCKFIELD, W. HELLERSTEIN, M. LAMENSCH, « Policy Approaches », Chapter 7 in *Taxing Global Digital Commerce*, Wolters Kluwer, 2019, p. 445.

²⁰⁸⁶Cf. *supra*. Partie 2, Titre 1, Chapitre 1.

²⁰⁸⁷De l'aveu même des défenseurs de l'établissement d'une RALS dans l'appréhension des bénéfices issus de transactions numériques, cf. A. BAEZ MORENO, Y. BRAUNER, *art.préc.*, p.9 1.

²⁰⁸⁸R. DOERNBERG, « Electronic Commerce and International Tax Sharing », *Tax Notes International*, 1998, n° 16, p.1013. Il est même possible d'aller plus loin en envisageant des règles spéciales pour les start-up, les groupes déficitaires ou avec de faibles marges de profit en leur permettant de bénéficier directement d'une taxation sur une assiette nette. Cf. à ce sujet, A. BAEZ MORENO, Y. BRAUNER, *art. préc.*, p.22.

réalisation des services couverts. Plutôt, le Comité des N-U a décidé la mise en œuvre d'une méthode innovante selon laquelle le bénéficiaire effectif pourrait demander à l'État de source d'être imposé sur ses « bénéfices qualifiés » auxquels il serait appliqué le taux d'IS de l'État de source. Les « bénéfices qualifiés » seraient ainsi égaux à 30 % du résultat découlant de l'application aux revenus couverts du ratio de rentabilité le plus élevé entre celui du groupe (ou de la ligne d'activités des SNA si elle existe) et celui du bénéficiaire. L'exemple suivant peut être donné :

*Un bénéficiaire effectif reçoit en contrepartie de la réalisation de SNA des paiements d'un client résident de l'État de source d'un montant de 1000. Il dispose d'un profit global pour l'ensemble de ses activités de SNA de 15 % alors que le groupe dispose d'une marge bénéficiaire de 25 %. Le montant des « bénéfices qualifiés » sera donc égal à : $30 \% * 25 \% * 1000 = 75$. Si la convention fiscale prévoit un taux de RALS de 3 % et que le taux de l'IS est de 26 %, le bénéficiaire pourra opter pour une base nette, en ce que 3 % de 1000 (30) est supérieur à 26 % de 75 (19,5). Dès lors, le bénéficiaire sera assujéti à une RALS d'un montant de 19,5.*

544. La conception de la méthode d'imposition sur une base nette de l'article 12 B n'apparaît pas satisfaisante pour au moins deux raisons. D'une part, en adoptant l'obligation de déterminer le montant des « bénéfices qualifiés » en fonction du ratio de rentabilité le plus élevé entre les activités du prestataire et celui du groupe, des situations persisteront dans lesquelles le prestataire sera soumis à une RALS alors qu'il est en situation déficitaire²⁰⁸⁹. D'autre part, l'adoption d'un pourcentage fixe de 30 % n'est pas suffisant en lui-même pour minimiser la complexité globale de la méthode adoptée par le Comité des N-U. Dans ce cadre, l'inquiétude exprimée par certains membres du Comité considérant « *que la complexité et la charge administrative imposées à une entité pour justifier les ratios de rentabilité requis [pourrait rendre] l'option nette impossible à administrer dans la pratique* »²⁰⁹⁰ ne peut qu'être partagée. Enfin, on notera plus spécifiquement que dans un contexte européen, des mesures nationales introduisant des modalités de calcul de la base imposable de ce type, ne pourraient qu'être déclarées contraires aux libertés protégées par le TFUE de part la charge fiscale et administrative plus importante que les contribuables étrangers supporteraient par rapport à des contribuables résidents dans une situation similaire.

²⁰⁸⁹Commentaires ONU, Article 12 B, § 12.

²⁰⁹⁰*Ibid.* [notre traduction].

Section 2 : La mise en œuvre du mécanisme de retenue à la source

545. Similairement au concept d'ES virtuel, l'insertion conventionnelle d'une RALS assise sur les revenus découlant de la réalisation de certaines transactions numériques aurait l'avantage notable de préserver la dichotomie entre État de résidence et État de source sur laquelle est fondée depuis ses origines le système fiscal international d'imposition des bénéfices des entreprises. Le choix d'une redistribution des droits d'imposition entre juridictions par la voie conventionnelle apparaît dès lors par principe moins complexe dans sa mise en œuvre que des mesures d'imposition au lieu de consommation conçues volontairement en dehors du périmètre d'application des conventions fiscales bilatérales. Toutefois, la conception d'un prélèvement à la source, en tant qu'imposition distincte et non comme simple mécanisme visant à garantir le recouvrement de l'impôt²⁰⁹¹, n'est pas sans poser d'importantes difficultés théoriques et pratiques. La plus importante se situe, sans doute, dans la contrariété de ce mécanisme avec la théorie de l'offre selon laquelle une compétence fiscale ne peut être attribuée à un État que lorsqu'il est le lieu de l'origine de la création de valeur pour une entreprise (**Paragraphe 1**). Sous un angle plus pratique, l'adoption d'une nouvelle règle de distribution implique potentiellement une augmentation des interactions entre les dispositifs conventionnels qui fondent d'ores-et-déjà la compétence fiscale de l'État de source en matière de revenus actifs et passifs de sorte que la question de la hiérarchisation de ces règles se pose avec d'autant plus d'acuité (**Paragraphe 2**). S'il a pu être avancé qu'une RALS spécifique ne soulevait que peu de risques de non-conformité avec des normes internationales en comparaison avec les prélèvements de péréquation²⁰⁹², ce risque s'accroît toutefois fortement lorsqu'il est mis en perspective les restrictions imposées par la CJUE aux libertés des États membres dans la conception des régimes d'imposition des contribuables non-résidents. Dès lors, la conformité des RALS en tant que mesure d'imposition autonome, semble directement liée à l'échelle de leur intégration (**Paragraphe 3**). Enfin, la volonté affichée par l'article 12 B du modèle ONU d'englober l'ensemble des activités de prestations de SNA, qu'elles soient réalisées au profit de consommateurs ou de clients professionnels, risque de grandement complexifier voire même parfois de rendre impossible le recouvrement effectif de cette nouvelle imposition par l'État de source (**Paragraphe 4**).

Paragraphe 1. Le rejet de la théorie de l'offre dans la répartition des droits d'imposition

546. En apparence, les conséquences relatives à la mise en œuvre conventionnelle d'une RALS spécifique sur les transactions numériques apparaissent similaires à celles découlant de

²⁰⁹¹Pour une étude de l'importance de cette distinction en droit de l'UE, cf. *supra*, § 306 et s.

²⁰⁹²A. MARTIN JIMENEZ, *préc.*

l'adoption du Montant A du pilier 1 OCDE. En effet, ces deux réformes entraîneraient, en substance, une augmentation globale du pouvoir d'imposition de l'État marché par l'intégration du principe de destination en matière d'imposition des bénéfices des entreprises. Toutefois, en ce que l'identification d'un *nexus* suffisant dans un État pour enclencher le prélèvement de la retenue est subordonnée à la résidence du client payeur dans cet État²⁰⁹³, l'État de consommation des biens et services fournis ne peut prélever cet impôt dès lors qu'il ne se confond pas avec l'État de source, faute pour le client payeur de résider sur son territoire. En d'autres termes, l'augmentation du pouvoir d'imposition de l'État de consommation n'est susceptible de survenir, au titre de ce mécanisme, que lorsqu'il se confond avec l'État de source, entendu comme le lieu de résidence du client payeur. Cette particularité notable du mécanisme de RALS dans la détermination de la source des revenus par rapport aux règles retenues par le pilier 1 OCDE est toutefois de nature à démultiplier, notamment à l'égard des modèles d'affaires hautement numérisées, les situations de déconnexion entre attribution de la compétence fiscale et lieu de création de valeur (I). Si l'approche promue par le Comité des N-U s'inscrit dès lors en dehors des cadres théoriques du concept de création de valeur, elle semble toutefois de nature à permettre une intégration effective du principe d'équité inter-nations dans la redistribution des droits d'imposition en s'assurant que l'ensemble des États, indépendamment de leur puissance sur la scène mondiale, disposent d'une part équitable des revenus mondiaux provenant de la réalisation des SNA (II).

I. Une déconnexion marquée entre attribution de la compétence fiscale et lieu de création de valeur

547. Les critiques émises à l'encontre du Montant A du pilier 1 OCDE tenant à la possibilité d'identifier un *nexus* sur un territoire du seul fait de la présence d'un facteur de réalisation doivent être transposées aux solutions visant à l'adoption d'une RALS. En effet, en considérant que la seule résidence du client payeur dans un État constitue un lien suffisant pour que les revenus du prestataire étranger de services numériques fassent l'objet d'une imposition par cet État, le mécanisme de RALS est de nature à attribuer une compétence fiscale à un État alors qu'il n'est aucunement le lieu d'origine de la valeur pour une entreprise. Ces hypothèses de déconnexion entre attribution de la compétence fiscale et lieu de création de valeur sont toutefois, dans la mise en œuvre de RALS, encore plus marquées que dans le cadre Montant A du pilier 1 OCDE, dont les résultats apparaissent conformes à la théorie de l'offre, toutes les fois où les utilisateurs contribuent de manière essentielle au processus de création de valeur des plateformes numériques. Si

²⁰⁹³Comme en attestent les règles des articles 12 A et 12 B où le *nexus* ne peut être identifié sur un territoire que lorsque le client payeur y réside. La pratique des États en développement ayant adoptés dans leur droit interne des RALS de ce type est majoritairement en ce sens, cf. à ce titre, G. O. TEIJEIRO, « Automated digital services-The UN Proposal at glance, » *Kluwer International Tax Blog*, 12 août 2020.

l'introduction du principe de destination n'est ainsi pas forcément synonyme d'une contrariété aux cadres actuels du système fiscal en vigueur, les règles de localisation de la source du revenu des mécanismes de RALS aboutissent à une redistribution des droits d'imposition au profit des États de source difficilement justifiable lorsque dans les modèles d'affaires numérique multi-faces, les utilisateurs, localisés sur un territoire autre que les clients payeurs, disposent d'un rôle essentiel dans la production de richesse de l'entreprise²⁰⁹⁴. En effet, l'attribution exclusive d'une compétence fiscale à l'État de source amputera dans cette situation le montant de profits normalement attribuable aux États de consommation au regard de l'importance de leur contribution à la génération des revenus d'entreprises étrangères numériques²⁰⁹⁵.

L'exemple d'une multinationale numérique de réseaux sociaux est à ce titre évocateur : soit la localisation du siège social de cette entreprise dans un État A, la localisation des clients annonceurs de l'entreprise dans un État B et le lieu de situation des utilisateurs du réseau social dans un État C. Dans cette situation, seul l'État B sera en mesure d'opérer une RALS à l'égard des paiements effectués par les clients annonceurs pour les services de publicité fournis par l'entreprise résidente de l'État A. Malgré une collecte régulière et intensive des données des utilisateurs du service par l'entreprise non-résidente, l'État de localisation des utilisateurs (État C) n'aura aucune possibilité de lever une RALS à l'égard de ces activités faute de revenu réputé généré à l'intérieur de ses frontières²⁰⁹⁶.

Par conséquent, l'attribution de la compétence fiscale à l'État de source s'effectue uniquement au regard de la caractérisation sur son territoire d'une transaction monétaire entre l'un de ses résidents et une entreprise étrangère. Il n'est donc accordé dans cet exercice aucune importance au lieu de création de valeur²⁰⁹⁷. Dès lors, cette situation permet d'aboutir à la conclusion que le mécanisme de RALS est dans l'incapacité de retranscrire aux fins de taxation un processus de création de valeur novateur sur le territoire de l'État de consommation. En effet, la seule discordance de localisation entre utilisateurs et clients annonceurs de l'entreprise non-résidente de l'État de consommation a pour effet de priver ce dernier de tout pouvoir d'imposition. Ce mécanisme, en l'absence de modification des règles de détermination de la source des revenus, est donc en incapacité d'imposer la valeur créée par les utilisateurs et les consommateurs dans les

²⁰⁹⁴A. TURINO, *art. préc.*

²⁰⁹⁵S. BURIK, *préc.*, p. 309.

²⁰⁹⁶N.S. PARMANN, *Tax Challenges of the Digital Economy : Does a Withholding Tax on Certain Digital Transactions Solve the Problem of Missing Taxation Rights, While Being In Line with EU-Law and the OECD Model-Convention ?*, Lund University, Master Thesis, p. 25.

²⁰⁹⁷L'exemple donné par W. SCHÖN *art. préc.* n° 316, p. 28 où l'entreprise non-résidente dispose de clients situés sur des différents territoires est éclairant : « *Advertising provides a striking example: If four major car producers from four different countries (BMW, Renault, Fiat, and Toyota) pay advertising fees to the provider of a digital platform in the United States in order to access the German market, it makes no sense to link only the payments of BMW to the German market and to levy a withholding tax on those.* »

modèles d'affaires multi-faces et par suite la juste attribution d'un pouvoir d'imposition à l'État de consommation.

II. Une solution justifiée par des considérations d'équité inter-nations dans la répartition des droits d'imposition

548. L'accélération des travaux menées au sein du Comité des N-U dans le but de faire émerger une réponse aux défis fiscaux soulevés par la numérisation de l'économie a fait suite à la déception d'une grande majorité des États en développement concernant les lignes principales de l'approche unifiée OCDE. En effet, en ne ré-allouant *in fine* qu'une faible fraction des profits résiduels de certaines entreprises multinationales aux juridictions de marché, le pilier 1 OCDE a été perçu comme bien trop complexe par rapport aux gains qu'il serait susceptible d'apporter aux États en développement. À ce titre, certains auteurs autorisés ont vu dans les piliers 1 et 2 OCDE une approche exclusivement conçue dans l'intérêt des États développés, de sorte que les États en développement n'auraient d'autre choix que d'agir parallèlement par voie nationale ou conventionnelle pour appréhender une part plus importante des bénéfices réalisés par les entreprises multinationales²⁰⁹⁸. Si ce constat de marginalisation des États en développement dans la conception des piliers OCDE ne peut être entièrement partagé, force est toutefois de constater que les gains financiers apparaissent relativement dérisoires pour les États à faibles capacités administratives disposant d'un petit marché de consommation.

Dans cette mesure, le Comité des N-U a considéré dans l'intérêt de ses membres, essentiellement États importateurs de capitaux, qu'une redistribution des droits d'imposition au profit des juridictions de marché de plus grande ampleur serait plus appropriée, cette fois-ci en appréhendant l'ensemble des bénéfices réalisés, peu importe leur nature routinière ou résiduelle. En effet, comme l'a noté R. BANSAL, membre du Comité des experts à l'origine de la proposition de l'article 12 B, « *l'approche unifiée OCDE n'a présenté aucune méthodologie permettant de justifier la séparation des bénéfices routiniers et des bénéfices résiduels, ni un fondement théorique sur lequel une telle distinction pourrait reposer, ni les données avec lesquelles cette distinction pourrait s'effectuer de manière rigoureuse* »²⁰⁹⁹. L'adoption de l'article 12 B du modèle ONU procède dès lors de la volonté de concevoir une solution qui garantirait aux États périphériques une part équitable de l'assiette fiscale mondiale provenant des revenus générés par la nouvelle

²⁰⁹⁸Y. BRAUNER, « Agreement? What Agreement? The 8 October 2021 », OECD Statement in Perspective, *préc.* n°, p. 6 and et « Lost in Construction: What Is the Direction of the Work on the Taxation of the Digital Economy? » *Intertax*, Vol. 48, 2020, p. 270-272.

²⁰⁹⁹Committee of Experts on International Cooperation in Tax Matters, 20 th Session, E/C.18/2020/CRP.25, 30 May 2020, p. 9.

économie²¹⁰⁰. Ainsi, sans aller jusqu'à intégrer une dimension distributive dans la répartition internationale des droits d'imposition en fonction de la richesse des États²¹⁰¹, l'article 12 B attribue toutefois une certaine consistance au principe d'équité inter-nation en élaborant une solution dont la mise en oeuvre ne varierait pas en fonction des caractéristiques des États à l'origine de son adoption. En d'autres termes, la généralisation d'une mesure favorisant l'imposition à la source dont l'entrée en vigueur est conditionnée à un accord entre deux autorités souveraines est susceptible de produire une répartition mondiale plus équitable de la matière imposable qu'une solution multilatérale, réputée d'équilibre, mais dont les contours ont avant tout été dessinés par les États à la force de négociation la plus importante, i.e. les principaux États industrialisés²¹⁰².

Paragraphe 2. Le traitement des interactions avec les dispositions conventionnelles classiques

549. L'insertion complémentaire dans les conventions fiscales bilatérales d'une RALS spécifique sur les transactions numériques pose inévitablement la question de ses interactions avec les dispositifs conventionnels fondant d'ores-et-déjà la compétence fiscale de l'État de source. À ce titre, l'expérience récente des Nations-Unies dans l'introduction de l'article 12 B est d'une aide précieuse, le Comité des experts s'étant attaché à analyser précisément les interactions susceptibles de survenir entre ces dispositifs pour permettre dans un second temps leur hiérarchisation. Les principales difficultés se situent alors dans le traitement des interactions avec l'article 7 du modèle ONU (bénéfices d'entreprises) dans la situation où le bénéficiaire effectif des revenus dispose d'un ES dans l'État de résidence du client payeur (**I**). En effet, lorsque le bénéficiaire n'en dispose pas, aucune difficulté n'est à signaler dans les interactions entre l'article 12 B et l'article 7 : ce premier s'applique prioritairement. Le morcellement des dispositifs, i.e. des RALS, contenus dans les conventions fiscales permettant de fonder la compétence fiscale de l'État de source invite ensuite à questionner leur ordre d'application lorsque les paiements effectués en contrepartie de la réalisation de SNA peuvent être qualifiés de revenus de différentes natures (**II**). La question est de première importance pratique en ce que les régimes conventionnels d'imposition peuvent varier pour chacune de ces RALS spécifiques.

²¹⁰⁰G. O. TEIJEIRO, *préc.*

²¹⁰¹Comme l'avait préconisé R. AVI-YONAH dans une proposition visant à introduire concrètement le principe d'équité inter-nation dans les règles internationales de répartition des droits d'imposition, cf. *supra*. § 120.

²¹⁰²Y. BRAUNER, « Agreement? What Agreement? The 8 October 2021, OECD Statement in Perspective », *préc.*, p. 2-6.

I. Le traitement des interactions avec l'article 7 du modèle ONU en présence d'un établissement stable

550. En vertu du paragraphe 8 de l'article 12 B du modèle ONU, cet article ne s'applique pas prioritairement si le bénéficiaire effectif des revenus de SNA exerce son activité par l'intermédiaire d'un ES dans l'État contractant d'où proviennent les revenus, et si les revenus de ces services se rattachent effectivement à l'établissement ou aux activités commerciales visés à l'alinéa c) du paragraphe 1 de l'article 7²¹⁰³. L'insertion de cette clause alternative (article 7 Paragraphe 1 alinéa c)) au principe de rattachement effectif des revenus à l'ES est ainsi une traduction du principe de force attractive limitée. L'attachement viscéral du Comité des experts des N-U à conserver ce principe, contrairement à l'OCDE qui décida d'en abandonner l'application durant la seconde moitié du XXème siècle²¹⁰⁴, est dès lors de nature à élargir significativement le périmètre des revenus rattachable à l'ES. À ce titre, la complémentarité entre le principe de force attractive de l'ES et une RALS conventionnelle spécifique sur les transactions numériques favorise le glissement de la répartition des droits d'imposition vers les États de source, indépendamment de la circonstance que les entreprises numériques étrangères déploient ou non sur leurs territoires des moyens matériels et humains (A). Si les principes et mesures d'imposition à la « source » du modèle ONU permettent en partie de ré-instaurer une équité de traitement fiscal entre les prestataires domestiques et les prestataires étrangers, en s'assurant que les revenus perçus par ces derniers soient imposés une fois (*Single Tax Principle*), leur mise en œuvre est toutefois de nature à multiplier les situations de double voire de multiples impositions d'un même élément de revenus (B).

A. La complémentarité entre le principe de force attractive limitée de l'ES et le mécanisme de retenue à la source

551. La réalisation par une entreprise numérique étrangère de son activité par l'intermédiaire d'un ES sur le territoire du client payeur implique, dans le modèle ONU, que soit intégrée dans la base imposable de cet établissement les revenus découlant de cette activité sans qu'il ne soit besoin de recourir à la mise en œuvre de la RALS spécifique. Cette attribution à l'ES des rémunérations versées en contrepartie de la réalisation de SNA s'explique ainsi par le principe

²¹⁰³Aux termes de l'article 7 Paragraphe 1 alinéa c), les bénéficiaires imposables dans l'État de localisation de l'ES s'étendent à ceux découlant « d'autres activités industrielles ou commerciales exercées dans cet État et de même nature que celles qui sont exercées par l'établissement, ou de nature analogue ».

²¹⁰⁴Au cours de la première moitié du XXème siècle, l'essentiel des conventions fiscales conclues par les États développés était fondé sur le principe de force attractive, l'ES voyant sa base imposable constituée de l'ensemble des profits que pouvait réaliser l'entreprise étrangère sur le territoire de son État de situation. Néanmoins, en ce que ce principe fût considéré courant de la seconde moitié du XXème siècle par une majorité de la communauté internationale comme favorisant les pratiques fiscales abusives fondées sur un rattachement fictif de la matière imposable à l'ES, l'OCDE décida d'en abandonner l'application pour lui préférer celui de rattachement effectif.

de force attractive sur lequel reposent les modalités de détermination du revenu imposable de l'ES. Il convient, dans cette mesure, de faire état des différentes conceptions de ce principe adoptées par les États, essentiellement en développement²¹⁰⁵, en ce qu'elles ont un impact direct sur l'élargissement plus ou moins important des droits d'imposition de l'État de source.

552. Le principe de force attractive simple – Cette première conception vise à neutraliser les situations dans lesquelles un transfert abusif de bénéfices vers le siège de l'entreprise pourrait être caractérisé²¹⁰⁶. Une présomption simple de rattachement des bénéfices à l'ES est à ce titre instaurée, sous réserve pour l'entreprise de démontrer que les bénéfices sont sans lien avec l'activité de l'établissement. Le gouvernement mexicain a par exemple émis une réserve sous l'article 7 du modèle OCDE, retranscrivant à la quasi-identique la clause b) contenue dans l'article 7 du modèle ONU. Néanmoins, cette réserve, comme le note l'État mexicain, ne s'appliquera « *que pour prévenir les abus et non pas en vertu du principe de la « force attractive » ; ainsi, la règle ne sera pas applicable si l'entreprise démontre que les ventes ont été réalisées pour des raisons autres que l'obtention d'un avantage par le biais de la Convention* »²¹⁰⁷. Cette conception, si elle dispose d'un effet notable sur la charge de la preuve, ne préjuge ainsi en rien de la quantification du montant de bénéfices ou de pertes imputables à l'ES dès lors que l'entreprise a démontré que la recherche de l'avantage fiscal, dans la structure opérationnelle de vente mise en place sur le territoire de l'État de source, n'était pas prépondérante.

553. Le principe de force attractive limitée – Cette deuxième conception introduit cette fois-ci un réel mécanisme simplificateur dans la répartition des profits entre entités membres d'un groupe. En effet, l'ES se voit imputé l'ensemble des bénéfices réalisés sur son territoire de situation dès lors qu'est caractérisée une identité de nature entre l'activité effectuée par l'entreprise et l'établissement. La force attractive est toutefois qualifiée de « limitée » en ce qu'elle ne vise que les bénéfices issus des activités de ventes de marchandises et des autres activités commerciales et industrielles de même nature ou analogue à celles réalisées par l'établissement²¹⁰⁸. À titre d'exemple,

²¹⁰⁵L'État italien constitue une exception dans la pratique des États OCDE puisqu'il a refusé d'abandonner le principe de force attractive dans le courant des années 1960 au profit du principe de rattachement effectif. Cf. à ce titre, Comité fiscal, Paris 28 avril 1960 FC/M(60)2, p. 13.

²¹⁰⁶R. COIN, *Les situations triangulaires internationales en présence d'un établissement stable. Éliminer les doubles impositions sans favoriser les doubles exonérations*, Thèse, Université Paris Panthéon Assas, 2016, p. 552.

²¹⁰⁷Réserve émise par le Mexique sur l'application de l'article 7 du modèle de convention fiscale.

²¹⁰⁸On notera que le principe de force attractive limitée est, depuis 1999, année de révision du modèle ONU, souvent accompagnée dans les conventions fiscales conclues par les États en développement d'une clause de sauvegarde visant à permettre à « *l'entreprise de démontrer que ses ventes ou activités industrielles ou commerciales ont été dictées par d'autres motifs que la recherche des avantages d'un traité* » (C(7), § 7, p. 216). Dans cette mesure, les deux conceptions du principe de force attractive, en ce qu'elles s'apparentent à une règle anti-abus, apparaissent similaires.

L'Arabie-Saoudite a récemment transposé cette conception dans son droit interne et dans certaines de ses conventions fiscales²¹⁰⁹. La circulaire de l'administration saoudienne, publiée en avril 2021, note en effet que le principe de force d'attraction de l'ES englobe, d'une part, les ventes de biens réalisées en Arabie-saoudite d'une même nature que celles réalisées par l'intermédiaire de l'ES, et d'autre part, les services rendus ou toute autre activité de même nature que celle réalisée par l'ES²¹¹⁰. Les possibilités d'élargissement du pouvoir d'imposition de cet État sont ainsi décuplées et susceptibles d'englober aussi bien les activités traditionnelles que numérisées. Par exemple, dans la mesure où une entreprise étrangère vend des biens électroniques par l'intermédiaire d'un ES en Arabie-saoudite et crée dans ce dernier pays un site internet pour vendre ces mêmes biens aux consommateurs saoudiens, l'ensemble des profits relatifs à l'activité de vente de biens en ligne sera imputé à l'ES saoudien²¹¹¹.

Cette conception est celle privilégiée par le modèle ONU dans le but d'étendre le spectre des revenus susceptibles d'être qualifiés de bénéfices d'entreprise lorsque le contribuable étranger dispose sur le territoire de l'État de source d'un ES. Retranscrit plus spécifiquement à la RALS de l'article 12 B, cet article ne trouve donc à s'appliquer dans les situations où les revenus provenant de la réalisation de SNA sont effectivement connectés à l'ES ou à des activités commerciales analogues à celles réalisées par cet établissement²¹¹². La portion de bénéfice appréhendée par l'État de source est ainsi, dans l'hypothèse où les revenus de SNA sont effectivement à des activités analogues à celles de l'ES, susceptible d'être bien supérieure à celle résultant de la mise en œuvre du principe de rattachement effectif dans la détermination des revenus imposables de l'ES. En effet, tandis qu'en vertu du modèle ONU, l'État de source apparaît en capacité d'imposer les revenus réalisés par le contribuable étranger au taux de droit commun à l'IS, le modèle OCDE, faute de rattachement effectif desdits revenus à l'activité de l'ES, permet uniquement à l'État de source de prélever une RALS au taux indiqué dans ladite convention fiscale. La différence serait d'autant plus importante dans l'hypothèse où les États souhaitant introduire dans leurs conventions fiscales une RALS sur le modèle de l'article 12 B se conformeraient aux recommandations du Comité des N-U relatives à l'adoption d'un taux de retenue bas entre 3 et 4 %²¹¹³.

²¹⁰⁹L'administration saoudienne note que plus de 14 conventions fiscales contiennent une règle de force d'attraction similaire à celle contenue dans la circulaire. Parmi celles-ci, l'on trouve essentiellement des conventions conclues avec d'autres États en développement comme l'Azerbaïdjan, la Géorgie, l'Ukraine ou la Tunisie. Cf à ce titre, <https://taxnews.ey.com/news/2021-0890-saudi-arabia-clarifies-permanent-establishment-force-of-attraction-rules>.

²¹¹⁰Saudi Arabian General Authority for Zakat and Tax (GAZT), Circular n° 2104001, Force of Attraction rule in the context of permanent establishment, April 2021.

