

La Plateforme de collaboration sur les questions fiscales

L'imposition des transferts indirects opérés à l'étranger – une boîte à outils

Fonds monétaire international (FMI)

Organisation de coopération et de développement économiques (OCDE)

Organisation des Nations Unies (ONU)

Groupe de la Banque mondiale (GBM)

Ce document a été préparé dans le cadre de la Plateforme de collaboration sur les questions fiscales sous la responsabilité des Secrétariats et des services des quatre organisations. Le travail du Secrétariat de la Plateforme est généreusement soutenu par les gouvernements du Japon, du Luxembourg, de la Norvège, des Pays-Bas, du Royaume-Uni et de la Suisse. Ce rapport ne doit pas être considéré comme l'expression des opinions officielles de ces organisations, de leurs pays membres, ou des bailleurs de fonds du Secrétariat de la Plateforme. La boîte à outils a bénéficié des commentaires soumis pendant les deux périodes d'examen, à savoir août-octobre 2017 et juillet-septembre 2018. Les partenaires de la Plateforme de collaboration sur les questions fiscales tiennent à exprimer leur gratitude à tous ceux qui ont soumis des commentaires.

TABLE DES MATIÈRES

ACRONYMES	4
GLOSSAIRE	5
RÉSUMÉ ANALYTIQUE	7
INTRODUCTION	9
I. ANALYSE DES TRANSFERTS INDIRECTS OPÉRÉS À L'ÉTRANGER	12
A. Anatomie des transferts indirects opérés à l'étranger	12
B. Répercussions sur les recettes fiscales	17
C. Allocation des droits d'imposition des TIE : considérations de capital et d'efficacité	20
II. TROIS EXEMPLES	29
III. CONVENTIONS FISCALES ET TRANSFERTS INDIRECTS OPÉRÉS À L'ÉTRANGER	33
A. Les TIE dans les modèles de convention fiscale	33
B. Les TIE et l'Instrument multilatéral	37
C. L'article 13.4 en pratique	40
V. PROBLÈMES D'APPLICATION ET OPTIONS	42
A. Aperçu des principes de conception et de rédaction juridiques : deux modèles	43
B. Modèle 1 : Imposition de l'entité résidant dans le pays source qui détient l'actif dans un modèle de cession présumée	46
C. Modèle 2 : imposition du cédant non résident	52
D. Définition des « biens immobiliers »	61
VI. CONCLUSIONS	64
ANNEXE A. CONSULTATIONS	66
ANNEXE B. COMPARAISON DES TRANSFERTS DIRECTS ET INDIRECTS	68
ANNEXE C. EXEMPLES	70
ANNEXE D. L'ARTICLE 13.4 DANS LA PRATIQUE — UNE ANALYSE EMPIRIQUE	74
BIBLIOGRAPHIE	78
ENCADRÉS	
1: Sources of Capital Gains	17
3. Peru—The Acquisition of Petrotech	30

4. Uganda—The Zain Case	30
6. Source rule	52
8. Enforcement/collection rule: Withholding tax	57

GRAPHIQUES

1. Exemple simplifié d'une structure de TIE	13
2. Inclusion de l'article 13.4 dans les CDI	41
3. Proportion de CDI comprenant l'article 13.4	41

TABLEAU

1. Allocation aux pays des droits d'imposition concernant les transferts d'actifs dans les modèles de convention fiscale	33
--	----

ACRONYMES

BEPS	Érosion de la base imposable et transfert des bénéfices
CDI	Convention de double imposition
DWG	Groupe de travail du G20 pour le développement
FMI	Fonds monétaire international
GBM	Groupe de la Banque Mondiale
IPV	Impôt sur les plus-values
MCF	Modèle de convention fiscale
RSE	Rentes spécifiques à un emplacement
OCDE	Organisation de coopération et de développement économiques
TIE	Transfert indirect opéré à l'étranger
ONU	Organisation des Nations Unies

GLOSSAIRE

Actif : chose ayant une valeur financière.

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

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

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

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

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

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

Bien incorporel : bien non physique, par exemple un actif financier, tel qu'une action, une propriété intellectuelle ou l'achalandage d'une entreprise

Intérêt : propriété effective, totale ou partielle, d'un actif.

Clause de « limitation des avantages » : disposition d'une convention fiscale qui a pour but de réserver les avantages de cette convention aux résidents d'un État contractant présentant certaines caractéristiques ou auxquels certaines conditions s'appliquent.

Rentes spécifiques à un emplacement : rendement économique dépassant le niveau « normal » minimum exigé par un investisseur – « rente » —qui est uniquement liée à un lieu spécifique (et peut donc être imposé sans avoir une incidence quelconque sur l'importance ou l'emplacement de l'activité ou de l'actif sous-jacent).

Modèle de convention fiscale : modèle servant de base à une *convention fiscale* négociée entre deux pays. Il existe deux grands modèles de convention fiscale, l'un établi par l'ONU et l'autre par l'OCDE. Ils sont largement similaires, mais différent sur quelques points importants.

Instrument multilatéral : officiellement appelée la Convention multilatérale pour la mise en œuvre des mesures relatives aux conventions fiscales pour prévenir BEPS, cet instrument a été conçu dans le cadre de l'Action 15 du projet G20-OCDE sur l'érosion de la base imposable et le transfert des bénéfices afin de faciliter et de coordonner les modifications des dispositions des conventions fiscales.

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

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

Établissement stable : concept utilisé pour déterminer quand une entité d'un groupe a suffisamment de liens avec un pays pour que celui-ci puisse imposer les bénéfices nets de cette entité imputables à cet

établissement stable dans ce pays.

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

Pays de résidence : pays dans lequel la personne ou l'entité qui génère un revenu ou une plus-value est résidente fiscale.

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

Pays source : pays dans lequel le revenu ou la plus-value est censé(e) être généré(e). Il est parfois qualifié de pays de localisation dans le présent rapport.

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

Convention fiscale : également appelé traité ou accord fiscal, une convention fiscale est en général conclue entre deux pays ou plus et stipule quel pays a le droit d'imposer le revenu d'une entité ou d'une personne physique opérant dans plus d'un pays, de façon à ce que ce revenu ne soit pas soumis à l'impôt dans les deux pays ou, si c'est le cas, qu'un allègement soit accordé afin d'éliminer dans la mesure du possible la double imposition, ou éliminer la double non-imposition.

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

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

Retenue à la source : impôt prélevé par un pays source à un taux forfaitaire sur le montant brut de dividendes, de revenus d'intérêts, de redevances, et d'autres paiements effectués par des résidents à des non-résidents.

RÉSUMÉ ANALYTIQUE

Le traitement fiscal des « transferts indirects opérés à l'étranger » (TIE) – c'est-à-dire la vente d'une entité détenant un actif situé dans un pays quelconque par un résident d'un autre pays – est devenu un important problème pour de nombreux pays en développement. Il est mentionné dans les travaux d'assistance technique du FMI et les études de l'OCDE mais n'a pas été couvert par le Projet G20-OCDE sur l'érosion de la base d'imposition et le transfert de bénéfices. Les TIE font aussi l'objet de travaux à l'ONU dans le contexte des industries extractives.

Le pays dans lequel l'actif sous-jacent est situé peut souhaiter imposer les plus-values réalisées dans le cadre de ces transferts — comme c'est actuellement le cas pour les biens immobiliers. Certains pays pourraient souhaiter appliquer ce traitement à une plus grande catégorie d'actifs de manière à inclure ceux qui génèrent des rentes spécifiques à un emplacement — c'est-à-dire des rendements qui dépassent le minimum exigé par les investisseurs et qui ne sont pas disponibles dans d'autres juridictions. Cela pourrait inclure, par exemple, des licences de télécommunications et d'autres droits octroyés par l'État. Il est toutefois noté dans le rapport que les plus-values au titre des TIE peuvent être en partie imputables à la valeur ajoutée par les propriétaires et les administrateurs de ces actifs, et que certains pays pourraient ainsi décider de ne pas les imposer.

Les dispositions des modèles de convention fiscale de l'OCDE et de l'ONU laissent penser qu'il est généralement admis que le pays dans lequel se trouve un actif « immobiliers » puisse imposer les plus-values tirées de TIE de tels actifs. L'article 13.4 de ces modèles ne figure toutefois que dans 35 % environ des conventions de double imposition (CDI), et moins souvent encore quand l'une des parties est un pays à faible revenu possédant d'importantes ressources naturelles. La Convention multilatérale a accru le nombre de conventions fiscales comprenant l'article 13.4 du Modèle de convention fiscale de l'OCDE. Ce pourcentage devrait s'accroître à l'avenir, par suite de la signature de l'Instrument multilatéral par de nouvelles parties et de par la modification des conventions fiscales visées en vue de l'inclusion de la nouvelle formulation de l'article 13.4.

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

Il est nécessaire d'uniformiser davantage le mode d'imposition des TIE par les pays qui souhaitent les imposer. Les mesures prises unilatéralement par les pays sont très différentes, en ce qui concerne la détermination des actifs qui sont visés ainsi que l'approche juridique retenue. Une plus grande cohérence pourrait contribuer à donner plus de certitude fiscale.

Le rapport expose deux méthodes principales d'imposition d'un TIE dans le pays où l'actif est situé — et les dispositions en la matière nécessitent une rédaction minutieuse. Il décrit ces deux méthodes et propose dans chaque cas un échantillon de formulations juridiques simplifiées pour la législation interne du pays où l'actif est situé. L'une d'elles (« Modèle 1 ») considère un TIE comme une cession présumée de l'actif sous-jacent. L'autre (« Modèle 2 ») considère que le transfert est effectué par le vendeur effectif, à l'étranger, mais prévoit que la plus-value tirée de ce transfert provient de sources situées dans le pays où l'actif est situé, ce qui permet à ce dernier de l'imposer. Le rapport ne témoigne d'aucune préférence générale envers l'un ou l'autre modèle ; le modèle le plus approprié dépendra des circonstances et des préférences de chaque pays.

INTRODUCTION

Ce rapport forme une boîte à outils et constitue l'une des nombreuses réponses apportées à une demande du Groupe de travail du G20 pour le développement (DWG) adressée au Fonds monétaire international (FMI), à l'Organisation de coopération et de développement économiques (OCDE), au Groupe de la Banque mondiale (GBM) et à l'Organisation des Nations Unies (ONU) — c'est-à-dire aux membres partenaires de la Plateforme de collaboration sur les questions fiscales — en vue de l'établissement de « boîtes à outils » pour les pays en développement qui permettraient à ces derniers d'apporter des réponses appropriées aux problèmes fiscaux internationaux dans le cadre du projet G20/OCDE sur l'érosion de la base fiscale et le transfert des bénéfices (BEPS), ainsi qu'à d'autres questions d'un intérêt particulier pour les pays en développement que le projet ne traite pas.

La question considérée ici est le traitement fiscal des plus-values réalisées par l'entremise de transferts indirects opérés à l'étranger (TIE)¹, c'est-à-dire la cession, non pas des actifs sous-jacents eux-mêmes, mais celle réalisée dans une autre juridiction d'une entité quelconque à laquelle appartiennent ces actifs.

Plusieurs pays en développement sont préoccupés par le fait que les TIE pourraient servir à éviter, de façon inappropriée, l'imposition des plus-values dans le pays où se trouvent les actifs sous-jacents. Cette question, qui n'est pas couverte par le Projet BEPS, a été identifiée par les pays en développement comme ayant une grande importance pour beaucoup d'entre eux, notamment, mais pas uniquement, dans le contexte des industries extractives. Cette importance a également été soulignée par le FMI (voir FMI 2014, qui se fonde sur plusieurs cas considérés dans le cadre de son assistance technique), l'OCDE (voir OCDE 2014a et 2014b, qui recensent les questions fiscales internationales revêtant une haute priorité pour les pays à faible revenu) et l'ONU². Bien que le problème soit connu de longue date, il a pris beaucoup d'ampleur au cours des dernières années.

Ce rapport a pour objet de présenter une analyse et de proposer des options concernant le traitement fiscal des TIE, principalement dans l'optique des pays en développement. Il examine des questions économiques et juridiques fondamentales et fait le bilan des approches suivies par certains pays. Il considère les principaux points ci-après : i) quels sont les facteurs qui doivent entrer en ligne de compte lorsqu'il s'agit de décider si ces transferts devraient être imposables dans le pays dans lequel se trouve l'actif sous-jacent ? ii) quelles sont les catégories d'actifs qui devraient être visées sur la base de ces considérations ? iii) quelle serait la meilleure

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

² Les questions relatives à l'imposition des plus-values ont également été citées au nombre des motifs de préoccupation par les répondants à un questionnaire de l'ONU portant sur les priorités en matière de BEPS pour les pays en développement (Peters, 2015). Voir aussi ONU, 2017, *Handbook on Selected Issues for Taxation of the Extractive Industries by Developing Countries*, dont un chapitre est consacré aux TIE, disponible en ligne à http://www.un.org/esa/ffd/wp-content/uploads/2018/05/Extractives-Handbook_2017.pdf.

manière de concevoir et d'appliquer en pratique et sur le plan juridique une telle imposition, le cas échéant ?

Les questions considérées sont extrêmement complexes, aussi bien sur le plan économique que sur le plan juridique. Cette boîte à outils les examine en se fondant sur les études qui leur ont été consacrées³ ainsi que sur les activités d'assistance technique poursuivies par le FMI auprès des pays en développement, et prend en compte les réponses aux commentaires formulés par les entreprises, la société civile et les autorités nationales sur les deux versions antérieures de ce rapport⁴. Elle ne propose aucune approche unique et définitive qui serait adaptée à toutes les circonstances. Elle vise plutôt à recenser les options applicables, compte tenu des conditions en vigueur dans les pays en développement. Elle ne cherche pas non plus à régler toutes les questions techniques qui se posent en ce domaine (par exemple, en ce qui concerne les réorganisations d'entreprise et les ajustements à la base imposable), de sorte qu'il pourrait être utile de formuler des directives plus détaillées.

Le rapport est structuré comme suit. La section qui suit présente une description générale des TIE, donne un exemple simplifié pour illustrer les principales questions soulevées par leur traitement fiscal et offre une analyse des considérations économiques qui doivent aider un pays à déterminer s'il souhaite imposer les TIE et, dans ce cas, les catégories de transfert et le mode d'imposition retenus. La section III expose certains cas récents illustrant ces préoccupations, et montre la diversité des règles nationales actuellement appliquées de manière unilatérale. La section IV examine le traitement des TIE tel qu'il prévaut actuellement dans les deux principaux modèles de convention fiscale — le modèle de l'ONU et celui de l'OCDE — et considère les importantes possibilités créées par le nouvel Instrument multilatéral de l'OCDE. La section V traite en détail des questions de mise en œuvre soulevées par les deux approches suivies pour l'imposition des transferts indirects, alors que la dernière section présente les conclusions. Les annexes donnent de plus amples détails sur l'analyse empirique et l'expérience de certains pays.

Ce rapport ne présente aucune règle contraignante ni disposition quelconque censée faire autorité, et n'a pas non plus pour objet d'établir une norme internationale. Il vise en fait à décrire un problème d'imposition internationale qui est source de préoccupations pour les pays en développement, à analyser les approches suivies par certains pays dans le but de recenser leurs avantages et leurs inconvénients respectifs, et à formuler des directives pratiques à l'intention des pays en développement pour les aider à s'attaquer à ces questions, s'ils le souhaitent. Le rapport présente ainsi l'analyse et les conclusions des spécialistes des questions fiscales des quatre organisations partenaires et n'exprime pas les vues officielles des pays membres ni de la direction de ces organisations. Les exemples présentés dans le rapport le sont uniquement à des fins générales, pour illustrer les questions de fiscalité internationale considérées dans ce rapport, et leur description ne peut servir qu'à ces fins générales. Ces exemples exposent simplement la manière dont les modalités et les transactions sous-jacentes

³ Y compris, notamment Toleno, Bush et Mandelbaum (2017), Burns, Le Leuch et Sunley (2016), Cui (2015), Kane (2018) et Krever (2010).

⁴ Voir l'appendice 1.

sont comprises, sur la base des informations déclarées et des commentaires soumis par écrit durant le processus de consultation.

I. ANALYSE DES TRANSFERTS INDIRECTS OPÉRÉS À L'ÉTRANGER

Cette section explique ce que signifie l'expression « transfert indirect opéré à l'étranger » (TIE) — au moyen d'un exemple simplifié qui est repris tout au long de la boîte à outil⁵— examine les conséquences pour les recettes fiscales et considère les principales considérations d'ordre conceptuel concernant l'imposition des TIE.

A. L'anatomie des transferts indirects opérés à l'étranger

Définitions et exemple simple

L'expression *intérêt indirect* s'entend, dans le présent rapport, d'un dispositif dans lequel au moins une entité intervient entre le propriétaire et l'actif en question. Dans le cas d'un *intérêt direct*, en revanche, aucune entité n'intervient. Le graphique 1 décrit une structure de propriété simplifiée à trois niveaux. Selon la terminologie qui vient d'être définie, la société A détient un intérêt « direct » dans l'« actif » ; la société B et sa maison-mère, à savoir la société P1, ont toutes deux des intérêts « indirects » dans l'« actif ». À l'échelon supérieur, la société B a un intérêt direct dans le capital de la société A, et la société P1 a un intérêt indirect dans cette dernière.

Un « transfert » consiste en un changement, total ou partiel, de l'intérêt direct ou indirect détenu dans un actif par des parties indépendantes ou liées. Ces transferts peuvent engendrer des plus-values imposables (ou des moins-values), qui sont le principal objet de ce rapport. À l'évidence, tous les transferts ne produisent pas de plus-values imposables (ou de moins-values), même abstraction faite des questions examinées ici. Les transferts réalisés dans le cadre de fusions ou d'acquisitions peuvent ne pas être imposables, même lorsque l'actif s'est apprécié (ou déprécié) si la transaction est conforme aux règles fiscales nationales couvrant les restructurations ou les réorganisations non imposables. En règle générale, les règles concernant l'exonération des réorganisations exigent que l'actif ait été détenu pendant une période continue importante de manière à pouvoir bénéficier du report de la réalisation des plus-values à la date de l'opération. Ce rapport ne considère pas les transferts de cette nature.

