

L'heure du BEPS

Base Erosion and Profit Shifting

Philippe Durand Avocat-Associé
Landwell & Associés, société

Président du groupement français de l'IFA

Diffusé par EFI avec l'aimable autorisation de la Revue Administrative

La tribune de l'OCDE

[Plan d'action concernant l'érosion de la base d'imposition et le transfert de bénéfices \(BEPS\)](#) cliquer

Des commentateurs ont relevé que le G 20 qui s'était tenu à Saint Pétersbourg les 5 et 6 septembre dernier n'avait guère marqué de progrès sur les dossiers qui lui étaient soumis à l'exception du consensus sur l'évolution des travaux de l'OCDE en matière de lutte contre l'érosion de la base d'imposition et le transfert des bénéfices.

La communauté des fiscalistes bruisse en effet du sigle pétillant du rapport de l'OCDE, publié le 17 juillet, intitulé « plan d'action concernant l'érosion de la base d'imposition et le transfert des bénéfices » ou BEPS (pour Base Erosion and Profit Shifting), rapport qui a servi de base aux travaux du G 20 et qui constitue un jalon important dans les travaux menés par l'organisation internationale contre l'optimisation fiscale dite « agressive » depuis maintenant plus de quinze ans.

La tribune de l'OCDE

[Plan d'action concernant l'érosion de la base d'imposition et le transfert de bénéfices \(BEPS\)](#) cliquer

On situera le premier de ces jalons dans les travaux sur la concurrence fiscale dommageable de 1996. Ils se sont traduits par un exercice qui consistait à identifier les pratiques complaisantes des Etats membres de l'OCDE pour obtenir leur démantèlement. Afin de répondre aux critiques de certains Etats qui s'estimaient stigmatisés dans le cadre de cette approche alors que les centres offshore restaient épargnés, les travaux ont évolué vers la mise en cause de ces derniers puis, avec la crise financière et l'émergence du thème des dettes publiques, ce sont les entreprises multinationales et les intermédiaires - banques et conseils (avocats ou auditeurs notamment)- qui ont été surtout montrés du doigt.

Le BEPS est l'aboutissement de cette évolution. Il constitue à la fois un effort pour mettre un peu d'ordre dans ce grand déballage et une démarche politique d'élaboration d'un programme d'actions à mener. Mais la mise en œuvre de ce programme passe par des négociations internationales dont le succès est d'autant plus incertain que le champ embrassé est vaste. Qu'il soit permis de rappeler que la technique de négociation communautaire des « paquets fiscaux » censés faciliter l'obtention d'un accord des Etats membres en mettant sur la table un nombre de difficultés tel qu'on pouvait espérer que

chacun y trouverait finalement davantage à y gagner qu'à y perdre, équilibre qui n'aurait peut-être pas été atteint sur des négociations séparées, n'a pas donné des résultats convaincants.

Au départ de ces travaux du BEPS, se situe la forte pression des Etats développés confrontés à une attrition de leurs recettes fiscales que certains imputent, à tort ou à raison, à l'optimisation fiscale, qu'elle soit le fait des groupes transnationaux ou des particuliers. L'OCDE s'est efforcée de vérifier cette analyse dans un rapport publié en février dernier ; le résultat n'était pas probant. L'effet de la crise financière et un processus structurel de désindustrialisation dans une majorité de pays développés ne permettent pas d'identifier le rôle de l'optimisation fiscale dans la dégradation des finances publiques. C'est sans doute pourquoi ce rapport a finalement préféré mettre en exergue le phénomène plus évident que constitue le développement de ces centres offshore où sont censés être basés des flux de capitaux très significatifs, alors qu'il n'y existe que fort peu de substance à même de justifier la localisation de tels flux.