²¹¹¹*Ibid.*

²¹¹²C (12B), § 69.

²¹¹³E/C.18/2021/CRP.17 Rev.1, Annex: (B) Draft Commentary on Article 12 B, § 4; 28.

B. L'augmentation potentielle des situations de double-imposition

554. L'imposition par l'État de source d'un contribuable étranger qui ne dispose sur son territoire d'aucune présence taxable et ainsi ne réalise aucune fonction est inévitablement de nature à entraîner une augmentation des phénomènes de double-imposition. En effet, dans l'hypothèse où un prestataire étranger réalise dans son État de résidence ou dans un État tiers certaines fonctions routinières, le prélèvement par l'État de source d'une retenue a pour effet d'imposer des bénéfices routiniers déjà imposés par l'État de résidence ou l'État tiers. La situation est d'autant plus préjudiciable pour le prestataire lorsqu'il réalise ses fonctions routinières dans un État tiers puisque l'État de résidence n'apparaît pas en capacité d'alléger la double-imposition²¹¹⁴. La réalisation de fonctions routinières dans l'État de source par l'intermédiaire d'un ES entraîne des difficultés de même nature. En effet, lorsqu'un prestataire étranger, rémunéré en contrepartie de la réalisation de SNA sur le territoire de l'État de source dispose dans ce même État d'un ES réalisant des fonctions routinières pour soutenir les activités de SNA, une double-imposition survient automatiquement. Dans un tel cas, l'ES a en effet déjà été imposé par l'État de source sur les bénéfices routiniers qu'il retire de la réalisation de son activité, ces bénéfices formant une partie des bénéfices du prestataire étranger au titre des SNA fournis dans cet État.

Pour neutraliser ces situations de double-imposition, certains membres du Comité des N-U ont proposé, dans la conception de la méthode d'imposition sur une base nette de l'article 12 B, la mise en place d'une déduction d'un certain pourcentage du ratio de rentabilité pour refléter le montant de bénéfices routiniers attribuable aux fonctions exercées, aux risques assumés et aux actifs utilisés. Concrètement, il serait déduit du montant de « bénéfices qualifiés » résultant de l'application de la formule spécifique du paragraphe 3 de l'article 12 B un pourcentage censé représenter le rendement des fonctions routinières pour la réalisation des SNA²¹¹⁵. Si la mise en place de cette déduction doit être favorisée en ce qu'elle constitue l'unique moyen pour éliminer les situations de multiples impositions d'un même élément de revenus, les États risquent toutefois de s'opposer majoritairement à son intégration au sein de l'article 12 B. En effet, le choix d'opter pour une RALS révèle la forte réticence des États en développement à limiter le champ d'une mesure d'imposition aux bénéfices résiduels réalisés par des entreprises numériques étrangères sur le territoire de l'État de source. Dès lors, l'octroi d'une capacité de déduction des bénéfices routiniers en lien avec la réalisation des SNA dans la détermination de la base imposable de la RALS impliquerait sans doute un rapprochement trop conséquent avec la solution du pilier 1, ce qu'a

²¹¹⁴C (12B), § 45.

²¹¹⁵C(12B), § 48, p. 13-14.

toujours voulu éviter fermement le Comité des N-U²¹¹⁶.

II. Le traitement des interactions avec les retenues à la source classiques

555. La multiplication des dispositions cédulaires pour répartir la compétence fiscale en matière de revenus actifs et passifs complexifie l'exercice de qualification fiscale des revenus perçus par une entreprise étrangère en contrepartie de la fourniture de services. Nous avons vu à ce titre que l'insécurité juridique prédominait dans les conventions fiscales bilatérales contenant plusieurs mécanismes de RALS spécifiques, les États étant susceptibles d'adopter des positions divergentes dans la catégorisation fiscale des revenus perçus par des prestataires. Ces problématiques de qualification seront d'autant plus importantes en l'absence d'uniformisation des modalités de calcul des différentes RALS spécifiques²¹¹⁷. Tel est le cas de la RALS de l'article 12 B où le Comité des N-U a choisi de ne pas adopter de recommandations visant à aligner les modalités de calcul de cette retenue avec celles de l'article 12 A, la survenance d'asymétries de traitement fiscal entre l'ensemble de ces dispositifs s'en trouvant dès lors fortement favorisée (**A**). La préservation de ces asymétries n'apparaît pourtant reposer sur aucun fondement solide. Elle est même, dans le cadre de contrats mixtes, source d'incohérences et d'opportunités fiscales pour le prestataire étranger soucieux de réduire son imposition dans l'État de source (**B**).

A. L'existence potentielle d'asymétries de traitement fiscal entre les dispositifs fondant la compétence de l'État de source

556. La structure des RALS spécifiquement adoptées pour pallier aux insuffisances du critère d'ES dans l'appréhension des bénéficiaires de certaines activités hautement numérisées se base majoritairement sur les modèles de convention traitant de l'article des redevances²¹¹⁸. À ce titre, l'article 12 B, tout comme l'article 12 A, disposent d'une structure quasiment identique bâtie sur l'article 12 du modèle ONU relatif aux redevances. S'il pouvait ainsi être souhaitable que le Comité des N-U préconise, comme il l'avait fait pour les articles 12 A et 12, de recourir à une uniformisation des modalités de calcul de ces deux retenues²¹¹⁹, les commentaires de l'article 12 B ont bien au contraire considéré que la particularité des activités concernées par le champ de cette retenue

²¹¹⁶ N. AMA SARFO, « U.N Reemerging in Digital Economy Tax Debate », *Tax Notes International*, préc.

²¹¹⁷A. BAEZ MORENO, « Because not always B comes after A », *préc.*, p. 22.

²¹¹⁸Cf à ce titre la proposition de Y. ZHU, *Proposed Changes to the UN Model Tax Convention Dealing with the Cyber-based Services*, Report to the Committee of Experts on International Cooperation in Tax Matters, 30 September 2014, visant à adopter une RALS circonscrite aux seules prestations de services techniques fournies en ligne en étendant complémentirement la notion de redevances pour y intégrer les paiements reçus en contrepartie de l'utilisation d'une base de données.

²¹¹⁹ComUN, art. 12 A, § 45.

nécessitait l'instauration de nouvelles modalités de calcul. Dès lors, au contraire des commentaires sur l'article 12 A qui envisagent l'adoption d'un taux de retenue relativement bas sans toutefois préciser un chiffre particulier, les commentaires sur le nouvel article 12 B se réfèrent directement à un éventail de taux restreint et extrêmement bas variant entre 3 et 4 % des revenus découlant de SNA. Dans cette mesure, la négociation particulière de chaque convention fiscale est susceptible d'aboutir à des taux de taxation maximum différents pour les services techniques et les SNA, ce qui aurait pour conséquence l'attribution d'une importance encore plus grande à la délicate question de la qualification fiscale des revenus²¹²⁰.

Ce récent positionnement est qui plus est difficilement justifiable lorsqu'il est comparé les taux retenus dans certaines conventions fiscales dans l'imposition à la source des rémunérations versées en contrepartie de la réalisation de services techniques. À titre d'exemple, l'article 13 de la convention franco-indienne conçoit un plafond bien plus élevé en disposant que l'impôt établi sur ce type de rémunération ne peut excéder 20 % du montant brut. Pourtant, il ne saurait être identifié de différences quant au rôle de l'État de source dans le processus de création de valeur d'un prestataire étranger, que celui-ci fournisse des services techniques ou des SNA. De même, il n'existe pas pour les entreprises spécialisées dans la fourniture de services techniques, plus d'éléments essentiels de valeur localisables dans l'État de résidence du client payeur que pour les entreprises de SNA. Bien au contraire, il pourrait même être défendu que le taux de la RALS de l'article 12 B devrait être supérieur à celui de l'article 12 A toutes les fois où les utilisateurs, résidents de l'État des clients payeurs, contribuent de manière essentielle au processus de création de valeur du prestataire étranger. Dans cette mesure, la démarche du Comité des N-U apparaît essentiellement arbitraire.

B. La catégorisation des revenus issus de contrats mixtes

557. Les bénéfices d'une uniformisation des taux des dispositifs fondant l'imposition de l'État de source en l'absence d'ES sont particulièrement notables dans le domaine des contrats mixtes réalisés par des prestataires étrangers. En effet, comme le note le Comité des N-U concernant les mécanismes de RALS des articles 12 et 12 A, l'adoption d'un taux uniforme permet de rendre sans importance la question de savoir si les paiements effectués au titre de contrats mixtes sont considérés comme des redevances pour le transfert de savoir-faire ou comme des rémunérations en contrepartie de services techniques²¹²¹. Dans le cas contraire, si un taux d'imposition très bas est conçu pour une catégorie spécifique de RALS, en l'espèce les activités de SNA, *« les contribuables apparaissent fortement incités à conclure des contrats mixtes en*

²¹²⁰A. BAEZ MORENO, « Because not always B comes after A », *préc.*, p. 22.

²¹²¹ComUN, art. 12 A, § 100.

répartissant artificiellement les composantes de ces contrats pour sous-évaluer la rémunération des activités qui serait assujettie à des taux de RALS plus élevés, [i.e. les services techniques et redevances]»²¹²². Dès lors, le silence des nouveaux commentaires sur cette question surprend fortement lorsqu'il est mis en perspective la volonté toujours affichée par le Comité de neutraliser, dans ce type de contrats, les difficultés de catégorisation fiscale par une uniformisation des taux des retenues.

Paragraphe 3. La conformité avec les normes internationales

558. Les problématiques de conformité des RALS avec les normes supérieures tiennent principalement en raison de la différence de traitement fiscal qu'induit par nature ce mécanisme entre contribuables résidents et non-résidents. À ce titre, la conception des RALS doit s'effectuer conformément aux exigences posées par le droit de l'Union européenne (I) et l'Organisation Mondiale du Commerce (OMC) (II).

I. La conformité avec le droit de l'Union européenne

559. Si les RALS des articles 12 A et 12 B du modèle ONU semblent partager d'importantes similarités avec l'article 182 B du CGI, leur nature est fondamentalement autre en ce qu'elles ne constituent pas une technique d'imposition visant à garantir le recouvrement de l'impôt auprès d'entreprises étrangères mais bien une imposition distincte. Toutefois, ainsi qu'il a déjà été exposé, lorsque l'entreprise prestataire étrangère ne dispose pas d'une entreprise exploitée en France au sens de l'article 209 I du CGI, situation loin d'être exceptionnelle dans une économie numérisée, le prestataire n'est pas en mesure d'imputer la retenue sur le montant d'IS exigible de sorte que le prélèvement de la RALS doit s'assimiler à une imposition distincte. L'imposition des contribuables étrangers se révélant moins favorable que celle des résidents dans une situation comparable, la RALS apparaît ainsi contraire aux exigences posées par la jurisprudence de la CJUE²¹²³. Dès lors, si la mise en œuvre d'une RALS de ce type semble envisageable dans le droit interne des pays en développement, en raison de la liberté quasi-totale dont ils disposent dans la conception de leur système d'imposition²¹²⁴, les États membres de l'UE, soucieux d'étendre la compétence fiscale de l'État de source par ce moyen, devront passer par une renégociation convention fiscale par

²¹²²A. BAEZ MORENO, « The Taxation of Technical Services under the United Nations Model Double Taxation Convention », *préc.*

²¹²³Pour un exemple, CJUE, 13 juillet 2016, aff. C-18/15, *Brisal-KBC Finance Ireland contre Fazenda Publica*, *préc.*

²¹²⁴Ces États sont toutefois, pour leur grande majorité, dans l'obligation de se conformer aux règles édictées par l'OMC, cf. *infra*. pour une étude de la conformité des RALS au regard de ces règles.

convention fiscale dans le but de ne pas alourdir la charge fiscale globale du prestataire étranger (A). En ce qui concerne plus spécifiquement le pilier 2 OCDE, la généralisation de la « règle d'assujettissement à l'impôt » (RAI) dans un contexte européen impliquerait de réformer la directive « intérêts-redevances » de 2003 pour permettre à l'État de source de prélever une retenue à l'égard de ces revenus lorsqu'ils sont imposés dans l'État de résidence du bénéficiaire à un taux statutaire inférieur à 9 % (B).

A. L'intégration nécessaire des retenues à la source-imposition distincte dans les conventions fiscales bilatérales

560. Le prélèvement d'une RALS en tant qu'imposition distincte n'a pas pour objectif d'augmenter la charge fiscale globale de l'entreprise étrangère prestataire mais de redistribuer, dans un contexte bilatéral, les droits d'imposition entre juridictions au profit de l'État de source²¹²⁵. La minimisation des risques de double-imposition ne peut ainsi s'effectuer que par une intégration conventionnelle du mécanisme de RALS dans le but de permettre l'imputation dans l'État de résidence du montant d'impôt effectivement prélevé par l'État de source. Cette intégration devrait toutefois s'accompagner, en raison de la pratique courante de la règle du butoir par les États de résidence²¹²⁶, d'un taux bas assis sur base nette pour que les situations de « crédits excédentaires » (*excess credit*), source de double-imposition pour l'entreprise prestataire, ne surviennent le moins possible.

561. L'élimination totale de la double-imposition apparaît d'autant plus importante sur le territoire de l'UE qu'elle impliquerait directement la conformité de ladite mesure d'imposition aux libertés protégées par le TFUE. En effet, comme déjà développé dans l'étude de la conformité de l'article 182 B du CGI aux normes de l'UE, une RALS imposant moins favorablement les entreprises étrangères que les résidents dans une situation comparable revêt un caractère discriminatoire et est contraire à l'une des libertés protégées par le Traité. L'exemple le plus classique est celui d'une RALS prélevée sur une base brute concernant des paiements effectués à des non-résidents alors que les résidents sont en capacité de déduire les dépenses directement liées à l'activité génératrice de revenus²¹²⁷. Pour contourner l'ensemble des contraintes européennes pesant sur le législateur national dans la conception des RALS, les partisans de cette solution ont pu

²¹²⁵A. BAEZ MORENO, *préc.*, § 3.2.1.2.4.

²¹²⁶Cette règle, mise en œuvre par l'État français dans ses conventions fiscales bilatérales, vise à limiter le crédit d'impôt au montant de l'impôt français calculé à raison des mêmes revenus imposés dans l'État de source. Elle est conforme au droit de l'UE (CJUE, 25 février 2021, aff. C-403/19, Société Générale SA).

²¹²⁷CJCE, 12 juin 2003, aff. C-234/01, Geritse ; CJUE, 14 décembre 2006, aff. C-170/05, Sté Denkvit Internationaal et Denkvit France.

proposer l'extension de son application dans un contexte domestique²¹²⁸. Cette solution n'est néanmoins pas convaincante. Elle constitue même un non-sens lorsqu'il est rappelé l'objectif initial de ce mécanisme de réinstaurer l'équité fiscale entre les entreprises résidentes et les entreprises qui, dans une économie numérisée, ne souffrent de peu voire d'aucune imposition dans l'État de source. Cet objectif, s'il peut être au fondement de RALS dans des relations entre un État membre et un État tiers à l'UE ou bien exclusivement entre États tiers, ne peut alors manifestement l'être, en vertu de la jurisprudence de la CJUE, dans un cadre intra-européen.

Pour autant, un État membre peut justifier de l'application d'une telle retenue, même lorsqu'elle est constitutive d'une mesure d'imposition distincte, dès lors qu'une convention fiscale permet à l'entreprise étrangère de bénéficier dans son État de résidence d'un crédit d'impôt égal au montant acquitté au titre de la retenue²¹²⁹. Dit autrement, l'application de la convention fiscale doit permettre de compenser les effets de la différence de traitement issue de la législation nationale. Ce crédit d'impôt ne doit pas simplement être autorisé au titre de la convention mais accordé de manière effective à l'entreprise non-résidente. À défaut, l'État de source ne pourra, pour échapper aux obligations lui incombant au titre du traité, exciper de la présence d'un article conventionnel permettant l'octroi d'un crédit. Dès lors, en l'absence d'élimination totale par l'État de résidence de l'imposition subie par l'entreprise prestataire dans l'État de source, la retenue constituera une restriction à la liberté d'établissement, en principe interdite par les articles 43 et 48 CE²¹³⁰. Cette jurisprudence peut en pratique avoir d'importantes conséquences à l'égard de mécanismes dont l'octroi d'un crédit d'impôt à l'entreprise non-résidente apparaît hypothétique. Tel serait le cas de retenues prélevées sur des redevances lorsque le bénéficiaire verrait dans son État de résidence ces sommes soumises à un régime de « *patent box* » ou « *IP box* »²¹³¹. Les redevances reçues étant dans ce type de régime faiblement voire non-imposées, les possibilités d'octroi d'un crédit d'impôt pour réduire la retenue opérée par l'État de source seront fortement réduites si ce n'est inexistantes²¹³².

B. Une transposition de la règle de l'assujettissement à l'impôt subordonnée à une réforme de la directive intérêts-redevances de 2003

562. En vertu de la jurisprudence de la CJUE, précédemment étudiée, et du droit dérivé de l'UE, les RALS ne peuvent, au sein de l'UE, être envisagées par l'État de source comme mécanisme visant à assurer une application effective du « principe de taxation unique » par l'intermédiaire d'une

²¹²⁸A. BAEZ MORENO, Y. BRAUNER, *art. préc.*, p. 98.

²¹²⁹CJUE, J.B.G.T Miljoen, *préc.*, point 75 à 87.

²¹³⁰CJUE, 14 décembre 2006, C-170/05, Sté Denkvit Internationaal et Denkvit France, point 56.

²¹³¹Un régime de « *patent box* » est un régime d'incitation fiscale permettant de faire bénéficier aux revenus de brevet une taxation à un taux effectif moindre que les revenus courants.

²¹³²W. HASLEHNER, *art. préc.*, p. 31.

lutte contre la double non-imposition. Dès lors, l'adoption généralisée de la RAI constituerait une évolution significative dans le cadre du droit de l'UE en ce que l'exonération de RALS, pour certains des paiements jugés les plus à risques de pratiques de BEPS, serait désormais subordonnée « *non seulement à l'imposition effective du flux dans l'État du bénéficiaire (ce que la Commission recommande de longue date), mais également à l'imposition au taux minimum* »²¹³³. La mise en œuvre de cette règle, concernant les paiements effectués entre entreprises associées revêtant la nature d'intérêts et de redevances, ne pourrait toutefois se réaliser sans une réforme de la directive européenne de 2003 qui exonère ces revenus de tout prélèvement à la source. On notera enfin que la compatibilité de ce dispositif avec les libertés fondamentales reconnues par le TFUE n'est pas forcément garantie puisqu'il aurait pour effet de reconnaître une compétence fiscale à l'État de source au seul motif que le paiement est imposé en-deçà de 9 % dans l'État de résidence du bénéficiaire sans nécessairement qu'il ait été démontré l'existence d'un montage dénué de substance économique²¹³⁴.

II. La conformité avec les règles de l'Organisation Mondiale du Commerce

563. Comme exposé précédemment dans l'étude de la conformité des taxes nationales sur le CA des entreprises multinationales numériques avec les règles OMC, l'interdiction par l'accord sur le commerce des services (AGCS) de toute discrimination entre fournisseurs de biens ou de services selon leur nationalité semble limiter fortement la liberté des États quant à la conception de régimes d'imposition visant à appréhender les revenus réalisés par une catégorie spécifique de prestataires étrangers. Toutefois, en matière fiscale, d'importantes exceptions viennent diminuer le champ d'application de ces accords, de sorte que les mesures conventionnelles fiscales « compensatoires » ne poseraient, au contraire de mesures conçues en dehors du champ des conventions, aucun risque de violation aux règles posées par l'OMC. En effet, en vertu de l'AGCS, les différences de traitement entre fournisseurs de services selon leur nationalité ne peuvent être déclarées comme incompatibles avec les obligations découlant de cet accord dès lors qu'elles sont issues de l'application d'une convention fiscale bilatérale²¹³⁵. De plus, une différence de traitement selon la

²¹³³D. GUTMANN, « Les piliers de la réforme de la fiscalité internationale : état des lieux » 2/2, *FR 37/21*, septembre 2021.

²¹³⁴La récente proposition de directive de la Commission européenne concernant la transposition du pilier 2 a permis de donner des premiers éléments de réponse sur les incertitudes relatives à la conformité de ce projet avec les exigences posées par le droit de l'UE. Si la proposition reprend l'essentiel des solutions du Cadre inclusif OCDE, deux spécificités peuvent toutefois être notées. La première est de permettre à un Etat membre de l'Union dans lequel le taux effectif d'imposition d'une société membre d'un groupe international est inférieur à 15 % de remédier lui-même à cette sous-imposition en prélevant un impôt additionnel. La deuxième consiste en l'extension obligatoire du dispositif d'imposition minimale aux groupes purement nationaux dans le but d'assurer la conformité du pilier 2 à la liberté d'établissement.

²¹³⁵Article XIV (e) de l'AGCS.

nationalité des fournisseurs au titre de l'AGCS n'est pas contraire aux règles de commerce international lorsque la mesure vise à assurer l'imposition ou le recouvrement équitable ou effectif d'impôt directs de fournisseurs étrangers²¹³⁶. Figure parmi ces mesures les RALS et plus largement toute mesure provenant de l'État de source qui vise à assujettir, en raison de la présence sur son territoire de facteurs de rattachement de l'obligation fiscale, un contribuable non-résident²¹³⁷. Il est intéressant de noter qu'en faisant référence aux qualificatifs « équitable » et « effectif », les règles de l'OMC, au contraire des exigences posées par le droit de l'UE, donne la possibilité aux États de source de concevoir les RALS comme mécanisme autonome d'imposition sans qu'il ne soit nécessaire de s'assurer pour l'État à l'origine du prélèvement que l'État de résidence du prestataire élimine effectivement la double-imposition. À ce titre, cette vision se rapproche des développements contenus dans les commentaires du modèle de convention fiscale ONU, dans lequel le mécanisme de RALS est envisagé comme une mesure protectrice de la base d'imposition de l'État de source.

Paragraphe 4. Le recouvrement de la retenue à la source

564. La modernisation des mesures fondant l'imposition à la source des entreprises numériques étrangères ne peut raisonnablement s'effectuer en excluant de son périmètre les activités B2C. En effet, ces activités sont celles, dans une économie numérisée, qui tirent le plus profit d'éléments de valeur localisés sur le territoire de l'État de consommation sans pour autant que les revenus découlant de leur exploitation ne soient appréhendés pleinement par cet État. Dans cette mesure, si l'approche de la base d'érosion était certainement pertinente dans une économie où la part du numérique était encore infime, elle ne saurait aujourd'hui constituer une base appropriée pour permettre à l'État de source d'appréhender les bénéfices découlant de la captation par les entreprises numériques de facteurs extérieurs à leur organisation. L'article 12 B du modèle ONU semble avoir pris la mesure de l'importance d'englober dans le champ de la retenue les activités B2B et B2C. Il en résulte toutefois automatiquement une intensification des problématiques de recouvrement de l'impôt pour l'État de source. En effet, si pour les activités B2B, les difficultés sont mineures puisque les clients n'ont *a priori* aucun intérêt de ne pas se conformer à l'obligation de prélèvement, d'autant plus si la déduction des paiements effectués de la base taxable est subordonnée au versement de la retenue aux autorités fiscales²¹³⁸, elles apparaissent bien plus importantes pour les activités B2C où faire reposer l'obligation de collecte sur les consommateurs s'avère peu

²¹³⁶Article XIV (d) de l'AGCS.

²¹³⁷Article XIV (d) note de bas de page n° 6 de l'AGS.

²¹³⁸A. BAEZ MORENO, Y. BRAUNER, *art.préc.*, p.93.

convaincante en raison de leur absence d'expérience dans ce domaine et de règles incitatives en ce sens. Conscient des difficultés particulières liées à l'imposition d'obligations de RALS sur les paiements B2C, le Comité des N-U a alors proposé au titre de l'article 12 B la mise en œuvre de deux mécanismes additionnels. Le premier mécanisme consiste à transférer l'obligation de collecte de la retenue sur les intermédiaires financiers (I) tandis que le second consiste en une transposition de la méthode de collecte des vendeurs (*vendor collection model*) en matière de TVA selon laquelle les fournisseurs étrangers de services numériques dans le cadre d'activités B2C doivent s'enregistrer, facturer et verser la TVA dans l'État où les consommateurs sont situés (II).

I. Le transfert de l'obligation de collecte sur les intermédiaires financiers

565. Le transfert de l'obligation de collecte sur les intermédiaires financiers dans le cadre d'une RALS assise spécifiquement sur les revenus découlant de SNA peut se justifier par le fait que ces services « *sont plus susceptibles d'être payés par des moyens électroniques automatisés et, par conséquent, avec l'intervention nécessaire d'un intermédiaire financier* »²¹³⁹. Toutefois, charger les intermédiaires financiers de déterminer et de prélever la retenue due par le prestataire étranger n'est pas sans poser d'importantes difficultés pratiques. En effet, il apparaît que les intermédiaires n'ont généralement accès qu'à la valeur globale de la transaction sans disposer d'informations précises permettant de déterminer la nature de la transaction et par conséquent le montant d'impôt dû. Ils leur est donc extrêmement complexe d'identifier les transactions devant faire l'objet d'une retenue et *a fortiori* de déterminer avec précision le moment adéquat pour prélever la RALS. Selon l'OCDE, l'obligation pour les intermédiaires pourrait être facilitée par la mise en œuvre d'un système d'enregistrement obligatoire pour les entreprises non-résidentes avec désignation d'un compte bancaire pour l'ensemble des paiements reçus par des clients locaux²¹⁴⁰. Pour autant, cette solution ne permettrait pas de neutraliser la mise en œuvre de stratégies d'évasions fiscales relatives à la localisation de l'intermédiaire financier dans un État tiers sans lien avec la juridiction des consommateurs. Toujours est-il qu'au regard des importants coûts supplémentaires que supporteraient les intermédiaires financiers pour exécuter cette obligation, il pourrait être convenu de les autoriser à retenir une partie de l'imposition prélevée afin de contribuer à la couverture de leurs frais²¹⁴¹. Comme le note ainsi D. PINTO : « *rémunérer ces intermédiaires aurait l'avantage additionnel de les inciter à se conformer à l'obligation de collecte de la retenue* »²¹⁴².

²¹³⁹A. BAEZ MORENO, « Because not always B comes after A », *préc.*, p. 25.

²¹⁴⁰OCDE, *Op.cit.*, p. 130, § 297.

²¹⁴¹D. PINTO, « Options to Address the Direct Tax Challenges Raised by the Digital Economy: A Critical Analysis », *65 Canadian Tax Journal*, Vol. 65, Issue n°2, 2017, p. 328-329.

²¹⁴²*Ibid.*

II. La transposition de la méthode de collecte des vendeurs (*vendor collection model*) en matière de TVA

566. Nous avons vu que l'adoption d'un mécanisme extraterritorial de collecte pour recouvrir la nouvelle imposition, dont la conception serait basée sur les récentes simplifications européennes entreprises en matière de collecte de TVA, permettrait la simplification conséquente des obligations déclaratives et de paiement pour les contribuables concernés, tout en améliorant l'efficacité du recouvrement de l'impôt. Toutefois, force est de constater que le souhait de voir émerger un mécanisme de ce type pour recouvrir des mesures de modernisation des concepts conventionnels de source ne se concrétisera que par un dépassement du mode de répartition bilatérale de la compétence fiscale. En d'autres termes, faute d'intégration de la nouvelle mesure dans une convention multilatérale, la préservation du bilatéralisme dans la répartition des droits d'imposition empêche d'aboutir à une uniformisation des modalités de recouvrement de l'imposition entre les États. À ce titre, l'éventuelle transposition de l'expérience individuelle acquise par certains États en matière de TVA pour recouvrir la retenue sur les paiements effectués dans le cadre d'activités B2C n'apparaît bien évidemment pas en mesure d'aboutir à une centralisation des obligations déclaratives et de paiements pour les contribuables, pourtant si essentielle à la minimisation de leurs coûts de mise en conformité fiscale et à l'accroissement de l'efficacité du recouvrement. En effet, si la méthode de collecte des vendeurs en matière de TVA poursuit un but similaire à celui de l'article 12 B relatif à l'élimination des situations dans lesquelles les entreprises prestataires étrangères sont dans une position concurrentielle avantageuse par rapport aux entreprises domestiques²¹⁴³, son effectivité ne peut qu'être partielle dans une économie globalisée où l'exercice de la compétence exécutive apparaît plus que jamais subordonnée à une coopération fiscale internationale renforcée entre les États. Dans cette mesure, il peut être douté de la pertinence d'une transposition de cette méthode dans le domaine des impôts directs quand il est fait état des nombreuses critiques qui lui sont adressées, notamment en ce qui concerne son inefficacité à assurer l'exercice de la compétence exécutive de l'État de consommation en matière de TVA due par les prestataires étrangers sur les services B2C²¹⁴⁴.