Les transferts peuvent être « directs » ou « indirects » :

- **Un transfert direct** donne lieu à la cession⁶, totale ou partielle, d'un intérêt direct dans un

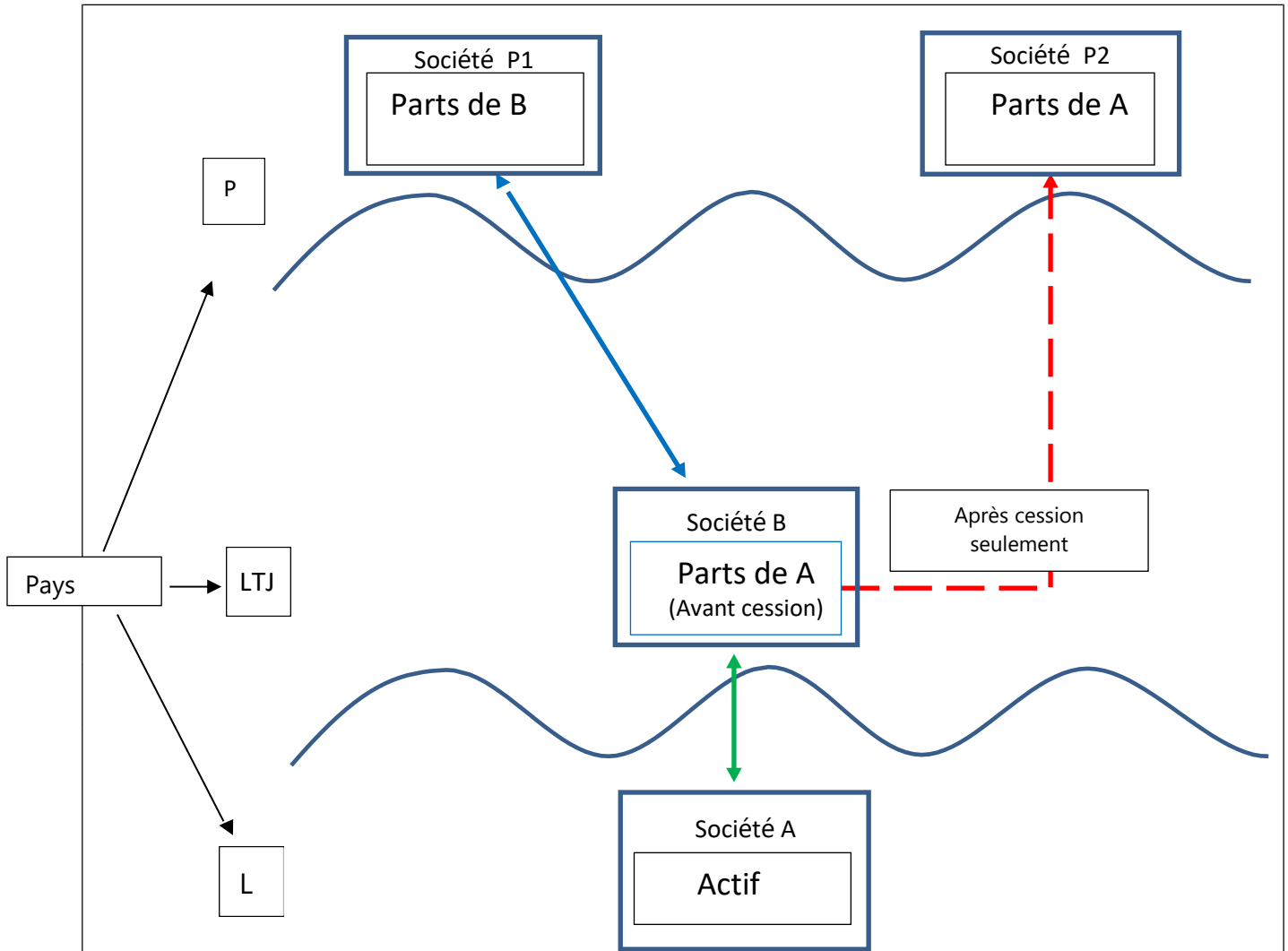
⁵ Les structures de sociétés sont manifestement bien plus complexes en réalité que celle qui est décrite dans cet exemple : il peut exister de multiples propriétaires à chaque point de la chaîne de contrôle, et des accords complexes de participations croisées sont fréquemment établis. Le modèle donné en exemple vise toutefois à présenter de manière aussi simple que possible les considérations fondamentales examinées ici.

⁶ Les cessions comprennent également les ventes avec paiement par tranche et les ventes assujetties à une « redevance dérogatoire » ; dans les deux cas, une série de versements est effectuée au profit du vendeur (cédant) après le transfert. Voir Burns, Le Leuch, et Sunley (2016).

actif.

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

Graphique 1 : Exemple simplifié d'une structure de TIE



Note: dans cette opération, la société B, résidente dans *LTJ*, cède ses parts de la société A à la société P2, résidente dans *P*. Il s'agit d'un transfert direct d'actions de A et d'un transfert indirect de l'actif détenu par la société A qui est située dans le pays *L*. Des modèles plus complexes sont évidemment possibles et en fait courants. Par exemple, la société B pourrait être cédée par une société C (non représentée sur le graphique) interposée entre les sociétés B et P1 ; il s'agirait d'un transfert indirect à la fois des actions de B et des actifs sous-jacents détenus par A.

Les conventions fiscales font généralement la distinction entre deux catégories d'actifs :

⁷ Un transfert direct d'actions d'une société détenant un actif réel constitue de ce fait un transfert indirect de cet actif réel sous-jacent.

- **Les biens immobiliers** : la définition de cette expression relève du droit interne, qui peut ou non être modifié par une convention fiscale quelconque à laquelle le pays est partie. Selon la règle généralement appliquée dans les modèles de convention fiscale de l'OCDE et de l'ONU, l'expression « biens immobiliers » a le sens qui lui est donné dans la législation nationale (fiscale ou autre) de l'État contractant dans lequel le bien est situé⁸. Les terrains, les bâtiments et autres structures, ainsi que les droits à ces biens (qui peuvent inclure les droits agricoles, forestiers et miniers), sont généralement couverts par cette expression⁹. Comme indiqué ci-après, la définition des biens immobiliers *pourrait* aussi inclure les licences accordées pour la fourniture de certains produits ou services (par exemple de télécommunications) dans des lieux géographiques déterminés, bien que cela ne soit pas courant.
- **Les biens mobiliers** : aux fins du présent rapport, cette expression recouvre tout actif qui n'est pas classé dans les biens immobiliers. Il peut s'agir non seulement d'autres biens corporels, mais aussi de biens incorporels (comme la propriété intellectuelle ou l'achalandage) et d'actifs financiers (tels que des actions et obligations).

Dans le cadre des modalités en vigueur, aussi bien dans les conventions que dans le droit interne, le lieu dans lequel se situe l'actif et le lieu de résidence de la partie cédante (le « cédant ») contribuent tous deux à déterminer la juridiction (ou les juridictions) pouvant revendiquer le droit d'imposer les transferts. Les dispositions du droit fiscal des différents pays varient fortement à cet égard. Les définitions ci-après ont pour objet de faciliter l'examen des éléments complexes des transferts indirects¹⁰ :

- **Les transferts opérés à l'étranger** sont des transferts dans le cadre desquels le cédant est un résident fiscal d'un autre pays que celui dans lequel se trouve l'actif considéré, et le cédant n'a pas d'*établissement stable* dans le pays dans lequel se trouve cet actif.
- **Les transferts opérés dans le pays** regroupent tous les autres transferts.

Structure des transactions

Les investissements transfrontaliers effectués par des personnes physiques ou des groupes de sociétés peuvent fréquemment faire intervenir des structures complexes, impliquant plus de deux juridictions. L'existence de structures de propriété aussi complexes donne lieu à des interactions entre les législations fiscales de différentes juridictions ainsi qu'entre les

⁸ La définition des biens immobiliers données dans les modèles de convention fiscale de l'OCDE et de l'ONU dispose que : « L'expression « biens immobiliers » a le sens que lui attribue le droit de l'État contractant où les biens considérés sont situés. L'expression comprend en tout cas les accessoires, le cheptel mort ou vif des exploitations agricole et forestières, les droits auxquels s'appliquent les dispositions du droit privé concernant la propriété foncière, l'usufruit des biens immobiliers et les droits à des paiements variables ou fixes pour l'exploitation ou la concession de l'exploitation de gisements minéraux, sources et autres ressources naturelles.... »

⁹ La définition des biens immobiliers est énoncée à l'article 6 des modèles de convention.

¹⁰ Ces expressions peuvent avoir des sens différents de ceux qui leur sont donnés dans le droit interne des différents pays.

législations nationales de ces multiples juridictions et les différentes conventions fiscales signées par les juridictions visées par ces structures. Ces interactions entre les lois et les conventions fiscales conclues par différentes juridictions peuvent avoir des répercussions sur la capacité des pays à exercer leur droit d'imposition. En raison de leur complexité, ces interactions peuvent, dans certains cas, entraîner une double imposition à laquelle aucun remède ne peut être apporté en application des normes internationales en vigueur et, dans d'autres, mené à une double non-imposition.

Supposons, dans le graphique 1, que les propriétaires de P1 veuillent réaliser une plus-value résultant d'une hausse du prix de l'actif sous-jacent et que les propriétaires de P2 souhaitent obtenir le contrôle de cet actif¹¹. Les règles fiscales de quatre pays (au moins) doivent être considérées (en même temps que toutes les conventions applicables) aux fins de la détermination du traitement fiscal de cette opération : le pays dans lequel l'actif sous-jacent est situé (L), le pays dont le cédant est résident (LTJ), le pays dans lequel la société mère du cédant (P1) est résidente (P), et le pays (P2) dont l'acquéreur est résident. Des situations plus complexes peuvent, à l'évidence, se produire¹², mais cet exemple (relativement) simple permet d'exposer les principaux problèmes.

Pour réaliser cette plus-value, il serait possible que P1 organise la cession directe de l'actif par la société A. Ce type d'opération crée généralement une obligation fiscale pour la société A dans le pays L, car elle constitue un transfert (direct opéré dans le pays) relativement simple. Dans ce cas, de surcroît, la base imposable de l'actif est majorée de manière à refléter le prix d'acquisition.

Une stratégie efficiente sur le plan fiscal pour P1 pourrait plutôt consister à organiser la vente de manière indirecte par une entité résidente dans un pays (LTJ) où le taux d'imposition des plus-values est faible, sinon nul¹³. Dans le graphique 1, cette situation est représentée par la vente par la société B, résidente du pays LTJ qui applique un faible taux d'imposition, à la société P2, résidente fiscale du pays P, de ses parts dans la société A. Tout avantage fiscal lié à l'élimination de l'impôt qui serait autrement dû dans le pays L peut être compensé ultérieurement en application des règles d'imposition du pays P où se trouve la société mère du cédant. Toutefois, à moins d'une imposition immédiate dans P, il est peu probable que l'avantage fiscal conféré par la cession indirecte de l'actif dans LTJ, par opposition à sa cession directe dans le pays L, soit entièrement neutralisé.

¹¹ Nous supposons dans tout le rapport que, sauf indication contraire, l'acquéreur et le cédant ne sont pas liés de sorte que nous ne prenons pas en compte les questions relatives aux prix de transfert.

¹² De nombreuses autres sociétés peuvent être interposées entre A et B dans la chaîne des entités, et le titre de propriété peut, en fait, passer par un autre (cinquième) pays.

¹³ Les structures de propriété complexes modernes ne sont pas nécessairement, ni même essentiellement, conçues aux fins de réduire la charge fiscale ; elles sont en fait souvent motivées par des considérations commerciales. L'un n'empêche toutefois pas l'autre ; lorsque les considérations commerciales exigent des structures de propriétés complexes et indirectes, ces structures sont vraisemblablement conçues de manière à être aussi efficaces que possible sur le plan de la fiscalité.

L'opération a également des conséquences fiscales pour l'acquéreur, P2, parce que le montant versé pour acheter les parts¹⁴ de la société A devient la *base imposable* par rapport à laquelle toute plus-value (ou moins-value)¹⁵ réalisée dans le cadre d'une future cession de ses parts sera calculée. Si l'on s'attend à ce que la valeur de l'actif sous-jacent diminue — par suite d'une réelle dépréciation économique, par exemple parce que cet actif sous-jacent est un droit prenant fin à une date déterminée — l'on peut donc compter enregistrer à terme une moins-value ; la valeur de cette dernière à des fins fiscales sera optimisée si la perte est localisée dans une entité située dans une juridiction ayant une fiscalité élevée (parce qu'elle entraîne dans ce cas une déduction sans charge compensatoire). Si, en revanche, on s'attend à ce que l'actif sous-jacent prenne de la valeur, la stratégie d'optimisation fiscale consiste à localiser l'entité qui acquiert les parts de la société A dans une juridiction à fiscalité réduite.

Il peut être possible aux résidents du pays dans lequel se trouve l'actif sous-jacent d'utiliser cette structure pour procéder à des « opérations circulaires »¹⁶. La même logique s'appliquant lorsque le pays dans lequel réside le propriétaire ultime P, est le même que celui dans lequel l'actif se trouve, L, il est possible d'éviter d'avoir à payer l'impôt sur les plus-values qui seraient dû au titre de la cession de cet actif dans le pays L — dans les circonstances décrites dans le graphique 1 — en procédant à sa cession indirecte à l'étranger¹⁷. Tout avantage fiscal procuré par une telle opération disparaît toutefois si le pays L impose ses résidents sur les plus-values réalisées par les entités non résidentes contrôlées — à moins que ces plus-values ne soient cachées de manière illicite aux autorités fiscales du pays L.

Cet exemple est extrêmement schématique : comme on le verra plus en détail par la suite, le traitement fiscal des transferts indirects dépend en pratique des dispositions précises du droit fiscal interne des pays impliqués et de toute convention fiscale conclue par ces derniers (qui peut par exemple autoriser le pays L à imposer la cession par la société B). De nombreux transferts indirects sont toutefois structurés en pratique de manière à pouvoir bénéficier des avantages supposés dans l'exemple du graphique 1.

¹⁴ L'acquéreur pourrait préférer acheter directement l'actif, puisque les biens immobiliers de ce type donnent généralement lieu à des amortissements fiscaux qui, dans bien des cas, permettent d'obtenir plus rapidement que les parts des déductions qui peuvent être portées en déduction de futures plus-values.

¹⁵ Il est important de noter que ces pertes peuvent être portées en déduction des plus-values réalisées sur d'autres actifs.

¹⁶ Kane (2018) fait ressortir l'importance que cela peut présenter par rapport aux transferts indirects.

¹⁷ Cette question s'est posée, par exemple, par suite de la convention signée entre l'Inde et Maurice, en vertu de laquelle les plus-values réalisées à Maurice dans le cadre de transferts effectués par des entités indiennes ne sont pas imposables. De l'avis général, c'est une des raisons pour lesquelles environ 25 % des investissements directs étrangers effectués en Inde au cours des dernières années sont passés par Maurice (FMI CDIS 2010-2015) — bien que l'on ne sache pas vraiment quelle est la proportion de ces transactions qui constituent des opérations circulaires. Un protocole portant modification à la convention a été signé en mai 2016. Le nouvel article 13 autorise l'imposition des plus-values sur la cession d'actions d'une société résidente d'un État contractant dans cet État. Les actions acquises avant le 1^{er} avril 2017 continuent d'être exonérées de cet impôt.

B. Répercussions sur les recettes fiscales

Les répercussions que peuvent avoir les TIE sur les recettes sont complexes, et peuvent être particulières à chaque cas. L'intention, dans ce rapport, est, non pas de présenter une description encyclopédique de toutes les possibilités mais d'en expliquer les principaux aspects. L'encadré 1 présente le contexte de cette analyse et celles qui suivront en examinant la nature générale des plus-values et la manière dont elles sont générées.

Encadré 1: Sources de plus-values

Les plus-values proviennent essentiellement d'une différence entre les paiements futurs après impôts attendus pour le propriétaire de l'actif entre le moment de l'acquisition et celui de la vente¹. Les deux éléments considérés ici sont importants :

- S'il est parfois possible de pleinement anticiper le montant des plus-values², dans les situations principalement considérées dans le présent rapport, les plus-values sont généralement dues à des modifications inattendues du montant net des distributions futures, par exemple à la suite de la découverte de ressources ou d'une augmentation des cours des produits de base — qui entraînent à leur tour fréquemment une modification des *rentes spécifiques à un emplacement* (ce dernier concept sera examiné plus en détail par la suite).
- Étant donné que la valeur que tout détenteur effectif ou possible d'un actif attribue à ce dernier prend en compte tout futur impôt sur les sociétés, retenue à la source ou autre taxe exigible — y compris l'impôt sur les plus-values réalisées dans le cadre de toute vente future — l'impôt sur les plus-values couvre les revenus non imposés par ces autres instruments. Considéré sous cet angle, il donne lieu à une forme de double imposition.

¹ En termes plus précis, si l'on considère que le prix d'un actif est la valeur actuelle du montant net des distributions que devrait recevoir le propriétaire, la plus-value réalisée sur un actif acquis à la période 0 et cédé à la période T est égale à : a) l'écart positif entre la valeur actuelle nette des distributions postérieures à la période T et cette valeur actualisée à la période 0, moins b) le montant net des distributions escomptées à la période 0, à la période T et dans l'intervalle. (Il s'agit là manifestement d'une présentation simplifiée d'un problème d'évaluation complexe : les investisseurs éventuels pourraient avoir d'autres attentes et/ou être assujettis à des régimes fiscaux des distributions différents.)