Ce n'est pas le moindre des paradoxes de ce dossier que de constater que les Etats Unis sont les plus véhéments dans la critique de ces pratiques d'optimisation alors qu'une des premières explications du phénomène réside précisément dans la législation fiscale de ce pays : Celui-ci, sans doute pour favoriser le développement de ses entreprises hors des Etats Unis, a mis en place, depuis de nombreuses années, un système qui, tout en permettant d'imposer les profits réalisés à l'étranger et corrélativement d'y déduire les pertes, a néanmoins lié l'imposition de ces profits à leur rapatriement, ce qui explique la tentation d'accumuler des réserves non distribuées hors des Etats Unis et finalement dans des centres offshore : Ces entreprises préfèrent laisser lesdites réserves là où elles sont le moins imposées. Malgré cette situation, l'objectif de l'administration américaine n'est pas de modifier cette législation mais plutôt de faire pression sur la communauté internationale afin d'obtenir que les bénéficiaires de ces compagnies sortent des centres offshore ; c'est notamment dans cette perspective qu'ils soutiennent les travaux de l'OCDE. Ce rappel ne saurait néanmoins exonérer la responsabilité d'autres entreprises qui ont également recours à certaines formes d'optimisation fiscale sans avoir l'alibi de la législation américaine.

Le plan de travail du BEPS comporte quinze actions qu'on peut regrouper autour de trois axes principaux. : la lutte contre les doubles exonérations ou ce qui tend vers de telles situations (1), les prix de transfert (2) et la transparence (3), certaines actions pouvant relever simultanément de plusieurs de ces axes.

[Les quinze actions du plan de l'OCDE](#)

A la lutte contre les doubles exonérations(1) se rattache clairement le sujet des montages hybrides (action 2) qui jouant sur des différences de qualification juridique, aboutissent par exemple, à ce qu'un Etat considère comme un intérêt déductible ce qu'un autre Etat analysera comme un produit de participation exonéré, que ce soit à raison de la nature de l'instrument ou de la fiscalité des entités concernées. L'abus des conventions fiscales (action 6) est un autre moyen de parvenir à de tels effets. De même que le fait de jouer sur les contours incertains de la notion d'établissement stable (action 7) ou de recourir à des « sociétés étrangères contrôlées » (action 3), vocable qui désigne les dispositifs nationaux permettant d'imposer dans l'Etat de la société mère les résultats de filiales localisées dans des paradis fiscaux comme l'article 209B de notre code général des impôts. Le secteur du numérique qui pose des difficultés particulières, notamment liées au caractère immatériel des prestations qu'il commercialise, fait l'objet d'une action particulière d'ailleurs mise en numéro 1 compte tenu des optimisations fiscales qui se sont étalées dans la presse depuis quelques mois, le rapport de l'OCDE ne négligeant pas de « surfer » sur les préoccupations médiatiques actuelles. Un des maîtres-mots du diagnostic de la lutte contre les doubles

exonérations mais également contre l'optimisation fiscale agressive réside dans la substance : comment justifier que des flux soient localisés là où il n'existe pas de substance à même de les traiter ?

Les prix de transfert (2) sont abordés en plaçant au centre du débat une nouvelle approche fondée sur la création de valeur. Autrement dit, au-delà du vieux sujet de laa documentation (action 13), il s'agirait de déterminer la clé de répartition des bénéfices en considération des lieux de création des la valeur des produits. Il s'agit d'une approche très économique qui s'éloigne du concept traditionnel de « prix de pleine concurrence ». Elle conduit surtout à rompre avec des approches juridiques liées à la propriété d'un incorporel (action8), avec la localisation du capital ou de celle des risques (action 9), de manière général ou plus spécifiquement sur le secteur financier avec les transactions à haut risque (action 10). Elle semble également déboucher sur des mécanismes de partage quantitatif du droit d'imposer (« profit split ») plutôt que sur une affectation en considération de critères juridiques ou même fonctionnels. Une telle évolution nécessitera des analyses complexes qui risque de déboucher sur des appréciations divergentes de la part des différentes administrations fiscales et donc à des risques accrus de doubles impositions. Conscient de cette difficulté, le plan comporte deux actions spécifiques : l'une concerne le règlement des différends (action 14) et l'autre la mise en place d'un instrument multilatéral (action 15), sorte de super-convention qui permettrait de surmonter à la fois les limites du bilatéralisme et l'éventuelle nécessité de réviser les conventions bilatérales existantes dans la mesure où elles se révéleraient incompatibles avec les nouvelles règles résultant de la mise en œuvre du BEPS.