²¹⁴³L'introduction de la méthode de collecte des vendeurs en matière de TVA constitue l'une des réponses apportée par les États pour améliorer le recouvrement de la TVA sur les services numériques fournis par des entreprises étrangères sur leurs territoires et ainsi s'assurer que les entreprises domestiques ne soient plus dans une position concurrentielle désavantageuse par rapport à ces entreprises. Pour de plus amples développements sur la pratique des États, notamment en développement, dans ce domaine, V. J. BRONDOLO, M. KONZA, *Administating the Value-Added Tax on Imported Digital Services and Low-Value Imported Goods*, Volume 2021: Issue 004, International Monetary Fund, 21 May 2021.

²¹⁴⁴Cf. notamment, M. LAMENSCH, « Is There Any Future for the Vendor Colection Model in the 21st Century Economy? » /In/ 27, *International Tax Monitor*, 2016, p. 182.

CONCLUSION CHAPITRE 2

567. L'année 2017, période de paralysie des débats à l'OCDE sur la taxation des entreprises numériques, avait marqué le souhait de l'ONU d'occuper dans ce domaine une place de premier ordre en faisant cavalier seul dans l'élaboration d'une solution dont la conception serait dictée par les intérêts des États en développement²¹⁴⁵. Si l'élan de réformation s'était quelque peu tari en 2019, suite à la mise en place d'un programme de travail pour élaborer une solution commune regroupant quasiment 130 États au sein du Cadre inclusif OCDE, le dévoilement des contours du Pilier 1 a toutefois entraîné la résurgence d'une intention forte des pays en développement de concevoir une solution qui ne ferait pas exclusivement la part belle aux États de l'OCDE les plus riches²¹⁴⁶. Dans cette mesure, l'adoption par le Comité des Nations-Unies d'une nouvelle retenue à la source (RALS) spécifique sur les revenus de services numériques automatisés (article 12 B du modèle) constitue la traduction du souhait des pays en développement de renforcer l'imposition à la source par l'intermédiaire de critères alternatifs à l'ES. Si ces mesures ont indéniablement les avantages de la simplicité et de l'efficacité par rapport au pilier 1 OCDE en permettant l'appréhension de l'ensemble des bénéfices réalisés, routiniers comme résiduels, leur incapacité à aligner l'attribution de la compétence fiscale au lieu réel de création de valeur pour une entreprise constitue toutefois un obstacle majeur à leur adoption comme réponse aux défis fiscaux soulevés par la numérisation de l'économie. Pour nuancer ces propos, il pourrait être considéré qu'un mécanisme de RALS sur les transactions numériques est conforme au principe d'allégeance économique toutes les fois où il a été conçu en prenant appui sur les cadres conceptuels de l'approche de la base d'érosion. En effet, selon les partisans de cette approche, la déduction des paiements effectués par des contribuables résidents de l'État de source serait de nature à démontrer l'allégeance économique des dépenses déduites, et des revenus correspondant, à cet État²¹⁴⁷. Si cette justification théorique de la compétence fiscale de l'État de source est largement discutable, notamment dans la situation où l'État de résidence participe de manière prépondérante au processus de création de valeur du prestataire²¹⁴⁸, toujours est-il qu'elle ne peut être mobilisée concernant l'article 12 B, conçu volontairement en dehors des

²¹⁴⁵ N. AMA SARFO, U.N Reemerging in Digital Economy Tax Debate, *préc.*

²¹⁴⁶ Y. BRAUNER, « Agreement ? What Agreement? The 8 October 2021 », OECD Statement in Perspective, *préc.*, p. 2.

²¹⁴⁷ J. LI, « International Taxation in the Age of Electronic Commerce: A Comparative Study », *The Canadian Tax Foundation*, 2003, p. 592-593.

²¹⁴⁸ N. VERGNET, *préc.*, p. 324.

cadres de l'approche de la base d'érosion. En effet, la doctrine de l'allégeance économique n'a nullement guidé l'élaboration du mécanisme de RALS de l'article 12 B, le Comité des N-U ayant fait prévaloir l'approche selon laquelle l'exploitation par une entreprise d'un marché permet de légitimer la compétence fiscale de l'État de consommation sur les bénéfices découlant de la conclusion des transactions avec ses résidents.

Dès lors, pour éviter que ne se multiplient les démarches arbitraires visant à renforcer les droits d'imposition de la juridiction de source alors que le lien entre une entreprise et son territoire apparaît particulièrement distendu, la mise en œuvre d'une retenue spécifique sur les revenus perçus par les entreprises numériques étrangère devrait se limiter à deux situations distinctes.

La première situation se caractériserait lorsque le client résident est en mesure de déduire de sa base imposable le paiement effectué en contrepartie de la réalisation de services, les activités B2C étant ainsi par principe exclues du champ d'application du prélèvement à la source. Cette exclusion, outre le fait qu'elle institue un régime d'imposition contraire au principe de neutralité, ne permet pas de retranscrire à des fins fiscales le rôle essentiel des utilisateurs dans le processus de création de valeur de certains modèles d'affaires multi-faces. En effet, en restreignant le champ d'application du prélèvement aux paiements susceptibles d'être déduits de la base imposable du client payeur, le mécanisme de RALS fait fi des éléments qui possèdent le plus de valeur pour les plateformes numériques, i.e. les données personnelles et les contributions des utilisateurs à l'amélioration du service, et qui plus est, sont intrinsèquement liés au territoire de l'État de consommation. La deuxième situation se caractériserait lorsque l'État de source est le lieu de situation d'éléments essentiels à la production de richesse pour une entreprise de telle manière que les États sur les territoires desquels les clients payeurs se cantonnent à une pure activité passive de consommation du service fourni ne devrait être en mesure de prélever la RALS. Il est donc ici transposé l'opinion selon laquelle l'enclenchement de l'obligation fiscale dans l'État de source en matière de revenus actifs ne devrait survenir que lorsque les utilisateurs/consommateurs contribuent, notamment par la collecte de leurs données personnelles ou les prestations de services qu'ils effectuent gratuitement, à la génération du profit de l'entreprise étrangère.

CONCLUSION TITRE 2

568. L'étude des options de réforme consistant à moderniser les notions pivots actuelles de l'imposition à la source des bénéfices des entreprises multinationales a permis de démontrer leur capacité à « *maintenir la légitimité et l'intégrité du système fiscal international* »²¹⁴⁹ tout en neutralisant les situations dans lesquelles des entreprises numériques étrangères bénéficieraient notablement des services fournis par l'État de source dans la conduite de leurs activités sans toutefois y faire l'objet d'une imposition sur leurs bénéfices. En effet, le choix d'une modernisation de la notion d'ES, pour introduire le concept d'ES virtuel, ou d'une RALS assise spécifiquement sur les revenus issus de transactions numériques aurait indéniablement l'avantage de la simplicité en préservant les cadres actuels de répartition de la compétence fiscale et des profits entre entreprises associées, sans avoir besoin de recourir à l'élaboration d'un nouveau système d'imposition s'appliquant parallèlement à certaines entreprises identifiées.

Il ne doit pour autant pas être considéré que l'intégration conventionnelle de l'ES virtuel et de RALS sur les transactions numériques entraîneraient les mêmes effets dans la redistribution des droits d'imposition au profit des juridictions de source, notamment en ce que la base imposable de l'ES ne se constitue, au contraire des RALS classiques, que des bénéfices réalisés par une entreprise. Là est l'un des plus grands inconvénients d'une RALS conventionnelle assise sur une base brute : son risque de méconnaissance de la théorie de la faculté en soumettant l'entreprise prestataire à une charge excessive au regard de ses facultés contributives. Si ce risque se concrétise à l'évidence lorsque le prélèvement est supérieur aux bénéfices découlant de la réalisation de la prestation, le choix d'une base brute est par nature contradictoire avec la nécessité, en matière d'impôts directs, d'asseoir le prélèvement en fonction de la capacité de paiement du contribuable, mesurée classiquement par la part des revenus excédant les dépenses liées à l'activité. Ce risque s'intensifie d'autant plus dans le numérique où certaines entreprises multinationales de ce secteur, même en position dominante sur un marché, sont dans l'impossibilité d'atteindre une situation profitable. Dès lors, à défaut d'octroi de la possibilité conventionnelle d'opter pour un régime d'imposition sur une base nette, le mécanisme de RALS doit être rejeté pour lui préférer le concept d'ES virtuel, seul en capacité de permettre une détermination de la charge fiscale du contribuable proportionnelle à sa capacité de paiement²¹⁵⁰. La préférence pour le concept d'ES virtuel se base

²¹⁴⁹A. BAEZ, Y. BRAUNER, « Taxing the Digital Economy Post BEPS ... Seriously », *préc.*, p. 59.

²¹⁵⁰L. FJORD KJAERGAARD, « Allocation of the Taxing Right to Payments for Cloud Computing-as-a-Service »,

toutefois sur une raison plus fondamentale tenant à la plus grande pertinence de ce concept à appréhender, à des fins fiscales, les facteurs de production novateurs que l'entreprise numérique étrangère déploient et/ou captent par l'intermédiaire de cette présence fictive sur le territoire de l'État de consommation. En effet, au contraire du mécanisme de RALS qui abouti à une forme d'attribution standardisée de revenus au profit de l'État de source, le concept d'ES virtuel est de nature à révéler, au cas-par-cas, l'importance des sources de valeur localisées sur le territoire de cet État dans la création de valeur globale du groupe.

Par conséquent, si l'on peut fortement douter de la conformité d'une RALS sur les transactions numériques avec la doctrine de l'allégeance économique, la conception restrictive du champ d'application de l'ES virtuel que nous avons retenue permet bien au contraire de s'assurer que le glissement des droits d'imposition au profit de l'État de source ne se réalise que lorsque cet État dispose d'une place prépondérante dans le processus de création de valeur de l'entreprise numérique concernée. Tel n'est assurément pas le cas, selon nous, des mécanismes de RALS qui fondent les règles de détermination de la source sur la résidence du client payeur dans la situation où les utilisateurs, localisés sur le territoire d'une autre juridiction, contribuent de manière essentielle à la production de richesse d'une plateforme numérique.

préc.

CONCLUSION PARTIE 2

569. L'imposition « juste » et « équitable » des profits des entreprises multinationales numériques par l'État de consommation ne peut se réaliser uniquement au travers d'une mobilisation des principes traditionnels de la fiscalité internationale, tels que modifiés par le plan d'actions BEPS. En effet, si ces récentes modifications sont de nature à permettre un alignement cohérent entre l'attribution de la compétence fiscale à l'État de source et l'existence sur son territoire d'éléments essentiels à la création de valeur d'une entreprise, le cadre fiscal international fait toutefois obstacle à l'appréhension par cet État de la valeur créée au sein de son marché par les utilisateurs des services proposés par les entreprises numériques étrangères. L'impossibilité, sur le fondement des règles actuelles, de redistribuer en faveur de l'État de consommation le bénéfice résiduel découlant de l'activité des utilisateurs des plateformes numériques, n'est toutefois pas le résultat d'une obsolescence du « principe de création de valeur » (*value creation principle*)²¹⁵¹, mais de l'inaptitude globale du droit fiscal à appréhender les nouvelles sources essentielles de valeur pour ces plateformes. En d'autres termes, les spécificités des entreprises disposant d'un modèle d'affaires en réseaux ou en ateliers de valeur ne requièrent pas la modification des cadres méthodologiques institués par les experts et M. B Carroll où, de façon commune, l'analyse des processus productifs de valeur dictait la répartition de la compétence fiscale et des profits entre entités membres d'un groupe. La cohérence théorique du système fiscal international n'a donc pas été fragilisée par l'évolution des structures organisationnelles, pas plus que par l'importance désormais considérable des facteurs de production extérieurs au périmètre du groupe dans la génération du profit global. Dans cette mesure, la modernisation des principes traditionnels doit être privilégiée à toute solution de refonte du système fiscal international qui, en raison de leur caractère sommaire et standardisé, empêche l'attribution à l'État de consommation de droits d'imposition en cohérence avec la contribution réelle des éléments localisés sur son territoire dans la production de richesse des entreprises numériques. En effet, si l'intégration du principe de destination dans le cadre d'imposition des bénéficiaires des entreprises multinationales est présentée comme assurant l'avènement d'une fiscalité internationale équitable et simplifiée, de nature à répondre aux défis soulevés par la numérisation de l'économie, force est de constater que la conception d'un système

²¹⁵¹J. LI, N. JIN BAO, H. C. LI, « Value Creation : A Constant Principle in a Changing World of International Taxation », *préc.*

fiscal international parallèle sur la base de ce principe n'entraîne pas nécessairement les effets escomptés. Pour preuve, outre une fragilisation de la cohérence théorique sur laquelle repose actuellement le système fiscal international, le Montant A du pilier 1 OCDE n'est susceptible d'aboutir qu'à une redistribution mineure des droits d'imposition au profit des juridictions de marché, qui plus est en heurtant parfois une certaine conception de l'équité dans la répartition de la matière imposable entre États. En effet, l'iniquité entre deux États au titre de la répartition de la fraction des bénéficiaires résiduels est susceptible de survenir dès lors que les utilisateurs du premier État consomment passivement les services fournis par une multinationale tandis que dans l'autre État, ils contribuent, par la collecte de leurs données personnelles ou les actions qu'ils entreprennent, à la production de richesse de cette multinationale. Ainsi, lorsque le niveau de ventes entre ces deux États est similaire, ils bénéficieront d'une même attribution de profits résiduels et ce en dépit de la circonstance que le second État est le lieu de situation de l'essentiel de la production de richesse pour l'entreprise. Dès lors, en simplifiant conséquemment les modalités de répartition intra-groupe des bénéficiaires, le Montant A sacrifie l'impératif originel du système fiscal international selon lequel l'imposition des bénéfices doit être alignée avec la géographie réelle de la création de valeur. Le Montant A, tout comme les méthodes de répartition proportionnelle -si ce n'est ici encore ici plus manifeste en ce que la clé de répartition n'est constituée que d'un unique facteur représentant la demande - ne saurait donc retranscrire avec cohérence l'essentiel des processus productifs des groupes d'entreprises intégrées.

Par conséquent, nous ne pensons pas, notamment à l'égard d'entreprises dont chacune est « *une hydre dotée d'un modèles d'affaires spécifique, instable et multi-versants* »²¹⁵², que les prétendus avantages de simplicité dans l'administration des mesures standardisées ou assises sur des bases brutes doivent amener à l'abandon des principes visant à aligner plus finement la répartition de la matière taxable à la géographie de la création réelle de la valeur. Bien au contraire, en ce qu'ils apparaissent seuls en mesure de révéler, aux fins de taxation par l'État de consommation, la valeur créée au sein du marché par des facteurs de production extérieurs au périmètre du groupe d'entreprises, leur renforcement doit être poursuivi, dans le droit fil des actions BEPS, par une modernisation des contours de leur application. À ce titre, la supériorité du concept d'ES virtuel par rapport au mécanisme de RALS assis spécifiquement sur les transactions numériques se dégage de plusieurs éléments. Les plus notables tiennent aux capacités de ce mécanisme, d'une part, de minimiser l'insécurité fiscale pour les groupes d'entreprises étrangers résultant de l'abaissement successif des exigences de seuils sur lesquels reposent l'identification d'un ES²¹⁵³ et, d'autre part,

²¹⁵²A. GOBEL, « Fiscalité internationale et économie numérique : la juste valeur des Big Data », *préc.*

²¹⁵³La sécurité fiscale ne peut être favorisée que dans l'hypothèse où le champ d'application est limité de telle sorte qu'il ne vise à appréhender que les seules entreprises numériques étrangères qui, bien que captant d'importantes sources

d'instituer une répartition intra-groupe des profits qui serait conforme à la réelle contribution des entités au processus de création de valeur du groupe. En effet, la modernisation des contours de l'analyse fonctionnelle traditionnelle – dans le but de reconnaître les situations dans lesquelles une entité est susceptible d'exercer des activités économiques essentielles à la génération du profit global quand bien même elle n'emploierait à cet effet aucun individu - ainsi que l'élargissement des éléments de valeur à prendre en compte pour répartir la matière imposable entre les entités du groupe, permettent de révéler la forte complexité fonctionnelle de l'ES virtuel. Le recours à la méthode de *profit split* semble dès lors s'imposer de lui-même pour répartir les bénéfices conformément à la contribution de chacune des entités parties aux transactions impliquant les données des utilisateurs. À cette fin, s'il n'est pas pertinent d'adopter une clé de répartition standardisée concernant des modèles d'affaires où la création de valeur est le résultat d'interactions uniques entre de multiples facteurs de production internes et externes à l'entreprise, l'ES virtuel, tel que nous en avons conçu le champ d'application, doit toutefois se voir rattacher en toutes circonstances deux sources essentielles de valeur pour les entreprises numériques concernées : les données collectées générant un flux de revenus distinct et les « rentes synergiques liées aux consommateurs ». « *S'intéresser aux données collectées auprès d'internautes [...] permet de développer un raisonnement de territorialité fondée sur l'origine géographique des données* »²¹⁵⁴ de sorte qu'il est clair que ces éléments sont intrinsèquement liés à l'activité de l'ES virtuel.

La redistribution au profit de l'État de consommation des bénéfices découlant de ces sources de valeur, aujourd'hui centralisés dans des entités faiblement imposées, serait significative. L'absence de limitation de la redistribution à une distinction artificielle entre la nature routinière ou résiduelle des profits, l'importance donnée à des notions d'ores-et-déjà largement mobilisés dans la pratique et surtout la possibilité de rétablir une relation symbiotique entre le lieu de création de valeur et le lieu d'imposition des profits sont dès lors autant d'éléments qui permettent d'affirmer que, sous la perspective de l'État de consommation, l'ES virtuel constitue la solution la plus adéquate pour appréhender une part « juste » et « équitable » des profits des entreprises multinationales numérique qui ne déploient sur son territoire aucun moyen matériel et humain.

de production de richesse rattachables au territoire de l'État de consommation, n'y sont soumises à aucune imposition de leurs bénéfices.

²¹⁵⁴P. COLIN, N. COLLIN, *préc.* n°, p. 130.

CONCLUSION GÉNÉRALE

570. Cette étude a permis de démontrer la pertinence des principes traditionnels de répartition conventionnelle des droits d'imposition pour répondre aux problématiques soulevées par les entreprises multinationales du numérique dans l'imposition de leurs bénéfices par l'État de consommation. Le jugement récurrent d'obsolescence dont sont victimes l'établissement stable, instrument permettant l'identification d'un lien taxable sur le territoire de l'État de source, et le principe de pleine concurrence, outil sur lequel repose la détermination des prix des transactions entre sociétés apparentées, a été prononcé trop hâtivement.

Ce jugement est, dans son principe même, erroné car il se fonde sur un mythe qu'il est aujourd'hui impératif de déconstruire : celui d'un fonctionnement de l'économie numérique en vase clos qui n'aurait nullement besoin d'infrastructures matérielles et de moyens humains pour prospérer²¹⁵⁵. « Or, bien au contraire, pour développer leurs services, ces entreprises s'appuient sur des capacités de stockage de données, des câbles, notamment sous-marins, des satellites, etc. qui posent de vrais défis en termes de souveraineté et qui nécessitent de vraies compétences et savoir-faire industrielles »²¹⁵⁶. La relativisation de la composante territoriale dans le déploiement international des activités des opérateurs économiques du numérique ne signifie ainsi pas que la mobilisation de moyens matériels et humains ne soit plus requise pour maximiser la production de la richesse. Pour contredire ces propos, il est communément avancé la capacité de certaines multinationales du numérique de disposer d'une présence économique mondiale avec un nombre quasiment nul d'employés²¹⁵⁷. L'apparence du rôle exclusif des actifs incorporels classiques dans la création de valeur masque toutefois la réalité selon laquelle la réussite des modèles d'affaires de ces entreprises, opérant en réseaux de valeur, repose avant tout sur la captation constante de facteurs de production extérieurs à leur organisation. Pour le dire autrement, la principale difficulté à laquelle fait actuellement face le droit fiscal n'est pas celle de la localisation matérielle du fait générateur de l'impôt mais bien celle de la correcte appréhension du passage, pour les entreprises à l'ère numérique, d'un processus de création de la valeur à un processus de captation de la valeur. À ce titre, tant l'ES que le PPC, sous réserve d'une modernisation de certaines de leurs composantes, sont en mesure d'opérer une redistribution des droits d'imposition au profit de l'État de consommation en

²¹⁵⁵A. VOY-GILLIS, (Re)-territorialiser l'économie immatérielle, Conclusion in Fiscalité numérique – Le match retour, Digital New Deal, Septembre 2021, p. 54.

²¹⁵⁶*Ibid.*

²¹⁵⁷Commission des finances, de l'économie générale et du contrôle budgétaire, Compte rendu n° 65, 3 avril 2019, Audition de Pascal SAINT-AMANS, p. 2-3 : « Vous pouvez opérer au niveau mondial, avec quelques employés seulement ; je crois que Whatsapp, à moins que ce ne soit une entreprise similaire, parvient à avoir une présence mondiale avec une vingtaine d'employés seulement ».

adéquation avec l'importance de ces nouveaux facteurs de production, ancrés à son territoire, dans le processus de création de valeur des multinationales du numérique.

571. Les évolutions apportées par l'OCDE, notamment au titre de son action 7 BEPS, ont élargi significativement le droit d'imposer de l'État de consommation à l'égard d'activités numériques qui, bien que durablement implantées sur le territoire de cet État, restaient en-deçà du seuil traditionnel de déclenchement de l'alléance fiscale. « *Le projet BEPS portait alors les germes d'une révolution de l'appréhension de la valeur taxable, au profit de la consommation* »²¹⁵⁸.

L'impulsion donnée par ces travaux dans le transfert de la compétence fiscale vers le marché n'a pas tardé à recevoir des traductions concrètes dans l'ordre juridique français. Dans des contentieux qui plus est antérieurs aux modifications apportées par l'Instrument multilatéral, les interprétations constructives du juge administratif ont démontré « *que la plasticité de ce droit traditionnel est [...] plus grande qu'il n'a été communément admis jusqu'à présent* »²¹⁵⁹. En effet, le recours désormais plus marqué des juridictions administratives à une analyse de la substance économique des opérations facilite l'exercice de re-territorialisation des bénéficiaires des multinationales du numérique. Ceci notamment grâce à la consécration de conceptions autonomes des critères traditionnels, indépendantes du droit civil²¹⁶⁰, qui permettent, sans égard à un quelconque formalisme juridique, à l'État français d'appréhender avec réalisme la valeur créée par les entreprises étrangères sur son territoire.

Malgré ces évolutions, l'attachement à la préservation du critère de présence physique pour identifier un ES demeure. Dans une économie de l'immatériel, comment le critère de présence physique peut-il conserver une pertinence pour traduire, à des fins d'octroi du droit d'imposer à l'État de source, une intégration économique effective d'une entreprise non-résidente sur son territoire ? On rappellera que les organisations internationales ont en tout temps considéré le critère de présence physique comme le seul critère permettant de légitimer le droit d'imposer de l'État de source. Ceci pour des raisons, qui tenaient évidemment à des considérations théoriques, mais aussi à des considérations pratiques liées aux difficultés de recouvrement de l'impôt que pouvaient rencontrer l'État d'origine concernant des entreprises sans présence physique sur son territoire. « *Si la participation des services rendus par l'État à la création de valeur doit être prise en compte pour*

²¹⁵⁸Sénat, Projet de loi autorisant la ratification de la convention multilatérale pour la mise en oeuvre des mesures relatives aux conventions fiscales pour prévenir l'érosion de la base d'imposition et le transfert de bénéficiaires, n° 410, session 2017-2018.

²¹⁵⁹L. CYTERMANN, Conclusions CE, Plén., Min. c/ Société Conversant International Ltd, n° 420174, 11 décembre 2020, p. 4.

²¹⁶⁰D. GUTMANN, P. MARTIN, L'établissement stable : une entreprise autonome ?, Actes de colloque CEFEP, Dr. fisc. n° 45, 12 novembre 2021, 417.

établir le droit d'imposer, [...] la plupart des services publics que rend un État n'ont une réelle influence sur la création de valeur imputable à l'activité d'une entreprise que si [elle] opère physiquement au sein de ses frontières »²¹⁶¹. Nous ne pensons pas que le développement de l'économie numérique ait eu pour conséquence de remettre en cause le bien-fondé de cette analyse. Il ne peut être considéré de manière globale que les entreprises étrangères du numérique n'ont plus besoin de s'implanter physiquement sur le territoire de l'État de consommation afin de bénéficier des services et avantages fournis par cet État dans le développement de leurs activités économique. Outre la circonstance que l'ensemble des grandes multinationales du numérique dispose actuellement d'une présence taxable sur le territoire de l'État français, il est par exemple difficile de concevoir qu'une entreprise de *e-commerce* dépasse le seuil de présence économique sur le territoire de l'État de source à des fins d'imposition alors qu'elle n'y déploie aucun moyen matériel ni humain. Autrement dit, l'utilité des services publics et avantages fournis par l'État de source (routes, infrastructures, police) ne se manifeste réellement dans le processus de création de valeur de ces entreprises que dans la mesure où elles sont implantées physiquement et durablement sur le territoire de cet État.

Nous pouvons donc affirmer que la problématique de l'imposition des bénéfices des multinationales du numérique n'est très largement pas une problématique de *nexus*. Il n'en va autrement que pour une infime minorité d'entreprises du numérique qui, bien que captant d'importantes sources de production de richesse rattachables au territoire de l'État de consommation, y opèrent de manière invisible. C'est ainsi que nous proposons une modernisation de la notion d'ES (ES virtuel), limitée dans son champ d'application à ce type d'entreprises. Cette restriction du champ d'application personnel se couplerait à une autre limitation tenant à la préservation de la méthodologie originelle développée par les experts en 1923 pour répartir la compétence fiscale entre l'État de source et de résidence. « *La distinction entre [ces deux États] ne s'attachent qu'à l'activité économique à l'origine de la production du revenu, qu'elle procède des actions du bénéficiaire du revenu ou des moyens de production qu'il met en oeuvre* »²¹⁶². Dans cette mesure, un droit d'imposition supplémentaire ne devrait être octroyé à l'État de consommation que dans la situation où les utilisateurs/consommateurs contribuent, notamment par la collecte de leurs données personnelles ou les prestations de services qu'ils effectuent gratuitement, à la production de richesse de l'entreprise étrangère. Alors que cette situation est susceptible de survenir dans des modèles d'affaires opérant en tant que réseaux de valeur, elle ne peut néanmoins être identifiée dans les modèles en ateliers de valeur où l'essentiel de la valeur se situe là où les investissements sont

²¹⁶¹N. VERGNET, *préc*, p. 51.

²¹⁶²*Ibid.* p. 329.

réalisés pour créer le matériel informatique et développer les logiciels et algorithmes soutenant l'activité²¹⁶³. Plus concrètement, pour les activités de fournisseurs de services de *Cloud*, l'État de consommation n'est que le lieu de consommation passive des services de sorte qu'il n'y a *a priori* aucune raison permettant de légitimer une redistribution des droits d'imposition au profit de cet État. Si certains auteurs plaident pour une reconnaissance de la compétence fiscale de l'État de consommation au regard de son rôle dans la réussite économique de ces entreprises par la qualité notamment des infrastructures de réseaux qu'il leurs fournies (théorie des services rendus)²¹⁶⁴, on ne peut que noter la prédominance du lien personnel que partage ces entreprises avec leurs États de résidence au regard du soutien de ces États dans les activités de développement des algorithmes et logiciels.