² La valeur d'un actif établie à partir du montant d'un paiement devant être effectué à une date future déterminée, par exemple, augmentera de ce fait au fur et à mesure que cette date approche

Effet exercé par le transfert sur les recettes fiscales

Considérons les deux principales options que le propriétaire de l'actif sous-jacent enregistrant une plus-value peut retenir pour réaliser cette dernière :

- **Le transfert direct de l'actif sous-jacent lui-même**, qui sera imposable dans le pays L. Dans cette option, il peut décider de vendre l'actif immédiatement ou à une date future et, dans ce dernier cas, de bénéficier du report à une date ultérieure du paiement de l'impôt sur cette plus-value.
- **Le transfert indirect**, c'est-à-dire la vente de l'entité qui possède l'actif sous-jacent. Nous supposons aux fins de cette analyse comparative que l'acquéreur vendra à terme l'actif

sous-jacent¹⁸ (ou que celui-ci arrivera à expiration avec une valeur nulle).

Dans ces circonstances — et si l'on suppose que le taux d'imposition demeure constant — la valeur nominale des recettes fiscales du pays *L*, cumulées sur les différentes périodes, est indépendante de la manière dont l'actif sous-jacent est transféré. Dans tous les cas, l'actif sous-jacent est vendu à un moment donné et les recettes correspondantes sont perçues sur la plus-value accumulée. (Il est manifestement possible que la valeur de l'actif sous-jacent fluctue, mais cela signifie simplement que des plus-values supplémentaires (ou des moins-values) doivent être ajoutées à la plus-value initiale. Si l'actif arrive à expiration avec une valeur nulle, par exemple, la moins-value future compensera la plus-value accumulée à la date de la cession)¹⁹.

La question qui se pose pour la collecte des recettes fiscales dans le pays *L* tient donc au calendrier et non au caractère direct ou indirect de la transaction — mais elle peut avoir d'importantes conséquences. La valeur actuelle des recettes fiscales du pays *L* sera d'autant plus faible que la cession de l'actif sous-jacent tardera. Cet effet de calendrier revêt une certaine importance pour les autorités fiscales des pays à faible revenu dont la capacité d'emprunt est limitée. Par exemple, le report de 10 ans de la perception de recettes fiscales d'un milliard de dollars a pour effet de réduire la valeur actuelle de ce montant d'environ 450 millions de dollars si le taux d'intérêt est de 6 %.

Il faut donc se demander si la réalisation d'un transfert indirect peut accroître l'attrait, sur le plan fiscal, du report à une date antérieure de la cession de l'actif sous-jacent. Il importe de déterminer, de manière plus générale, si la fiscalité a une influence sur le choix par le propriétaire initial entre, d'une part, la cession directe de l'actif sous-jacent aujourd'hui et, d'autre part, une cession indirecte aujourd'hui suivie par la cession directe de l'actif sous-jacent (par l'acquéreur) à une date ultérieure. L'annexe B examine cette question. Dans le contexte simplifié considéré ici, il est possible de conclure que l'existence d'une distorsion dépend de la comparaison entre les taux auxquels la plus-value réalisée dans le cadre de la cession indirecte d'une entité sera imposée et (si l'on suppose que l'achat est financé par l'emprunt) du taux auquel l'acquéreur peut déduire les charges d'intérêts. Si les deux taux sont égaux, alors les deux options de vente procurent au propriétaire initial exactement le même montant : les avantages fiscaux du report de la cession de l'actif sous-jacent seront répercutés sur le prix que l'acquéreur des parts est prêt à payer, et sont amplifiés par la capacité de déduire les intérêts versés au titre de la dette contractée pour effectuer l'achat ; ces augmentations induites par la fiscalité du prix auquel l'entité peut être cédée accroît toutefois le montant de l'impôt sur les plus-values que doit acquitter le propriétaire initial au titre du transfert de l'entité. Si ces deux taux d'imposition sont égaux, les avantages procurés par le report de la cession sont intégralement neutralisés par

¹⁸ Supposons, par exemple qu'un actif ait été acquis pour un montant de 10 et qu'il ait une valeur égale à 30 aujourd'hui mais de 25 à compter de demain. Sa vente directe se traduit par une base imposable dans le pays *L* qui est égale à 20 aujourd'hui, mais celle-ci se voit réduite de 5 à des dates de vente futures, ce qui représente une base cumulée de 15. Un transfert indirect effectué aujourd'hui peut être imposable dans le pays *L*, mais la cession ultime de l'actif lui-même se traduit par une base imposable de $25 - 10 = 15$. Si l'on suppose que le taux d'imposition ne se modifie pas, les recettes cumulées dans le pays *L* sont les mêmes dans les deux cas.

¹⁹ Si ce n'est pas le cas, la comparaison à une cession directe ne présente pas d'intérêt.

l'impôt sur la plus-value réalisée sur le transfert des parts. Si, en revanche, le taux appliqué à la vente des parts est faible par rapport au taux auquel les intérêts sont déduits — ce qui est plausible — l'option de transfert indirect, qui donne lieu au report de la cession de l'actif sous-jacent, est plus intéressante sur le plan fiscal pour le propriétaire initial.

Si la question des recettes fiscales obtenues par le pays dans lequel se trouve l'actif sous-jacent est par conséquent essentiellement une question de calendrier, il est raisonnable de conclure que les transferts indirects réalisés dans des juridictions à fiscalité réduite peuvent avoir pour effet d'amplifier les distorsions fiscales associées au report de la cession de l'actif sous-jacent.

Effets sur les autres paiements au titre de l'impôt

Étant donné que la société A continue de résider dans le pays L, le transfert n'a pas d'incidence directe sur les recettes futures dues par la société A au pays L au titre de l'impôt sur le revenu des sociétés²⁰ (ou, dans le cas des industries extractives sur les redevances ou les taxes sur la rente) de la société A. (Des effets indirects pourraient résulter de modifications aux opérations commerciales et financières de la société A par suite du changement de la structure de propriété finale, mais nous n'entrons pas ici dans ces considérations.)

En pratique, la situation est probablement similaire en ce qui concerne les recettes tirées par L des retenues à la source prélevées, après la cession, sur les dividendes, intérêts et autres paiements effectués par la société A à son nouveau propriétaire direct. Dans le graphique 1, le nouveau propriétaire direct de A, c'est-à-dire P2, est résident d'un autre pays que celui du propriétaire direct initial B. Dans ce cas, il est possible que les taux des retenues à la source applicables soient différents et que cela ait des répercussions sur les recettes fiscales du pays L. Il semble toutefois que, en pratique, les transferts revêtent plus souvent la forme d'une cession de B par une société interposée entre B et la société mère initiale P1. La société B demeure le propriétaire direct de A, et le montant exigible au titre des retenues à la source n'est pas modifié²¹.

Contribuables pertinents et capacité contributive

Une autre question pertinente aux fins de la politique fiscale et de son administration est celle de la perspective des contribuables qui obtiennent le revenu et leur capacité contributive. Toute décision stratégique de prélèvement ou non d'un impôt sur le revenu tiré par un contribuable de ses activités de cession ou de l'exploitation de ses actifs doit aussi être

²⁰ A moins, bien sûr, que la cession n'entraîne une augmentation de la base et que l'actif soit amortissable (comme c'est généralement le cas dans le Modèle 1).

²¹ Il pourrait sembler que la réalisation d'une plus-value faiblement imposée offre un moyen d'éviter une retenue à la source sur les distributions de bénéfices cumulés antérieurement mis en réserve (qui, parce qu'ils n'ont pas été distribués, n'ont donné lieu à aucun prélèvement à la source sur les dividendes). Ces bénéfices mis en réserve n'ont toutefois probablement de valeur pour l'acquéreur que dans la mesure où ils peuvent, à un moment donné, être versés à titre de dividendes, auquel cas ils sont assujettis à une retenue à la source. Les capitaux investis dans la société A sont, d'une certaine manière, captifs puisque que les futurs dividendes qui leur conféreront une valeur — même s'ils proviennent de bénéfices antérieurement non distribués — seront assujettis à une retenue à la source au moment de leur versement. Cette perspective des « capitaux pris au piège » est examinée notamment par Auerbach (2002).

soigneusement examinée dans l'optique des principes d'égalité et de capacité contributive.

Le vendeur, qui réalise la plus-value, cède l'actif ainsi que les avantages économiques qu'il pourrait produire à l'avenir. La plus-value représente l'écart positif entre le revenu tiré de la cession de l'actif et l'investissement initial du cédant. Ce dernier obtient donc un revenu supérieur à ses dépenses tandis que l'acquéreur effectue une dépense au titre de l'acquisition de l'actif qui doit lui procurer aux périodes à venir des avantages économiques supérieurs au prix d'achat. Le cédant et l'acquéreur peuvent tous deux devoir acquitter un impôt au titre du revenu qu'ils tirent de leurs activités et de leurs actions. Le cédant est manifestement le contribuable qui dégage un revenu de la cession de l'actif et, sur la base du principe de la capacité contributive, est celui qui doit acquitter l'impôt sur ce revenu. L'acquéreur, en revanche, a effectué une dépense et peut ne dégager un revenu que de l'exploitation de l'actif à l'avenir, à supposer que les circonstances extérieures et son aptitude à exploiter cet actif de manière profitable lui permettront de dégager un revenu supérieur au montant des dépenses encourues. L'acquéreur peut ainsi se trouver dans l'obligation de payer un impôt sur le revenu futur généré par l'actif. L'acquéreur et le cédant sont deux contribuables différents qui peuvent avoir des capacités contributives différentes à des périodes différentes.

C. Allocation des droits d'imposition des TIE : considérations d'équité et d'efficacité

L'une des questions déterminantes consiste à établir si le pays dans lequel un actif se trouve doit avoir la compétence fiscale primaire sur le produit du transfert indirect de cet actif à l'étranger — et, le cas échéant, à quel type d'actifs cette compétence doit s'appliquer. L'analyse effectuée pour répondre à cette question ne se limite pas à la possibilité d'imposer les transferts indirects uniquement à titre de solution de rechange pour lutter contre l'évitement fiscal, et présente différentes considérations clés liées au choix d'une affectation appropriée des droits d'impositions des plus-values réalisées indirectement sur des actifs nationaux²².

Plusieurs principes économiques (interdépendants) entrent en jeu — abstraction faite, dans un premier temps, des pratiques en vigueur et des concepts juridiques examinés ci-après. Ces principes sont : **l'équité entre les nations** qui assure une répartition des recettes fiscales dans le respect de la notion de justice entre les pays ; et **l'efficacité**, qui assure une utilisation aussi productive que possible des actifs. Les considérations d'économie politique jouent aussi un rôle important en pratique — et, de fait, ont guidé un grand nombre des évolutions récemment observées en ce domaine en raison de la haute visibilité de nombreuses instances de TIE (ces

²² Les pays dans lesquels se trouvent les actifs qui ont obtenu la compétence fiscale primaire sur le produit de ces transferts peuvent décider de ne pas exercer ces droits, du moins intégralement, afin de promouvoir leur cadre des affaires — à l'instar de nombreux pays qui choisissent d'accorder des trêves et des exonérations fiscales dans l'espoir d'attirer des investissements étrangers. L'efficacité ou la nécessité de ce type d'incitations fait l'objet d'une boîte à outils antérieure de la Plateforme sur l'utilisation efficace et efficiente des incitations fiscales à l'investissement dans les pays à faible revenu (2015). Dans tous les cas, les pays ne peuvent pas prendre ce type de décision s'ils n'ont pas, au départ, la compétence fiscale primaire.

considérations ne sont toutefois pas examinées dans le présent rapport). Par ailleurs, mis à part quelques questions pratiques fondamentales, les questions d'application — c'est-à-dire les mesures prises pour s'assurer que l'impôt est collecté à un coût raisonnable aussi bien pour les deux administrations fiscales que pour les contribuables — sont considérées à la section 5.

Équité entre les nations

Les avis diffèrent quant à la signification du terme « équité » dans le contexte de l'allocation des droits d'imposition entre les pays, mais trois normes en vigueur offrent la perspective de parvenir à un consensus sur le droit dont dispose le pays dans lequel se trouve l'actif d'imposer les TIE :

- Les plus-values sur les transferts directs de biens corporels opérés dans le pays sont imposables par le pays dans lequel se trouvent ces biens (même si le cédant — et, probablement, également l'acquéreur — peut être un non-résident).
- Les dividendes perçus par une maison-mère à l'étranger peuvent être assujettis à l'impôt sous forme de retenue à la source par le pays dans lequel la société qui les verse est résidente²³.
- Il est largement admis — comme en témoignent les modèles de convention examinés ci-après — que le pays dans lequel se trouve le bien « immobilier » est en droit, s'il le souhaite, d'imposer des plus-values correspondantes à l'augmentation de la valeur de cet actif — bien que tous les pays ne le fassent pas.

La première norme repose sur le principe que le pays dans lequel se trouve un actif doit avoir le droit d'imposer les plus-values qu'il génère — du moins dans la mesure où ces plus-values ne sont pas imputables à des accroissements de valeur générés de l'étranger (un gisement de ressources naturelles, par exemple, n'a guère de valeur tant qu'il n'est pas « découvert »). Il peut toutefois manifestement être difficile de déterminer l'ampleur de cette contribution, comme on le verra par la suite.

La deuxième norme indique que, puisque le droit d'imposer les rendements obtenus par les investisseurs étrangers sous forme de dividendes à partir d'une source située dans le pays est reconnu, il devrait en être de même pour le droit d'imposer ces investisseurs étrangers sur les rendements sous forme de plus-values liées à une source située dans le pays. Il est toutefois possible de contrer cet argument en faisant valoir que le prix de l'actif et, par conséquent, la plus-value correspondent à des gains accumulés mais non distribués ainsi qu'à des revenus futurs escomptés après impôt, que le pays dans lequel se trouve l'actif aurait pu imposer à une période antérieure et pourrait imposer à des périodes futures dans le cadre de l'impôt sur le revenu des sociétés ou d'autres prélèvements (comme une taxe sur la rente dans le cas des industries extractives). En d'autres termes, la plus-value reflète des gains que le pays dans

²³ Sauf, par exemple, en application de la directive « mères-filiales » de l'Union européenne (les questions se rapportant spécifiquement à l'Union européenne sont pas prises en considération dans ce rapport), du droit interne ou d'une disposition d'une convention fiscale dans d'autres pays.

lequel se trouve l'actif a simplement choisi, d'une certaine manière, de ne pas imposer de sorte que — ce qui relève pratiquement de la tautologie — il n'existe aucune raison de se préoccuper du fait que ces plus-values ne sont pas imposées. Ce contre-argument n'est toutefois pas totalement convaincant, en particulier dans le cas des pays qui ont de faibles capacités. Les taux d'imposition des dividendes peuvent être plafonnés en application de conventions fiscales (bien qu'une telle mesure puisse également être interprétée simplement comme un autre moyen par lequel le pays *L* décide de ne pas imposer les revenus futurs). Il pourrait être peut-être plus convaincant — comme on le verra par la suite — de considérer que l'exploitation des possibilités d'éviter l'impôt peut diminuer le pouvoir effectif du pays dans lequel se situent les actifs sous-jacents d'imposer les bénéfices lorsqu'il se matérialisent. À la limite, lorsqu'un pays ne peut pas imposer de manière effective les revenus de l'entité acquise ou les dividendes versés à une maison-mère étrangère, l'imposition des plus-values réalisées sur les transferts d'actifs, directs ou indirects, peuvent être le moyen le plus sûr de recouvrer des recettes fiscales sur les revenus correspondants.

La troisième norme fait ressortir l'importance du concept « d'immobilier » et des raisons pour lesquelles il est important sur le plan fiscal qu'un actif soit « mobilier » ou non. Les économistes ne font pas naturellement cette distinction ; pour eux, les actifs sont simplement des choses qui ont de la valeur parce qu'elles offrent la possibilité de générer des revenus — et ils mettent sur le même plan des biens incorporels comme les brevets ou les marques, par exemple, et des ressources naturelles. Il semble exister trois raisons possibles — liées mais distinctes — d'accorder de l'importance à cette distinction :

- ***En pratique, le caractère immobilier d'un actif facilite le recouvrement de l'impôt,*** puisque cet actif peut être saisi en cas de non-paiement sans risque de fuite à l'étranger.
- ***Le caractère immobilier d'un actif peut impliquer que sa valeur reflète, dans une certaine mesure, le lieu dans lequel il se trouve.*** Cette valeur peut, plus précisément, représenter des *rentes spécifiques à un emplacement* (RSE), c'est-à-dire le rendement économique obtenu au-delà du niveau « normal » minimum exigé par un investisseur, qui est uniquement liée à un lieu spécifique. Ce type de rente constitue en principe un objet fiscal idéal puisqu'il peut être imposé (jusqu'à 100 % en principe) sans entraîner de délocalisation, de cessation de l'activité ou toute autre distorsion — et constitue de ce fait une base imposable totalement efficace. Si cela est en soi un argument d'efficacité et ne contribue pas à déterminer directement quel pays doit percevoir les recettes fiscales, il est en pratique également largement, bien qu'en général implicitement, admis que le produit de l'imposition d'objets qui constituent clairement des RSE doit revenir à l'État dans lequel se trouve cet emplacement. Les exemples les plus évidents de ce type d'actifs qui sont généralement présentés sont les actifs qui sont détenus en collectivité par la nation — comme, les ressources naturelles, en général.

Le meilleur moyen d'imposer ces rentes consiste à les assujettir à un impôt explicitement conçu à cette fin, et de fait de nombreux « impôts sur la rente » sont appliqués en pratique, notamment

mais non exclusivement dans le domaine des industries extractives²⁴. Ces impôts ne sont toutefois pas à l’abri de différents mécanismes de transfert des bénéfices, en particulier dans les pays à faible revenu²⁵.

La capacité, en cas de transfert du droit au bénéfice, d’imposer les plus-values résultant de la hausse de la valeur de ces rentes, peut par conséquent offrir un recours utile lorsque l’application de cet impôt est imparfaite — bien que manifestement de moindre valeur que la capacité de les imposer effectivement lorsqu’elles se produisent.