Le sujet de la transparence est présent dans le BEPS à travers la déclaration des montages (action 12) pour laquelle le rapport envisage une forme de mutualisation des expériences et d'harmonisation des standards. Il l'est également à travers la lutte contre les pratiques fiscales dommageables (action 5) qui passe par une information mutuelle des Etats sur la délivrance de « rulings », autrement dit de « confort » qu accordés à telle ou telle entreprise et qui pourraient avoir une incidence sur le traitement fiscal des opérations concernées par un autre Etat.

Il convient de noter que le sujet de la transparence fait par ailleurs l'objet d'un autre chantier de l'OCDE qui est celui de la systématisation des échanges de renseignements sur une base automatique et standardisée, chantier qui concerne notamment les personnes physiques et la déclaration des revenus mobiliers et des comptes bancaires.

Pour avancer ou aboutir sur tous ces sujets, l'OCDE se fixe un calendrier ambitieux sur les deux années qui viennent. Est-ce réaliste ? Au-delà d'un volontarisme politique bien compréhensible, il est évident qu'il est probablement opportun pour l'OCDE d'utiliser le soutien fort des Etats Unis tant qu'il demeure. Les autres grands pays développés sont également très favorables à l'initiative même si certains, comme le Royaume Uni, tout en ayant un discours ferme, ont mis en place des dispositifs fiscaux qui leur permettraient d'être une voie d'entrée dans la communauté des Etats fiscalement présentables pour des revenus provenant d'horizons plus exotiques.

Par ailleurs, jusqu'où ira le consensus sur des sujets comme les prix de transfert ? Nos vieux pays industriels ont-ils intérêt à s'écarter des approches juridiques traditionnelles au risque de permettre aux pays plus jeunes vers lesquels se déplace une part importante de la consommation de revendiquer une plus grande part de droit d'imposer au motif que ce sont les consommateurs plus que la propriété juridique qui fait aujourd'hui la valeur d'une marque ? Dans quelle mesure les Etats Unis, en favorisant de telles approches, ne jouent-ils pas aux apprentis sorciers ? Si les administrations fiscales, focalisées sur les risques d'optimisation, peuvent être tentées par de telles approches, les politiques mesurent-ils bien

les enjeux budgétaires de telles évolutions mais aussi les risques d'insécurité juridique pour les entreprises ?

Fort habilement, l'OCDE fait valoir que ne pas soutenir son travail en ce domaine aboutirait à laisser le champ libre à des initiatives nationales, notamment de la part des pays en développement, désireux d'accroître leur part de gâteau. C'est sans doute vrai. Mais cela ne saurait suffire à justifier que soient jetés aux orties des principes qui s'appuient sur des règles juridiques qui, même si certains en détournent l'esprit, par exemple en créant des apparences juridiques sans lien avec la substance des transactions, conserveront toujours le mérite de la clarté par rapport à des approches économiques auxquelles on peut faire dire tout et son contraire et qui sont fluctuantes dans le temps puisque les paramètres sur lesquels elles s'appuient sont instables : le poids relatif des marchés nationaux est une donnée éminemment variable pour de nombreuses activités. Ce serait sans doute jeter le bébé avec l'eau du bain que de conclure que, parce qu'il n'y a pas de légitimité juridique sans substance économique, il convient d'abandonner l'analyse juridique et de considérer que seule une analyse économique devrait fonder un juste partage du droit d'imposer.