572. L'identification d'une nouvelle présence taxable sur le territoire de l'État de consommation ne préjuge toutefois en rien du *quantum* de revenus qui peut lui être rattaché. Si le rattachement territorial des nouveaux facteurs de production que sont les utilisateurs -au travers des données personnelles collectées et de leur contribution à l'amélioration du service proposé par la plateforme- se fait naturellement au profit de l'État de consommation, la question de leur valorisation et de leur répartition apparaît bien plus complexe. Là est le cœur du problème : le cadre fiscal actuel peine fortement à appréhender ce qui constituent pour les modèles d'affaires en réseaux de valeur les sources essentielles de création de valeur pour pouvoir en opérer ensuite, conformément au référentiel de pleine concurrence, une répartition entre les diverses entités juridiques distinctes du groupe. Or, force est de constater que, ni l'approche autorisée OCDE, ni *a fortiori* le droit fiscal français ne sont en mesure de répondre pertinemment à ces difficultés. En effet, en contraste avec les évolutions constatées dans les exigences de seuils sur lesquels reposent l'ES, les règles de détermination du profit attribuable à cette présence n'ont été que très partiellement modifiées par le projet BEPS. « *L'ES ne contient ainsi pas la réponse au désordre ressenti des prix de transfert* »²¹⁶⁵. L'obsolescence des règles fiscales françaises est toutefois encore plus nette. En limitant dans l'appréhension des valeurs immatérielles le périmètre d'applicabilité de l'article 57 du CGI aux transactions reposant sur le transfert d'un actif incorporel identifié sur le plan comptable²¹⁶⁶, les facteurs essentiels de création de valeur que constituent les données personnelles et les contributions gratuites des utilisateurs, échappent à toute valorisation aux fins des prix de

²¹⁶³L. FJORD KJAERGAARD, « Allocation of the Taxing Right to Payments for Cloud Computing-as-a-Service », *World Tax Journal*, Vol. 11, n° 3, 2019.

²¹⁶⁴W. HASLEHNER and M. LAMENSCH, « Taxation and Value Creation », *préc.*, p. 9.

²¹⁶⁵A. MAITROT DE LA MOTTE, R. JAUNE, L'invention de l'établissement stable, *préc.*

²¹⁶⁶Pour une exception concernant un droit d'accès unique et durable sur un marché assimilable à un actif incorporel unique, V. TA TA Montreuil, 1re ch., 14 janv. 2021, n° 1812789.

transfert. Les plateformes numériques sont dès lors en mesure, en conformité avec les règles actuelles, de centraliser l'essentiel du profit résiduel découlant de l'exploitation de ces deux éléments dans des entités localisées dans des États à fiscalité privilégiée. Cette situation est d'autant plus difficile à justifier qu'elle s'inscrit en contrariété frontale avec le principe de pleine concurrence, tel que conçu originellement, et qui vise à une appréhension de l'ensemble des incorporels valorisables dont l'utilisation et/ou le transfert auraient donné lieu à rémunération sur le marché libre²¹⁶⁷.

Pour neutraliser ces difficultés, il a été décidé, en juillet 2021, par près de 140 États de basculer dans un nouveau monde dans lequel le droit céderait sa place à la technique²¹⁶⁸. S'il est encore bien trop tôt pour se prononcer sur l'effectivité de la réforme entreprise au titre du Pilier 1 OCDE, nous doutons toutefois fortement de sa capacité à résoudre les réelles problématiques fiscales soulevées par les multinationales du numérique dans l'imposition de leurs bénéfices. L'attribution d'un pourcentage pré-déterminé de bénéfices résiduels aux juridictions de marché éligibles ne sera en effet que rarement équivalent au rôle de ces juridictions dans le processus de création de valeur des entreprises du numérique opérant en réseaux de valeur, aussi bien au regard des infrastructures publiques fournies que des facteurs de production localisés sur leurs territoires et que ces entreprises captent sous la forme de rentes économiques. Surtout, par son caractère standardisé, cette solution revient à nier la réalité de certains modèles d'affaires du numérique selon laquelle la création de valeur est le résultat d'interactions uniques entre de multiples facteurs de production internes et externes à l'entreprise. Enfin, en ce que le nouveau régime d'imposition du pilier 1 ne constitue qu'un composant supplémentaire se superposant au système fiscal international pour les 80 plus grandes entreprises mondiales, les principales difficultés et carences actuelles des bases juridiques de la répartition des droits d'imposition que nous avons identifiées persisteront.

L'inaptitude des méthodes de répartition proportionnelle à aligner la répartition de la matière taxable conformément à la géographie de la création réelle de la valeur implique alors d'entreprendre une modernisation du PPC afin d'intégrer, dans les cadres d'analyse de l'attribution des revenus imposables à l'ES virtuel, les facteurs de production novateurs que l'entreprise numérique étrangère déploient et/ou captent par son intermédiaire sur le territoire de l'État de consommation. Pour ce faire, il doit être repensé la notion de « fonctions humaines significatives » en considérant que l'ES virtuel peut réaliser des activités économiques essentielles à la production de richesse du groupe sans employer d'individus, tout en procédant à l'adaptation du périmètre des

²¹⁶⁷N. COLLIN, P. COLIN, *préc.*

²¹⁶⁸G. BLANLUET, D. GUTMANN, *Fiscaliste international demain : quelles problématiques ? Quels métiers ?*, *préc.* : Car notre goût bien français pour le juridique privilégiant la clarté quant à la forme et la génération quant au fond, cette prédisposition que nous avons pour les principes généraux exprimés dans des formules ramassées, tout cela n'est plus vraiment de ce monde.

éléments de valeur susceptibles de disposer d'un impact sur la répartition de la matière imposable. Cette reconstitution amène alors naturellement à révéler le profil fonctionnel complexe de l'ES au côté d'entités disposant actuellement de la qualité d'entrepreneur de sorte que le recours à la méthode de *profit split* semble devoir être privilégié pour répartir les bénéfices conformément à la contribution de chacune des entités parties aux transactions impliquant les données des utilisateurs. Ainsi, la mise en œuvre rigoureuse de l'approche méthodologique des prix de transfert, clé de la neutralité²¹⁶⁹ amènera à l'adoption d'une formule de répartition dépendante de l'analyse fonctionnelle modernisée afin de retranscrire avec exhaustivité l'ensemble des sources de surplus, pour les pondérer ensuite en fonction de leur contribution à la création de valeur globale du groupe.

S'il doit ainsi être rejetée l'élaboration de formules de répartition standardisées, tant chaque plateforme multi-faces apparaît unique, il peut toutefois être identifié communément aux entreprises concernées par le champ de l'ES virtuel deux « éléments essentiels de valeur contribués »²¹⁷⁰ qui se rattacheront en toutes circonstances à cette nouvelle personnalité fiscale : les données collectées générant un flux de revenus distinct et les « rentes synergiques liées aux consommateurs ». Les volontés de modifier la répartition actuelle de la matière imposable au profit de l'État de consommation conformément à la géographie de la création de la valeur ne peuvent ainsi recevoir une application concrète que par la prise en compte de ces deux éléments dans la reconstitution de la base imposable de l'ES virtuel. Dès lors, si le Pilier 1 n'entraîne qu'un changement mineur dans la répartition internationale des droits d'imposition, qui plus est contestable au regard de la faiblesse des fondements théoriques à son origine, l'adoption généralisée de l'ES virtuel à l'échelon international constituerait un pas bien plus significatif dans le rétablissement d'un cadre de partage équitable de la matière imposable. En effet, l'ES virtuel apparaît constituer la solution la plus adéquate pour redistribuer entre les États de consommation, en fonction de l'importance des activités économiques réalisées sur leurs territoires dans la production de richesse des entreprises, les profits découlant des « rentes synergiques liées aux consommateurs » et de l'exploitation intensive des données aujourd'hui centralisés, en toute conformité avec les règles de prix de transfert, dans des entités faiblement imposées.

²¹⁶⁹A. GOBEL, *préc.*

²¹⁷⁰*Ibid.*

BIBLIOGRAPHIE

I – OUVRAGES, THESES ET ETUDES

A. De langue française

B. De langue anglaise

II – CONGRES ET RAPPORTS

III – ARTICLES

A. De langue française

B. De langue anglaise

C. De langue allemande

I – OUVRAGES, THESES ET ETUDES

A. - DE LANGUE FRANÇAISE :

ANDRÉ E., *Les actifs incorporels de l'entreprise en difficulté*, Nouvelle bibliothèque de thèses, Dalloz, Volume 191, 2020.

ARISTOTE, *Éthique à Nicomaque* [IVe siècle av. J.-C.], livre V, trad. J. Tricot, Vrin, 1990.

AUSTRY S., GELIN S. et SOREL D., *Les clauses de bénéficiaire effectif ont-elles un effet utile ?*, Étude RJF 4/07.

AZAN W. et CAVALIER G., *Des systèmes d'information aux blockchains : Convergence en sciences juridiques, fiscales, économiques et de gestion*, Bruylant, 2021.

BERNS T., DUPONT J.-C. et XIFARAS M., *Philosophie de l'impôt*, Bruylant, 2006.

BLANLUET G., *Essai sur la notion de propriété économique en droit privé français. Recherches au confluent du droit fiscal et du droit civil*, préf. P. CATALA et M. COZIAN, LGDJ, Bibliothèque de droit privé, 1999.

BOUDET J.-F., *Manuel de droit Fiscal européen et comparé*, Bruylant, 2021.

BOUVIER M., *Introduction au droit fiscal général et à la théorie de l'impôt*, Paris, LGDJ-Lextenso, 14ème édition, 2020.

COZIAN M., DEBOISSY F., CHADEFaux M., *Précis de fiscalité des entreprises*, LGDJ-Lextenso, 44 ème édition, 2020-2021.

Écrits de fiscalité des entreprises : Études à la mémoire du professeur Maurice Cozian, Collectif Litec, 2009.

CABANNES X., *La justice fiscale ou la quête d'un Graal fiscal*, Avant-propos in *La justice fiscale Xe-XXIe s.*, Larcier, 2020.

CASTAGNÈDE B., *Précis de fiscalité internationale*, PUF, 6 ème éd., 2019.

COIN R., *Les situations triangulaires internationales en présence d'un établissement stable. Éliminer les doubles impositions sans favoriser les doubles exonérations*, Thèse, Université Paris Panthéon Assas, 2016.

COLLET M., *L'impôt confisqué*, éd. Odile Jacob, 2014.

COLLIN P. et COLIN N., *Mission d'expertise sur la fiscalité de l'économie numérique : Rapport au ministre des Finances*, 2013.

COLIN N., VERDIER H., *L'âge de la multitude – Entreprendre et gouverner après la révolution*

numérique, Armand Colin, 2ème édition, 2015.

COMBACAU J., S. SUR, *Droit international Public*, Paris, Montchrestien – Lextenso, 13è ed., 2016.

CORMIER E., *La fiscalité internationale de l'informatique*, Université de Montpellier, Thèse, 1992.

DAL VECCHIO F., *L'opposabilité des conventions de droit privé en droit fiscal*, Thèse, L'Harmattan, 2014.

DALUZEAU X., GÉLIN S., GIBERT B., LE BOULANGER A., *Prix de transfert : Détermination, justification et gestion des différends, problématiques connexes*, Édition Francis Lefebvre, 2020.

DAURIAC I., *La signature*, Thèse, Université Paris II, 1997.

DOUVIER P.-J., *Droit fiscal dans les relations internationales*, éd. A. Pédone, 1996.

GEST G., TIXIER G., « Droit fiscal international », *PUF*, Coll. Droit fondamental, 2e éd., 1990.

GOUTHIÈRE B., *Les impôts dans les affaires internationales*, Francis Lefebvre, 14 ème édition, 2020

GUTMANN D., *Droit fiscal des affaires*, LGDJ, 12 ème édition, 2021.

HUET F., *La fiscalité du commerce électronique*, Éditions Litec, 2000.

IFO, étude Institute München, *Les propositions du Conseil d'Analyse Economique pour une réforme de la fiscalité internationale des entreprises* in *Quelles réformes de la fiscalité internationale des entreprises*, 2021.

JAUNE R., *Le droit et la régulation des prix de transfert*, Thèse, Université Paris I, 2018.

JÈZE G., *Cours de finances publiques*, Girard, 1931.

JOUSSET D., *L'emploi des présomptions dans la lutte contre la fraude et l'évasion fiscales internationales*, thèse, Université Paris I, 2016.

KALLERGIS A., *La compétence fiscale*, Thèse, 2018, Bibliothèque Dalloz, 2018.

KIRAT T., *Economie du droit*, Paris, La Découverte, coll. Repères, 2012.

LABARTHE A., *Enquête sur une méconnue du droit fiscal : la clause de bénéficiaire effectif, entre théorie et pratique*, Mémoire, Université Toulouse Capitole, 2015-2016.

LAMARQUE J., NÉGRIN O. et AYRAULT L., *Droit fiscal général*, 4ème Édition, Lexis Nexis, 2016.

- LAMBERT T.**, *L'impôt dans une économie mondialisée – Contribution à une théorie générale de l'impôt*, Bruylant, 2021.
- LAUMONIER A.**, *La coopération fiscale entre États dans la lutte contre la fraude et l'évasion fiscales internationales*, thèse, Université de Bordeaux, 2017.
- LUCIANO K.**, *Le droit à l'épreuve des mécanismes offshore*, Thèse, Fondation Varenne, Coll. Des thèses, 2010.
- MACKAAY E. et ROUSSEAU S.**, *L'analyse économique du droit*, Dalloz-Les Editions Thémis, 2021.
- MAITROT DE LA MOTTE A.**, *Droit fiscal de l'Union européenne*, Bruylant, 2ème éd., 2016.
- MARPILLAT C.**, *La territorialité de l'impôt sur les sociétés dans l'économie numérique*, Larcier, 2018.
- MEISSONNIER R.**, *Organisations virtuelles : Conceptualisation, Ingénierie et pratiques*, Thèse, 2000.
- MELOT N.**, *Territorialité et mondialité de l'impôt – Étude de l'imposition des bénéficiaires des sociétés de capitaux à la lumière des expériences françaises et américaine*, LGDJ, Nouvelle Bibliothèque de Thèse.
- MEUNIER F.**, *Comprendre et évaluer les entreprises du numériques* : Eyrolles, 2017.
- OBERSON X.**, *Précis de droit fiscal international*, Stampfli, 4ème éd., 2014.
- ORSONI G.**, *L'évolution de la notion d'impôt*, Thèse, Université Aix-Marseille, 1975.
- PACHÉ G. et PARAPONARIS C.**, *L'entreprise en réseau : approches inter et intra-organisationnelles*, Ed. de L'ADREG, 2006.
- PELLEFIGUE J.**, *Théorie économique de la réglementation des prix de transfert*, Thèse, Université Panthéon-Assas, 2012.
- PERIN-DUREAU A.**, *L'obligation fiscale à l'épreuve des droits et libertés fondamentaux*, éd. Dalloz, 2014.
- POINTEVIN-LAVENU F.**, *E-Fiscalité : les règles fiscales à l'ère de la dématérialisation*, Université Panthéon-Assas, Thèse, 2011.
- RANDRIAMANALINA T.**, *Les prix de transfert et le principe de pleine concurrence dans les pays en développement*, Thèse, Université Paris-Dauphine, 2019.
- RENOUX V.**, *Fiscalité réelle pour un monde virtuel*, Note d'étude, Digital New Deal, septembre 2017.
- REUTER P.**, *Droit international Public*, Paris, PUF, coll. « Themis : droit », 6 ed., 1983.

ROBBEZ-MASSON C., *La notion d'évasion fiscale en droit interne français*, thèse, Université Grenoble 2, 1987.

ROBERT E., *Éléments d'une théorie de la frontière appliqués au droit fiscal*, Thèse, Université Paris 2, 2011.

ROUZAUD P.-L., *L'impôt confiscatoire – Notion et jurisprudence*, Larcier, 2016.

TOUZET C., *La territorialité de l'impôt sur les sociétés*, Mémoire DEA, 2001-2002, Université de Strasbourg.

TRINDADE MARINHO A., *La subsidiarité des conventions fiscales*, Thèse, Université Paris I, 2015.

TROTABAS L., *La nature juridique du contentieux fiscal en droit français*, in *Mélanges M. Hauriou*, Sirey, 1929.

TÜRK P., VALLAR C., *La souveraineté numérique : le concept, les enjeux*, Ed. Mare et Martin, 2018.

VERGNET N., *La création et la répartition de la valeur en droit fiscal international*, Thèse, LGDJ, Paris, 2018.

ZENCKER V., *Les rapports du droit et de l'économie*, Thèse, Université Paris Descartes, sous la direction de M. BEHAR-TOUCHAIS, 2012.

B. - DE LANGUE ANGLAISE :

ADAMS T.S., *Interstate and international Double Taxation*, in *Lectures on Taxation 101*, at 102, ed. Roswell Magill, 1932.

ASLAM A. and SHAH A., *Taxing the Digital Economy*, in *Corporate Tax Under Pressure*, IMF, 2021.

BRAUNER Y. & MCMAHON M. J., *The Proper Tax Base : Structural Fairness from an International and Comparative Perspective – Essays in Honor of Paul McDaniel*, Chapter 6, 2012, Jr. (eds).

BROOKS K., *Inter-Nation Equity : The Development of an Important but Underappreciated International Tax Value*, Chapter 17 in *Tax Reform in the 21st Century : A Volume in Memory of Richard Musgrave*, Kluwer Law International, 2008.

CAPRISTANO CARDOSO G., *Global Transfer Pricing Developments*, in *Transfer Pricing Developments Around the World*, 2019.

DE BAETS S. and **SMOLKOWSKA A.**, *Profit Attribution to ‘Significant Economic’ Presence and the Market State*, in *Profit Attribution to Digital Significant Economic Presence*, Éd. Michael Lang et al., Aug. 2020.

DEVEREUX M., **AUERBACH A.J.**, **KEEN M.**, **OOSTERHUIS P.**, **SCHÖN W.** and **VELLA J.**, *Taxing Profit in a Global Economy*, Oxford International Tax Group, 2021.

DOERNBERG R., **HINNEKENS L.**, **HELLERSTEIN W.**, *Electronic Commerce and Multijurisdictional Taxation*, IFA- Kluwer Law International, The Hague, 2001.

EGGER W., *Transfer Pricing and Value Creation in the Context of Permanent Establishment*, in *Transfer Pricing and Value Creation*, Linde, Michael Lang Ed., 2019.

JOUFFROY R., **FLEURIER S.**, *Permanent Establishments : a domestic taxation, bilateral tax treaty and OECD perspective*, French Report, Wolters Kluwer, 6th Edition, 2018.

KEMMEREN E., *Principle of Origin in Tax Conventions – A Rethinking of Models*, Pijnenburg-Dongen, Dissertation PhD thesis Tilburg University, 2001.

LAROSE D.T. & **LAROSE C.D.**, *Discovering knowledge in data: An introduction to data mining* (2nd ed.) Hoboken, NJ: John Wiley & Sons, 2014.

LI J., *International Taxation in the Age of Electronic Commerce: A Comparative Study*, The Canadian Tax Foundation, 2003.

MAYER S., *Formulary Apportionment for the Internal Market*, IBFD, Doctoral Series, Volume 17, 2009.

MUSGRAVE P., *Taxation of Foreign Investment Income. An Economic Analysis*, John Hopkins Press, 1963.

MUSGRAVE R. and **P.**, *Inter-Nation Equity*, in *Modern Fiscal Issues : Essays in Honor of Carl S. Shoup*, Toronto, University of Toronto Press, 1972.

NAJJAR E., *Impact of Digital Economy on Taxation and Characterization of Income*, Mémoire, Prix IFA, Université Paris I Sorbonne, 2014-2015.

OXFAM, *Labour Rights in Unilever’s Supply Chain: From Compliance Towards Good Practice*, 2013.

PARRILLI D.M., *Grid and Taxation : The server as Permanent Establishment in International Grids*, Interdisciplinary Center for Law and Technology, 23 août 2008.

PINTO D., *E-commerce and Source-based Taxation*, IBFD Doctoral Series, 2002.

SELIGMAN E., *Progressive Taxation in Theory and Practice*, 2e éd., American Economic Association Quarterly, 3d series 9, n° 4, 1908.

SMITH A., *An Inquiry into Nature and Causes of the Wealth of Nations 891*, Clarendon Press, 1979.

SOUZA DE MAN F., *Taxation of Cross-Border Provision of Services in Double Tax Conventions between Developed and Developing Countries : A proposal for New Guidelines*, Dissertation, Maastricht, 2013.

U.N., *Practical Manual on Transfer Pricing for Developing Countries*, 2017.

VOGEL K., *On Double Tax Conventions : Kluwer Law International*, 3e éd., 1997.

II – CONGRES ET RAPPORTS

BAZIN A., ASSASSI E., Commission d'enquête sur l'influence croissante des cabinets de conseil privés sur les politiques publiques sur « Un phénomène tentaculaire : l'influence croissante des cabinets de conseil sur les politiques publiques », Sénat, 16 mars 2022.

BONNET-BERNARD S. et LEFÈVRE M., Profil financier du CAC 40, étude EY, 13 éd., 2019
BSI Economics, Rapport « Économie numérique, définition et impacts », 2015 ;

CARROLL M.B., *Taxation of Foreign and National Enterprises (Volume IV) – Methods of Allocating Taxable Income*, League of Nations Document No. C. 425. M. 217 (b). IIA., 30 september 1933.

COLLIN P., COLIN N., Mission d'expertise sur la fiscalité de l'économie numérique, Rapport remis au Ministre de l'économie des Finances et au Ministre du redressement productif, janvier 2013.

COMITE DES AFFAIRES FISCALES, Rapport *Conditions cadres pour l'imposition du commerce électronique*, 8 octobre 1998.

COMMISSION DES FINANCES, de l'économie générale et du contrôle budgétaire, Compte rendu n° 65, 3 avril 2019.

COMMISSION EUROPÉENNE,

- Fiscalité des entreprises pour le XXIème siècle, COM(2021) 251 final, 18 mai 2021.
- Recommandation relative à la planification fiscale agressive, 6 décembre 2012, JOUE L 338 du 12-12-2012

COMMITTEE OF EXPERTS on International Cooperation in Tax Matters, Tax consequences of the digitalized economy – issues of relevance for developing countries, 22nd Session, E/C.18/2021/CRP,1, 6 April 2021.

CONSEIL D'ÉTAT

- « Droit comparé et territorialité du droit », Cycle de conférences, Tome 2, 201
- « L'a-territorialité du droit à l'ère numérique », Conférence, 28 septembre 2016
- « Le droit souple », Étude annuelle, 2013

CONSEIL DE L'UE :

- Directive 2003/49/CE du Conseil du 3 juin 2003 concernant un régime fiscal commun

applicable aux paiements d'intérêts et de redevances effectués entre des sociétés associées d'états membres différents

- Directive 90/435/CEE du Conseil du 23 juillet 1990 concernant le régime fiscal commun applicable aux sociétés mères et filiales d'États membres différents, modifiée par la directive n°2004/123/CE du 22 décembre 2004 puis recodifiée par la directive 2011/96/UE du 30 novembre 2011

CONSEIL NATIONAL DU NUMÉRIQUE, « Rapport Ambition numérique : pour une politique française et européenne de la transition numérique », 201.

DANON R.J., CHAND V., Comments to Public Consultation Document : Secretariat Proposal for a Unified Approach under Pillar One, Université de Lausanne, 12 novembre 2019.

DE LA FERIA R., « Taxing the Digital Economy : CIT and VAT », EESC-ECO Meeting, 5 may 2017.

DE MONTGOLFIER A.,

- Audition préparatoire au Sénat sur le projet de loi portant création d'une taxe sur les services numériques et modification de la trajectoire de baisse de l'impôt sur les sociétés, 30 avril 2019

- Rapport sur le projet de loi autorisant la ratification de la convention multilatérale pour la mise en oeuvre des mesures relatives aux conventions fiscales pour prévenir l'érosion de la base d'imposition et le transfert de bénéfices, Commission des finances, 11 avril 2018, n° 410

- Rapport fait au nom de la commission des finances sur les propositions de directives COM (2018) 147 et 148, 15 mai 2018, n°471.

DEMBINSKI P. H., Enjeux éthiques des prix de transfert, in Rapport Moral sur l'Argent dans le Monde, Mars 2005.

EU Joint Transfer Pricing Forum, The application of the Profit Split Method within the UE, DOC : JTPF/002/2019/EN, March 2019.

FRANCE STRATÉGIE, La fiscalité du numérique : quels enseignements tirer des modèles théoriques ?, Note d'analyse, 2015.

GOLDMANN B., Les entreprises multinationales, deuxième commission IDI- rapport, Résolution, 2e Commission, Session d'Oslo, 1977.

HUMBERT S., Les frontières des impôts de production, CPO, Rapport particulier n°2, 2020.

IGPDE, Quelles réformes de la fiscalité internationale des entreprises ? Quels impacts attendus ?, Compte rendu, 20 janvier 2021.

LIGNEREUX B., « Le principe de territorialité de l'impôt sur les sociétés », Rapport particulier n°4, CPO, Juin 2016.

MARIANI P., Proposition de loi « pour une fiscalité numérique neutre et équitable », 19 juillet 2021, n°682, Sénat

MUET P.-A., Rapport d'information n°1243 sur l'« optimisation fiscale des entreprises dans un contexte international », 2013, § 73.

OCDE

- Déclaration sur une solution reposant sur deux piliers pour résoudre les défis fiscaux soulevés par la numérisation de l'économie, Projet OCDE/G20 sur l'érosion de la base d'imposition et le transfert de bénéfices, 8 octobre 2021
- Les défis fiscaux soulevés par la numérisation – Rapport sur le *Blueprint* du Pilier 1, Projet OCDE/G20 sur l'érosion de la base d'imposition et le transfert de bénéfices, 2020
- Déclaration du Cadre inclusif sur le BEPS de l'OCDE et du G20 relative à l'approche en piliers visant à relever les défis fiscaux soulevés par la numérisation de l'économie – janvier 2020
- Document de consultation publique – Relever les défis fiscaux soulevés par la numérisation de l'économie, 13 février – 6 mars 2019
- Tax Morale : What Drives People and Businesses to Pay Tax, 2019.
- Les travaux de l'OCDE dans la domaine fiscal, 2018-2019, Paris
- Les défis fiscaux soulevés par la numérisation de l'économie – rapport intérimaire 2018 : Cadre inclusif sur le BEPS, 2018
- Revised Guidance on The Application of the Transactional Profit Split Method, Inclusive Framework on BEPS : Action 10, 2018.
- Modèle de convention fiscale concernant le revenu et la fortune, 2017
- Principes de l'OCDE applicables en matière de prix de transfert à l'intention des entreprises multinationales et des administrations fiscales, 2017
- Principes directeurs en matière de TVA, Éditions OCDE, Paris, 2017
- Relever les défis fiscaux posés par l'économie numérique, Action 1- Rapport final 2015, Projet sur l'érosion de la base d'imposition et le transfert de bénéfices
- Convention multilatérale pour la mise en œuvre des mesures relatives aux conventions fiscales pour prévenir le BEPS, Action 15 - Rapport Final 2015, p. 19
- Rapport intermédiaire-Projet OCDE/G20 sur l'érosion de la base d'imposition et le transfert de bénéfices, « Relever les défis fiscaux posés par l'économie numérique », Éditions OCDE, Septembre 2014
- New Sources of Growth : Knowledge-Based Capital Key Analysis and Policy Conclusions, Synthesis Report, 2013.
- Principes applicables en matière de prix de transfert à l'intention des entreprises multinationales et des administrations fiscales, 22 juillet 2010.
- Examen de la comparabilité et des méthodes transactionnelles de bénéfices : Révision des Chapitres I-III des Principes applicables en matière de prix de transfert, 22 juillet 2010
- Rapport sur l'attribution de bénéfices aux établissements stables, 2010
- Rapport sur l'attribution de bénéfices aux établissements stables, 17 juillet 2008
- Rapport sur l'attribution des bénéfices aux établissements stables, Décembre 2006, Paris
- Principes directeurs internationaux pour l'application de la TVA/TPS, Note de févr. 2006
- Conditions cadres pour l'imposition du commerce électronique, Rapport du Comité des affaires
- Les règles actuelles d'imposition des bénéfices industriels ou commerciaux prévues par les conventions conviennent-elles au commerce électronique ?, 2003
- Tax Treaty Characterisation Issues Arising from E- commerce: Report to Working Party No. 1 of the OECD Committee on Fiscal Affairs, 1 February 2001
- Conditions cadres pour l'imposition du commerce électronique, Rapport du Comité des affaires fiscales, 1998
- Concurrence fiscale dommageable : un problème mondial, 1998

- Principes directeurs applicables en matière de prix de transfert à l'intention des entreprises multinationales et des administrations fiscales, 1995, Paris

ONU

- Practical Manual on Transfer Pricing for Developing Countries, 2017.