- **Une troisième justification du droit d’imposer les plus-values sur les biens immobiliers locaux découle de la théorie des avantages de la fiscalité** — selon laquelle les impôts sont, par nature, des paiements au titre de services publics fournis par l’État, qui contribuent à maintenir la valeur des facteurs économiques locaux, y compris les biens immobiliers. Cet argument est parfois même utilisé pour justifier l’impôt sur les sociétés — mais n’est pas particulièrement convaincant parce que les plus-values (ou bénéfices) peuvent être une piètre variable de remplacement pour les avantages reçus.

Sur le plan économique, il peut être utile de considérer la notion d’« immobilisation » comme une variable de remplacement pour la présence de possibles rentes spécifiques à un emplacement — ce qui a des répercussions sur la manière dont ce terme doit être défini. Cette optique implique une définition large de « l’immobilisation » qui permet de saisir au moins les sources de RSE les plus probables. Formuler une définition est toutefois plus facile en théorie qu’en pratique : la notion de RSE n’est pas suffisamment développée pour pouvoir être aisément exprimée en termes législatifs. Toutefois, s’il est difficile de déterminer les RSE de manière générale, ces dernières sont relativement évidentes dans certains cas. Elles sont souvent liées à des droits créés par l’État — notamment dans les domaines des industries extractives et des télécommunications. La plupart des cas dans lesquels les transferts indirects peuvent être jugés préoccupants ont trait à des droits explicitement liés à des lieux particuliers — dont la valeur est exposée par le transfert lui-même²⁶. Des RSE peuvent également découler, par exemple, d’un accès aux marchés nationaux, mais ils sont alors difficiles à évaluer et à distinguer de rentes associées à des marques ou à la propriété intellectuelle. Il est en outre évident que le fait qu’une société soit résidente fiscale d’un pays ne signifie pas que sa valeur tienne pour une large part à des RSE engendrées dans ce site.

²⁴ Voir, par exemple, plusieurs des articles présentés dans Daniel *et al.* (2010).

²⁵ Voir, par exemple, Beer et Loepnick (2017), qui ont établi l’existence d’importants transferts de bénéfices dans le secteur, et ont déterminé que les pays en développement étaient particulièrement vulnérables. Voir, par exemple Crivelli, de Mooij et Keen (2016) pour des informations sur leur vulnérabilité particulière au problème plus général du transfert des bénéfices.

²⁶ Cela est de fait évident dans une certaine mesure, si l’on considère les mesures prises par les pays face aux transferts indirects, qui visent non pas à réduire l’imposition intérieure des transferts directs — comme on aurait pu s’y attendre si l’actif sous-jacent n’avait aucune valeur liée spécifiquement à son emplacement — mais à étendre la portée de leurs droits d’imposition. En l’absence de rentes spécifiques à un emplacement, on pourrait ainsi s’attendre à ce qu’une faible imposition des transferts indirects suscite une concurrence plus intense au niveau du traitement fiscal du produit des transferts et non le contraire comme cela semble être le cas.

Ces considérations indiquent que toute définition de l'immobilisation fondée sur une énumération positive doit prévoir, dans la mesure du possible, les sources probables de RSE notable — et il semble bien, même si cela n'est pas formulé de cette façon, que ce soit de plus en plus le cas. Les définitions incluent de plus en plus souvent, par exemple, non seulement le droit d'extraire des ressources naturelles, mais aussi l'ensemble des licences qui peuvent être associées à leur découverte et à leur mise en valeur.

Deux arguments peuvent être avancés à l'encontre de cette importance accordée à l'imposition dans le pays source :

- ***Toute plus-value correspond à un revenu sous-jacent que le pays source a décidé de ne pas imposer.*** Il est toutefois possible que le pays préfère imposer ce revenu au niveau des plus-values — ou même, dans le cas de certains pays en développement, que les autorités n'aient pas envisagé la question ou n'y ait pas prêté attention lorsque la loi a été rédigée et les conventions signées. Sinon, le revenu futur risque de ne pas être imposé, comme indiqué précédemment, que ce soit pour des raisons de calendrier ou par suite d'imperfections d'autres instruments fiscaux, en particulier dans les pays en développement. L'imposition des plus-values est par conséquent un outil supplémentaire qui, bien qu'imparfait, demeure utile.

Il importe toutefois de noter que certains pays choisissent sciemment de ne pas imposer ces plus-values sur les transferts indirects alors même qu'ils pourraient le faire²⁷ car ils peuvent considérer, à tort ou à raison, que cela leur permet d'attirer des investissements étrangers.

- ***L'augmentation de la valeur de l'entité cédée peut tenir en partie aux compétences administratives et autres du cédant, qui ont procuré une valeur supérieure aux rémunérations sous forme d'honoraires d'administrateur, de redevances et autres paiements explicites.*** Il s'ensuit que le lieu dans lequel la plus-value doit être imposée pourrait être le pays de résidence du cédant (ce qui garantirait, en matière d'efficacité, que le choix par le cédant du pays dans lequel il décide de procéder à des activités sources de valeur ajoutée ne dépend pas du régime fiscal). Il peut en effet exister des rentes qui sont liées à la société en même temps que des rentes liées à son emplacement, et l'on pourrait faire valoir qu'il est naturel d'imposer ces dernières dans le pays dans lequel la société réside²⁸. Les nombreux pays qui appliquent des dispositifs d'exonération des dividendes choisissent toutefois manifestement de ne pas procéder de la sorte. De manière plus générale, la force de cet argument peut dépendre des circonstances, et être moindre lorsque l'entité cédante poursuit peu d'activités importantes. Étant donné, par ailleurs, que des transferts indirects peuvent être effectués, il n'est pas possible de présumer que la juridiction dans laquelle la plus-value est réalisée est celle dans laquelle les

²⁷ Les États-Unis, par exemple, limitent la portée de la loi sur les investissements étrangers dans des biens immobiliers (*Foreign Investment in Real Property Act (FIRPTA)*) aux transferts réalisés, soit directement, soit au premier échelon de contrôle de l'actif. La Norvège refuse de manière positive d'imposer ces transferts dans les secteurs des ressources naturelles.

²⁸ Les questions soulevées par la pertinence de la résidence des sociétés en tant que base d'imposition ne sont pas considérées ici, parce qu'il existe de moins en moins de rapport entre cette résidence et celle des actionnaires ultimes

compétences spécialisées ou le financement ont été a été en fin de compte fournis. On pourrait faire valoir que toute contribution de cette nature effectuée par le cédant non-résident ou toute autre entité qui lui est affiliée au profit d'une entité distincte, qui est le propriétaire de l'actif sous-jacent pertinent dans une juridiction étrangère, doit être rémunérée sous forme d'honoraires d'administrateur, de redevances et autres paiements effectués en conformité avec le principe de pleine concurrence. Il serait possible d'envisager d'adopter un critère quelconque visant à établir la matérialité, bien que son application puisse elle-même être source de distorsions en obligeant l'affectation de ressources uniquement à des fins de conformité et non pour des raisons de productivité.

Tout compte fait, il existe de forts arguments reposant sur des motifs d'équité pour justifier la compétence fiscale primaire du pays de source au titre des plus-values réalisées sur les biens immobiliers, définies de manière à s'appliquer aux rentes spécifiques à l'emplacement.

Efficacité

Selon un principe général de bonne conception, le régime fiscal doit, dans la mesure du possible, éviter d'induire des distorsions dans les décisions des investisseurs : à moins qu'il n'existe de bonnes raisons de procéder ainsi, le régime fiscal ne devrait pas amener les entreprises à modifier leurs décisions commerciales²⁹. En effet, en l'absence d'informations indiquant clairement que ces décisions commerciales seraient inappropriées pour d'autres motifs, l'apport de modifications pour des raisons fiscales signifie que les ressources sont utilisées de manière inefficace sur le plan social et ne sont rentables sur le plan privé que grâce à la fiscalité³⁰.

Si les considérations d'efficacité favorisent clairement l'imposition de rentes de diverses natures, les études consacrées aux critères d'efficience en fiscalité internationale donnent peu d'indications concrètes. Le principe selon lequel les rentes sont un objet d'imposition efficace a un caractère très général. L'efficacité de la conception de ces impôts au niveau international a fait, comme pour celle d'autres formes d'imposition (qui sont susceptibles de biaiser les décisions), l'objet de nombreuses études — qui considèrent les intérêts collectifs par opposition aux seuls intérêts nationaux. Ces dernières n'ont toutefois produit que peu, sinon aucune recommandation concrète débouchant sur un accord. Par exemple, lorsque l'objectif est d'éviter de biaiser la manière dont les sociétés mères choisissent d'affecter leurs capacités de production entre différents pays, il est approprié d'imposer ces sociétés en fonction de leur lieu

²⁹ Abstraction faite des questions transfrontalières qui revêtent ici de l'intérêt, plusieurs aspects de non neutralité se posent de manière plus générale dans le cadre de l'imposition des plus-values (par suite, par exemple, des distorsions engendrées par l'imposition de ces dernières lorsqu'elles se matérialisent et non selon le principe de la comptabilité d'exercice). Ces questions ne sont pas considérées ici.

³⁰ Il vaut la peine de noter que les considérations d'efficacité ne concernent que les règles fiscales qui sont impliquées et qu'elles fournissent, en elles-mêmes, aucune indication sur le pays qui devrait recevoir les recettes correspondantes. Le partage des recettes des transferts indirects ne semblant guère avoir de chance de se produire, il n'a donc pas été considéré ici.

de résidence³¹ (puisque la décision la plus rentable avant impôts sera également la plus rentable après impôts). Si, en revanche, l'objectif consiste à assurer le même traitement dans un pays à toutes les sociétés qui pourraient y exercer leurs activités, quel que soit leur lieu de résidence, il est nécessaire de procéder à une imposition dans le pays source³². La théorie ne fournit guère d'indication sur l'option la plus appropriée dans une optique collective³³. Deux éléments font toutefois ressortir d'importantes considérations d'efficacité dans ce contexte³⁴.

L'argument d'efficacité le plus fondamental en faveur de l'imposition des transferts indirects ainsi que des transferts directs par le pays dans lequel les actifs sont situés tient au fait que cette manière de procéder permet d'imposer les RSE, bien que de manière imparfaite. Il est préférable en principe, mais relativement difficile en pratique, d'imposer explicitement les rentes comme indiqué précédemment. Il est aussi possible de recourir à des enchères pour extraire la rente. Cette méthode est largement utilisée, par exemple pour les droits pétroliers, mais elle peut se heurter à des problèmes d'asymétrie des informations et d'étroitesse du marché (et est, de ce fait, rarement utilisée dans le cas des minéraux durs, par exemple)³⁵. Pour des raisons d'efficacité, ainsi que d'équité entre les nations, il peut être utile de recourir à l'imposition des plus-values en tant qu'outil supplémentaire lorsque — comme c'est le cas dans de nombreux pays en développement — les autres modes d'imposition des RSE sont imparfaits.

L'application d'un traitement fiscal identique aux transferts directs et indirects d'actifs est une condition naturelle d'assurance de la neutralité. En d'autres termes, le transfert d'un actif ou de parts de capital dont la valeur est due à cet actif devrait — toutes choses étant égales par ailleurs — être assujéti au même traitement fiscal dans la mesure où ces transferts représentent un même transfert de propriété. L'application de traitements différents pourrait créer une incitation à structurer les transactions de manière différente.

Étant donné la norme en vigueur — en vertu de laquelle le pays L dans lequel les biens immobiliers se trouvent a compétence fiscale pour imposer les transferts directs — la

³¹ Nous faisons ici abstraction de la possibilité de changer le lieu de résidence de la société.

³² Cet argument est similaire à la notion de « neutralité de la propriété des capitaux propres » prônée par Desai et Hines (2013).

³³ Voir, par exemple, l'annexe VII du rapport du FMI (2014).

³⁴ Il existe d'autres aspects de la neutralité qui devraient en principe être considérés. Il s'agit, notamment, du financement de l'entité exploitant l'actif sous-jacent (la société A dans le graphique 1). Dans la mesure les dividendes que verse l'entité sont imposés plus lourdement que les plus-values réalisées sur sa cession, il est intéressant sur le plan fiscal de financer les activités de l'entité en utilisant les bénéfices non distribués plutôt qu'en injectant de nouveaux capitaux propres — ce qui pourrait, par exemple, impliquer un ralentissement de la croissance des activités (Sinn, 1991). Ce problème peut être atténué par l'imposition des dividendes et des plus-values au même taux. Cela ne signifie pas nécessairement que les deux types de revenus doivent être imposés par le même pays bien qu'il soit plus naturel que le pays source impose les plus-values au même titre que les dividendes. L'ampleur du problème qui se pose ici — par comparaison, par exemple, à celui du traitement fiscal préférentiel souvent très prononcé du financement par l'emprunt — n'est pas évident.

³⁵ Voir Daniel, Keen et McPherson (2010) pour les questions concernant l'imposition des rentes et les adjudications dans les industries extractives.

neutralité est, selon toute vraisemblance, plus facilement assurée par l'imposition des transferts indirects dans le pays L. Cet aspect de la neutralité pourrait aussi, en principe, être assuré si le pays source renonçait à revendiquer l'imposition aussi bien des transferts directs que des transferts indirects, en laissant la compétence fiscale en ce domaine au pays de résidence du cédant. Il est toutefois peu probable que cela se produise – et de fait peu souhaitable dans la mesure où il s'agit d'une source de recettes pour le pays L pouvant entraîner moins de distorsions que les autres options. Le moyen le plus simple d'assurer la neutralité consiste donc à imposer les transferts indirects dans le pays dans lequel se trouve l'actif.

Évaluation

Les arguments ne vont pas tous dans le même sens mais l'analyse présentée ci-dessus montre, de manière générale, qu'un pays devrait avoir le droit d'imposer les plus-values associées au transfert de biens immobiliers situés sur son territoire, que l'entité procédant au transfert soit ou non résidente de ce pays ou y ait une présence fiscale³⁶. Sur le plan de l'équité, cette conclusion cadre pleinement avec le droit d'imposition des transferts directs, qui est généralement admis ; sur le plan de l'efficacité, elle offre un moyen d'imposer des rentes spécifiques à un emplacement — certes très imparfait mais pouvant être utile lorsque les instruments qu'il serait préférable d'employer à cette fin ne sont pas disponibles ou sont déficients — et elle favorise la neutralité entre les transferts directs et les transferts indirects. La conclusion d'un accord général sur la portée de ce droit — et des modèles d'application bien développés — contribuerait à éviter l'application de mesures non coordonnées pouvant entraver le fonctionnement harmonieux et consensuel du système fiscal international et provoquer des incertitudes dans le domaine fiscal.

La justification, sur le plan des principes économiques, de la limitation de ce traitement aux biens immobiliers n'est pas évidente. Les pratiques actuelles divergent déjà fortement de ce principe d'imposition ; si la compétence fiscale primaire revient fréquemment au pays source pour les biens immobiliers, mais au pays de résidence pour les parts de capital dans d'autres entreprises, il existe de notables exceptions, notamment au Pérou et en Inde comme expliqué par la suite. De fait, l'article 13.5 du Modèle de convention fiscale de l'ONU, qui est examiné à la section IV, applique le principe de l'imposition par le pays source à un niveau de propriété supérieur, aux plus-values réalisées sur les actions des sociétés³⁷.

Il s'ensuit manifestement qu'il est important pour le pays source d'avoir une définition claire des « biens immobiliers ». Les considérations d'équité entre nations, d'efficacité et de mise en œuvre pratique convergent et apportent des éléments à l'appui de l'élargissement de

³⁶ Divers auteurs sont parvenus à une conclusion similaire. Cui (2015, p.154), par exemple, estime que les débats consacrés au cours des dernières décennies à la fiscalité internationale ont accordé trop d'importance à la question consistant à déterminer si les non-résidents doivent être imposés au titre de leurs plus-values, au lieu de de considérer la manière de les imposer.

³⁷ Cette disposition autorise plus précisément l'État L à imposer la cession par des non-résidents d'actions dans des sociétés résidentes de L. Le Modèle de convention fiscale de l'OCDE ne comporte aucune disposition comparable.

l'inclusion de tous les actifs pouvant potentiellement générer d'importantes rentes spécifiques à l'emplacement sur lesquels l'État peut exercer un contrôle suffisant pour assurer le recouvrement des recettes. Les pays sont toutefois libres d'adopter une définition plus restrictive.

Si, de surcroît, le pays source peut choisir de ne pas exercer son droit d'imposer les TIE, l'expérience — comme le montrent les exemples examinés à la section qui suit — suggère qu'une telle décision peut provoquer un vif mécontentement dans le pays. Ces actifs sont généralement très visibles et sont jugés très importants par la population — peut-être parce qu'il s'agit d'une ressource dont la découverte a été très médiatisée — et sont fréquemment des ressources non renouvelables appartenant à la nation (dans le cas des ressources extractives) et/ou créés par l'État (sous forme de licences ou d'autres droits). Par ailleurs, comme indiqué ci-après, les montants en jeu peuvent être élevés.

Ce mécontentement peut provoquer l'adoption de mesures législatives unilatérales — qui peuvent différer, et de fait diffèrent, selon les pays — ce qui exacerbe les incertitudes fiscales, et a des répercussions négatives sur les investisseurs, les contribuables et les autorités publiques.

II. TROIS EXEMPLES

Trois TIE fortement médiatisés sont décrits dans les encadrés 2, 3 et 4³⁸ qui couvrent l'acquisition par *Vodafone* d'une participation importante au capital d'un opérateur de téléphonie mobile en Inde, la cession indirecte de la société pétrolière péruvienne *Petrotech Peruana*, et la cession indirecte de différents actifs par *Zain* en Afrique, notamment un opérateur de téléphonie mobile en Ouganda³⁹. La question se pose, pour toutes ces opérations (du moins jusqu'à présent car les procédures d'appel se poursuivent) de savoir si les groupes multinationaux peuvent en définitive échapper à l'impôt sur les plus-values associées à un TIE dans le pays dans lequel se trouvent les actifs sous-jacents, et s'assurer que ces plus-values ne sont que légèrement sinon aucunement imposées dans d'autres juridictions, en s'arrangeant pour que le transfert soit effectué sous la forme de la cession des actifs par une entité non résidente du pays dans lequel la filiale qui détient l'actif sous-jacent est située.