Au-delà, il se pourrait même qu'une approche purement économique des critères du partage de profit amplifie l'optimisation fiscale au lieu de l'atténuer : on constate aujourd'hui que, se fondant sur cette analyse, certains pays limitent leur droit d'imposer à une fraction de la marge des entreprises de sorte qu'ils favorisent des situations de non imposition partielle, sans qu'il soit acquis que la communication des « rulings » permette d'éviter de telles situations.

Dans le même ordre d'esprit, la démarche de l'OCDE se fonde sur la critique de « l'optimisation fiscale agressive ». Lorsqu'on interroge ses représentants sur le sens à donner à ce concept, la norme ne pouvant raisonnablement être celle qui consisterait à payer l'impôt le plus élevé, ils répondent que les centres offshore où il n'existe aucune substance sont la preuve du caractère théorique de cette question. C'est indubitable, d'autant que l'existence de ces centres crée des distorsions qui obligent les concurrents à tenter de s'aligner et crée une sorte d'effet boule de neige dans l'optimisation. Mais, comme sur le point précédent, méfions-nous des syllogismes. Si le débat avec l'administration fiscale s'éloignait d'éléments objectifs, comme l'est la substance, pour glisser sur le terrain subjectif de l'intention, à l'image du débat franco-français sur l'abus de droit, on glisserait inévitablement sur la pente de l'insécurité et de l'arbitraire.

Plus perfidement peut-être, on relèvera que, depuis près d'un demi-siècle, l'OCDE s'est faite le chantre de la suppression des retenues à la source sur les dividendes, les intérêts ou les redevances à travers les conventions fiscales bilatérales, les pays développés s'efforçant de convaincre les autres de ce que réserver le droit d'imposer à l'Etat de la résidence était le meilleur moyen de développer les échanges et d'attirer de nouveaux investissements. Cette disparition progressive des retenues à la source a abouti à désarmer largement les administrations dans la surveillance des flux financiers et a significativement contribué à laisser le champ libre à l'optimisation. Sans doute peut-on objecter à ce constat que le problème du jour n'est pas l'absence d'imposition à la source mais l'absence d'imposition à la résidence, laquelle aboutit à des doubles exonérations ; c'est un fait. Il n'empêche que si les retenues à la source avaient davantage perduré, cela permettrait aux administrations fiscales de mieux contrôler les flux ; cela inciterait également davantage au rapatriement des revenus, seul moyen de pouvoir imputer ces retenues sous forme de crédit d'impôt sur l'impôt de l'Etat de résidence; enfin le problème budgétaire ne serait peut-être moins important.

Cette remarque ne signifie pas qu'il soit raisonnable d'envisager de recréer de telles retenues : non seulement la technique des retenues à la source est critiquable en ce qu'elle

affecte un revenu brut, sans considération des charges correspondantes, mais les rétablir nécessiterait de renégocier les conventions fiscales, ce qui est sans doute une difficulté significative, du même ordre il est vrai que celle qui conduit l'OCDE à songer à un instrument multilatéral. Par ailleurs, le droit communautaire, dans l'acception actuelle des libertés d'établissement et de circulation des capitaux constitue un autre obstacle aux retenues à la source. Reste à voir si, en cas d'échec de tout ou partie du BEPS, on ne se souviendra pas que c'est dans les vieux pots qu'on fait les meilleures soupes.

En conclusion, si le BEPS repose sur un bon diagnostic des voies de l'optimisation fiscale, notamment le problème de la substance, les solutions qu'il propose demeurent plus incertaines, qu'il s'agisse de la réalisation des accords nécessaires à leur mise en œuvre comme de leur articulation avec les règles et pratiques actuelles qui demeurent amendables en dépit de leurs lacunes. Le fait que les pays anglo-saxons, si enclins au pragmatisme, s'enthousiasment pour une belle construction méthodologique à la Française comme l'est le BEPS n'est pas fait pour dissiper la crainte d'un possible malentendu.

Novembre 2013

Philippe Durand Avocat-Associé
Landwell & Associés, société