OOSTERHUIS P., Comments to Public Consultation Document : Secretariat Proposal for a Unified Approach under Pillar One, Skadden, 12 november 2019.

PEYROL B., Rapport d'information sur la mise en œuvre des conclusions de la mission d'information relative à l'évasion fiscale internationale des entreprises, Assemblée Nationale, n° 4052, 7 avril 2021.

PONS T., GÉLIN S., in Taxation of income derived from electronic commerce, IFA, Vol. LXXXVIa, 2001, Rapport français, p. 387-388.

RENOUX V., Fiscalité réelle pour un monde virtuel, Digital New Foundation, Note de Synthèse, Août 2017.

SOCIÉTÉ DES NATIONS

- Modèles de conventions fiscales de Londres et de Mexico, Commentaire et texte, C.88.M.88.1946.II.A, Genève, 1946

- Projet de Convention sur la Ventilation des Bénéfices, « Annexe du Rapport au Conseil sur les travaux de la Quatrième Session du Comité », n° C.399.M.204.1933.II.A, 26 juin 1933

- Rapport sur la double-imposition et l'évasion fiscale, 1928. II. 49, Genève, Octobre 1928

- Double Imposition et Évasion fiscale : Rapport et Résolutions présentés par les experts techniques au Comité Financier, avril février 1927, C. 216.M.85.1927.II.

- Double Imposition et Évasion fiscale : Rapport et Résolutions présentés par les experts techniques au Comité Financier, 7 février 1925, C. 368.M.115.1925.II

- Rapport sur la double-imposition présenté au Comité financier, Commission économique et financière, Avril 1923, SDN II-1, p 18

- Rapport sur la double imposition soumis au Comité financier, n°E.F.S 73. F.19,, Genève, 1923

UNITED KINGDOM : HM Treasury, Digital Services Tax Draft Guidance, 2019, p. 38

UZAN K., La territorialité de l'impôt : la crise est-elle surmontable ?, Colloque, Assemblée Nationale, 21 juin 2018

III – ARTICLES

A.- DE LANGUE FRANÇAISE :

ANCIAUX A., FARCHY J., MÉADEL C., « L'instauration des droits de propriété sur les données personnelles : une légitimité économique contestable », *Revue d'économie industrielle*, 158, 2017.

ANDREFF W., « La déterritorialisation des multi-nationales : firmes globales et firmes réseaux », *Cultures et Conflits*, 21-22, 1996.

ANGEL B., MONLÉON M., Avenir de l'Europe fiscale - Le code de conduite et la bonne gouvernance fiscale, *Dr. fisc.* n°6, 11 Février 2021, 140.

AUJEAN M., MAIGNAN C., « Gestion fiscale des groupes : les perspectives internationales et européennes », *Dr. fisc.* n° 50, 13 décembre 2012, 560.

AYRAULT L., « Le principe d'égalité en matière fiscale, Le principe d'égalité en matière fiscale », *Les cahiers du Conseil constitutionnel*, Titre VII, 2020/1 (N° 4).

BARRILARI A., « La question de l'autonomie fiscale », *RFFP*, n°80, déc. 2002.

BIDAUD L., « Prix de transfert : l'enjeu du marché pertinent », *La semaine juridique entreprise et affaires*, n°35, 30 août 2012, 1507.

BLAIS M.-C., « Aux origines de la solidarité publique : l'oeuvre de Léon Bourgeois », *Revue française des affaires sociales*, 2014/1-2.

BLANLUET G.,

- « Décision Conversant : une vraie surprise, un faux revirement », *Fiscalité internationale* 1-2021, Éditorial.

- « Le commissionnaire, un établissement stable du commettant ? - Réflexions autour de l'affaire Zimmer », *Dr. fisc.* n° 3, 21 janvier 2010, 79.

BLANLUET G., GUTMANN D., « Fiscaliste international demain : Quelles problématiques ? Quels métiers ? », *Fiscalité internationale* n°2-2021, Mai 2021.

BOUVIER L.-A.,

- « Quelles voies pour l'imposition des géants du Web proposées par l'Union européenne et la France », *RFFP* mai 2021.

- « De la déterritorialisation à l'a-territorialisation de l'impôt : la taxation des bénéficiaires des sociétés face à la révolution numérique », *RFFP*, n°139, sept. 2017.

BOUVIER M.,

- « Le recours à l'impôt est inévitable : mais avec quelle légitimité ? », *RFFP*, septembre 2021.

- « Quelle justice fiscale pour un monde en transition ? », *RFFP*, n° 145, 1er septembre 2019.

- « Justice fiscale, légitimité de l'impôt et société post-moderne », *RFFP*, novembre 2013,

n°124.

CARÉ S., « Racines théoriques du libertarianisme américain », *Cités*, 2011/2, n° 46.

CASTAGNÈDE B.,

- « Le contrôle constitutionnel d'égalité fiscale », *LPA*, 1er mai 2001, n° 86.
- « Évolution et cohérence des règles de territorialité de l'impôt sur les sociétés », *RFFP*, 1999, n°68.

CATALA P., « Ébauche d'une théorie juridique de l'information », *RRJ* 1983. 189, n°3.

CELOUDO S., « Conséquences fiscales de l'affaire Trendsetteuse : la Cour de Justice donne la tendance », 24 septembre 2020, *Avis d'expert*, FL.

CHAUMET C., « Le juge de l'impôt face au développement du contentieux des prix de transfert » *REIDF*, 2019/2.

CHESNEAU L., « La transformation d'un distributeur exclusif en agent commercial peut emporter un transfert de clientèle », *Dr. fisc.* n° 5, 30 janvier 2020, comm. 127.

CHRÉTIEN M.

- «Contribution à l'étude du droit international fiscal actuel : le rôle des organisations internationales dans le règlement des questions d'impôt entre les divers États», *RCADI* 1954-II, t.86, p.15
- « Le fisc en face du droit international privé », Travaux du Comité français de droit international privé, 14-15ème année, Séance du 5 décembre 1953, publié en 1955.
- « Contribution à l'étude du droit international fiscal actuel : Le rôle des organisations internationales dans le règlement des questions d'impôts entre les divers États », 1954, Tome 86.

COIN R., « Chronique d'actualité », *Fiscalité internationale* 1-2021.

COLLET M.,

- « La fiscalité de l'économie numérique : enjeu global, réponses locales », *Revue européenne de droit*, Numéro 2, mars 2021.
- « La régulation fiscale », *Dr. fisc.* 2018, n°12, ét. 220.

COLLIN P., « Le rôle des juridictions en fiscalité internationale », *Fiscalité internationale*, n° 02-2021.

CONENA E., DEKONINK B., « Les États-Unis ouvrent une enquête sur la « taxe GAFA » française », *Les échos*, 10 juillet 2019.

COUDERT C

- « La fiscalité des *datacenters* : un marqueur de la souveraineté », *Dr. fisc.* n°5, 31 janvier 2019, 133.
- « Derrière le *cloud*, les *datacenters* : quel avenir fiscal pour ces usines du numérique ? », *Dr. fisc.* n° 5, 1er février 2018, 151.

CRÉPEY E., « Capacité contributive de l'entreprise et imposition confiscatoire », Colloque, *Dr. fisc.* n° 39, 24 Septembre 2015, 583.

DALI-ALI C., « Pilier 1 : imposer le numérique... et bien au-delà », *La Lettre Gestion des Groupes Internationaux*, Option Finances, Décembre 2020.

DALI-ALI C., ZECCA M.

- « Les recommandations de l'OCDE invitent-elles à une banalisation des modèles de partage des profits ? », *Option Finance, Lettres Professionnelles*, Octobre 2018.

- « Méthode de prix de transfert et partage des bénéficiaires : vers une utilisation accrue », *FR Fiscal Social*, 41/18, 2018, n°6.

DALUZEAU X., FAURE A., « Prix de transfert : quelle rémunération pour un prestataire de services intra-groupe », *FR fiscal social* 29/20, 25 juin 2020.

DANON R., « Clarification de la notion de bénéficiaire effectif – Remarques sur le projet de modification du commentaire OCDE d'avril 2011 », *Steuer Revue fiscale*, n°7-8/2011, Seite 584.

DAVOULT N., « Fiscalité de crise ou crise de la fiscalité internationale ? », *Gestion et FP*, 2021/4, p. 43 à 50.

DE BISSY A.

- « La permanence des mécanismes fiscaux à l'épreuve des évolutions dans le domaine économique et social, in La discontinuité en droit, Titre 1 : Rupture et évolutions face aux permanences institutionnelles et conceptuelles », *LGDJ*, 2014.

- « La personnalité fiscale du groupe en question(s), Réflexions à propos de l'intégration fiscale et de la TVA consolidée », in *La personnalité juridique, Presses Université Toulouse I Capitole*, 2013.

DE BOYNES N., « La CJUE donne son éclairage sur la notion d'abus de droit », *Dr. fisc.* n°21, 23 mai 2019, comm. 275

DE GROMARD O., « Le modèle de la firme-réseau : innovation ou réinvention anglo-saxonne ? », *Revue LISA*, Vol. IV, n°1, 2006.

DE KERGOS Y., MONSENEGO J., « La jurisprudence SA Sife est pérenne ! », *La Semaine Juridique Entreprise et Affaires* n° 6, 11 Février 2010, 1152.

DE LA TAILLE G., « Juste imposition des services numériques : l'établissement stable peut être assez souple », *Chronique sur CE plén.*, 11 déc. 2020, n° 420174, min. c/ Société Conversant International Ltd, *RJF* 02/2021.

DEBAT O., « Regard sur la transparence, le nouveau dogme mondial en droit fiscal ? » : *RD bancaire et fin.* 2017, alerte 42.

DEBOISSY F., WICKER G.

- « Détermination de la qualité d'agent dépendant permettant de caractériser l'existence d'un établissement stable : ne pas confondre formation et exécution du contrat », *Dr. fisc.* n° 39, 27 septembre 2018, comm. 408, Paragraphe 14

- « La qualification d'établissement stable déduite de la réalité du pouvoir d'engager la société étrangère : un coup d'arrêt aux montages contractuels purement formels », *Dr. fisc.* n°4, comm. 117.

DELAUNAY B., « Les évolutions de la fiscalité internationale depuis la crise financière de 2008 », *Dr. fisc.* n°39, 28 septembre 2018, 470.

DEROUIN P., « La retenue à la source de l'article 182 B à l'épreuve du principe d'égalité et des droits de la défense », *Dr. fisc.* n° 45, 9 novembre 2017, 532.

DIBOUT P., LE GALL J.P.

- « Un hybride atypique : la filiale française établissement stable de sa société mère étrangère (Première partie) », *Dr. fisc.* n° 47, 18 novembre 2004, 44, paragraphe 28

- « Un hybride atypique : la filiale française et établissement stable de société mère étrangère (Deuxième partie) », *Dr. fisc.* n° 48, 25 novembre 2004, 46.

DINH E.

- « Fiscalité internationale : chronique de l'année 2018 », *Dr. fisc.* n° 10, 7 mars 2019, 189

- « Fiscalité internationale : Chronique de l'année 2013 », *Dr. fisc.* n° 10, 6 mars 2014, 197

DORIN S., « Arrêt de renvoi Conversant : une affaire à suivre... », *Droit fiscal* n° 7-8, 17 Février 2022, comm. 120.

DRIE J., « La fin du verrou de Bercy (ou presque) : d'une décision du Conseil Constitutionnel à une réflexion sur l'égalité fiscale », *REIDF*, 2020/1

DUMONT A., « La justice en droit fiscal », *RFFP*, novembre 2017, n° 140.

EL ARJOUN O., « Fiscalité internationale - Réforme de la fiscalité du numérique : quelques réflexions sur le Pilier Un du projet OCDE », *Dr. fisc.* n° 11, 18 Mars 2021.

ESCAUT P., « Profit split et redevance d'incorporel », Option Finances, *Lettres Professionnelles*, Octobre 2018.

FARQUET C.

- « Le marché de l'évasion fiscale dans l'entre-deux-guerres », *L'économie politique*, 2012/2, n° 54

- « Expertise et négociations fiscales à la Société des Nations (1923-1939) », *Relations internationales*, 2010/2, n°142

- « Lutte contre l'évasion fiscale : l'échec de la SDN durant l'entre-deux-guerres », *L'économie politique*, 2009/4, n° 44

FONTAINE F., BRUN D'ARRE L., « Les arrêts SKF et RKS, ou du risque de perte traité par les prix de transfert », *FR* 46/21, Novembre 2021.

FONTAINE F., ZECCA M., « Lignes directrices Covid-19 et prix de transfert OCDE : entre clarification et questions », *Dr. fisc.* n°5, 4 février 2021, act. 66.

FRYDMAN P., « Jurisprudence fiscale de la cour administrative de Paris », *Dr. fisc.* n°40, 2

octobre 2014, 554.

GÉLIN S.

- « Prix de transfert : BEPS et partage des profits : le feuillet continué », *La semaine juridique Entreprises et Affaires*, n°11, 12 mars 2015, act. 215
- « Prix de transfert : la méthode de partage des bénéficiaires, meilleure et seule méthode », *Rev. dr. fisc.*, 24 juillet 2014, 456
- « De quelques idées reçues sur la fiscalité des incorporels », *Étude, Bulletin Fiscal Lefebvre*, août/septembre 2008.

GÉLIN S., LE BOULANGER A.

- « Prix de transfert : du principe de pleine concurrence à l'analyse de la valeur dans l'entreprise », *Dr. fisc.* n° 48, 28 novembre 2001, 100249
- « Établissement stable et prix de transfert : deux faces d'un même miroir ? », *Étude BF* 10/04

GERBINO E., « Le principe français de territorialité devant la juridiction européenne : condamnation juridique, récupération politique », *Étude* 409, *Lamy Optimisation fiscale de l'entreprise*, 2019

GIBERT B., ROUX F., « Convention multilatérale : L'impact des choix de la France en matière d'établissement stable », *Dr. fisc.* n°, 27 septembre 2018.

GOBEL A., « Fiscalité internationale et économie numérique : la juste valeur des Big Data », *Étude BF* 6/2013.

GOUTHIÈRE B., « Un agent dépendant qui décide de transactions caractérise un établissement stable même s'il ne les conclut pas formellement », *Dr. fisc.* n°1-2, 8 janvier 2021, act. 1, *spéc.* N°1

GRIZIOTTI B., « L'imposition fiscale des étrangers », *R.C.A.D.I.*, 1926, t.13, vol. III, p. 19.

G'SELL F., « Remarques sur les aspects juridiques de la « souveraineté numérique », *Revue des Juristes de Sciences Po* n° 19, Octobre 2020, 13.

GUÉDON P., « Blockchain et prix de transfert », *Dr. fisc.* n°38, 20 septembre 2018, 392.

GUILLEMONAT A., LOITRON G., TRANCART T., « Prix de transfert : Actifs incorporels difficiles à valoriser : voyage dans la machine à remonter le temps dans la création de valeur », *Rev. dr. fisc.* n° 12, 21 mars 2019, 202.

GUTMANN D.

- « L'établissement stable : une entreprise autonome ? », *Dr. fisc.* n° 45, 12 novembre 2021, 417
- « Les Piliers de la réforme fiscale internationale : état des lieux », *FR* 36/21, 27 août 2021
- « Les piliers de la réforme de la fiscalité internationale : état des lieux 2/2 », *FR* 37/21 septembre 2021.
- « Contre la théorie du bénéficiaire effectif en droit fiscal européen et international », *Fiscalité Internationale* n° 2-2019 mai 2019.

- « Transparence des relations entre Administration et contribuables : quel équilibre », Actes de la soirée annuelle de l'IFA du 6 novembre 2014, *Dr. fisc.* n° 50, 11 décembre 2014.
- « Regard sur la jurisprudence fiscale du Conseil constitutionnel », *Pouvoirs*, 2014/4.
- « Les enjeux de l'ACCIS pour les groupes français », *Dr. fisc.* n° 47, 22 Novembre 2012, 528.

GUTMANN D., AUSTRY S., « La notion de résidence fiscale au sens de l'article 4, Paragraphe 1 du modèle OCDE n'est pas subordonnée à une obligation fiscale illimitée dans l'État de résidence », *Dr. fisc.* n°36, Septembre 2020, comm. 339.

HODGSON G. M., « Qu'est-ce-qu'une firme ?, Analyses et transformations de la firme », 2009.

HOMO B., CHAGNEAU A., VIDEAU J., « Transposition de la directive 2018/822 dite DAC 6 : encadrement de l'optimisation fiscale transfrontière », *Droit fiscal* n° 15-16, 9 Avril 2020, 222.

IGPDE, « Quelles réformes de la fiscalité internationale des entreprises ? Quels impacts attendus ? », *Compte Rendu*, 20 janvier 2021

JAN P., TALLEU M., CHATEL L., « Justification de l'(a)normalité des prix de transfert : le Conseil d'État rebat les cartes » : *La lettre juridique et fiscale* mai-juin 2018, 11 juillet 2018.

JAUNE R., MAITROT DE LA MOTTE A., « L'invention de l'établissement stable », *Dr. fisc.* n° 4, 28 janvier 2021, 116 ;

JESTIN K.,

- « De la perception du concept de RSE à sa transposition dans le domaine fiscal – Réflexions sur les frontières de la « responsabilité fiscale » de l'entreprise », *REIDF*, 2020/1,
- « Quelques éclaircissements sur l'application de l'article 182 B, I, C du CGI », *Dr. fisc.* n°14, 4 avril 2019, comm. 210

JOUNO T., « Jurisprudence des cours administratives d'appel, à propos de CAA Paris, 9e ch., 25 avr. 2019, n° 17PA03067, min. c/ Google Ireland Ltd » : *Dr. fisc.* 2019, n° 36, comm. 350, spéc. n°5.

KALLERGIS A., « L'extraterritorialité en matière fiscale », *Cahiers de droit de l'entreprise*, n° 4, Juillet 2018, dossier 31.

LAMY P., MONSELATTO G., AUJEAN M., PELLEFIGUE J., DE VOGUE G., « Fiscalité des entreprises en 2025 : concurrence, conflits ou coopération ? », *Dr. fisc.* n°41, 2015.

LAPORTE B., BOUTERIGE Y., DE QUATREBARBES C.

- « Partage de la rente et progressivité des régimes fiscaux dans le secteur minier », FERDI, WP n° 252, 2019, p. 1-2
- « La fiscalité minière en Afrique : le secteur de l'or dans 14 pays de 1980 à 2015 », *Revue d'économie du développement*, n°4, Vol. 23

LAUMONNIER A., « La coopération fiscale entre États dans la lutte contre la fraude et l'évasion fiscales internationales », *Université de Bordeaux*, 2017.

LE BOULANGER A., BERNARD A., HERR C., « Prix de transfert et sortie de crise : la juste rémunération », *FR fiscal* 21/20, 24 avril 2020

LE GALL J.-P., « Quelques réflexions sur l' « arm's length principle » après le 46e Congrès de l'International Fiscal Association (Cancun - oct. 1992) », *Dr. fisc.* n° 50, 9 décembre 1992, 100044

LE MASSON S., VALETEAU M., « CumEx » / « CumCum » : optimisation fiscale rime-t-elle avec fraude fiscale ? », *Droit pénal*, n° 12, Décembre 2021, étude 24

LE MENTEC F.,

- « La notion d'établissement stable », *JurisClasseur Fiscal Impôts Directs Traité*, Fasc. 3320, Septembre 2014

- « Bénéfices des entreprises – Détermination du bénéfice imposable des entreprises exploitées en France », Fasc. 3500, *Jurisclasseur Droit International*, 1er juin 2012.

LEFEUVRE A., « France-Google : finalement match nul ? », *REIDF*, 2019, n° 4

LÉHERISSELH., « Le bénéfice des entreprises reste-t-il l'assiette optimale d'imposition des entreprises ? », *Dr. fisc.* n° 14, 5 Avril 2012, 248

LESPRIT E., LANGLOIS M., « Un recours privilégié à la méthode transactionnelle du partage des bénéfices par l'administration, Prix de transfert », 10 mai 2021, *Taj*.

LIAO M., SILBERZTEIN C., « Chine : fiscalité internationale et prix de transfert », *Rev. Dr. fisc.* N°22, 2013, 298.

LOCATELLI F., « Affaire Conversant : un classicisme, qui fait encore recette », *Dr. fisc.* n° 30-35, 29 juillet 2021, 324.

LORAN A., CHRISTOPHE H., « Le savoir-faire : le parent pauvre des incorporels ? », *Dr. fisc.* n° 40, 6 octobre 2016, 524.

LUNGI B., PEREZ-CUCCUREDDU Ch., GARCIA F., « L'affaire Ballantine's : la clientèle « scotchée » à son commissionnaire ! », *Dr. fisc.* n° 15, 11 avril 2013, comm. 238.

MADEC A., « La clause de bénéficiaire effectif à la lumière de la révision 2014 des commentaires OCDE », *Dr. fisc.* n° 47, 20 novembre 2014, 632.

MAITROT DE LA MOTTE A.

- « Faute de selectivité, des taxes progressives sur le chiffre d'affaires sont compatibles avec le droit européen des aides d'État », *Dr. fisc.* n° 12, 25 mars 2021, act. 169

- « La redevance numérique du plan « Next Generation EU » : le premier impôt européen se matérialise », *Dr. fisc.* n° 6, 11 février 2021, 142

- « Les enjeux de l'affaire Apple après l'arrêt du Tribunal de l'Union européenne du 15 juillet 2020 », *Dr. fisc.* n° 30-35, 23 Juillet 2020, 320

- « Les conditions d'application de l'article 182 B du CGI et le droit de l'Union européenne : le plan de continuité pédagogique du Conseil d'État », *Dr. fisc.* n°15-16, 9 avril 2020, comm. 224.

- « Les retenues à la source et le principe constitutionnel d'égalité : remarques sur la

conformité contestable du c du paragraphe I de l'article 182 B du CGI aux droits et libertés que la Constitution garantit », *Dr. fisc.* n°42, 17 octobre 2019, comm. 409

- « L'extension des régimes fiscaux européens aux situations originellement exclues de leur champ : vers l'élimination des discriminations européennes par le principe constitutionnel d'égalité corrélative ? »: *Dr. fisc.* 2016, n° 37, étude 475.

- « Les aides d'État et la concurrence fiscale dommageable », *Dr. fiscal* n° 25, 20 Juin 2013, 334.

MARCHESNAY M., « L'hypofirme, vivier et creuset de l'innovation hypermoderne », *Innovations*, 2008/1, n°27.

MARICHAL O., « Le contrôle fiscal des prix de transfert », *Dr. fisc.* n° 23, 3 juin 2015, 392.

MARICHAL O., GABELLE B., « Le projet BEPS : risques et contrôle des risques de prix de transfert », *FR Fiscal Social* 9/16.

MARTIN P.

- « La convention multilatérale OCDE : quel impact sur la fiscalité internationale ? », Actes de la soirée d'étude annuelle de l'International Fiscal Association, 4 octobre 2017, in *Dr. fisc.* 51-52, décembre 2017

- « L'interprétation des conventions fiscales », *Dr. fisc.* n°24, 13 juin 2013, n°12, 320

MAZZUCCHI N., « Les données sont-elles une marchandise comme les autres ?, Fondation pour la recherche stratégique », *Note* n°12/18, 25 juillet 2018.

MEIER E., CALLOU A., « Établissement stable : l'importance de l'analyse factuelle », *FR Fiscal Social* 37/17.

MEIER E., TORLET R., « Contentieux prix de transfert et redevances de marque : de la difficulté de comparer les marques », *Dr. fisc.* n° 40, 2 octobre 2014, comm. 562.

MEIER E., TORLET R., EL ROUAH H., « Affaire Conversant Ltd : une décision venant changer la donne en matière d'établissement stable ? », *FR* 4/21, 14 janvier 2021

MONSELATTO G.

- « Économie digitale : vers un nouveau modèle fiscal ? », *Cercle de Prospective Fiscale*, 9ème Session, 2018,

- « Pour un nouveau contrat fiscal, Les Notes Stratégiques », *Institut Choiseul*, avril 2013

MONSELLATO G., TRUCCHI J.L., PELLEFIGUE J., « Comparables dépendants et indépendants : les tentations de l'administration fiscale française », *Dr. fisc.* n° 15, 8 avril 2004, 17

NUSSEMBAUM N., ACQUO G., « La marque, actif à géométrie variable » : La revue des marques, janv. 2003, n° 41

PELLAS J.-R., « Les principes de territorialité et de mondialité de l'impôt en France », *RFFP*, n°151, Septembre 2019

PELLEFIGUE J.

- « Cadre inclusif – Le cadre inclusif et la science lugubre », *Rev. dr. fisc.* n°12, 19 mars 2020,

- « Prix de transfert : un changement radical s'impose », Étude, *BF* 12/14, Francis Lefebvre, 2014

PELLEFIGUE J., ALLÈGRE G., « Quel rôle peut jouer l'Europe dans l'imposition des multinationales », *Revue de l'OFCE*, 2018/4

PELLEFIGUE J., BENZONI L., « Replacer l'équité au cœur de la réglementation des prix de transfert : une perspective économique », *Rev. dr. fisc.* N°6, 7 février 2013

PELLETIER M.

- « Taxe GAFA : pourrait-elle être contestée ? » : *Le club des juristes*, 17 juillet 2019
- « L'article 182 B du CGI devant le Conseil constitutionnel. À propos de la décision n° 2019-784 QPC Cosfibel Premium du 24 mai 2019 » : *Dr. Fisc.* 2019, n° 23, act 273

PERRAUD G., « L'imposition mondiale minimale, de l'utopie à la réalité Actes de la soirée annuelle de l'IFA du 23 novembre 2021 », *Rev. dr. fisc.* n° 5, 3 Février 2022, 102

PÉRIN-DUREAU A.

- « Un an de fiscalité de l'incorporel », *Comm. com. électr.* n°2, Février 2021, chron. 3
- « Instauration de la taxe sur les services numériques », Études, *Revue Communication-Commerce Électronique*, n°1, janvier 2020

PEYROL B., « L'autre chemin possible pour la fiscalité environnementale », *Fiscalité Internationale* 1-2021, Février 2021

PEZET F., « Le caractère confiscatoire de l'impôt et les exigences constitutionnelles françaises », *Dr. fisc.* 2012, n° 22, étude 300

PIERRE J.L.

- « Régime fiscal des droits d'utilisation d'un nom de domaine sur Internet », *Dr. fisc.* N° 8, 23 février 2017, comm. 165
- « Retenues à la source sur des paiements à des personnes morales étrangères, relatifs à des prestations de services ou à des transferts des droits de propriété intellectuelle, et assujettissement éventuel de ces personnes à l'IS », *Dr. fisc.* n° 13, 27 mars 2008, comm. 240

PIERRE J.-L et LE MENTEC F., « Le traitement fiscal des redevances », *JurisClasseur Droit International*, Fasc. 3580, Novembre 2016

PONS T., « La preuve et le débat dans le procès équitable », *Dr. fisc.* n° 14, 8 avril 2021, 204

RAINGEARD DE LA BLETIÈRE E., « Travaux de l'OCDE : restaurer la confiance en responsabilisant les Etats et les entreprises », *La Lettre gestion des groupes d'entreprises*, Option Finance, octobre 2021.