Encadré 2. Inde l'affaire Vodafone

En 2006, *Vodafone* a acquis, pour près de 11 milliards de dollars, la participation d'*Hutchison* au capital d'une coentreprise conçue pour opérer une société de téléphonie mobile en Inde (qui était propriétaire d'une licence d'exploitation). Ce transfert a été réalisé par *Hutchison*, une multinationale basée à Hong Kong, qui a procédé à cette fin à la cession d'une filiale détenue à 100 % domiciliée dans les Îles Caïmans qui détenait une participation dans l'opération indienne à une filiale détenue à 100 % par *Vodafone* et à la fois constituée et résidente fiscale aux Pays-Bas. L'opération a donc pris place entièrement en dehors du territoire indien, entre deux sociétés non résidentes¹.

L'administration fiscale indienne (*Indian Tax Authority – ITA*) a demandé à percevoir plus de 2 milliards de dollars au titre de l'impôt sur la plus-value réalisée par *Hutchison* lors de la vente de la filiale située dans les Îles Caïmans. En vertu du droit indien, un acheteur doit retenir le montant de l'impôt à la source lorsqu'il effectue le paiement au cédant non-résident. L'ITA a donc tenu l'acquéreur, c'est-à-dire la filiale néerlandaise de *Vodafone*, responsable du non-respect de l'obligation de retenir à la source l'impôt sur le montant que lui avait versé *Hutchison* au motif que les plus-values réalisées par le cédant étaient imposables en Inde. Il s'en est suivi un long contentieux et, en 2012, la Cour suprême indienne s'est prononcée en faveur du contribuable. La Cour suprême a rejeté l'interprétation large de la loi adoptée par l'ITA pour étendre sa compétence fiscale aux cessions indirectes à l'étranger, bien qu'elle ait jugé que la transaction constituait, en fait, l'acquisition de droits de propriété situés en Inde.

Les autorités indiennes ont par la suite apporté une modification à la loi, avec effet rétroactif, pour préciser cette dernière et surmonter la difficulté technique posée par la décision de la Cour suprême. Cette modification avait pour objectif d'autoriser l'imposition des cessions indirectes opérées à l'étranger et valider la demande de paiement de l'impôt par la filiale hollandaise de *Vodafone*. La légalité de l'effet

³⁸ Ces affaires sont trois des exemples les plus importants et les mieux connus de ce type de problème, et les informations correspondantes ont été très largement divulguées et étudiées. Elles sont par conséquent probablement celles qui ont eu le plus d'influence sur les mesures prises par la suite par les pays d'accueil et qui ont eu le plus de ramifications. De nombreux autres pays se heurtent aussi à des problèmes similaires mais ces derniers n'ont pas fait l'objet d'autant de publicité.

³⁹ D'autres exemples sont présentés dans le rapport du FMI (2014) et dans Burns, Le Leuch et Sunley (2016).

rétroactif de la loi n'a pas été contestée devant les tribunaux indiens par Vodafone qui a préféré soumettre l'action menée par les autorités indiennes à l'arbitrage dans le cadre de la convention d'investissement bilatérale entre l'Inde et les Pays-Bas.

/1 Voir Cope et Jain (2014)

Encadré 3. Pérou—l'acquisition de *Petrotech*

En 2009, *Ecopetrol Colombia* et *Korea National Oil Corp* ont acheté une société basée à Houston (*Offshore International Group Inc.*). Cette société avait pour principal actif *Petrotech Peruana* (détentriche de la licence), qui était elle-même constituée en société et résidente au Pérou et était le troisième producteur de pétrole en importance du pays. *Offshore International Group Inc.* a été achetée pour un montant de l'ordre de 900 millions de dollars des mains de *Petrotech International*, entité constituée en société dans l'État du Delaware (États-Unis). La loi péruvienne relative à l'impôt sur le revenu ne comportait pas à l'époque de disposition spécifique pour les cessions indirectes opérées à l'étranger, de sorte que le Pérou n'a pas pu imposer cette opération. Selon les estimations, le Pérou a ainsi dû renoncer au versement d'un impôt d'environ 482 millions de dollars. *Petrotech International*, ou son actionnaire (réputé être un ressortissant des États-Unis), était imposable dans la juridiction de résidence sur la plus-value correspondante, le cas échéant.

Cette affaire a déclenché une enquête parlementaire au Pérou, qui a débouché sur l'apport d'une modification à la loi. À présent, toutes les cessions indirectes opérées à l'étranger de sociétés résidentes sont imposées au Pérou, quelle que soit la proportion de la valeur totale de la société mère constituée par les biens immobiliers appartenant à la filiale péruvienne (article 10 de la loi péruvienne relative à l'impôt sur le revenu ; voir l'encadré A.1 de l'annexe B). La loi établit toutefois certains seuils : la partie de la société mère faisant l'objet de la cession doit tirer au moins 50 % de sa valeur d'actifs péruviens, et au moins 20 % des actifs péruviens doivent être transférés pour que la transaction soit imposable au Pérou.

Encadré 4. Ouganda — l'affaire *Zain*

En 2010, une filiale néerlandaise de la multinationale indienne *Bharthi Airtel International BV* a acheté de *Zain International BV*, société néerlandaise, les parts du capital que cette dernière détenait dans *Zain Africa BV* (qui était également une société néerlandaise) pour un montant de 10,7 milliards de dollars. *Zain Africa BV* était elle-même propriétaire de l'opérateur de téléphonie mobile *Celtel Uganda Ltd* enregistrée à Kampala (ainsi que d'autres investissements en Afrique)¹.

L'administration fiscale ougandaise (*Uganda Revenue Administration - URA*) a considéré que *Zain International BV* était redevable de l'impôt sur la plus-value correspondante pour un montant de 85 millions de dollars. La Cour d'appel ougandaise a jugé — dans une décision totalement contraire à celle rendue par la Cour suprême indienne dans l'affaire *Vodafone* — que l'URA avait compétence pour imposer le cédant étranger d'une participation indirecte dans des actifs locaux (et, ce faisant, a infirmé un jugement antérieur de la Haute cour de Kampala)². Le contribuable est toutefois d'avis que les dispositions de la convention fiscale entre l'Ouganda et les Pays-Bas protègent le droit exclusif des Pays-Bas d'imposer ce type d'opération. Cette question pourrait se révéler importante car certaines règles du droit interne concernant la lutte contre l'évitement fiscal pourraient être jugées compléter la convention mais non y déroger. Cette question n'a toujours pas été tranchée.

¹ *Zain International BV* appartient en dernier ressort au *Zain Group*, dont le principal actionnaire est le *Kuwait*

Investment Fund.

/2 Voir Hearson (2014) et « *The East African "Court gives URA nod to seek taxes on sale of Zain assets in Uganda"*, 13 septembre 2014, <http://www.theeastafrican.co.ke/news/URA-taxes-on-sale-of-Zain-assets-in-Uganda/-/2558/2451578/-/item/0/-/6hm2he/-/index.htmlhttp>.

Les montants en jeu sont très élevés dans les trois affaires : dans le cas de *Zain*, ce montant représente environ 5 % des recettes publiques totale (et notamment près de 50 % des dépenses publiques au titre de la santé) ; dans le cas de *Vodafone* cette proportion est de l'ordre de 2 % des recettes de l'administration centrale (et de près de 8 % de l'ensemble des recettes des impôts sur le revenu)⁴⁰.

Ces trois affaires se caractérisent toutes également par le fait que l'actif faisant l'objet d'un transfert indirect est une entreprise tirant sa valeur d'une concession accordée par l'État dans le pays dans lequel se trouvait l'actif sous-jacent. Cette valeur est donc manifestement liée à des juridictions particulières, et consiste en grande partie de rentes spécifiques liées à l'emplacement résultant d'une licence attribuée par l'État.

Dans les trois cas⁴¹, le jugement rendu par les tribunaux a été défavorable au pays dans lequel se trouvait l'actif sous-jacent — ou, du moins, n'a pas débouché sur une victoire manifeste pour ce pays. Les raisons des verdicts sont toutefois différentes : en Inde et au Pérou, le droit fiscal interne ne couvrait pas ces transferts ; en Ouganda, le pays risquait de déroger à une convention (qui ne comporte aucune disposition analogue à celles de l'article 13.4, examinée à la section IV). Dans tous les cas, les autorités publiques et de nombreuses organisations de la société civile ont fait valoir que les pays en développement avaient été privés (ou s'étaient eux-mêmes involontairement privés) d'une source de recettes fiscales essentielle (et importante). Cela s'est avéré particulièrement problématique sur le plan politique lorsqu'il a pu être établi que la filiale faisant l'objet d'un transfert indirect avait auparavant payé peu d'impôts (sinon aucun) sur ses revenus, comme l'a montré l'enquête parlementaire dont a fait l'objet *Petrotech* au Pérou. Plusieurs de ces affaires ont suscité une indignation considérable au sein de la population. Au Pérou, par exemple, l'opération a été associée à des scandales de corruption, et a entraîné la démission du Premier ministre et de son cabinet.

Ces affaires montrent que le pays source peut répondre à une défaire ou un échec devant les tribunaux en apportant des modifications radicales à sa politique fiscale comme l'ont fait le Pérou et le Chili, qui ont modifié leur législation interne de manière à assujettir à l'impôt les transferts opérés à l'étranger les transferts opérés à l'étranger de tous les actifs situés dans leur pays — et non pas uniquement ceux dont la valeur provient de biens immobiliers se trouvant dans ce dernier. En Inde, toutefois, une modification a été apportée au droit interne pour préciser ce dernier et s'applique de manière rétrospective à l'imposition des TIE à compter de 1962 (qui est l'année durant laquelle la loi actuelle relative à l'impôt sur le revenu

⁴⁰ D'autres exemples sont donnés dans l'annexe VI du FMI (2014).

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

est entrée en vigueur)⁴². Ces mesures unilatérales sont compréhensibles et peuvent tenir à la diversité des régimes juridiques appliqués par les différents pays.

⁴² Cette modification, qui est citée par Cui (2015, p.146), dispose que toute participation au capital ou action d'une société ou d'une entité enregistrée ou constituée en société en dehors de l'Inde est réputée être ... située en Inde si la valeur de cette participation ou de cette action provient, directement ou indirectement, dans une large mesure d'un actif se trouvant en Inde.

III. CONVENTIONS FISCALES ET TRANSFERTS INDIRECTS OPÉRÉS À L'ÉTRANGER

Cette section examine le traitement des TIE dans les modèles de convention fiscale⁴³, présente une analyse empirique préliminaire des pratiques actuelles en matière de convention et décrit la Convention multilatérale de 2017 pour la mise en œuvre des mesures relatives aux conventions fiscales pour prévenir l'érosion de la base imposable et du transfert des bénéficiaires (Instrument multilatéral). Cet examen montre clairement que, en cas de transfert indirect d'actifs inclus dans la catégorie des « biens immobiliers » dans les modèles, la compétence fiscale primaire revient, en vertu de ces accords, au pays dans lequel se trouvent les actifs.

A. Les TIE dans les modèles de convention fiscale

Les pratiques établies dans les modèles de convention, aussi bien pour les biens mobiliers que pour les biens immobiliers, sont résumées au tableau 1. (Les pratiques de certains pays peuvent, à l'évidence, être très différentes)

Tableau 1. Allocation aux pays des droits d'imposition concernant les transferts d'actifs dans les modèles de convention fiscale		
Catégorie de bien	Catégorie de transfert	
	Direct opéré à l'étranger	Indirect opéré à l'étranger
Biens immobiliers situés dans le pays L	Pays L	Si plus de 50 % de la valeur du transfert provient (directement ou indirectement) de biens immobiliers : Pays L ¹ Sinon : Pays R
Biens mobiliers situés dans le pays L	Le cédant a un établissement stable dans le Pays L auquel les actifs sont attribués : Pays L	
	Intérêt « substantiel » ² MCF de l'ONU (article 13.4) : Pays L MCF de l'OCDE : Pays R	
	Autres cas : Pays R ³	
Légende: L = pays où se situe l'actif sous-jacent R = pays où réside le cédant		

⁴³ Toledano *et al.* (2017) notent à juste titre qu'il est nécessaire de veiller à ce que le traitement que les pays ont l'intention d'appliquer aux TIE ne soit pas malencontreusement compromis par des dispositions de conventions d'investissement bilatérales ou d'accords de concession.

/1 Dans ce cas, l'attribution du droit d'imposition au pays L s'étend aux transferts effectués par toute entité présente dans la chaîne de propriété des actifs dans ce pays, quel que soit le nombre d'entités intervenant ou le lieu où elles se situent.
/2 "Le MCF de l'ONU définit un intérêt « substantiel » comme un pourcentage indéterminé du capital de l'entité en question. Le MCF de l'OCDE ne comporte pas de disposition similaire, de sorte qu'elle confère au pays R le droit d'imposition dans ces situations lorsque le propriétaire (le cédant) de l'intérêt est un résident.
/3 Les droits d'imposition relatifs aux navires et aux aéronefs exploités dans le transport international sont attribués au pays dans lequel l'entité qui gère effectivement de ces actifs est résidente, mais la version de 2017 du Modèle de l'ONU privilégie, notamment pour des raisons administratives, l'application d'un critère de pays de résidence de l'entreprise exploitant les navires ou les aéronefs, comme le modèle de 2017 de l'OCDE.

Pour éviter une double imposition, une convention fiscale attribue généralement : soit i) la compétence fiscale exclusive à l'État de résidence, soit ii) une compétence fiscale primaire à l'État dans lequel se trouve l'actif, et prévoit un mécanisme d'allègement dans l'État de résidence pour éliminer la possibilité d'une double imposition. En l'absence de convention établie à cet effet, il peut y avoir double imposition, bien que les contribuables puissent, dans la plupart des cas, bénéficier de l'allègement unilatéral prévu dans le droit interne des pays et, s'ils ne sont pas absolument sûrs de pouvoir en jouir, probablement structurer leurs opérations de manière à limiter ce risque.

Les deux modèles de convention fiscale prévoient que les transferts directs de biens immobiliers peuvent être imposés par le pays dans lequel se situent ces biens (article 13.1) ; formulations identiques).

Les plus-values sur les transferts indirects sont visées à l'article 13.4 de chaque MCF⁴⁴. Le texte de cet article figurant dans la version de l'OCDE antérieure à la mise à jour de 2017⁴⁵ est rédigé comme suit :

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

La version mise à jour de 2017 du Modèle de convention fiscale de l'OCDE présente l'énoncé modifié de l'article 13.4 reproduit ci-après :

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

La disposition principale de l'article 13.4 de la version de 2011 du Modèle de convention de l'ONU

⁴⁴ Cette disposition figure dans le MCF de l'ONU depuis sa publication en 1980, et dans le MCF de l'OCDE depuis 2003.

⁴⁵ Les dispositions remplacées dans les modèles de convention demeurent pertinentes parce qu'elles peuvent figurer dans des conventions qui sont toujours en vigueur.

indique que :

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

L'expression « à titre principal » est définie dans un alinéa par référence à un seuil de 50 % similaire à celui qui figure dans la version de l'OCDE⁴⁶.

La version de 2011 de l'ONU dispose également que :

En particulier :

- a) Aucune disposition du présent paragraphe ne s'applique à une société, société de personnes, fiducie ou masse successorale autre qu'une société, société de personnes, fiducie ou masse successorale s'occupant de gestion de biens immobiliers, dont les biens consistent à titre principal, directement ou indirectement, en biens immobiliers utilisés par lesdites société, société de personnes, fiducie ou masse successorale dans leurs activités industrielles ou commerciales*
- b) Aux fins du présent paragraphe, le terme « principalement » appliqué à la propriété d'un bien immobilier se rapporte à la valeur de ce bien immobilier supérieure à 50 % de la valeur globale de tous les actifs que possède la société, la société de personnes, la fiducie ou la masse successorale.*

La version de 2017 du Modèle de l'ONU reprend la même formulation que la version de 2017 du Modèle de l'OCDE, par suite du rapprochement des définitions antérieures des deux modèles, notamment les modifications adoptées pour prévenir les abus.

Les deux modèles de convention fiscale définissent les biens immobiliers à l'article 6 :

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

Cette définition prend pour point de départ la définition donnée en droit interne, qui peut fortement varier selon les pays⁴⁷.

⁴⁶ Le texte de l'ONU reprend la formulation du droit interne des États-Unis applicable aux cessions indirectes de biens immobiliers et les commentaires formulés par les États-Unis à propos du Modèle de convention fiscale de l'OCDE.

⁴⁷ Krever (2010) note que, en règle générale, les juridictions de droit civil semblent accepter la portée limitée de la définition des biens immobiliers qui, dans son sens le plus restrictif, ne couvre guère que les biens corporels

La règle de base applicable au transfert de biens immobiliers était donc très similaire dans les deux modèles de convention fiscale, et est maintenant la même⁴⁸. Cette similitude tient à au fait que les deux dispositions visent un objectif général commun. Elles attribuent toutes deux la compétence fiscale primaire au pays dans lequel se trouve le bien immobilier, quel que soit le lieu de résidence de la société (ou autres entités) propriétaire du bien^{49 50}.

fonciers et immobiliers, tandis que les pays de droit commun riches en ressources naturelles appliquent une définition plus large (page 223). Il cite à cet égard (page 237) la définition des biens australiens imposables qui comprend tout(e) autorité, licence permis, droit au bail qui, en vertu de la législation australienne, permet d'extraire, d'exploiter ou de prospector,.. tout intérêt dans un(e) autorité, licence, permis, droit ou bail ... et tous droits relatifs aux bâtiments ou autres aménagements ... sur le terrain considéré ou qui servent à son exploitation. Voir également l'encadré 10 ci-après et son analyse.

⁴⁸ Jusqu'à une date récente, la version de l'ONU avait une plus large portée car elle s'appliquait aussi à des modes de propriété autres que les actions (le texte correspondant, mentionné ci-dessus, a été adopté en 2001). Il a toutefois été décidé, dans le cadre de l'action 6 des travaux du Projet BEPS, de modifier le MCF de l'OCDE de manière à éliminer ces disparités.