RENOUX V., BERNARD S.

- « Création de valeur dans une économie multipolaire, ou la face cachée des prix de transfert », *Dr. fisc.* n° 24, 14 juin 2018, 296
- « Quelle imposition des revenus de l'économie numérique ? », *Rev. dr. fisc.* n°39, 28 septembre 2017, 477

ROUBEROL I., « Prix de transfert : l'accession mobilière, un fondement légal de la propriété économique des marques ? », *Dr. fis.* n° 27-28, 7 Juillet 2011, 410, 470

RUTSCHMANN Y., ROCH P.-M., SOUMAGNE A., « Projet de taxe sur les services numériques : une solution d'attente qui suscite des interrogations quant à sa conformité aux normes supérieures », *Dr. fisc.* n°13, 212, 28 mars 2019

SADOWSKY M., « Déduction des pertes définitives européennes : l'importance d'être constant », *Dr. fisc.* n° 45, 5 novembre 2020, comm. 428

SAINT-AMANS P., JARRIGE J., « Coopération fiscale internationale : dix ans d'évolutions », *Revue des juristes de Sciences po*, n° 17, juin 2019

SCHNEIDER R., LLINAS F., « L'interprétation des conventions fiscales par le juge en présence de revenus immobiliers perçus par l'établissement stable français d'une société étrangère », *Dr. fisc.* n°46, 14 novembre 2013, comm. 512

SICARD F., « Quand la sélectivité n'est plus sélective, ou le nécessaire rééquilibrage des critères des aides d'État », *Dr. fisc.* n° 26, 29 Juin 2017, 367

SILBERZTEIN C.

- « La localisation du marché peut-elle devenir un facteur de rattachement de l'obligation fiscale ? », intervention au colloque « Union européenne et souveraineté fiscale » tenu à l'Assemblée nationale le 18 mars 2019, *Fiscalité Internationale*, n°2-2019, 02-04.
- « Prix de transfert et actifs incorporels », *Dr. fisc.* n°20-21, 19 mai 2011.

SILBERZTEIN C., BRICARD R., « Réforme des modalités d'imposition des produits de propriété industrielle : un environnement fiscal international complexe, des opportunités pour les logiciels », Février 2019, *Dr. fisc.* n°9, 172

SILBERZTEIN C., DERO C., « L'objet des conflits de juridiction : l'attribution de la matière imposable », *Dr. fisc.* n°39, 28 septembre 2017

SILBERZTEIN C., GRANEL B., « La conversion d'un distributeur en commissionnaire n'emporte pas transfert de clientèle », *Dr. fisc.* n°40, 2 octobre 2014, comm. 563

SILBERZTEIN C., GRANEL B., CALLOUD A. et VALETEAU M., « Traitement fiscal des intérêts notionnels entre siège et succursale : une révolution menée par le Conseil d'État », *Dr. fisc.* n° 24, 16 juin 2016, comm. 377

SIMONIN D., « Importance du droit comparé dans la mise en place d'une politique de prix de transfert », *Revue internationale de droit comparé*, n°2, 1995.

STANKIEWICZ L., « Travaux sur les défis fiscaux soulevés par la numérisation de l'économie », *REIDF*, n° 2021/3

STROWEL A., « Le licensing d'actifs immatériels à la lumière de la théorie des contrats relationnels », *Revue interdisciplinaire d'études juridiques*, 2016/1, Volume 67.

TEPPER F., « Quelle fiscalité pour Internet ? Enjeux pour les États et les opérateurs », *Rev. Dr.fisc.* n°39, 2013

THELISSON E., « La portée du caractère extraterritorial du RGPD », *Revue internationale de droit économique*, 2019/4, t. XXXIII

THOMAS E.

- « Jurisprudence de la CJUE : fiscalité directe (juill./sept. 2021) », *Droit fiscal* n° 40, 7 Octobre 2021, 380, § 6
- « Jurisprudence de la CJUE : fiscalité directe (juill./sept. 2019) », *Droit fiscal* n° 41, 12 Octobre 2019, 396, § 4

URY D.,

- « La participation des GAFAM et autres au financement des effets du Coronavirus », *Les nouvelles fiscales*, n° 1265, 1er mai 2020
- « Le retour du souverainisme fiscal », Étude, *BF* 3/19

VADCAR C., « Création de valeur dans l'économie numérique – Transformer l'action économique », *Institut Friedland*, 2017

VERGNET N.

- « De la résidence et de l'assujettissement à l'impôt, qui est la poule et qui est l'oeuf ? », *Dr. fisc.* n° 36, 3 septembre 2020, 335
- « La résidence fiscale : de sa genèse à son interprétation par le juge de l'impôt », *Dr. fisc.* n° 2, 11 janvier 2018, 53.
- « Les fondements théoriques de l'établissement stable à l'épreuve de la modernisation de l'économie », *Dr. fisc.* n° 39, 28 septembre 2017, 476

VIAUL C., « Prix de transfert : les comparables admissibles selon le juge administratif », *Les nouvelles fiscales*, n° 1234, 15 décembre 2018

VOY-GILLIS A., « (Re)-Territorialiser l'économie immatérielle, Conclusion, Fiscalité numérique : le match retour », Septembre 2021

WILHELM T., « Les prix de transfert : ne jamais prendre les Belges pour des Brel ! (gourmandises de droit comparé entre la Belgique et la France) », *Les nouvelles fiscales*, 1239, 1er mars 2019

ZAGHDOUN R., PHILIPPE Q., « Affaire Google : la qualification d'établissement stable tenue en échec par une conception formelle du pouvoir d'engager », *Dr. fisc.* n° 39, 28 septembre 2017, comm. 482

B. - DE LANGUE ANGLAISE

AMA SARGO N., « U.N. Reemerging in Digital Economy Tax Debate », *Taxe Notes International*, 28 July 2020.

ANDRUS J., OOSTERHUIS P., « Transfer Pricing After BEPS : Where Are We and Where Should We Be Going », *The Tax Magazine*, March 2017

ARNOLD B.J., « The Taxation of Income from Services », *Draft Paper n°2, United Nations*, May 2014, p. 3 et s.

ASLAM A. and SHAH A., « Taxing the Digital Economy, in Corporate Tax Under Pressure », Chapter 10, 2021, *IMF*, p. 195-198, 208, 247

ATHANASIOU A., « Google Signals an End to Use of Double Irish Structure », *Tax Notes International*, 13 janvier 2020

AULT H.J., « Corporate Integration, Tax Treaties and the Division of the International Tax Base : Principles and Practice », *Tax L. Review*, 1992, n° 47

AVI-YONAH R.

- « A New Corporate Tax », *Draft 1/22/21*, p. 5-11
- « The New International Tax Regime », *Draft*, 9 octobre 2021
- « A Virtual PE : International Tax and the Marketplace Fairness Act », University of Michigan Law School Public Law and Legal Theory Research Paper Series, 2013, n°328, p. 2
- « Globalization, Tax Competition and the Fiscal Crisis of the Welfare State », *Harvard Law Review*, 2000, n°7
- « International Taxation of Electronic Commerce », *Tax Law Review*, Vol. 58, 1997, p. 517 et s., 539
- « The Structure of International Taxation : A Proposal for Simplification », *74 Tex L. Rev.*, p.1303-1304, 1996

AVI-YONAH R., FISHBIEN N., « The Digital Consumption Tax », *Intertax*, 2020, Volume 48, Issue 5

AVI-YONAH R. et HALABI O., « A Model Treaty for the Age of BEPS », *Law & Economics Working Papers*, University of Michigan, 2014

AVI YONAH R., XU H., « China and BEPS », *Laws* 2018, 7, 4.

BAEZ MORENO A.

- « Because not always B comes after A: Critical Reflections on the new Article 12B of the UN Model Tax Convention on Automated Digital Services », *Universidad Carlos III de Madrid*, Juillet 2021,
- « The Taxation of Technical Services under the United Nations Model Double Taxation Convention : a rushed – yet appropriate – proposal for (developing) countries ? », *7 World Tax J.1*, 30s, 3.2.1.2.4 5 (2015)

BAEZ-MORENO A., BRAUNER Y.

- « Taxing the Digital Economy Post-BEPS... Seriously », *59 Colum. J Transnat'l L.*, 2019
- « Withholding Taxes in the Service of BEPS Action 1 : Address the Tax Challenges of the Digital Economy », *IBFD*, 2015.

BAKER P., « The league of Nations Draft Convention for the Allocation of Business Income between States – a new starting point for the attribution of profits to permanent establishments », *British Tax Review*, Issue 5, 2018

- BAL A.**, « The Sky's the Limit – Cloud-Based Services in an International Perspective », *Bull.Int.Tax.* 2014, 519
- BECKER J., ENGLISH J. & SCHANZ D.**, « How Data Should (Not) Be Taxed, Working Paper, 2018 and A sure Way of Taxing the Digital Economy », *Tax Notes*, n°93, 2019
- BELLINGWOUT J.W.**, « Global Enterprise Taxation (GET) », *Intertax*, 2020, Vol. 48, Issue 3
- BIZIOLI G.**, « Fairness of the Taxation of the Digital Economy, in Tax and the Digital Economy Challenges and Proposals for Reform », *Wolters Kluwer*, 2019
- BOND S., DEVEREUX D.**, « Cash Flow Taxes in an Open Economy », *CEPR Discussion Paper* 3401, February 2002
- BRADFORD D.F.**, « The X Tax in the World Economy », *CEPS Working Paper*, n°93, August 2003
- BRÄUMANN P.**, « Digital PEs : Taxing Significant Digital Presence, In Tax and the digital economy : challenges and proposals for reform », *Series on International Taxation*, vol. 69, 2019
- BRAUNER Y.**,
 - « Agreement? What Agreement? The 8 October 2021, OECD Statement in Perspective »,
 - « Lost in Construction : What is the direction of the word on the taxation of the Digital Economy ? », *Intertax*, Vol. 48, 2020
- BRONDOLO V.J., KONZA M.**, « Administrating the Value-Added Tax on Imported Digital Services and Low-Value Imported Goods », Volume 2021 : *Issue* 004, International Monetary Fund, 21 May 2021
- BROOKS N., HWONG T.**, « The Social Benefits and Economics Costs of Taxation : A Comparison of High- and Low Tax Countries », *Canadian Centre for Policy Alternatives*, 2006
- BRYNJOLFSSON E.**, « Scale without Mass : Business Process Replication and Industry Dynamics », *Harvard Business School*, 2008
- BURGERS, MOSQUERA VALDERRAMA I.J.**, « Fairness : A Dire International Tax Standard with No Meaning ? », *Intertax*, Volume 45, Issue 12, 2017
- BURIAK S.**, « A New Taxing Right for the Market Jurisdiction : Where Are the Limits ? », *Intertax*, Volume 48, Issue 3, 2020, 311
- BURIAK S., DZIWINSKI K.**, « Global Transfer Pricing Developments, in Transfer Pricing Developments Around the World », Chapter 1, *Wolters Kluwer*, 2020
- CHAND V.**, « Allocation of Taxing Rights in Digitalized Economy », *Intertax*, 2019, Issue 12
- CHRISTIANS A., BAN APPELDORN L.**, « Taxing Income Where Value Is Created », *Florida Tax Review*, Volume 22, 2018, n°1
- CHRISTIANS A., DINIZ MAGALAES T.**, « A New Global Tax Deal for the Digital Age »,

Revue fiscale canadienne, Vol. 67, Issue n°4, 2019

COASE R., « The Problem of Social Cost », *The Journal Of Law & Economics*, Vol. III, Oct. 1960

COCKFIELD A.J., « Reforming the PE Principle through a Quantitative Economic Presence Test », 38 *Can. Bus. I. J.*, 2003

COCKFIELD A., HELLERSTEIN W., LAMENSCH M., « Policy Approaches, Chapter 7 » in *Taxing Global Digital Commerce*, Wolters Kluwer, 2019

COMMITTEE OF EXPERTS, « on International Cooperation in Tax Matters. Tax consequences of the digitalized economy – issues of relevance for developing countries ». *E/C.18/2020/CRP*. 25-41

COTTANI G., « Recent Developments on Attribution of Profits to Digital Permanent Establishments, in Transfer Pricing Developments Around the World », Chapter 8, 2019, *Wolters Kluwer*

CRANDALL F.N., WALLACE J., « Inside the virtual workplace : forging a new deal for work and rewards », *Compensation & Benefits Review*, Vol. 29, n°1

CRUZ MARTINEZ B.A., « The Arm's Length Standard vs The Commensurate With Income Standard : Transfer Pricing Issues In the Valuation Of Intangibles Assets », 2 *U. P.R. Bus. L.J.*, 2011

DE FILIPPI P., « Taxing the cloud: introducing a new taxation system on data collection?, Research and Studies Center of Administrative Science (CERSA/CNRS) », Université Paris II (Panthéon-Assas), France, 1 may 2013, *Internet Policy Review*, 2 (2)

DE LIMA CARVALHO L., « Spiritus Ex Machina: Addressing the Unique BEPS Issues of Autonomous Artificial Intelligence by Using 'Personality' and 'Residence' », *Intertax*, n° 47, Issue 5, 2019

DE WILDE M.F.,

- « Comparing Tax Policy Responses For the Digital Economy : Fold or All in », *Intertax*, Vol. 46, Issue 6/7

- « Tax uJurisdiction in a Digitalizing Economy ; Why « Online Profits » are so hard to in down », *Intertax*, Vol. 43, Issue 12

DECHSAKULTHOR S., GLENN K., LAW S.B., MYSZKA J.A., « Treatment of Losses Under OECD Pillars 1 and 2 », *Tax Notes International*, 20 juill. 2020

DEVEREUX M.P., AUERBACH A.J., OOSTERHUIS P., SCHÖN W., VELLA J.

- « Taxing Profit in a Global Economy », *Oxford International Tax Group*, 2021

- « Residual profit allocation by income », *Oxford International Tax Group*, WP 19/01, March 2019

DEVEREUX M., DE LA FERIA R., « Designing and implementing a destination-based corporate tax », Oxford University Centre for Business Taxation, *Working Paper* 14/07, May 2014

DEVEREUX M., SIMMLER M., « Who will pay Amount A ? », *EconPol Policy Brief* 36/21, July 2021, vol. 5, Oxford University Centre for Business Taxation

DEVEREUX M., VELLA J.

- « Taxing the Digitalised Economy : Targeted or System-Wide Reform ? », 4 *BTR* 387, 2018
- « Implications of Digitalization for International Corporate Tax Reform », *Intertax*, 2018, Volume 46, Issue 6/7
- « Are We Heading Towards a Corporate Tax System Fit for the 21 st Century ? », 35 *Fiscal Studies*, 2014

DIMITROPOULOU C., « The Digital Service Tax and Fundamental Freedoms : Appraisal Under the Doctrine of Measures Having Equivalent Effect to Quantitative Restrictions », *Intertax*, Volume 47, Issue 2, 2019

DOERNBERG R., « Electronic Commerce and International Tax Sharing » , *Tax Notes International*, 1998, n° 16

DOERBERG R., HELLERSTEIN W., HINNEKENS L., LI J., « Electronic Commerce and Multijurisdictional Taxation », *Kluwer Law International*, IFA, 2001

DOERNBERG R.L. and HINNEKENS L., « Electronic Commerce and International Taxation », *The Hague: Kluwer Law International*, 1999

DOURADO A.P.

- « The OECD Unified Approach and the New International Tax System : A Half-Way Solution », *Intertax*, Issue 1, 2020, Editorial
- « Digital Taxation Opens the Pandora Box : The OECD Interim Report and the European Commission Proposals », 46, *Issue 6/7*, *Intertax*, 2018

ECCLES R.G., « The quasi-firm in the construction industry, *Journal of Economic Behavior & Organization* », Volume 2, *Issue 4*

ECHENDU C., « Nigeria's Significant Economic Presence Income Tax on Digital Economic Activities: Challenges and Opportunities » , *Bulletin for International Taxation*, Vol. 74, n°9, September 2020

ELLIFFE C., « International Tax Frameworks: Assessing the 2020s Compromise from the Perspective of Taxing the Digital Economy in the Great Lockdown » , *Bulletin for International Taxation*, Volume 74, Issue 9, p. 544-545

ENDO T., « Modification of a Taxable Nexus to Adress the Tax Challenges of the Digital Economy », in *Taxation in a Global Digital Economy*, *Linde*, 2017, 107

ESCAUT P., GLON G., French Branch Company Must Charge Interest to Its Head Office in Consideration for Cash Advances Provided to the Latter, *European Taxation Journal*, Number 4, 2016

ESCRIBANO E., Notes on the design of the new nexus rule for the OECD's Unified Approach (pillar 1), University Carlos III de Madrid, 6 novembre 2019

EY

- « Global Tax Alert, Saudi Arabian Tax Authorities Introduce Virtual Service PE Concept », 30 July 2015
- « Global Tax Alert, Kuwait Tax Authorities Adopt « Virtual Service PE », 21 September 2015

FEDUSIV O., « Transactions With Hard-To-Value-Intangibles : Is BEPS Action 8 Based on the Arm's Length Principle ? », *International Transfer Pricing Journal*, Volume 23, n° 6, 2016

FELIPE ALVAREZ L., « The Digital Economy and Variegated Capitalism », *Canadian Journal of Communication*, 2015, vol.40, p. 645

FJORD KJAERGAARD L., « Allocation of the Taxing Right to Payments for Cloud Computing-as-a-Service », *World Tax Journal*, Vol. 11, n° 3, 2019

FREITAG C., « The real climate and transformative impact of ICT : a critique of estimates, trends and regulations », *Patterns*, Vol. 2, Issue 9, September 10, 2021

FRIS P., GONNET S., « A European View on Transfer Pricing After Glaxo », *The Bureau of National Affairs*, 11/06, November 2006

GADZO S., « The principle of Nexus or genuine link as a keystone of international income tax law : A Reappraisal », *Intertax*, March 2018, Volume 46, Issue 3

GOEL S., « Indian 2018 Budget: New Nexus to Tax Based on Virtual Presence », *Kluwer Int'l Tax Blog* (Feb. 5, 2018)

GOMEZ REQUENA J.A., « Tax treaty Characterization of Income Derived from Cloud Computing and 3D Printing and the Spanish Approach », *Intertax*, Issue 5, Volume 46

GOULDER R., « Should Data Extraction Be Taxed as a Natural Resource? », *Tax Notes Today International*, 27 July 2020

GRAETZ M., « Taxing International Income : Inadequate Principles, Outdated Concepts and Unsatisfactory Policies », *Tax L. Rev.*, 2001

GREIL S., « The Arm's Length Principle in the 21st Century – A Literature Overview », *Journal of Tax Administration*, Vol. 6, Issue n°2, 2021

GRINBERG I., « International Taxation in an Era of Digital Disruption : Analyzing the Current Debate », *Taxes The Tax Magazine*, March 2019

HAHN V., HERVÉ Y., SALJANIN S., EDEN L., « Shapley Value : A Fair Solution to the Value Creation Puzzle in Transfer Pricing ? », *Tax Notes International*, Vol. 104, 18 Octobre 2021

HAINES A., « Smart Manufacturing Blurs the Definition of PE, Goods and Services », *ITR*, 14 may 2019

HALLERSTEIN W., « Jurisdiction to Tax in the Digital Economy : Permanent and Other Establishments », *Bulletin for International Taxation*, 2014, p. 348-349

HASLEHNER W. and LAMENSCH M., « Taxation and Value Creation », *EATLP International Tax Series*, Vol. 19, 2021, IBFD

HEINSEN O. and VOSS O., « Cloud Computing under Double Tax Treaties: A German Perspective », *Intertax* 2012, 591

HELLERSTEIN W.

- « Exploring the Potential Linkages Between Income Taxes and VAT in a Digital Global Economy, in *VAT/GST in a Global Economy* », *Wolters Kluwer*, 2015

- « Jurisdiction to Impose and Enforce Income and Consumption Taxes : Towards a Unified Conception of Nexus in Value Added Tax and Direct Tax : Similarities and Differences », *IBFD*, 2009

- « Jurisdiction to tax Income and Consumption in the New economy : A Theoretical and Comparative Perspective », *Georgia Law Review*, 2003

HERZFELD M., « Moving to Market : Competing Considerations », *Tax Notes International*, 4 mars 2019

HOHENWARTER D., KOFLER G., MAYR G., SINNIG J., « Qualification of the Digital Services Tax Under Tax Treaties », *Intertax*, 2019, Volume 47, Issue 2

HONGLER P., PISTONE P., « Blueprints for a New PE Nexus to Tax Business Income in the Era of the Digital Economy », *IBFD*, 2015

IFA, « The future of Transfer Pricing », *Cahiers de droit fiscal international*, Volume 102 b, 2017

ISMER R., BLANK A., « Article 2, in Klaus Vogel on Double Tax Conventions », Reimer & Rust Editions, *Wolters Kluwers*, 2015, n° 32 et 38

ISMER R., JESCHECK, « Taxes on Digital Services and the Substantive Scope of Application of Tax Treaties: Pushing the Boundaries of Article 2 of the OECD Model ? », *Intertax*, Volume 46, Issue 6/7

KAPLOW L., « Horizontal Equity : Measures in Search of a Principle », *National Tax Journal* 42., 1989

KATZ S.I., « International Taxation of Electronic Commerce: Evolution not Revolution », *Tax Law Review*, Vol. 52, Summer 1997

KAUFMANN N.

- « Equity Considerations in International Taxation », *Brooklyn Journal International*, n° 26, 2001, p. 1467

- « Fairness and the Taxation of International Income », *Law and Policy in International Business*, 1998, vol. 29, p.191

KEMMEREN V.E., « Legal and Economic Principles Support an Origin and Import Neutrality-Based over a Residence and Export Neutrality-Based Tax Treaty Policy, in *Tax Treaties: Building Bridges between Law and Economics* section 5 », *IBFD*, 2010

KINGSON C.I., « The Coherence of International Taxation », *Columbia Law Review*, n° 81, p. 1151, 1981

KOBETSKY M., « The Transfer-Pricing Profit Split Method after BEPS : Back to the Futur », *Canadian tax journal, revue fiscale canadienne*, Vol. 67, Issue n°4, 2019

KOFLER G., MAYR G., SCHLAGER C., « Taxation of the Digital Economy : Quick Fixes or Long-Term Solution ? », *57 Eur. Tax'n* 523, 2017

KOFLER G., SINNIG J., « Equalization Taxes and the EU's Digital Services Tax, Chapter 6 in *Tax and the Digital Economy* », *Wolters Kluwer*, Volume 69, 2019

LAMENSCH M., « Is There Any Future for the Vendor Collection Model in the 21st Century Economy? /In/ 27 », *International Tax Monitor*, 2016

LAMMERS J., « The OECD Concept of User Participation And a More Pragmatic Way to Tax Rent Seeking », *Tax Notes International*, 18 novembre 2019

LANGBEIN S., « The Unitary Method and the Myth of Arm's Length », *30 Tax Notes*, 17 February 1986

LANGBEIN S. and FUSS M., « The OECD/G20-BEPS-Project and the Value Creation Paradigm: Economic Reality Disemboguing into the Interpretation of the 'Arm's Length' Standard », Vol. 51, Issue 2, *International Lawyer*, 2018

LARKIN B., « OECD Weighing Extensive Input on Digital Economy Tax Proposals », *Tax Notes International*, may 6 2019

LI J.

- « The Rise and Fall of Chinese Tax Incentives an Implications for International Tax Debates », *Florida Tax Review*, 2007
- « International Taxation in the Age of Electronic Commerce: A Comparative Study », *The Canadian Tax Foundation*, 2003

LI J., CHATEL S., « Repurposing Pillar One into an Incremental Global Tax for Sustainability: A Collective Response to a Global Crisis », *IBFD*, 2021, Vol. 75, n° 5

LI J., IN BAO N., LI H.C., « Value Creation : A Constant Principle in a Changing World of International Taxation », *Canadian Tax Journal*, Vol. 64, Issue 4, p. 1117, 1133-1134

LYKKEN M., « The Philosophy of Digital Taxation », *Tax Notes International*, 25 February 2019, Volume 93

LUCAS-MAS C.O. and JUNQUERA-VARELA R.F., « Tax Theory Applied to the Digital Economy : A Proposal for a Digital Data Tax and a Global Internet Tax Agency », *World Bank Group*, 2021

MARCUS DE MELO REGONI J., « The International Tax Regime in the Twenty-First Century: The Emergence of a Third Stage », *Intertax*, Vo. 45, Issue 3, 2017

MARTIN JIMENEZ A.

- « Recents Developments on the Nexus Rule to Tax Business Profits at Source, in Transfer Pricing Developments Around the World », Chapter 7, 2019, *Wolters Kluwer*
- « BEPS, The Digital(ized) Economy and the Taxation of Services and Royalties », *WP*, 2018, University of Cadiz

MAZZUCATO M., « The Entrepreneurial State : Debunking Public vs. Private Sector Myths, London », *Anthem Press*, 2013

MAZUR O., « Transfer Pricing Challenges in the Cloud », *Boston College Law Review*, Vol. 57, 2016

McLURE C.E. Jr.

- « Replacing Separate Entity Accounting and the Arm's Length Principle with Formulary Apportionment », *Bulletin for International Fiscal Documentation*, 2002
- « Rethinking State and Local Reliance on the Retail Sales Tax : Should We Fix the Sales Tax or Discard it ? », *BYU L. Rev.*, 2000, 77
- « Substituting Consumption-Based Direct Taxation for Income Taxes as the International Norm », *National Tax Journal*, Issue 45, 1992
- « Operational Interdependence Is Not the Appropriate 'Bright Line Test' of a Unitary Business – At Least Not Now », *18 Tax Notes* 107, January 10, 1983

MUSGRAVE P., « Sovereignty, Entitlement, and Cooperation in International Taxation », *Brooklyn Journal of International Law*, 2001, Vol. 26

MUSGRAVE P.B., « Combining Fiscal Sovereignty and Coordination: National Taxation in a Globalizing World » in Inge Kaul and Pedro Conceição (eds), *The New Public Finance: Responding to Global Challenges*, 2006

MUSGRAVE R., « Criteria for Foreign Tax Credit, in Taxation and Operations Abroad », *Symposium*, 1960

MUTHOO A., « A Non-Technical Introduction to Bargaining Theory », Vol. 2, Issue 1, *World Economy*, 2000, p. 145 et s.

NAVARRO A., « The arm's length standard and tax justice: Reflections on the present and the future of transfer pricing », *World Tax Journal*, Issue n° 3, Vol. 10, p. 351-379

OCDE, « Revised Guidance on the Application of the Transactional Profit Split Method—BEPS Action »10, Paris: *OECD Publishing*, 2018

OLBERT M., SPENGEL C., « Taxation in the Digital Economy – Recent Policy Developments and the Question of Value Creation », *Discussion Paper*, n°19-010, 04/2019

OWENS J., « The Taxation of Multinational Enterprises: An Elusive Balance », *Bulletin International Taxation*, Vol. 67, Issue n°8, 2013

PARMANN N.S., « Tax Challenges of the Digital Economy : Does a Withholding Tax on Certain Digital Transactions Solve the Problem of Missing Taxation Rights, While Being In Line with EU-Law and the OECD Model-Convention ? », Lund University, *Master Thesis*

PETRUZZI R., BURIK S., « Addressing the Tax Challenges of the Digitalization of the Economy – A Possible Answer in the Proper Application of the Transfer Pricing Rules? », *Bulletin for International Taxation*, Vol. 72, N°4/a, Special Issue, 2018

PICCIOTTO S., « Taxing Multinational Enterprises as Unitary Entities », *Tax Notes*, n°82, p. 912, 30 May 2016

PINTO D.

- « Options to Address the Direct Tax Challenges Raised by the Digital Economy: A Critical Analysis », *65 Canadian Tax Journal*, Vol. 65, Issue n°2, 2017
- « The Need to Reconceptualize the Permanent Establishment Threshold », *Bulletin for International Taxation*, juillet 2006
- « The Need to Reconceptualise the Permanent Establishment Threshold », *Bulletin for International Taxation*, IBFD, 2006, n° 7
- « E-commerce and Source-Based Income Taxation », Volume 6, Doctoral Series, *IBFD*,
- « Reconceptualizing Source for Active and Passive Income », *The Refundable Withholding Approach*, March 2002

PLEKHANOVA V., « Value Creation Within Multinational Platform Firms : A Challenge for the International Corporate Tax System », *17e JTR*, 2020

POGORELOVA L., « Transfer-Pricing and Game Theory », *Intertax*, Vol. 43, Issue 5, 2015, p. 395-404. *Taxation 1997*

PORTER M.E., « Competitive Advantage, Creating and Sustaining Superior Performance », *The Free Press*, New York, 1985

POSNER R., « Economics Analysis of Law, » *Brown & Company*, Toronto, 1972

PRAHALAD C.K., RAMASWAMY V., « Co-Opting Customer Experience », *Harvard Business Review*, janvier-février 2000

RASTOGI N., RUCHELMAN S.C., « The changing face of service permanent establishments », *Insights*, 2017, Vol. 4, n° 10

RAULT H.J., « Corporate Integration, Tax Treaties, and the Division of the International Tax Base : Principles and Practices », *Tax Law Review*, n°47

RAYPORT J.F., SVIOKLA J., « Exploiting the Virtual Value Chain », *Harvard Business Review*, November&December 1995

- RICHER W.**, « Aligning profit taxation with value creation », Working Paper, No. 7589, *CEsifo*, February 2019
- RISHNAN U., YAPPAN M.**, « Virtual Permanent Establishments : Indian Law and Practice », *Intertax*, 2018, Volume 46, Issue 6/7, 2018
- ROBILLARD R.**, « BEPS: Is the OECD Now at the Gates of Global Formulary Apportionment? », *Intertax*, Issue 6-7, n°43, 2015, p. 447
- ROMER P.**, « A Tax That Could Fix Big Tech », *The New York Times*, 6 mai 2020
- SAINT-AMANS P.**, « The Reform of the International Tax System : State of Affairs », *Intertax*, Volume 49, Issue 4, 2021
- SAKSENA P.**, « Note by the Coordinator for the 12th Session », *Geneva*, 11-14 Oct. 2016, E/C.18/2016/CRP.8
- SASSEVILLE J., SKAAR A.A.**, « Is There a Permanent Establishment ? », *Cahiers de droit fiscal international*, Vol. 94 A, 2009
- SAYAN B.**, « Equalization Levy : A New Perspective of E-Commerce Taxation », *Intertax*, Volume 44, Issue 11, 2016
- SCHINDEL A. & ATCHABAHIAN A.**, « General Report », in *IFA Cahiers 2005 – Volume 90 A*, Source and Residence: A New Configuration of Their Principles
- SCHÖN W.**, « Ten Questions as To Why and How to Tax the Digitalized Economy », *Bulletin for International Taxation*, n°72, 2018
- SCHOUERI L.E.**, « Arm's Length : Beyond the Guidelines of the OECD », *Bulletin for International Taxation*, December 2015, 700
- SCHWAB G.**, « The Fourth Industrial Revolution: What it Means and how to Respond », *Foreign Affairs*, 12 décembre 2015
- SCREPANTE M.S.**, « The Arm's Length Principle Evolves Towards a 'Value Creation Functional (i.e. DEMPE) Formula Standard': A Barrier or a Gateway to Locational Business Planning ? », *Intertax*, Volume 48, Issue 10, 2020
- SEJATI U.**, « Value Creation in the Digital Economy, in Taxation in a Global Digital Economy », Subtopic 3, *Kershner Somare Edition*, Volume 107, 2017
- SHAPIRO C., VARIAN H.R.**, « Information Rules : A Strategic Guide to the Network Economy », *Harvard Business Press*, 1999, vol. 30, n°2
- SHAY S.E., FLEMING J.C. Jr.**, « The David R. Tillinghas Lecutre : What's Source Got to Do with It ? : Source Rules and U.S. International Taxation », *56 Tax Law Review*, 2002, n°1

SKAAR A.A., « Permanent Establishment : Erosion of a Tax Treaty Principle », *Kluwer Law and Taxation*, 1991

SPINOSA L. & CHAND V., « A Long-Term Solution for Taxing Digitalized Business Models: Should the Permanent Establishment Definition Be Modified to Resolve the Issue or Should the Focus Be on a Shared Taxing Rights Mechanism? », *Intertax*, Vol. 46, Issue 6/7, 2018

STABELL C.B, FJELDTSAD D., « Configuring Value for Competitive Advantage : On Chains, Shops, and Networks », *Strategic Management Journal*, 1998, vol. 19, n°5

TEIJEIRO G.O., « Automated digital services – the UN Proposal at glance », *Kluwer International Tax Blog*, 12 août 2020

THE GUARDIAN, « Global G7 deal may let Amazon off hook on tax », *say experts*, 6 June 2021

TIROLET J-C., TIROLE J., « Two-sided Markets : a Progress Report », 37 *The Rand Journal of Economics*, 2006, p. 645-667

T'NG A., « The Modern Marketplace, the Rise of Intangibles and Transfer Pricing », *Intertax*, Volume 44, n° 5, 2016

TORSLOV T., WIER W. et ZUCMAN G., « The Missing Profits of Nations », *NBER Working Paper*, n° 24701, 2018

TURINO A., « Which Source Taxation for the Digital Economy », *Intertax*, Vol. 46, n °6-7, 2018

VERLINDEN I., « From Compliance to the C-Suite : Value Creation Analysed Through the Transfer Pricing Lens », *Intertax*, Volume 44, Issue 10, 2016

VERLINDEN I., DE BAETZ S., PARMESSAR V., « Grappling with DEMPE's in the Trenches : Trying to Give It The Meaning It Deserves », *Intertax*, Volume 47, Issue 12

VOGEL K.

- « Worldwide vs. Source Taxation of Income- A review and Reevaluation of Arguments (Part III) », *Intertax*, 1998, n°11, p. 40, 393
- « Taxation of Cross-Border Income, Harmonization and Tax Neutrality under European Community Law : An Institutional Approach », 1994
- « Double Tax Treaties and Their Interpretation », *Berkeley Journal of International Law*, 1986, Vol. 4

WEELER J., « The Missing Keystone of Income Tax Treaties », *World Tax Journal*, June 2011, p. 253

WEINER J., « Using the Experience in the U.S. States to Evaluate Issues in Implementing Formula Apportionment at the International Level, US Department of the Treasury », *OTA Paper* 83, April 1999

WELLS B. & LOWELL C., « Tax Base Erosion: Reformation of Section 482's Arm's Length Standard », *Florida Tax Review*, Vol. 15, 2014

WIJNEN W., DE GOEDE J., ALESSI A., « The Treatment of Services in Tax Treaties », *Bulletin for International Taxation*, Vol. 66, Issue n°1, 2012

WILKIE S., « The way we were ? The way we must be ? The Arm's Length Principle sees itself (for What is is) in the Digital Mirror », *Intertax*, Volume 47, Issue 12

WILLIAMSON O., « Markets and Hierarchies : Analysis and Anti-Trust Implications », *the Free Press*, 1975

YONAH A., « Policy Note : The Digital Consumption Tax », *Intertax*, Volume 48, 2020, Issue 5

C. - DE LANGUE ALLEMANDE :

SCHANZ G., « Zur Frange der Steuerpflicht, 9 II Finanzarchiv 1, » 4 (1882) in *Vogel*.

WAGNER, « Finanzwissenschaft, Zweiter Teil : Gebühren und allgemeine Steuerlehrer », *Leipzig*, 1880.

INDEX ALPHABETIQUE

Les chiffres renvoient aux numéros des paragraphes

A

ACCIS :

projet européen d'assiette commune consolidé
pour l'IS : 458 ; 462 ; 474.

Actifs incorporels :

- notion en matière de prix de transfert : 195.
- difficile à évaluer : 231 et s.

Agent dépendant :

- interprétation de l'OCDE, 142 s.
- interprétation des juridictions françaises, 264 s.

Aides d'État :

- présentation générale : 18
- application aux taxes sur le chiffre d'affaires :
405 s.

B

Bénéfices d'entreprise :

-qualification : 291 s.

BEPS (base erosion and profit shifting) :

-instrument multilatéral : 139 s. ; 383 ; 515.
-prix de transfert : 190 s.

C

Capacités contributives : 24 s. ; 114 ; 115 ; 116 ;
439.

Commissionnaire :

établissement stable : 264 s.

Concurrence déloyale :

-entre Etats : 14 s.
-rapport OCDE sur la concurrence fiscale
dommageable : 16.

Concurrence fiscale :

-Code de conduite européen : 16

Conventions fiscales bilatérales :

-objet et but : 28 ; 29.

Covid-19 :

-prix de transfert : 214.

CUP :

prix de transfert : prix comparable sur le marché :
221.

Cycle commercial complet :

-IS : activités d'une entreprise étrangère en
France : 251.
-IS : activités d'une entreprise française à
l'étranger : 250.
-Application à des entreprises du numérique
253 ; 254.

D

Déclaration des droits de l'Homme et du Citoyen :

-Article 13 : 1 ; 2.
-Article 14 : 22 s. ; 66
-Article 6 : 25 ; 26

Dépendance :

-transfert de bénéfices au profit d'une entreprise
étrangère : existence de liens de dépendance :
344.

Doctrine :

-de l'allégeance économique : 53 s.

Données :

-définition : 174 ; 175
-moteur de profit : 197
-base imposable : 430 s.

E

Élimination des doubles impositions :

- Montant A Pilier 1 OCDE : 476 et s.

Entrepôt :

-établissement stable (application à l'économie numérique) : 140 ; 180 ; 492.

Équité :

-entre les individus : 22 s. ; 40 ; 41 ; 42.
-entre les États : 28 s. ; 66 ; 118 s.

Établissement stable :

-identification dans les travaux de l'OCDE : 131 s.
-identification en droit fiscal français : 255 s.
-de services : 154 s.
-consolidation des résultats : 324 s.
-virtuel (étude d'ensemble) : 489 s.

Évasion fiscale (notion), 9.

F**Filiale :**

qualifiée d'établissement stable : 258 s.

Finalité de l'impôt :

-budgétaire : 2 et s.
-incitative : 26 ; 436 s.

Fraude fiscale : 2 ; 13.

I**Impôt :**

-excessif : 27 s.
-consentement à l'impôt : 1 ; 2 ; 3.

Installation fixe d'affaires,

-définition : 132 s.
-activité préparatoire et auxiliaire : 138 s.
-application au commerce électronique : 147 s.

Immobilisation incorporelle :

-critères d'identification comptable : 353 s.
-prise en compte au titre des règles de prix de transfert : 357 s.

L**Location,**

d'équipement industriel ou commercial : 285 ; 524.

Logiciel,

-qualification des revenus : 298 s.

M**Marque,**

-notion d'actif incorporel (prix de transfert) : 195.

Modèle d'affaires :

-catégorie : 19 ; 20 ; 21 ; **166 s.**

Modèle OCDE,

élaboration : 127.

N

Neutralité fiscale : 67 ; 114 ; 317.

O**OMC :**

accords : 415 ; 563.

Optimisation fiscale : 9 ; 11 ; 12.

Organisations autonomes décentralisées : 186 ; 187.

P**Piliers OCDE :**

- Pilier 1 (étude d'ensemble) : 441 s.
- Pilier 2 : 17 ; 530 ; 534.

Planification fiscale agressive :

-notion : 9.
-schémas des multinationales du numérique : 10 s.

Prestations de services :

-qualification : 292 s.

Principe de destination : 60 s. ; 403 ; 441 s.

Principe de pleine concurrence,

-conception originelle : 82 s.
- conception actuelle de l'OCDE : 188 s.
-interprétation dans l'ordre juridique français : 344 s.

Prix de transfert,

-étude d'ensemble : 188 s.

Profit split,

-prix de transfert – partage des bénéfices : 222 et s. ; 376.

R

Redevance,

- versées par un établissement à son siège : 278, 354 et s.
- treaty shopping : notion de bénéficiaire effectif : 313 s.
- qualification : 292 s.

Retenue à la source,

- technique d'imposition en droit français : 276 s.
- imposition distincte : 288 ; 308 s.
- modèle OCDE : 291.
- modèle ONU (article 12 A et 12 B) : 525 s.

Revenus :

- qualification d'activités numériques : 297 s.

S

Savoir-faire (transfert de),

- distinction entre redevances et prestations de services : 294 ; 295 ; 296.
- prix de transfert : 195.

Souveraineté,

- fiscale : 17 ; 34 ; 124 ; 383.
- numérique : 3 ; 416 ; 438.

T

Taxation unitaire : 97 s.

Taxe :

sur les services numériques (étude d'ensemble) : 386 s.

Territorialité :

des conventions : 255 s.
de l'impôt sur les sociétés : 240 s.

Théorie :

- faculté : 40 ; 41 ; 42.
- services rendus : 43 s.
- droits : 62 s.

TABLE DES MATIERES

<u>REMERCIEMENTS</u>	<u>V</u>
<u>PRINCIPALES ABRÉVIATIONS</u>	<u>VII</u>
<u>SOMMAIRE</u>	<u>XI</u>
<u>INTRODUCTION</u>	<u>1</u>
<u>Paragraphe 1 : L'identification des causes de l'absence d'imposition effective des multinationales numériques dans l'État de consommation</u>	<u>10</u>
<u>I. L'évitement fiscal massif des entreprises multinationales numériques</u>	<u>12</u>
<u>A. Les contours mouvants de la notion d'optimisation fiscale</u>	<u>12</u>
<u>B. L'évolution des schémas de planification fiscale des entreprises multinationales numériques « globales »</u>	<u>15</u>
<u>1. Description des principaux schémas de planification fiscale</u>	<u>15</u>
<u>2. Une restructuration des entreprises numériques aux bénéficiaires incertains pour les finances publiques des États de consommation</u>	<u>18</u>
<u>II. Une concurrence fiscale dommageable exacerbée au sein de l'Union européenne</u>	<u>20</u>
<u>A. La régulation par le contrôle des pratiques fiscales dommageables</u>	<u>20</u>
<u>1. Une analyse du caractère dommageable fondée principalement sur la substance de l'activité</u>	<u>21</u>
<u>2. Le pilier 2 OCDE : une analyse du caractère dommageable fondée sur la notion de sous-imposition</u>	<u>22</u>
<u>B. La régulation par le contrôle des aides d'État</u>	<u>23</u>
<u>III. L'appréhension fiscale perfectible des nouvelles sources créatrices de valeur</u>	<u>26</u>
<u>A. La nécessité d'une interdépendance renforcée entre la matière juridique et économique</u>	<u>26</u>
<u>B. Les spécificités des modèles d'affaires des entreprises multinationales numériques</u>	<u>28</u>
<u>Paragraphe 2 : Les difficultés d'attribution d'une consistance à l'exigence d'imposition « juste » et « équitable » des multinationales numériques</u>	<u>29</u>
<u>I. L'exigence d'imposition « juste » et « équitable » en droit interne</u>	<u>30</u>
<u>A. Une répartition de la charge fiscale en adéquation avec les capacités contributives des contribuables</u>	<u>31</u>
<u>B. L'exigence d'une conception de la norme fiscale conforme au principe d'égalité devant les charges publiques</u>	<u>33</u>
<u>1. Le contrôle de rationalité de l'impôt</u>	<u>34</u>
<u>2. Le contrôle du caractère confiscatoire et excessif de l'impôt</u>	<u>35</u>
<u>II. L'exigence d'imposition « juste » et « équitable » en droit fiscal international</u>	<u>38</u>
<u>A. L'objet et le but des conventions fiscales bilatérales</u>	<u>39</u>
<u>B. Une répartition de la matière imposable entre États en fonction de la géographie de la création de la valeur</u>	<u>39</u>

<u>PARTIE 1 : L'imposition dans l'état de consommation des bénéficiaires des multinationales du numérique par les principes traditionnels de la fiscalité internationale</u>	45
<u>TITRE 1 : Le cadre international actuel d'imposition des bénéficiaires</u>	49
<u>Chapitre 1 : Les fondements du cadre fiscal international</u>	51
<u>Section 1 : Les fondements théoriques de la répartition de la compétence fiscale</u>	52
<u>Paragraphe 1 : Les fondements théoriques classiques de la répartition de la compétence fiscale</u>	53
<u>I. L'existence de théories de la compétence fiscale a priori antinomiques</u>	53
<u>A. La théorie de la faculté (faculty theory)</u>	53
<u>B. La théorie des bénéficiaires ou de l'échange (benefit theory)</u>	55
<u>1. La théorie des services rendus</u>	55
<u>2. La conséquence dans l'attribution de la compétence fiscale : une tension entre État de résidence et État de la source</u>	56
<u>II. La doctrine de l'allégeance économique : une conciliation des théories de la compétence fiscale</u>	58
<u>A. D'une conception politique à une conception économique de l'allégeance</u>	58
<u>B. Les éléments constitutifs de l'allégeance économique</u>	60
<u>1. Lieu de création de valeur et résidence du propriétaire ou consommateur de la valeur</u>	60
<u>2. Une grille d'analyse élaborée dans un souci de réponse à des opérations complexes</u>	62
<u>Paragraphe 2 : Les fondements théoriques modernes de la répartition de la compétence fiscale</u>	63
<u>I. Les fondements théoriques dans l'attribution de la compétence fiscale à l'État de la source</u>	63
<u>A. La théorie des droits</u>	64
<u>1. La théorie des bénéficiaires économiques</u>	64
<u>2. L'approche des rentes économiques</u>	65
<u>B. Les principes fondamentaux OCDE et les principes généraux de droit international dans la limitation de la compétence fiscale</u>	65
<u>1. Une construction en lien avec l'exigence d'équité entre États</u>	66
<u>2. Une construction en lien avec l'exigence de neutralité fiscale</u>	68
<u>a. La neutralité envers l'exportation et l'importation des capitaux</u>	69
<u>b. La neutralité entre États</u>	70
<u>3. Une construction en lien avec les exigences du droit international public</u>	70
<u>II. Les fondements théoriques dans l'attribution de la compétence à l'État de destination</u>	72
<u>A. La transcendance de la distinction traditionnelle État de la source/ État de la résidence</u>	72
<u>1. Une application extensive de la théorie des droits</u>	72
<u>a. La distinction entre État de la source et État de la destination</u>	73
<u>b. L'application de la théorie des droits</u>	73
<u>2. Les raisons d'ordre pratique</u>	74
<u>B. Les difficultés d'une taxation basée sur la destination en matière d'impôt sur les sociétés</u>	75
<u>1. Les difficultés d'ordre technique</u>	76
<u>2. Les difficultés quant à la nature de la taxe</u>	77
<u>Section 2 : Les fondements de la répartition internationale des bénéficiaires</u>	78

<u>Paragraphe 1 : L'établissement de règles de répartition initialement fondée sur la pratique administrative des États</u>	78
I. <u>La prévalence du principe d'entité juridique distincte dans la pratique des États</u> ..	79
A. <u>L'attribution des profits selon la méthode des services rendus</u>	80
1. <u>Une retranscription des mutations organisationnelles des entreprises</u>	80
2. <u>Une répartition des profits en faveur de l'État de situation des centres de direction</u>	81
B. <u>L'attribution des profits selon la méthode fictionnelle des ventes</u>	83
1. <u>Une répartition séquentielle des profits entre les entités constitutives d'un groupe</u>	83
2. <u>Les difficultés d'ordre pratique</u>	84
II. <u>La méthode empirique</u>	86
1. <u>Une application limitée de la méthode empirique</u>	86
2. <u>Une liberté de reconstitution des revenus soumise à l'analyse de comparabilité</u>	86
III. <u>L'application résiduelle du principe de taxation unitaire dans la pratique des États</u>	87
A. <u>La détermination du revenu net total de l'entreprise</u>	88
1. <u>Une détermination propre au droit interne des États</u>	88
2. <u>Les difficultés dans la détermination du revenu net total</u>	89
a. <u>Les difficultés d'ordre théorique</u>	89
b. <u>Les difficultés d'ordre pratique</u>	89
b.1. <u>Pour les administrations fiscales</u>	90
b.2. <u>Pour les entreprises multinationales</u>	90
B. <u>La formule de répartition</u>	91
1. <u>La diversité des formules de répartition</u>	92
a. <u>Les facteurs retenus dans la conception de la formule</u>	92
b. <u>La pondération des facteurs</u>	93
2. <u>Le caractère lacunaire des formules de répartition</u>	93
a. <u>Les difficultés d'ordre théorique</u>	93
b. <u>Les difficultés d'ordre pratique</u>	94
<u>Paragraphe 2 : L'intégration de la problématique des prix de transfert dans les règles de répartition</u>	95
I. <u>La connexion originelle entre règles de prix de transfert et équité inter-individuelle</u>	95
A. <u>La théorie de la faculté dans la conception des règles de prix de transfert</u>	96
B. <u>Le principe de pleine concurrence dans la restauration de l'équité inter-individuelle</u>	96
II. <u>La déconnexion progressive entre règles de prix de transfert et équité inter-individuelle</u>	98
A. <u>La modulation du concept d'équité inter-nation</u>	99
1. <u>Un concept élargi à la répartition des recettes fiscales entre États</u>	99
2. <u>La dimension distributive dans la répartition des recettes fiscales entre États</u>	100
B. <u>L'impossible édicition d'un standard en matière de répartition équitable de la base imposable ?</u>	101
1. <u>L'équité inter-nation au centre des réformes récentes de la fiscalité internationale</u>	102
2. <u>Les difficultés dans la mise œuvre d'un standard international d'équité</u>	103

Conclusion Chapitre 1.....	105
Chapitre 2 : Matérialisation des fondements et économie numérisée.....	107
Section 1 : L'établissement stable dans le cadre d'une économie numérisée.....	108
Paragraphe 1 : Une connexion entre intégration économique effective et présence physique dans la répartition actuelle de la compétence fiscale.....	108
I. Une connexion exprimée au travers de la notion d'établissement stable traditionnel.....	109
A. L'installation fixe d'affaires.....	109
1. Les éléments constitutifs de l'installation fixe d'affaires (IFA).....	110
2. Les exceptions liées à la qualification d'établissement stable.....	111
a. Les activités à caractère préparatoire ou auxiliaire.....	111
b. Une approche in concreto renouvelée.....	112
B. L'agent dépendant.....	114
1. La dépendance de l'agent.....	114
2. Le pouvoir de conclure habituellement des contrats au nom de l'entreprise.....	116
C. L'application au commerce électronique.....	117
1. L'application de l'installation fixe d'affaires aux activités de commerce électronique.....	118
a. La matérialité et la fixité de l'installation.....	118
b. Les exceptions à la qualification d'établissement stable dans le commerce électronique.....	119
2. L'application de la notion d'agent dépendant aux activités de commerce électronique.....	120
II. Une connexion à nuancer au travers de l'établissement stable de services.....	121
A. L'établissement stable de services dans les commentaires OCDE.....	121
1. Les hypothèses de caractérisation d'un établissement stable de services.....	122
2. La préservation du critère de présence physique.....	123
B. L'établissement stable de services dans le modèle de l'ONU.....	124
1. L'exigence d'une seule condition temporelle.....	124
2. L'absence de référence au critère de la présence physique.....	125
Paragraphe 2 : Une déconnexion entre intégration économique effective et présence physique dans le cadre d'une économie numérisée.....	126
I. Une déconnexion au regard du processus de création de valeur numérique.....	127
A. La chaîne de valeur dans la description de la création de valeur numérique.....	127
1. Éléments constitutifs de la chaîne de valeur.....	128
2. Les limites de la chaîne de valeur dans une économie numérisée.....	128
B. Les modèles de réseaux et d'ateliers dans la description du processus de création de valeur.....	129
1. Le modèle de réseau de valeur.....	130
a. L'intermédiation dans la création de valeur numérique.....	130
b. L'extériorité des facteurs de production.....	131
2. Le modèle d'atelier de valeur.....	134
II. Une déconnexion au regard du déploiement international des activités des multinationales.....	134
A. La portée internationale sans masse (scale without mass).....	135
1. L'intensité du scale without mass au regard des modèles d'affaires du numérique.....	135
2. La conséquence du scale without mass : une prédominance des actifs.....	

incorporels.....	137
<u>B. Une composante territoriale relativisée dans le déploiement international des activités.....</u>	<u>138</u>
1. L'a-territorialité des activités numériques.....	139
2. Le rattachement territorial des activités d'organisations autonomes décentralisées (OAD).....	140
Section 2 : Le principe de pleine concurrence dans le cadre d'une économie numérisée.....	142
Paragraphe 1 : L'analyse de comparabilité.....	144
I. La délimitation des transactions intervenues entre les entités membres du groupe.....	145
A. L'étude des dispositions contractuelles de la transaction.....	145
B. L'analyse fonctionnelle.....	146
1. L'identification des moteurs de profit.....	147
a. La notion d'actifs incorporels dans les règles de prix de transfert.....	148
b. L'appréhension des données personnelles au travers des règles de prix de transfert.....	149
2. Les fonctions exercées par les parties.....	152
a. La dissociation entre propriété juridique et propriété économique.....	153
b. Les difficultés pratiques.....	155
C. Les circonstances économiques des parties à la transaction et du marché.....	157
1. Les avantages spécifiques de localisation.....	157
a. Les économies de coûts.....	157
b. Les primes de marché.....	158
2. Les synergies de groupe d'entreprises.....	160
II. La recherche de transactions comparables sur le marché libre.....	161
A. D'une recherche de transactions comparables à une recherche d'entreprises fonctionnellement comparables.....	161
1. Les comparables internes et externes.....	162
2. Les difficultés dans l'identification de données comparables pertinentes.....	162
B. Les ajustements de comparabilité.....	163
Paragraphe 2 : Les méthodes de détermination du prix de pleine concurrence.....	165
I. Les méthodes unilatérales de prix de transfert.....	166
A. La méthode du prix de revente.....	166
B. La méthode du coût majoré.....	166
C. La méthode transactionnelle de la marge nette.....	167
II. Les méthodes bilatérales de prix de transfert.....	167
A. La méthode du prix comparable sur le marché libre.....	168
B. La méthode de partage des bénéfices.....	169
1. Les indicateurs justifiant l'application de la méthode de partage des bénéfices.....	169
a. Les contributions uniques de valeur.....	170
b. Les opérations fortement intégrées.....	170
2. La division du profit.....	171
a. L'analyse des contributions.....	172
b. L'analyse résiduelle.....	172
c. Les facteurs dans la division du profit.....	173
3. Les difficultés d'application.....	173
III. L'estimation de la valeur des incorporels difficiles à évaluer (AIDE) à des fins de prix de transfert.....	174