Dans les deux modèles de convention, le critère de 50 % concerne la proportion de biens immobiliers dans la valeur totale du titre de propriété vendu et non dans la plus-value : les droits d'imposition peuvent donc être attribués à un pays autre que celui dans lequel la majorité de la plus-value est générée. Certains pays considèrent cet aspect « rudimentaire » de la règle comme un avantage, car il permet de lutter contre les abus et de réduire le nombre de litiges complexes qui pourraient découler de problèmes d'évaluation de biens faisant l'objet d'opérations internationales. Dans tous les cas, la législation nationale peut limiter l'imposition aux bénéfices calculés en proportion à la valeur du bien immobilier dans les pays qui l'imposent et peut donc ne pas chercher à appliquer intégralement les droits d'imposition résultant d'une convention fiscale. Les pays dans lesquels se trouvent les biens pourraient envisager de faire la part entre complexité et généralité lors de la formulation des règles pertinentes d'évaluation et de répartition.

⁴⁹Le Commentaire sur le MCF de l'OCDE examine d'autres exclusions importantes qui tiennent davantage à la complexité des problèmes d'application qu'à des questions conceptuelles. Ainsi, il pourrait exclure du champ d'imposition les cédants dont la participation dans l'entité est inférieure à un certain seuil ou à l'aliénation d'actions de sociétés qui sont cotées sur un marché boursier reconnu ou encore les plus-values tirées de l'aliénation de participations dans le cadre d'une réorganisation de société. Commentaire 28.7 du MCF de l'OCDE (2017).

⁵⁰ La non-imposition des transferts indirects concernant certaines catégories d'entités possédant principalement des biens immobiliers qu'elles utilisent dans le cadre de leurs activités économiques, prévue à l'article 13.4 a) de la version du MCF de l'ONU antérieure à 2017 pouvait avoir un caractère restrictif ; cette disposition est maintenant modifiée. Le Commentaire du Modèle de l'ONU de 2011 ne présentait aucune interprétation de cette exclusion, dont le champ d'application n'était donc pas clairement établi. Au pire, la non-imposition dans le pays source d'un transfert indirect de biens immobiliers (rencontrant la règle du seuil de 50 %) lorsque ces biens sont principalement utilisés dans le cadre des activités économiques de l'entité cédée — notamment, par exemple, un hôtel ou une mine — comme l'article 13.4 a) du modèle de convention de l'ONU peut être jugé le prévoir — pourrait avoir imposé involontairement des limites aux droits d'imposition des États contractants, en particulier les pays en développement, car elle aurait pu concerner des secteurs se caractérisant par l'existence d'importantes rentes économiques. Il existe une autre interprétation, souvent invoquée, selon laquelle l'exclusion des « activités économiques » ne s'applique que lorsque le cédant non-résident des parts a utilisé le bien immobilier considéré dans le cadre de ses propres activités économiques par opposition à une situation dans laquelle ces biens auraient été utilisés par l'entité propriétaire de l'actif dont les parts sont transférées. En raison de ces incertitudes, le Manuel de négociation des conventions fiscales bilatérales entre pays développés et pays en développement de l'ONU note que, en pratique, cette disposition ne figure pas couramment dans les conventions négociées par les pays en développement, parce que les plus-values tirées de l'aliénation d'intérêts dans des entités qui possèdent et exploitent des mines, des fermes, des hôtels, des restaurants, etc. ne sont pas couverts par ce paragraphe. Organisation des Nations Unies (2016).

L'article 13.5 du MCF de l'ONU (qui n'a aucun parallèle dans le MCF de l'OCDE) élargit le champ de l'imposition à l'étranger à des biens autres qu'immobiliers, quelle que soit la manière dont ils sont définis. Antérieurement à 2017, l'article 13.5 du MCF de l'ONU était rédigé en ces termes :

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

La version de 2017 du Modèle de l'ONU apporte les modifications ci-après un article 13.5 (les modifications sont indiquées en caractères gras) :

*Les gains, autres que ceux visés au paragraphe 4, qu'un résident d'un État contractant tire de l'aliénation d'actions d'une société **ou d'intérêts comparables, tels que des intérêts dans une société de personnes ou une fiducie**, résidente d'un autre État contractant, sont imposables dans cet autre État si, à un moment quelconque de la période de **365 jours mois précédant cette aliénation**, le cédant détenait directement ou indirectement au moins ___ % (le pourcentage doit être établi par négociation bilatérale) du capital de cette société..*

Cette disposition attribue au pays *L* le droit d'imposer les gains tirés de la cession par un non-résident du pays d'actions (ou d'intérêts comparables) d'une société, société de personne ou fiducie, elle-même résidente du pays *L*. Elle ne s'applique toutefois qu'aux participations étrangères *directes* dans cette société. C'est pourquoi, si l'article 13.5 peut contribuer à lutter contre certains mécanismes d'évitement fiscal (par exemple, certaines stratégies de dépouillement de surplus ou de changement de résidence), il ne permet pas de garantir l'imposition dans le pays source des plus-values sur les transferts indirects. Selon le *Manuel de négociation des conventions fiscales bilatérales entre pays développés et pays en développement* de l'ONU, le recours à l'article 13.5 dans les conventions fiscales diffère en pratique : certains pays excluent de manière spécifique les plus-values réalisées sur les actions cotées ; d'autres limitent l'application des dispositions aux plus-values réalisées par des personnes physiques qui étaient antérieurement résidentes de l'État source ; enfin, de nombreux pays n'incluent pas cette disposition dans leur convention.

B. Les TIE et l'Instrument multilatéral

L'Instrument multilatéral est l'aboutissement de l'Action 15 du Projet BEPS, qui a appelé à l'élaboration d'un instrument multilatéral permettant la mise en œuvre efficace des mesures relatives aux conventions fiscales découlant du Projet BEPS. L'Instrument multilatéral modifie par conséquent les conventions fiscales bilatérales en vigueur entre ces parties de manière à assurer le respect des normes minimales définies pour les conventions fiscales dans le cadre du Projet BEPS, c'est-à-dire prévenir l'utilisation abusive des conventions fiscales conformément à l'Action 6 du Projet BEPS et améliorer le mécanisme de règlement des différends conformément à l'Action 14

du Projet BEPS. Dans le même temps, l'Instrument multilatéral facilite l'application d'autres mesures relatives aux conventions fiscales conçues dans le cadre du Projet BEPS, comme les mesures visant à lutter contre l'évitement artificiel du statut d'établissement stable au moyen de contrats de commissionnaire.

Pour les pays parties à l'Instrument multilatéral dont les conventions fiscales en vigueur ne comportent pas de dispositions équivalentes à l'article 13.4 du MCF de 2017 de l'OCDE, l'article 9.4 de l'Instrument multilatéral a pour effet d'inclure cette disposition dans lesdites conventions fiscales, qui sont modifiées par l'Instrument multilatéral en vertu du droit international, sous réserve que les deux pays partenaires à la convention aient choisi d'adopter l'article 9.4 de la Convention. Par suite de l'adoption de cette disposition, la juridiction dans laquelle se trouve le bien immobilier est autorisée à imposer les plus-values réalisées par un résident d'une juridiction avec laquelle une convention fiscale est en vigueur sur la cession d'actions de sociétés qui tirent plus de 50 % de leur valeur de ce bien immobilier.

Pour les pays dont les conventions fiscales comportent déjà une disposition concernant l'imposition des plus-values réalisées sur la cession d'actions, l'Instrument multilatéral offre deux possibilités de renforcer cette dernière. Premièrement, l'article 9.1 de l'Instrument multilatéral autorise les parties à modifier leurs conventions fiscales couvertes en incluant une période de couverte pour déterminer l'application de l'article 13.4. Ce dernier fera donc référence à une période de 365 jours précédant l'aliénation des actions pour déterminer si ces actions tirent leur valeur principalement de biens immobiliers. L'article 9.1 de l'Instrument multilatéral offre de surcroît aux parties la possibilité d'élargir le champ d'application de l'article 13.4 du MCF de l'OCDE en incluant un plus grand nombre de catégories d'intérêts. Il s'ensuit que les intérêts comparables à des actions, notamment les intérêts dans une société de personnes ou une fiducie seront aussi inclus dans l'énoncé de l'article 13.4⁵¹

Contrairement à un protocole qui porte modification d'une seule convention fiscale, l'Instrument multilatéral modifie tous les accords fiscaux en vigueur recensés par les pays partenaires et signataires de l'Instrument multilatéral. Les dispositions de l'article 9 de l'Instrument multilatéral s'appliquent en particulier, le cas échéant, à la place des dispositions des conventions fiscales pertinentes concernant les plus-values tirées de la cession d'actions ou d'autres intérêts comparables, ou en l'absence de telles dispositions dans ces conventions, à moins que le signataire ait décidé de renoncer à appliquer l'article 9.

Il est important de noter que la simple signature de l'Instrument multilatéral ne signifie pas que les conventions fiscales du signataire seront modifiées par les dispositions de l'article 9 de l'Instrument multilatéral. L'Instrument multilatéral permet aux parties de se réserver le droit de n'appliquer aucune des dispositions de l'article 9.1 et de ne pas reprendre la formulation de

⁵¹Dans la version 2014 du MCF de l'OCDE, l'option de couvrir les gains provenant de l'aliénation d'intérêts dans d'autres entités telles que les partenariats ou les fiducies est prévue au paragraphe 28.5 des Commentaires sur l'article 13.

l'article 9.4⁵². Qui plus est, comme cela est expliqué à la section V, le pays dans lequel est situé l'actif doit avoir inscrit dans sa législation interne des dispositions permettant d'imposer les plus-values tirées d'un TIE.

Outre les dispositions particulières de l'article 9, le Chapitre III de l'Instrument multilatéral prévoit des mesures supplémentaires pour prévenir l'utilisation abusive des conventions qui peuvent également protéger les droits d'imposition par l'État source des plus-values tirées de TIE. L'article 7 de l'Instrument multilatéral, en particulier, énonce le critère d'*objet principal* et la règle de *limitation des avantages*. Ces dispositions permettent aux parties à une convention fiscale de priver une opération des avantages que celle-ci confère si l'obtention de ces derniers est l'un des principaux objectifs de l'opération en question (objet principal) ou lorsque la personne revendiquant les avantages de la convention, ou la transaction à laquelle elle procède, ne remplit pas certaines conditions objectives (limitation des avantages). Le présent rapport présente à la section V.A une analyse plus détaillée de l'application des règles générales ou particulières pouvant être appliquées pour lutter contre l'évitement fiscal dans le contexte des TIE.

Enfin, l'Instrument multilatéral peut aussi offrir un moyen de faire face aux défis à venir en lien avec la taxation des TIE. En raison de la manière dont il est conçu, l'Instrument multilatéral offre aux parties la possibilité de le modifier à l'avenir en recourant au mécanisme énoncé dans son article 33. Ce mécanisme permet d'inclure de nouvelles mesures dans les conventions fiscales dans le but de préserver les droits d'imposition du pays source dans le contexte des TIE.

Telle que la situation se présente en mars 2020, l'Instrument multilatéral devrait permettre de modifier 104 conventions fiscales bilatérales par suite de l'inclusion des conditions énoncées à l'article 9.1 de l'Instrument ainsi que 336 conventions fiscales par suite de l'inclusion de la disposition de l'article 9.4 de ce même Instrument, ce qui assurera la conformité de toutes ces conventions à la nouvelle formulation de l'article 13.4 du MCF de l'OCDE. Ce nombre devrait s'accroître à l'avenir au fur et à mesure que de nouveaux signataires adopteront les dispositions de l'article 9.4 de l'Instrument multilatéral.

⁵² Lors de la première période de signature de l'Instrument multilatéral, en juin 2017, la moitié des 69 pays participants ont émis une réserve au titre de la disposition en question, ce qui signifie qu'ils ne l'incluraient pas dans la version renégociée de leurs conventions.

C. L'article 13.4 en pratique⁵³

Cette sous-section présente une analyse préliminaire du FMI portant sur l'inclusion de l'article 13.4 dans les conventions fiscales selon la situation qui prévalait en 2015. De plus amples détails sont donnés à l'annexe.

Environ 35 % de toutes les conventions de double imposition (CDI) comprennent l'article 13.4⁵⁴, et font référence aux participations tirant indirectement leur valeur de biens immobiliers (graphique 2). Approximativement 60 % des CDI comportent une disposition concernant les plus-values imputables à des biens immobiliers, si l'on compte aussi les CDI qui n'incluent pas le terme « indirectement » (Wijnen et de Goede, 2014)⁵⁵.

L'inclusion de l'article 13.4 est un peu moins fréquente dans les CDI auxquelles sont parties des pays à faible revenu ou à revenu intermédiaire de la tranche inférieure, puisque leur proportion est de l'ordre de 31 % (graphique 2).

La probabilité que l'article 13.4 soit inclus dans une convention⁵⁶ est significativement :

- **plus faible**, d'environ six points de pourcentage, si l'une des parties à la convention est un pays à faible revenu riche en ressources naturelles. Ce constat est frappant et pourrait être préoccupant compte tenu de l'examen précédent.
- **plus faible**, d'environ 13 points de pourcentage, si l'une des parties à la convention est une juridiction appliquant de faible taux d'imposition. Ce constat est également préoccupant parce qu'il témoigne probablement de situations dans lesquelles il est des plus intéressant d'échapper à l'impôt dans le pays source en procédant à des transferts indirects.
- **plus forte, et augmente avec l'écart entre les taux d'imposition des plus-values appliqués par les partenaires à la convention**⁵⁷. Cela indique, en revanche, que le partenaire à la convention appliquant le taux d'imposition le plus élevé est conscient des possibilités offertes par les TIE d'éviter l'impôt. Cela n'a toutefois qu'un effet limité : un écart de 10 points de

⁵³ Cette section et l'analyse sous-jacente (présentée de manière plus détaillée à l'annexe D), ont été préparées par le FMI. Les données utilisées sont celles de 2015.

⁵⁴ Par « inclusion de l'article 13.4 », il faut entendre ici plus précisément l'inclusion d'un article analogue à l'article 13.4 des modèles de convention faisant explicitement référence au terme « indirectement ».

⁵⁵ Wijnen et de Goede (2014) ont analysé environ 1 800 conventions de double imposition et les protocoles portant modification à ces conventions conclues durant la période 1997-2013.

⁵⁶ Il s'agit, à l'évidence, d'un exercice rétrospectif qui ne donne pas nécessairement d'information sur la probabilité d'une inclusion future.

⁵⁷ Les taux d'imposition des plus-values varient considérablement selon les pays. À un extrême, 35 pays n'imposent pas les gains en capital des sociétés (c'est le cas notamment de Hong Kong, de la Malaisie, de Singapour et de certains pays riches en ressources comme Bahreïn et les Émirats arabes unis). À l'autre extrême, dix pays applique à ces gains un taux d'imposition de 35 % (c'est le cas, notamment, de l'Argentine et des États-Unis) et même de 36 % dans le cas de Suriname.

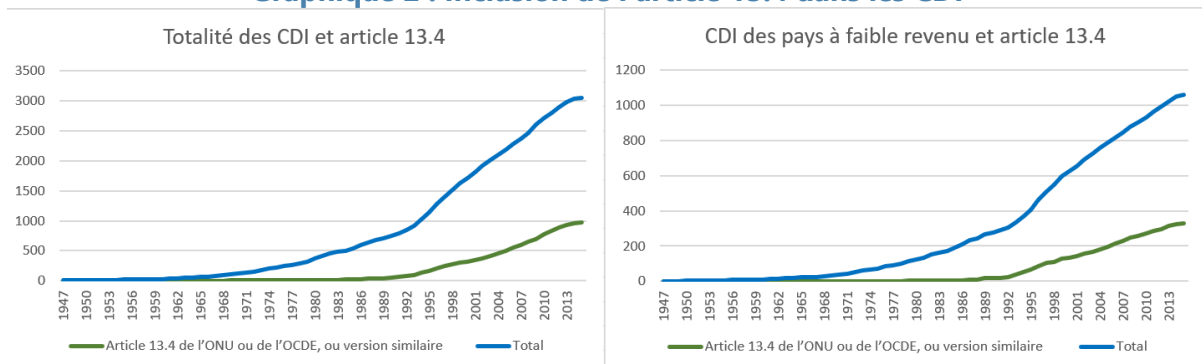
pourcentage entre les taux d'imposition des plus-values n'accroît que d'environ 4 points de pourcentage, en moyenne, la probabilité de l'inclusion de l'article 13.4 dans la convention.

- **et augmente au cours du temps.**

Pratiquement aucun pays signataire de plusieurs conventions n'inclut l'article 13.4 dans l'intégralité d'entre elles — ce qui signifie qu'il existe des facteurs de vulnérabilité qui peuvent découler du montage de TIE dans le but d'exploiter les dispositions des conventions même lorsque le pays source L est manifestement conscient qu'il est possible d'imposer ses plus-values. Comme le montre le graphique 3, plusieurs pays, y compris plusieurs pays en développement, n'ont inclus l'article 13.4 dans aucune de leurs conventions.