A. L'approche OCDE relative aux actifs incorporels difficiles à évaluer.....	175
1. La mise en œuvre de l'approche.....	175
2. Les exceptions à l'application de l'approche.....	177
B. La préférence pour une méthode d'évaluation des actifs incorporels difficiles à évaluer.....	177
Conclusion Chapitre 2.....	179
Conclusion TITRE 1.....	181
TITRE 2 : <u>Le droit fiscal français dans le rattachement territorial des bénéficiaires des multinationales du numérique</u>	183
Chapitre 1 : <u>La plasticité de la territorialité de l'impôt sur les sociétés dans l'appréhension des bénéficiaires des entreprises étrangères du numérique</u>	185
Section 1 : <u>L'imposition des activités génératrices de bénéfices réalisés sur le territoire français</u>	186
Paragraphe 1 : <u>Le rattachement de l'obligation fiscale au territoire français en l'absence de convention fiscale bilatérale</u>	186
I. <u>La caractérisation d'un établissement autonome</u>	187
A. <u>La dépendance du représentant</u>	189
B. <u>L'absence relative du critère du « pouvoir de conclure habituellement des contrats »</u>	190
III. <u>Le critère du cycle commercial complet</u>	191
A. <u>Une appréciation jurisprudentielle asymétrique en fonction du lieu de réalisation du cycle commercial complet</u>	192
B. <u>Les potentialités d'application aux opérations numériques des entreprises étrangères</u>	196
1. <u>Application du critère à des plateformes d'intermédiation numérique</u>	196
2. <u>Application à des plateformes de Cloud computing</u>	197
Paragraphe 2 : <u>Le rattachement de l'obligation fiscale au territoire français en présence de conventions fiscales bilatérales</u>	198
I. <u>La notion d'installation fixe d'affaires</u>	199
A. <u>Le caractère purement matériel de la notion d'installation fixe d'affaires</u>	199
B. <u>L'existence d'une installation fixe d'affaires dans les locaux d'une autre société</u>	201
1. <u>Le cas de la filiale installation fixe d'affaires de sa mère</u>	201
2. <u>Le cas d'une convention de prestation de services intra-groupe conclue entre sociétés membres d'un groupe</u>	202
a. <u>Les arrêts Valueclick et Google</u>	202
b. <u>L'encadrement de la requalification au regard des exigences de sécurité juridique</u>	205
II. <u>La notion d'agent dépendant</u>	206
A. <u>La dépendance de l'agent</u>	207
B. <u>La qualité d'agent</u>	209
1. <u>L'intermédiaire disposant du pouvoir de conclure des contrats</u>	209
a. <u>Un formalisme jurisprudentiel à nuancer</u>	210
b. <u>Le champ d'application du pouvoir de requalification de l'administration fiscale</u>	211
2. <u>L'agent dépourvu formellement du pouvoir de conclure des contrats</u>	213
a. <u>L'arrêt Google : le refus de caractériser un agent dépendant de la société</u>	

étrangère.....	213
b. L'affaire Valueclick : la caractérisation d'un agent dépendant de la société étrangère.....	217
c. Le « choix de conclure » revêt-il les mêmes hypothèses que la définition de l'article 12 I.M ?.....	219
C. La capacité d'engager l'entreprise étrangère dans une activité lui étant propre.....	222
Section 2 : L'extension du pouvoir d'imposition aux « revenus de source française ».....	223
Paragraphe 1 : Une extension notable par le mécanisme interne de retenues à la source en l'absence de normes supranationales.....	223
I. Des conditions d'application de l'article 182 B du CGI appréciées sousement.....	224
A. La condition tenant au débiteur.....	225
B. Les conditions tenant au créancier.....	226
1. L'approche restrictive.....	226
2. La faveur pour l'approche extensive.....	226
a. Une approche favorisée par la jurisprudence.....	227
b. Une approche privilégiée initialement par le législateur.....	227
II. Un champ d'application matériel large.....	228
A. La diversité des revenus soumis à retenues.....	228
B. L'interprétation jurisprudentielle extensive de la notion de « prestation utilisée en France ».....	230
III. Le régime d'imposition de la retenue à la source de l'article 182 B du CGI.....	232
A. L'instauration de modalités particulières de liquidation et de recouvrement de l'impôt.....	232
B. Les modalités de calcul de la retenue à la source.....	233
Paragraphe 2 : Une extension largement limitée en présence de normes supranationales.....	234
I. Une neutralisation par l'application des conventions fiscales bilatérales.....	234
A. La qualification fiscale des revenus en droit conventionnel : la distinction entre bénéfiques d'entreprise et redevances.....	235
1. Le transfert d'un « savoir-faire » au client : une qualification des revenus en redevances.....	236
a. Les commentaires OCDE dans l'identification d'un transfert de « savoir-faire ».....	236
b. La jurisprudence fiscale dans l'identification d'un transfert de « savoir-faire ».....	238
2. La qualification fiscale des revenus dans les contrats mixtes.....	239
B. La qualification fiscale des revenus d'activités numérisées.....	241
1. Les contrats portant sur le transfert d'un logiciel.....	241
2. Les contrats portant sur le transfert de données.....	244
3. Les contrats de Cloud Computing.....	244
II. Une neutralisation par l'application du droit de l'UE.....	246
A. L'élimination des retenues à la source par le biais des directives européennes.....	246
1. Des modalités de calcul révélatrices d'une différence de traitement fiscal entre contribuables résidents et non-résidents passibles de l'IS.....	247
2. Une différence de traitement potentiellement contraire au droit de l'UE.....	249
a. Une technique d'imposition conforme au droit de l'UE.....	249
b. Le caractère potentiellement discriminatoire de l'article 182 B du CGI.....	251

III. Une résurgence circonscrite des mécanismes internes de retenues en présence de normes supranationales.....	253
A. L'absence de qualité de « résident » du bénéficiaire des revenus.....	254
1. L'exclusion des personnes structurellement exonérées de l'impôt.....	254
2. L'évolution dans l'appréciation des contours de la notion d'assujettissement.....	255
B. L'absence de qualité de « bénéficiaire effectif » du récipiendaire direct des revenus.....	257
1. L'application de la notion de « bénéficiaire effectif » dans un contexte conventionnel.....	258
2. L'application de la notion de « bénéficiaire effectif » dans un contexte européen.....	261
Conclusion Chapitre 1.....	263
Chapitre 2 : L'obsolescence des règles françaises de territorialité dans la répartition des profits des groupes d'entreprises numériques.....	265
Section 1 : La détermination du bénéfice imposable de l'établissement stable français.....	265
Paragraphe 1 : L'identification d'un lien de rattachement effectif des revenus à l'établissement stable.....	266
I. L'appréciation jurisprudentielle restrictive du principe de rattachement effectif des revenus à l'établissement stable.....	267
A. Une appréciation du critère de rattachement effectif des revenus actifs non-conforme avec la réalité de la création de la valeur.....	267
1. Une application simplifiée dans l'hypothèse d'activités de l'établissement aisément séparables du reste de l'entreprise.....	268
2. Une application complexe dans la détermination des modalités d'imposition d'une pluralité d'ES implantés en France.....	269
a. Une consolidation admise des résultats de plusieurs ES en vertu du droit interne.....	270
b. Une consolidation restreinte des résultats de plusieurs ES en vertu de la jurisprudence administrative.....	270
B. L'appréciation du critère de rattachement effectif des revenus passifs à l'ES français.....	272
1. L'imprécision du droit fiscal français dans les éléments d'appréciation du critère de rattachement effectif.....	273
2. Les commentaires OCDE comme palliatif à l'imprécision du droit fiscal français.....	274
II. Une contrariété patente avec le principe de pleine concurrence promu par l'OCDE.....	274
A. Les tensions entre l'approche OCDE et le formalisme de la distinction ES - filiale.....	275
B. Une conception jurisprudentielle formaliste de l'attribution des profits à l'ES.....	276
Paragraphe 2 : Les modalités de mise en œuvre des méthodes d'attribution des profits à l'ES.....	278
I. La détermination directe des profits attribuables à l'ES français.....	278
A. Une détermination basée prioritairement sur la comptabilité tenue par l'ES.....	279
B. L'atténuation des spécificités découlant de l'absence d'autonomie juridique de l'ES.....	280

II. La détermination indirecte des profits attribuables à l'ES français.....	283
A. La méthode de répartition proportionnelle.....	283
B. La méthode de répartition par comparaison.....	285
C. La reconstitution des profits réalisés par l'ES-agent dépendant découvert en France.....	286
1. L'approche française dans la reconstitution des bénéfices d'ES-agent dépendant d'entreprises numériques.....	287
2. Vers une intégration de l'approche OCDE dans la reconstitution des bénéfices d'ES-agent dépendant d'entreprises numériques ?.....	290
Section 2 : Le principe de territorialité de l'IS à l'épreuve des transferts de bénéfices entre sociétés numériques apparentées.....	292
Paragraphe 1 : Une rectification du résultat imposable d'une entreprise française subordonnée à l'octroi d'un avantage anormal à une entreprise étrangère liée.....	294
I. La classification traditionnelle des opérations susceptibles de constituer un avantage anormal.....	294
A. La distinction entre avantage « par nature » et avantage « par comparaison ».....	295
B. Une distinction atténuée en pratique.....	296
1. La présence indirecte de la référence de comparaison dans l'appréciation de l'anormalité.....	296
2. L'interchangeabilité éventuelle des avantages dans le cadre d'un contentieux.....	297
II. Un périmètre d'applicabilité de l'article 57 incertain quant aux transactions réalisées entre entreprises numérisées.....	298
A. Une analyse des prix de transfert limitée aux actifs incorporels identifiés sur le plan comptable.....	299
1. Les critères d'identification comptable d'une immobilisation incorporelle.....	299
2. Les critères jurisprudentiels d'identification d'une immobilisation dans le cadre de contrats de licences de marques et de brevets.....	301
a. Le champ d'application restreint des critères issus de la jurisprudence SIFE.....	301
b. La pérennité de la jurisprudence SIFE en matière de licences et sous-licences de droits de propriété intellectuelle.....	302
B. L'obsolescence partielle de l'article 57 dans l'identification des sources essentielles de valeur des multinationales numériques.....	303
1. L'identification effective des transactions intra-groupe portant sur des actifs incorporels « classiques ».....	304
a. Le transfert de la clientèle d'une société française suite à son changement de statut.....	304
a.1. Les modalités de constitution d'une clientèle propre.....	304
a.2. L'impact du type de statut commercial sur l'existence d'un transfert de clientèle.....	306
b. Le transfert d'activités spécifiques à l'organisation en groupe.....	308
2. L'identification lacunaire des incorporels essentiels de valeur dans les modèles d'affaires numérisés.....	309
a. L'impossible assimilation des données personnelles à un actif incorporel de l'entreprise.....	309
b. L'absence d'appréhension du rôle de « producteur-consommateur » de l'utilisateur par les règles de prix de transfert.....	311

<u>Paragraphe 2 : Une rectification du résultat imposable de l'entreprise française subordonnée à une quantification de l'avantage</u>	312
<u>I. Une quantification effectuée sous le prisme de « comparables » à la transaction vérifiée</u>	313
<u>A. La restriction du critère de comparaison au regard de la logique de transaction</u>	313
<u>1. L'analyse du marché pertinent dans une économie numérisée</u>	314
<u>2. Une exigence de comparabilité étendue aux clients retenus pour la comparaison</u>	315
<u>B. La restriction du critère de comparaison au regard de l'analyse fonctionnelle</u>	316
<u>II. La pratique administrative dans la reconstitution du prix de pleine concurrence</u>	318
<u>A. La prépondérance du recours à la méthode transactionnelle de la marge nette (MTMN)</u>	319
<u>1. Une approche inapte à retranscrire avec pertinence le processus de création de valeur des modèles d'affaires numérisés</u>	320
<u>2. L'atténuation des lacunes de la méthode par le dépassement de la dichotomie « entrepreneur principal / entité routinière »</u>	323
<u>B. Un attrait récent pour l'application de la méthode de partage des bénéfices</u> ... 324	
<u>1. Une appréciation large des conditions d'application de la méthode de partage des bénéfices</u>	325
<u>2. L'annulation des redressements fondés sur une interprétation erronée de la méthode de partage de bénéfices</u>	326
<u>C. Les incertitudes tenant à la réception en droit français de l'approche OCDE sur les actifs incorporels difficiles à évaluer (AIDE)</u>	328
<u>Conclusion Chapitre 2</u>	331
<u>Conclusion TITRE 2</u>	333
<u>Conclusion PARTIE 1</u>	337
<u>PARTIE 2 : L'imposition dans l'État de consommation des multinationales du numérique par la modernisation des principes traditionnels de la fiscalité internationale</u>	339
<u>TITRE 1 : L'imposition des multinationales du numérique par le détachement des principes traditionnels de la fiscalité internationale</u>	343
<u>Chapitre 1 : Les solutions reposant sur l'imposition d'indicateurs autres que le bénéfice</u>	347
<u>Section 1 : L'imposition des entreprises multinationales numériques selon l'indicateur du chiffre d'affaires</u>	348
<u>Paragraphe 1 : La modulation du mécanisme de taxe sur le chiffre d'affaires</u>	349
<u>I. Le champ d'application de la taxe sur le chiffre d'affaires</u>	350
<u>A. Le champ d'application matériel de la taxe</u>	350
<u>1. Les variations dans le champ matériel de la taxe</u>	350
<u>2. La nécessité d'un champ d'application particulièrement restreint</u>	351
<u>B. L'établissement d'un seuil de pénétration économique</u>	353
<u>II. Les modalités de calcul de la taxe sur le CA</u>	356
<u>A. L'assiette de la taxe sur le CA</u>	356
<u>B. Le taux de la taxe sur le CA</u>	358
<u>1. Un taux minimisant les risques d'imposition excessive</u>	359
<u>2. Un taux minimisant les effets négatifs sur la consommation</u>	360

Paragraphe 2 : La mise en œuvre du mécanisme de taxe sur le chiffre d'affaires.....	362
I. L'articulation des taxes sur le CA avec les conventions fiscales bilatérales.....	363
A. Une volonté affirmée de soustraction du champ d'application des conventions fiscales.....	363
B. La qualification juridique des taxes sur le CA.....	364
II. La conformité avec le droit de l'UE.....	367
A. La conformité avec le droit primaire de l'UE.....	367
1. La conformité avec les libertés fondamentales de l'UE.....	367
a. La potentielle restriction à la liberté d'établissement ou à la libre prestation de services.....	368
a.1. La comparabilité de situations entre entreprises assujetties et non-assujetties.....	368
a.2. La recherche du caractère discriminatoire de la mesure.....	369
b. La démonstration de la conformité d'une mesure restrictive au droit de l'UE.....	370
b.1. La justification par les raisons impérieuses d'intérêt général.....	371
b.2. La proportionnalité de la mesure à l'objectif poursuivi.....	372
2. La compatibilité avec le régime des aides d'État.....	373
B. La conformité avec le droit dérivé de l'UE.....	375
III. La conformité aux règles de l'OMC.....	376
Section 2 : L'imposition des entreprises multinationales numériques selon des indicateurs novateurs.....	377
Paragraphe 1 : L'imposition selon l'indicateur de l'investissement rattachable au territoire de l'État de consommation.....	378
I. Le concept de « biens incorporels de commercialisation ».....	379
A. Un concept au caractère hybride.....	380
1. La neutralisation des pratiques fiscales agressives liées aux biens incorporels de commercialisation.....	380
2. Une modification de la répartition du pouvoir d'imposer fondée sur la notion d'efficacité.....	381
B. Un compromis entre la préservation du principe de pleine concurrence et la modernisation des règles de répartition du profit.....	382
1. L'absence de connexion entre la localisation des « fonctions humaines significatives » et l'attribution des profits.....	383
2. La méthode de partage des bénéfices résiduels dans la détermination du bénéfice imposable dans la juridiction de marché.....	384
II. Le concept d'investissements numériques.....	386
A. Une modulation de l'approche des rentes économiques.....	386
1. Un champ d'application restreint aux modèles d'affaires uniques à l'économie numérique.....	387
2. Les facteurs pertinents dans la caractérisation du nexus.....	388
B. La détermination du profit imposable dans l'État de consommation.....	389
Paragraphe 2 : L'imposition selon l'indicateur des données collectées.....	391
I. L'imposition selon une finalité de rendement budgétaire : l'exemple de la « redevance numérique » publique.....	392
A. L'analogie entre données personnelles et ressources naturelles.....	393
B. Les modalités de calcul de la « redevance numérique » étatique.....	395
1. Un calcul du prélèvement basé sur l'indicateur des revenus de l'activité de collecte de données.....	395
2. Un calcul du prélèvement en fonction de l'indicateur de la bande passante.....	

consommée.....	396
II. La régulation fiscale des comportements des multinationales numériques : l'imposition selon une finalité incitative.....	398
A. L'incitation des multinationales numériques à l'adoption de comportements écologiques vertueux.....	399
B. L'incitation des multinationales numériques à l'adoption de comportements respectueux de la vie privée des utilisateurs.....	401
C. Le contrôle constitutionnel des impositions selon une finalité incitative.....	402
Conclusion Chapitre 1.....	405
Chapitre 2 : Les solutions reposant sur une consécration exclusive de la théorie de la demande : l'exemple du Pilier 1 OCDE.....	409
Section 1 : Les composantes du nouveau nexus introduites au titre du pilier 1.....	410
Paragraphe 1 : Le champ d'application du nouveau nexus.....	410
I. Un champ d'application globalisant quant à la nature de l'activité réalisée.....	411
II. Les limitations au champ d'application.....	413
Paragraphe 2 : Les facteurs pertinents dans la caractérisation du nouveau nexus.....	414
I. L'application exclusive du principe de destination dans la caractérisation du nexus	415
A. Des seuils de chiffre d'affaires modulables en fonction du PIB des juridictions de marché.....	415
B. Des règles de lien déconnectées du concept de création de valeur.....	416
1. L'abandon de la théorie de l'offre dans l'imposition des bénéfices issus d'activités de consumer facing business.....	416
2. L'attribution de la compétence fiscale selon un facteur de réalisation de la valeur.....	417
II. Les modalités de localisation du lieu d'origine du chiffre d'affaires.....	420
A. La détermination de la source du revenu pour les entreprises spécialisées dans le ciblage publicitaire et la vente de données.....	421
B. La détermination de la source des revenus pour les plateformes d'intermédiation.....	422
Paragraphe 3 : La détermination de la base imposable au titre du montant A.....	423
I. La détermination du bénéfice avant impôt selon un référentiel comptable commun	424
A. Le cantonnement de la segmentation des revenus à des circonstances exceptionnelles.....	424
B. Des ajustements fiscaux limités dans le calcul de la base taxable.....	427
II. La symétrie dans le traitement fiscal des pertes et des profits.....	428
Section 2 : La consécration d'une répartition fractionnaire des bénéfices.....	430
Paragraphe 1 : Les étapes dans la répartition du montant a entre les juridictions de marché éligibles.....	431
I. La ré-allocation aux juridictions de marché d'un pourcentage fixe de bénéfices résiduels.....	432
A. La cohérence partielle avec la théorie des services rendus.....	432
B. L'absence de mise en place de mécanismes de différenciation.....	435
II. La prise en compte exclusive de la destination dans la ventilation du Montant A	436
A. L'abandon de la théorie de la faculté dans la répartition de la fraction du bénéfice résiduel.....	437
B. La justification par les facilités d'administration de la solution.....	439

Paragraphe 2 : Les difficultés pratiques concernant la superposition du Montant A au système actuel.....	440
I. Le traitement des situations de double-imposition.....	441
A. L'allégement de la double-imposition par les « entités payeuses ».....	441
B. Les méthodes d'élimination de la double-imposition.....	442
1. Les méthodes classiques d'exemption et d'imputation.....	443
2. L'instauration novatrice d'un régime de protection.....	444
II. La prévention et le traitement des différends fiscaux liés au Montant A.....	446
A. La création novatrice d'un mécanisme de rescrit fiscal multilatéral.....	446
B. L'absence de portée universelle du mécanisme contraignant de règlement des différends.....	448
Conclusion Chapitre 2.....	451
Conclusion TITRE 1.....	453
TITRE 2 : L'imposition des profits des multinationales du numérique par l'évolution des principes traditionnels de la fiscalité internationale.....	455
Chapitre 1 : Les solutions reposant sur l'évolution de la notion d'établissement stable.....	457
Section 1 : La modernisation de la notion d'établissement stable : le concept d'établissement stable virtuel.....	458
Paragraphe 1 : La modulation du champ d'application du concept.....	459
I. Le concept de présence économique significative.....	459
II. Le concept de présence numérique significative.....	462
A. Le concept OCDE.....	462
B. Le concept UE.....	464
C. L'option retenue quant au champ d'application.....	466
Paragraphe 2. Les facteurs pertinents dans la caractérisation du nexus.....	467
I. Les facteurs basés sur les revenus.....	468
II. Les facteurs numériques.....	469
III. Les facteurs liés aux utilisateurs.....	470
IV. La combinaison des facteurs.....	471
Section 2 : La mise en œuvre du concept d'établissement stable virtuel.....	472
Paragraphe 1. Une attribution de profits à l'établissement stable virtuel conforme au principe de pleine concurrence.....	474
I. La complémentarité de l'analyse de la chaîne de valeur virtuelle et de l'analyse fonctionnelle.....	475
A. Le caractère essentiel des fonctions liées au data mining.....	477
B. La modernisation du concept de « fonctions humaines significatives ».....	479
II. La généralisation de la méthode du profit split.....	482
A. La répartition des profits selon la contribution respective des entités membres du groupe.....	483
B. La répartition du surplus en fonction de la contribution respective des entités à sa génération.....	486
Paragraphe 2 : L'intégration du nouveau nexus dans le droit positif.....	488
I. L'interaction avec l'article 5 (1) du modèle OCDE.....	488
II. L'échelle d'intégration du nouveau nexus.....	490
A. Le rejet d'une intégration au niveau national et européen.....	490
B. L'intégration par le biais d'un instrument multilatéral.....	492
Paragraphe 3. Le recouvrement du nouveau nexus.....	493

Conclusion Chapitre 1.....	497
Chapitre 2 : Les solutions reposant sur l'évolution du mécanisme de retenues à la source....	501
Section 1 : La redistribution des droits d'imposition au profit des juridictions de source par l'intermédiaire des mécanismes de retenues à la source.....	503
Paragraphe 1 : La redéfinition de la source des revenus par l'approche de l'érosion de la base fiscale.....	503
I. Les avantages pratiques de l'approche de la base d'érosion.....	505
A. La neutralisation des difficultés liées à la qualification fiscale conventionnelle des revenus.....	505
B. Le caractère auto-exécutoire de l'approche de la base d'érosion.....	507
II. Les illustrations de l'approche de la base d'érosion dans le système fiscal international.....	507
A. L'article 12 A du modèle ONU : une illustration lacunaire de l'approche de la base d'érosion.....	508
1. La contrariété avec le principe de neutralité.....	509
2. La contrariété avec les objectifs de simplicité et de certitude fiscales.....	510
B. La règle de l'assujettissement à l'impôt du pilier 2 OCDE : une évolution de la conception de l'approche de la base d'érosion.....	511
Paragraphe 2 : La redéfinition de la source des revenus par le mécanisme de retenues à la source de l'article 12 B du modèle ONU.....	513
I. L'abandon d'une vision « protectionniste » dans la conception des règles de distribution.....	513
A. La consécration de la théorie de la demande dans l'attribution des droits d'imposition à l'État de source.....	514
B. La complémentarité apparente du champ d'application avec l'article 12 A.....	515
1. La résurgence du concept de « services numériques automatisés ».....	515
2. Les interactions potentiellement multiples entre l'article 12 B et 12 A.....	516
II. Une conception de nature à minimiser les lacunes des mécanismes de retenues à la source.....	517
A. L'éventuelle adoption d'un seuil de présence économique dans l'enclenchement du prélèvement.....	518
B. L'évolution des modalités classiques de calcul des retenues à la source.....	519
Section 2 : La mise en œuvre du mécanisme de retenue à la source.....	521
Paragraphe 1. Le rejet de la théorie de l'offre dans la répartition des droits d'imposition.....	522
I. Une déconnexion marquée entre attribution de la compétence fiscale et lieu de création de valeur.....	522
II. Une solution justifiée par des considérations d'équité inter-nations dans la répartition des droits d'imposition.....	524
Paragraphe 2. Le traitement des interactions avec les dispositions conventionnelles classiques.....	525
I. Le traitement des interactions avec l'article 7 du modèle ONU en présence d'un établissement stable.....	526
A. La complémentarité entre le principe de force attractive limitée de l'ES et le mécanisme de retenue à la source.....	527
B. L'augmentation potentielle des situations de double-imposition.....	529
II. Le traitement des interactions avec les retenues à la source classiques.....	530
A. L'existence potentielle d'asymétries de traitement fiscal entre les dispositifs fondant la compétence de l'État de source.....	530

B. La catégorisation des revenus issus de contrats mixtes.....	531
Paragraphe 3. La conformité avec les normes internationales.....	532
I. La conformité avec le droit de l'Union européenne.....	532
A. L'intégration nécessaire des retenues à la source-imposition distincte dans les conventions fiscales bilatérales.....	533
B. Une transposition de la règle de l'assujettissement à l'impôt subordonnée à une réforme de la directive intérêts-redevances de 2003.....	535
II. La conformité avec les règles de l'Organisation Mondiale du Commerce.....	535
Paragraphe 4. Le recouvrement de la retenue à la source.....	536
I. Le transfert de l'obligation de collecte sur les intermédiaires financiers.....	537
II. La transposition de la méthode de collecte des vendeurs (vendor collection model) en matière de TVA.....	538
Conclusion Chapitre 2.....	539
Conclusion TITRE 2.....	541
Conclusion PARTIE 2.....	543
CONCLUSION GÉNÉRALE.....	547
BIBLIOGRAPHIE.....	555
INDEX.....	589
TABLE DES MATIERES.....	593

Résumé en français :

En cette année 2022, la création d'un nouvel ordre fiscal international semble se profiler. La solution OCDE Pilier 1 et Pilier 2 adoptée par près de 140 Etats marque en effet une rupture avec les cadres traditionnels de répartition des droits d'imposition. Les raisons ayant amené le Cadre inclusif de l'OCDE à agir sont connues. L'établissement stable et le principe de pleine concurrence ne permettraient plus dans une économie numérisée d'assurer une répartition équitable de la matière imposable entre États. Alors que les États à fiscalité privilégiée, abritant le siège de plus grands groupes d'entreprises, seraient les principaux bénéficiaires de cette situation, les États de consommation en seraient les principales victimes. L'entreprise d'une refondation du droit fiscal international serait d'autant plus urgente que la dégradation de l'alliance entre le citoyen et l'impôt ne cesse de s'accroître à mesure que s'installent sur les marchés des acteurs puissants de l'Internet comme les GAFAM, NATU ou autres BATX. Le goût prononcé de ces entreprises multinationales « globales » pour le « libertarianisme », conduit en effet à douter du bien-fondé d'une centralisation des attributs régaliens au niveau de l'État, et laisse présager l'institution d'un monde nouveau qui se structurerait horizontalement en dehors de toute intervention étatique.

Toutefois, il ne saurait être choisi la voie d'une rupture avec le système actuel sans une démonstration de l'obsolescence des bases juridiques de répartition des droits d'imposition. C'est ainsi que la présente thèse a pour objet d'étudier précisément les normes sur lesquelles reposent la répartition de la compétence fiscale et des profits entre sociétés apparentées, leur mobilisation par l'administration fiscale et leur interprétation par le juge administratif français, afin de déterminer si le jugement récurrent d'obsolescence dont elles sont victimes est fondé.

Titre et résumé en anglais :

In this year 2022, the creation of a new international tax order seems to be emerging. The OECD Pillar 1 and Pillar 2 solution adopted by nearly 140 States constitutes a sharp break with the traditional frameworks for distributing taxing rights. The reasons that prompted the OECD Inclusive Framework to act are well known. The permanent establishment and the arm's length principle would no longer make it possible in a digitized economy to ensure a fair distribution of the tax base between States. While the states with privileged taxation, hosting the headquarters of larger corporate groups, would be the main beneficiaries of this situation, the states of consumption would be the main victims. The undertaking to overhaul international tax law would be all the more urgent as the deterioration of the alliance between the citizen and the tax authorities continues to increase as more and more players settle in the markets. Internet powers such as GAFAM, NATU or BATX. The pronounced taste of these "global" multinational companies for "libertarianism", indeed leads to doubting the validity of a centralization of sovereign attributes at the level of the State, and suggests the institution of a new world. which would be structured horizontally outside of

any state intervention.

However, the path of a break with the current system cannot be chosen without a demonstration of the obsolescence of the legal bases for the distribution of tax rights. Thus, this thesis aims to study precisely the norms on which the distribution of tax jurisdiction and profits between related companies are based, their mobilization by the tax administration and their interpretation by the French administrative judge, in order to determine whether the recurring judgment of obsolescence of which they are victims is justified.

Discipline :

Droit public

Mots-clés :

équité ; économie numérique ; établissement stable ; prix de transfert ; Pilier 1 et 2 ; BEPS

Intitulé et adresse de la Faculté ou du Laboratoire :

Centre de recherches et d'études administratives de Montpellier (CREAM), 39 rue de l'Université,
34060 Montpellier Cedex 2