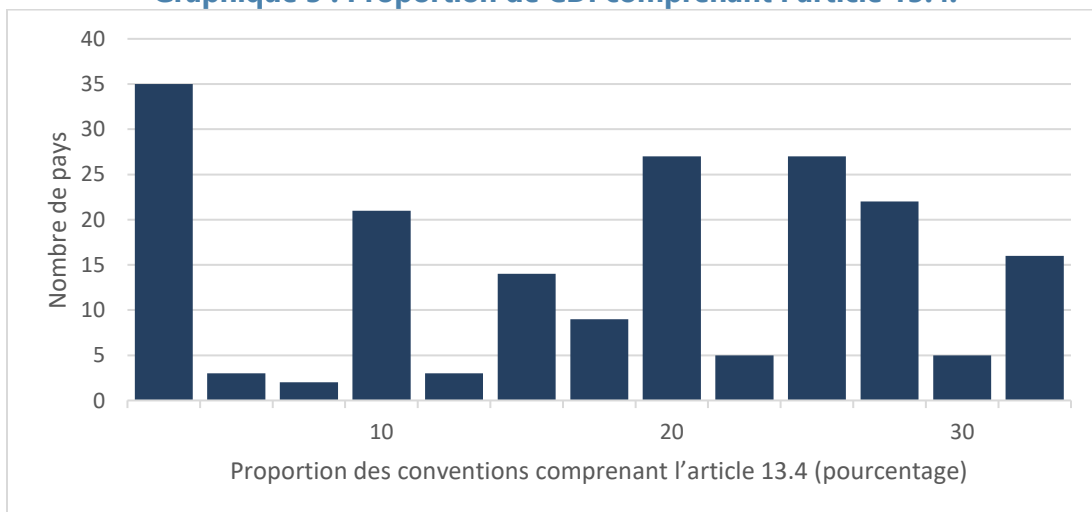
L'article 13.5 du Modèle de convention de l'ONU figure dans environ 22,5 % des conventions fiscales. Il n'existe pas de lien manifeste entre l'inclusion de l'article 13.4 et celle de l'article 13.5 : certaines conventions n'incluent que l'une d'entre elles, d'autres contiennent les deux.

Graphique 2 : Inclusion de l'article 13.4 dans les CDI



Note : les pays à faible revenu comprennent les pays à revenu intermédiaire de la tranche inférieure riches en ressources naturelles telles que ces catégories sont définies sur la base de la classification de la Banque mondiale. L'annexe A décrit ces CDI.

Graphique 3 : Proportion de CDI comprenant l'article 13.4.



V. PROBLÈMES D'APPLICATION ET OPTIONS

Le problème fondamental posé par les TIE, sur le plan juridique ou structurel, tient au fait que, aux termes du contrat, l'actif sous-jacent ne change pas de mains, de sorte que, sur la forme, aucune plus-value n'est directement réalisée au titre de cet actif dans le pays dans lequel il est situé. Ce sont les actions ou un intérêt comparable dans l'entité qui détient l'actif, directement ou indirectement, qui changent de mains ; l'action ou l'intérêt est — dans les situations considérées — détenu et transféré dans un autre pays qui est soit le pays de résidence du cédant, soit un pays tiers. Diverses situations peuvent se produire.

Cette section présente les options de mise en œuvre pour l'imposition des TIE ainsi que les défis que cela entraîne, si le pays le souhaite. L'emphase porte ici sur l'imposition des plus-values relatives à des biens immobiliers (y compris, par exemple, les droits miniers) situés dans un pays source (c'est-à-dire le pays dans lequel se trouve le bien). Cette section fournit également des orientations sur l'imposition des plus-values résultant d'une participation notable au capital d'une société résidente du pays source.

Comme indiqué précédemment, les deux modèles de convention prévoient qu'il y a droit d'imposition lorsque plus de 50 % de la valeur des actions ou des intérêts transférés proviennent d'un bien immobilier situé dans le pays source. Afin de déterminer si la valeur de la participation provient principalement (pour plus de 50 %) du bien immobilier, il est généralement nécessaire d'établir la valeur de ce bien (l'actif pertinent) par comparaison à celle de l'intégralité des biens appartenant à l'entité (ensemble des actifs) abstraction faite des dettes et autres passifs de cette dernière. Le choix des valeurs qui doivent être utilisées à cette fin revêt une importance cruciale. Les valeurs comptables sont généralement basées sur les coûts d'acquisition historiques, et non sur les valeurs du marché à la date de cession des actifs pertinents, qui sont indiqués plus exactement dans les rapports d'évaluation pertinents, établis au moment de la cession. La détermination des actifs qui doivent être considérés comme des biens immobiliers à cette fin doit de surcroît être basée sur la définition de l'article 6 de la convention fiscale pertinente et du droit interne du pays dans lequel se trouve le bien. Le paragraphe 1 de l'article 6 prévoit que les biens mobiliers accessoires aux biens immobiliers sont également à considérer en tant que biens immobiliers. Enfin, il ne faut pas oublier que, bien que seule la valeur des actifs (et non celle des passifs correspondants ou des dettes y afférentes) soit prise en compte, l'injection de liquidités ou d'autres instruments financiers sous forme de prêt ou de prise de participation, ou même d'actifs financiers (par exemple des participations dans le cadre d'un accord de mise en pension) peu de temps avant la cession peut avoir des répercussions notables sur la proportion considérée au regard du seuil de 50 % parce que ces sommes ou autres valeurs sont prises en compte dans le processus de détermination. C'est pour cette raison que les modèles de convention fiscale de l'OCDE et de l'ONU ont été tous deux modifiés de manière à inclure une période de 365 jours qui a pour objet de réduire le risque d'une telle manipulation à une date proche de la cession de l'actif, qui aurait sinon des répercussions sur l'allocation des droits d'imposition.

Même lorsque ce critère est rempli, étant donné qu'un TIE est réalisé en dehors du pays source (entre un vendeur non-résident et un acheteur qui peut également être un non-résident), le pays source peut éprouver d'importantes difficultés à collecter l'impôt⁵⁸. Cette section du rapport vise à présenter des directives pratiques pour la conception d'instruments juridiques qui pourraient permettre d'imposer les plus-values et aider l'administration fiscale à appliquer et à recouvrer l'impôt. Les instruments juridiques considérés dans cette section sont, pour l'essentiel, des dispositions de droit interne. Cela s'explique par le fait que même si les conventions fiscales pertinentes maintiennent les droits d'imposition du pays source conformément à l'article 13.4 des modèles, il est essentiel que le droit interne de ce pays comporte des dispositions habilitantes de ce type.

A. Aperçu des principes de conception et de rédaction juridiques : deux modèles

Il est crucial que le cadre de la législation fiscale interne comporte une règle concernant l'imposition des transferts indirects ainsi que des règles appropriées permettant de recouvrer l'impôt correspondant. Une convention ne peut pas créer ces droits d'imposition ni ces mécanismes d'application s'ils n'existent pas déjà dans la législation nationale.

Un pays souhaitant imposer un TIE doit considérer un certain nombre d'éléments conceptuels fondamentaux. Chacun de ces éléments donne lieu à des considérations juridiques et présente des aspects particuliers au contexte d'un pays source dont le régime fiscal est conforme aux normes internationales de résidence et de source en vigueur. Ces principaux éléments peuvent être récapitulés comme suit :

- 1. Conception de la règle d'assujettissement à l'impôt :** il existe deux modèles principaux en ce domaine :
 - **Modèle 1 (imposition d'une cession présumée directe par un résident) :** ce modèle a pour objet d'imposer l'entité locale qui détient directement l'actif en question en considérant qu'elle cède et rachète ses actifs à leur valeur de marché lorsqu'il survient un changement du contrôle de cette entité (par exemple du fait d'une cession à l'étranger d'actions ou de droits comparables). Ce modèle prend en compte le fait qu'une plus-value a été réalisée par suite du transfert indirect provoqué par le changement de contrôle. Le contribuable pertinent, dans ce modèle, n'est pas l'entité qui procède à la vente des actions, mais l'entité qui possède effectivement les actifs dont les actions vendues tirent leur valeur. Ce modèle doit s'appuyer sur une règle dite de cession et de réacquisition réputée des actifs dont les parts effectivement cédées tirent leur valeur.
 - **Modèle 2 (imposition du vendeur non résident) :** ce modèle a pour objet d'imposer le vendeur non résident au titre des actions ou des droits comparables pertinents grâce à

⁵⁸ Toledano *et al.* (2017) citent des exemples dans lesquels les autorités du pays où se trouvait l'actif ne savaient pas qu'un transfert indirect avait été réalisé (même si dans l'un de ces cas l'État détenait une participation de 20 % dans l'entité transférée).

l'application d'une règle d'assujettissement fiscal des non-résidents. Ce modèle doit s'appuyer, directement ou implicitement, sur une **règle de la source du revenu**, selon laquelle un revenu a sa source dans le pays où l'actif immobilier est situé lorsque la valeur des droits cédés provient principalement, directement ou indirectement, de biens immobiliers situés dans ce pays. Il serait aussi possible d'envisager une règle de la source pour les gains tirés de la cession d'autres actifs, comme expliqué à la section II – notamment les participations substantielles dans des sociétés résidentes. Une règle de la source du revenu pourrait de surcroît être associée à une **règle sur les actifs imposables** permettant de déterminer si l'impôt ne doit porter que sur les cessions d'intérêts substantiels (par exemple une règle fixant un seuil de 10 % des participations), de manière à exclure du champ d'application de l'impôt les modifications de la propriété d'investissements passifs. La règle peut aussi prescrire si les plus-values seront intégralement imposées lorsque la valeur de l'intérêt indirect ne provient pas entièrement de biens immobiliers locaux ou, inversement, que les plus-values sont imposées au prorata. Chaque conception juridique considérée en application de cette règle est examinée et expliquée plus en détail ci-après.

Les deux modèles ne sont pas nécessairement mutuellement exclusifs. Toutefois, s'ils étaient tous deux adoptés, il serait nécessaire d'établir une règle de préséance claire de manière à éviter qu'ils ne soient appliqués simultanément.

2. Conception des règles d'application/de recouvrement. Ces règles revêtent un caractère essentiel, car elles appuient l'application et le recouvrement de l'impôt. Elles peuvent inclure un ou plusieurs des éléments suivants :

- a) des mécanismes de notification/de communication et d'échange de renseignements (notamment pour assurer le respect des obligations de communication d'informations au niveau national en même temps que, si nécessaire, des accords internationaux d'échange de renseignements) ;
- b) des mécanismes de retenue à la source (par exemple lors du paiement du prix d'achat) ;
- c) des mécanismes imposant une obligation fiscale à l'entité pertinente du pays (par exemple en sa qualité de mandataire d'un vendeur non résident) ; et/ou
- d) d'autres protections juridiques, comme la limitation de l'enregistrement, du renouvellement ou de la validité des actifs sous-jacents pertinents (par exemple des permis d'extraction), à moins que les obligations de notification applicables aient été remplies et/ou jusqu'à ce qu'il ait été établi qu'aucun impôt n'est exigible, que l'impôt considéré a été réglé ou que des modalités satisfaisantes ont été adoptées pour le paiement de ce dernier.

Une règle générale anti-abus pourrait être appliquée en dernier ressort dans le but d'imposer une plus-value tirée d'un TIE dans des conditions appropriées. Il peut être toutefois difficile à des pays ayant des capacités administratives réduites de recourir à ce type de règle. Certains pays ont adopté des mécanismes d'imposition fonctionnant de manière similaire à une règle spécifique anti-abus en faisant abstraction de la structure de contrôle à plusieurs niveaux et en considérant que le vendeur non résident des intérêts est le vendeur des actifs situés dans le pays, qui réalise une plus-value de source locale. La Chine a adopté une approche de ce

type. Le succès de son application dépend en définitive : i) de la conception et de la formulation de la règle spécifique anti-abus, dont la mise en œuvre relève souvent moins de règles que d'actions discrétionnaires ; et ii) de la capacité de l'administration fiscale d'appliquer une telle règle de manière équitable et prévisible⁵⁹. Ce type de règle ne serait d'application que dans la mesure où il pourrait être établi que la transaction fût motivée par un désir d'évitement fiscale. Ces règles n'impliquent donc pas que la plus-value considérée est imposable, par principe, sur la base d'un droit d'imposition bien établi dans le pays et a une portée nettement plus limitée.

L'échantillon de dispositions législatives internes présenté dans cette section a un caractère général et repose sur des dispositions juridiques simplifiées fondées sur des règles. Il est important de noter que ces dispositions ne tiennent pas compte des particularités des différents systèmes fiscaux et n'ont pas été adaptées à toutes les situations pertinentes (notamment les réorganisations d'entreprise) ni aux concessions qui sont généralement accordées (par exemple dans le cadre d'un régime d'imposition des plus-values lorsqu'il est jugé approprié de différer la réalisation d'une plus-value imposable). Les dispositions législatives simplifiées ne couvrent pas non plus de manière détaillée des questions plus complexes telles que les actionnaires minoritaires, les coentreprises, les problèmes d'évaluation, le traitement des pertes, les actions cotées et d'autres problèmes de double imposition pouvant survenir dans des circonstances particulières. Il convient par ailleurs, à moins qu'il existe de fortes raisons de procéder autrement, de n'appliquer l'un ou l'autre modèle que de manière prospective (et non rétroactive) (par exemple à des opérations effectuées après l'annonce des modifications par opposition à des opérations réalisées au cours d'années fiscales antérieures à cette annonce), et il est aussi possible d'envisager d'appliquer des dispositions transitoires (par exemple en considérant que le prix de base du marché des actifs considérés est la valeur observée à la date d'entrée en vigueur du nouveau modèle d'imposition). Il importe que les dispositions finales que doit adopter le pays source dans le but de pouvoir imposer les TIE soient établies compte tenu de la tradition et du système juridique, de l'organisation politique et administrative ainsi que de la politique budgétaire du pays considéré.

Cet échantillon de dispositions juridiques a été conçu et formulé de manière à prévenir la double imposition par le pays source —c'est-à-dire éviter que le pays source n'impose à deux reprises la plus-value tirée d'un transfert d'actif dans les mains du même contribuable. Cette manière de procéder est conforme aux pratiques internationales habituellement suivies dans ce contexte. On pourrait également envisager de concevoir et de formuler des dispositions législatives qui limitent la double imposition résultant de l'imposition à plusieurs reprises des mêmes plus-values au niveau de différents contribuables par suite de la réalisation de plus-values sur des participations intermédiaires aux divers niveaux de propriété indirecte. Il importe, à cette fin, de comptabiliser la valeur fiscale des actifs pertinents (par exemple chaque participation intermédiaire) à sa valeur de marché chaque fois qu'une plus-value imposable est réalisée ; la législation pourrait toutefois aussi disposer que les plus-values au niveau de chaque actif

59 Voir Waerzeggers et Hillier (2016).

intermédiaire ne sont pas reconnues⁶⁰. Les dispositions de ce type sont plus complètes mais elles sont aussi plus difficiles à appliquer et à administrer de sorte qu'elles n'ont pas été incluses dans l'échantillon de dispositions législatives internes présenté dans cette section. Pour les fins de dispositions prévus dans l'échantillon, le Pays L est, comme auparavant, le pays source.

B. Modèle 1 : Imposition de l'entité résidant dans le pays source qui détient l'actif dans un modèle de cession présumée

Ce modèle vise à imposer le propriétaire d'un actif situé dans le pays source parce que le contrôle de l'actif qu'il détient a été modifié par la cession opérée à l'étranger d'une entité qui possède, directement ou indirectement, le propriétaire de l'actif considéré. Dans ce modèle, l'obligation fiscale au titre de la plus-value réalisée par le vendeur non résident est (unilatéralement) déclenchée à l'égard de l'entité résidente locale détenant l'actif par un ensemble spécifique de dispositions législatives internes, sans recours primaire à des règles internationales sur la source du revenu ou à des règles fiscales internationales plus larges (comme les règles d'attribution des conventions fiscales). Cette méthode a été adoptée par un certain nombre de pays source comme le Népal, le Ghana et la Tanzanie.

L'encadré 5 présente un échantillon de dispositions législatives à l'appui de ce modèle de cession présumée.

Encadré 5 : Changement de contrôle

- 1) La sous-section 3 s'applique lorsque la structure de propriété directe ou indirecte d'une entité mentionnée à la sous-section 2) se modifie de plus de 50 % par rapport à ce qu'elle était à tout moment quelconque dans une période couvrant les trois années précédentes.
- 2) Une entité à laquelle s'applique la sous-section 1) est une entité dont, à tout moment quelconque au cours des 365 jours précédant le changement de propriété sous-jacente considéré, plus de 50 % de la valeur des actions ou participations similaires émis par cette entité provient, directement ou indirectement, d'un bien immobilier situé dans le Pays L.
- 3) Lorsque cette sous-section s'applique, l'entité est réputée :
 - a) Avoir réalisé la totalité de son actif et son passif immédiatement avant le changement de contrôle ;
 - b) Avoir cédé la propriété de chaque actif pour un montant égal à la valeur de marché de l'actif au moment de la réalisation ;
 - c) Avoir réacquis l'actif et versé au titre de cette acquisition le montant indiqué au paragraphe b) ;

⁶⁰ Cette méthode d'application est utilisée par la Chine.

- | |
|---|
| d) Avoir réalisé chaque élément de passif et être réputé avoir dépensé un montant égal à la valeur de marché de cet élément de passif au moment de la réalisation ; |
| e) Avoir reconstitué l'élément de passif pour le montant mentionné au paragraphe d). |

Le mode d'application de ce modèle peut être récapitulé comme suit :

- Le modèle a pour but d'imposer la plus-value non réalisée de l'entité qui détient l'actif local. Cette entité est en général résidente du pays source, ce qui confère à ce dernier le droit de l'imposer à la fois sur la base de la résidence et de la source. Le modèle vise à imposer la plus-value accumulée sur la totalité de l'actif lorsqu'un changement de contrôle a lieu par suite de la cession d'intérêts dont la valeur provient principalement (par exemple pour plus de 50 %) de l'actif (le bien immobilier situé dans le pays). Il importe aussi de reconnaître les moins-values lorsqu'aucune plus-value n'est comptabilisée, et de leur appliquer les règles d'utilisation des pertes pertinentes (le cas échéant). Il n'est pas rare que les plus-values non réalisées des résidents fiscaux soient imposées. L'exemple le plus récent de la taxation des plus-values non réalisées des sociétés est la règle d'imposition à la sortie de l'Union européenne, qui est en cours de mise en œuvre dans les 28 États membres⁶¹.
- L'obligation fiscale est déclenchée par le changement de contrôle, que ce changement résulte de la cession de parts ou de droits comparables dans le pays ou à l'étranger. Un changement technique, direct ou indirect, de la structure de propriété dû à une réorganisation ne doit pas engendrer une obligation fiscale. Ce point doit être précisé par l'inclusion d'exceptions soigneusement formulées concernant les situations qui ne doivent pas déclencher l'application de la règle d'obligation fiscale.
- L'obligation fiscale est aussi déclenchée quel que soit le montant de l'intérêt cédé mais, et cela est important, uniquement dans la mesure où la cession considérée est responsable du changement de contrôle (c'est-à-dire pour plus de 50 %) du fait de cette seule opération ou de son cumul avec des cessions antérieures. Aucun seuil minimal n'est donc fixé – qui ne déclencherait une obligation fiscale que si le changement de contrôle résultait de la cession d'une participation d'au moins 10 %, par exemple, dans l'actif. L'objectif est de limiter les possibilités d'évitement fiscal (par exemple, par le biais d'aliénations échelonnées) qui pourraient résulter de l'adoption d'un pourcentage de participation élevé en tant que dans ce modèle.
- Le changement de contrôle est établi selon la propriété directe ou indirecte, ce qui permet un suivi à travers les entités holding interposées entre l'entité détenant l'actif local et l'émetteur final des actions qui font l'objet de la cession effective. Une personne peut jouir

⁶¹ Cette règle a été adoptée en juin 2016 dans le cadre de la directive de l'Union européenne sur la lutte contre l'évasion fiscale. Elle déclenche l'imposition des plus-values non réalisées en cas de transfert de résidence fiscale de la société ou en cas de transfert d'actifs ou d'activités commerciales d'une juridiction à une autre. Elle dispose également, dans le but d'éliminer la possibilité d'une double imposition, que la valeur des actifs assujettis à cette règle doit être ajustée et qu'il est possible de reporter de manière temporaire ou progressive une partie du paiement de l'obligation fiscale en cas de problème de liquidité.

des avantages de la propriété d'un actif parce qu'elle en a la propriété économique/effective ou la propriété juridique. Les dispositions pertinentes dans ce domaine pourraient donc inclure des définitions des termes « propriété » ou « changement de propriété » à ces fins particulières de manière à éviter une interprétation trop restrictive (c'est-à-dire strictement formelle) du concept de propriété. Il serait sinon facile de contourner ce modèle en créant des structures pouvant donner lieu à des changements de propriété économique ou effective mais non de la propriété juridique qui continuerait de revenir aux mêmes entités juridiques.

- Lorsqu'un changement de contrôle a lieu, le modèle considère que l'entité détenant l'actif local cède ses actifs à leur valeur de marché. La valeur de marché des actifs locaux qui sont réputés être vendus peut être déterminée par des moyens administratifs faisant intervenir des hypothèses et des ajustements basés sur le prix de vente des actions en question, puisque leur valeur est censée provenir des actifs locaux. Il est aussi possible d'adopter et d'appliquer une règle de répartition permettant d'imputer comme il se doit le montant acquitté pour les actions (si l'on suppose que cette cession est effectuée de manière indépendante) aux différents actifs détenus par l'entité locale. En pratique, toutefois, ces exercices d'évaluation sont jugés complexes, en particulier lorsque les actifs se rapportant aux biens immobiliers sous-jacents tirent leur valeur du cours des matières premières, d'intrants fournis à l'échelon central (comme des compétences managériales et techniques) et d'autres actionnariats de groupe. Le pays source peut de surcroît conforter une législation interne basée sur le modèle 1 en imposant une obligation de déclaration du prix des actions à l'entité résidente. Aux fins de la détermination de la valeur de marché, il est important de noter que les actifs de l'entité doivent être évalués de manière globale en tant qu'entreprise en activité, ce qui a pour effet de refléter aussi leur valeur lorsque cette dernière n'est pas manifestement imputable à un actif particulier enregistré dans les états financiers (qui suivent une approche plus restrictive de l'enregistrement des actifs au bilan). Si seuls les actifs inscrits dans les états financiers étaient pris en compte, une proportion importante de la valeur des actifs de la société ne serait pas considérée aux fins de l'impôt et l'objectif de politique fiscale de cette mesure pourrait ne pas être atteint. Il pourrait être nécessaire, dans ce cas, d'établir des règles et des lignes directrices de comptabilité fiscale régissant la manière de prendre en compte la réévaluation d'un actif ainsi que son imposition ultérieure, en incluant l'amortissement des catégories pertinentes d'actif.
- Toutefois, sur le plan fiscal, la cession n'est que présumée (et non effective). L'entité détenant l'actif local en reste donc la propriétaire légale après que la cession ait été considérée avoir eu lieu. Afin d'éviter la double imposition, le modèle considère que l'entité détenant l'actif local le réacquiert à sa valeur de marché. Cela signifie que le coût fiscal de l'actif est porté à la valeur de marché — ce qui est important pour s'assurer qu'il n'y a pas double imposition dans le pays source en cas d'autre changement de contrôle. Cette réévaluation a pour effet de neutraliser la double imposition dans le pays source. Elle permet aussi, à terme, d'atténuer le risque de double imposition économique internationale — non pas par un allègement immédiat accordé au même contribuable, mais par la réduction des effets économiques de cette possibilité de double imposition internationale au niveau de l'entité propriétaire des actifs pertinents, lorsque les valeurs ajustées des actifs sont prises en compte dans la détermination de la base d'imposition par l'intermédiaire de l'amortissement ou d'autres déductions liées aux valeurs des actifs pertinents.

- Dans le cadre de ce modèle, le passif est également ajusté pour faciliter la gestion administrative. Il s'ensuit que l'intégralité du bilan, pas seulement les avoirs de l'entité détenant l'actif local, est recalculé car, sinon, le passif serait enregistré à sa valeur historique, ce qui compliquerait le respect des obligations. Dans ce modèle, aucune plus-value ou moins-value au titre d'un élément de passif ne serait normalement réalisée si la valeur de ce dernier est égale à sa valeur nominale.

Comme indiqué précédemment, ce modèle est constitué d'un ensemble de dispositions législatives simplifiées qui ne couvrent pas des questions plus complexes comme les réorganisations de société, les actionnaires minoritaires, les coentreprises, les problèmes d'évaluation, les actions cotées et le traitement des pertes. La série de dispositions qui sera adoptée en fin de compte dans le pays source devra être adaptée à la situation particulière de ce pays, notamment ses politiques fiscales intérieures et internationales. Ces diverses dispositions pourraient comporter des règles d'exclusion, de manière à répondre à des préoccupations légitimes – suscitées, par exemple, par un scénario dans lequel le changement de propriété est dû à un appel à l'épargne publique, qui ne procure aucun avantage direct sous forme de revenus réalisés par suite de la cession d'actions, mais qui a pour objectif de lever des capitaux qui permettront de financer le développement des projets sous-jacents aux périodes à venir. Si le présent modèle était appliqué à un tel scénario, les nouveaux actionnaires enregistreraient immédiatement une chute de la valeur de leur investissement proportionnel à l'impôt déclenché par l'appel à l'épargne publique.

Règles d'application/de recouvrement

Dans ce modèle, l'entité détenant l'actif local reste soumise aux règles ordinaires de conformité fiscale applicables aux contribuables résidents, sans qu'il soit nécessaire de recourir à des règles spécifiques d'application et de recouvrement — ou à l'assistance au recouvrement prévue par les conventions — pour surmonter les difficultés manifestes que pose le recouvrement de l'impôt quand des opérations ont lieu entre deux non-résidents. Ce modèle permet à l'administration fiscale du pays source d'appliquer l'intégralité de ses mesures de mise en application à l'entité détenant l'actif local (par exemple une pénalité pour non-déclaration et non-paiement de l'impôt au titre du gain présumé, et l'emploi des moyens habituels à sa disposition, comme la saisie ou le gel des actifs locaux et leur cession afin de couvrir le montant dû au titre de l'impôt). Le modèle 1 exige toutefois que des directives administratives claires et, peut-être même aussi, détaillées soient formulées aux fins de l'établissement de la méthode d'évaluation ou de l'approche administrative pertinente qui doit être suivie pour déterminer les valeurs de marché appropriées. Celles-ci doivent assurer la clarté et la certitude du contexte fiscal dans lequel opèrent les contribuables et fournir aux administrations fiscales certaines directives quant à l'administrer cette approche.

Avantages et inconvénients du modèle 1

Les principaux avantages de ce modèle sont les suivants :

- Le modèle accroît la capacité d'application et de recouvrement puisque la plus-value imposable est réputée avoir été réalisée par l'entité détenant l'actif local (et non par un non résident). Cela signifie que l'administration fiscale peut appliquer l'intégralité de ses mesures de mise en application de l'impôt à cette entité.
- Un nouveau changement de contrôle ne devrait pas provoquer de double imposition dans le pays source parce que la base imposable des actifs locaux qui sont réputés avoir été cédés a été relevée et portée à sa valeur de marché dans les mains de l'entité détenant l'actif local.
- Dans le modèle de cession présumée, la plus-value est une plus-value de source locale réalisée par une entité résidente locale. Le droit d'imposition du pays source ne devrait donc pas être modifié par une convention fiscale.

Les principaux inconvénients de ce modèle sont les suivants :

- Selon certains, l'existence d'une convention fiscale pourrait imposer certaines limites puisque l'application de l'impôt est, fondamentalement, une imposition dans le pays source déclenchée par une cession d'intérêts opérée à l'étranger (par exemple d'actions). Il est toutefois maintenant clairement établi qu'aucune limite ne peut être imposée au droit des pays d'imposer leurs propres résidents fiscaux, comme en témoignent les récentes modifications apportées aux MCF de l'OCDE et de l'ONU — à savoir l'inclusion du paragraphe 3 de l'article 1 qui confirme le principe général selon lequel la Convention n'affecte pas l'imposition par un État contractant de ses résidents, sauf dans certains cas et énumère les dispositions au titre desquelles ce principe n'est pas applicable⁶².
- D'autres dispositions anti-abus, comme celles de la norme minimale du Projet BEPS pour lutter contre le chalandage fiscal, peuvent être considérées lorsqu'un transfert indirect est motivé par le désir d'éviter l'impôt. Il peut s'agir de l'adoption d'un article de limitation des avantages et/ou d'un critère d'objet principal, de préférence dans une convention fiscale ou, si cela est approprié, dans une législation interne s'imposant à une convention fiscale, si le cédant non résident est une société située dans un pays signataire de la convention dans le but d'obtenir les avantages liés à celle-ci (en supposant qu'il n'existe dans la législation nationale aucune limitation constitutionnelle à agir de la sorte).
- Il pourrait y avoir une double imposition si le pays de résidence du cédant étranger des droits transférés imposait les gains réalisés par le cédant sur la vente. Dans ce cas, il n'y aurait pas d'allègement fiscal dans le pays du cédant, car c'est l'entité détenant l'actif local qui serait redevable de l'impôt dans le pays source et non le cédant étranger qui, dans ce modèle, n'est aucunement imposé par le pays source. Ce problème de double imposition ne se pose toutefois pas lorsque le pays de résidence du cédant étranger applique un système de fiscalité territoriale ou exclut de toute autre manière les plus-values d'origine étrangère de sa base d'imposition intérieure (par exemple au moyen d'une exemption de

⁶² Pour plus de détails, voir le Commentaire sur l'article 1 paragraphe 3 des MCF de l'OCDE et de l'ONU.

participation ou parce que le pays de résidence applique des taux d'imposition faibles sinon nuls). Les pays de résidence ont actuellement tendance à adopter un régime de fiscalité à caractère plus territorial, ou à évoluer dans cette direction. Lorsque le présent modèle est source de double imposition internationale, il importe de noter qu'il s'agit d'une double imposition économique — faisant intervenir, d'une part, une entité cédante (qui peut elle-même impliquer plusieurs pays) — et, d'autre part, l'entité propriétaire des actifs pertinents. Bien que les normes internationales actuelles ne comportent aucun mécanisme particulier permettant d'éliminer ce type de double imposition économique, il faut noter que les pays concernés ont néanmoins la possibilité de procéder à des négociations bilatérales dans le cadre d'une procédure amiable ainsi que prévu au paragraphe 3 de l'article 25 des MCF de l'OCDE et de l'ONU. Par ailleurs, comme indiqué précédemment, l'effet économique de cette double imposition économique s'atténue au cours du temps par suite des avantages conférés par la réévaluation des actifs pertinents dans la juridiction qui applique ce modèle.

- Sachant que l'entité détenant directement l'actif ne reçoit pas le produit du transfert des actions ou participations similaires, il peut s'avérer difficile de recouvrer effectivement les impôts si cette entité n'a pas les liquidités nécessaires pour régler le montant qu'elle doit à ce titre. En pratique, toutefois, on peut s'attendre à ce que les parties (en particulier l'acquéreur) prennent des mesures pour s'assurer que l'entité détenant l'actif local a suffisamment de fonds pour s'acquitter de son obligation, afin d'éviter que l'administration fiscale exerce des voies d'exécution contre les actifs détenus localement. (Ces mesures pourraient par exemple consister à obtenir du cédant qu'il place le montant de l'obligation fiscale de l'entité propriétaire de l'actif local dans un fonds (par exemple sous la forme d'un prêt) et qu'il donne instruction à l'acquéreur de verser une fraction du prix d'achat directement à l'entité propriétaire de l'actif local à la date de règlement de l'opération de vente pour régler ce prêt). Il est possible de remédier aux répercussions négatives sur les liquidités de l'imposition d'une obligation fiscale immédiate en repoussant l'obligation de paiement pendant un temps relativement bref ou de l'étaler sur une période de trois à cinq ans de manière à permettre au contribuable d'honorer son obligation — qui peut être importante — notamment si l'on considère la capacité contributive de ce dernier puisque le revenu a, de fait, été obtenu par le vendeur non résident.
- Cette approche remet en cause la distinction juridique entre l'entité détenant l'actif local et les niveaux concernés des entités mères. Par ailleurs, en l'absence d'accords d'actionnaires principaux, cette démarche a pour effet de systématiquement exposer les actionnaires minoritaires à l'obligation fiscale sous-jacente lorsque l'obligation est déclenchée par la cession par un actionnaire majoritaire de participations de contrôle. Les actionnaires minoritaires demeurant bénéficieraient toutefois également de l'ajustement à la valeur du marché des actifs locaux (compte tenu de tout actif amortissable) détenus par l'entité propriétaire de l'actif local.
- Cette approche exige, en pratique, que l'entité détenant l'actif local suive les

changements apportés à la structure de sa propriété.

Les avantages présentés par le modèle 1 — la facilité relative avec laquelle il peut être appliqué et la simplicité de l’ajustement de la base imposable qui doit être effectué — peuvent être particulièrement attractifs pour les pays dont les capacités sont limitées.

Il convient de noter que, dans ce modèle, les règles de source du pays dans lequel se trouve l’actif (Pays *L*) doivent être conçues et rédigées de manière à éviter que le TIE qui déclenche un changement de propriété ait sa source dans le Pays *L*. Il serait aussi possible d’établir une règle relative à l’ordre d’application établissant clairement les situations dans lesquelles s’appliqueraient, respectivement, la règle de la source et la règle de cession présumée de manière à éviter que les deux règles ne soient appliquées simultanément. Sinon, si l’on considérait que la cession effective des droits à l’étranger a sa source dans le Pays *L*, il en résulterait une double imposition de la même opération au même endroit, du fait à la fois de l’imposition présumée du résident et de celle du non-résident cédant effectif. Une règle fiscale conçue et rédigée de manière à imposer l’obligation fiscale première au cédant non résident des droits concernés et non au détenteur de l’actif local (selon un modèle d’imposition des non-résidents) est examinée ci-après dans le contexte du Modèle 2.

C. Modèle 2 : imposition du cédant non résident

Dans ce modèle⁶³, le Pays *L* souhaite imposer le cédant non résident parce que le transfert génère une plus-value dont la source est dans le Pays *L*. Les pays qui ont décidé d’imposer les TIE suivent le plus souvent ce modèle (ou l’une de ses variantes). Dans ce dernier, les règles relatives à la source sont une composante fondamentale servant à déclencher l’obligation fiscale dans le pays source. Cela s’explique par le fait qu’un non résident n’est normalement⁶⁴ assujéti qu’à l’impôt sur les revenus ayant leur origine dans le pays source considéré. Il est donc possible d’appliquer, par exemple, une règle relative à la source similaire à celle présentée dans l’encadré 6 ci-après pour imposer un non-résident sur la plus-value résultant de la cession d’un intérêt indirect dans un bien immobilier situé dans le pays source *L*.

Encadré 6 : Règle relative à la source

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

- a) Tout gain tiré de la cession:
 - (i) d’un bien immobilier dans le Pays *L*;
 - (ii) d’actions ou de participations similaires si, à un moment quelconque au cours des 365 jours précédents leurs ventes, plus de 50 % de la valeur des actions ou participations similaires provient, directement ou

⁶³ Voir aussi Toledano *et al.* (2017) pour une explication de la conception et de l’application du Modèle 2.

⁶⁴ On part, ici de l’hypothèse que le système fiscal du pays source est basé sur des normes internationales comme celles figurant dans les modèles de convention – mais incluses dans la législation interne/les règles de source du revenu de ce pays.

indirectement par l'intermédiaire d'une ou de plusieurs entités interposées, d'un bien immobilier situé dans le Pays L.

Comme indiqué précédemment, il est possible de conjuguer la règle relative à la source à une règle sur les actifs imposables. La pratique, telle qu'elle ressort de l'article 13.4 des modèles de convention fiscale de l'OCDE et de l'ONU, consiste à imposer la totalité du gain lorsque la valeur de l'intérêt indirect est principalement (par exemple pour plus de 50 %) attribuable au bien immobilier local. Dans ce cas, il est possible de se fonder simplement sur la règle relative à la source (voir ci-dessus). Une règle sur les actifs imposables pourrait toutefois aussi confirmer et appuyer ce traitement en prévoyant de manière similaire que la totalité du gain est imposable lorsque la valeur de l'intérêt indirect provient principalement (par exemple pour plus de 50 %) d'un bien immobilier local. La règle relative aux actifs imposables pourrait aussi être conçue et rédigée de manière à s'appliquer de façon proportionnelle (par exemple, en ne donnant lieu à l'imposition que de la partie des gains imputable au bien immobilier local, par opposition à leur montant total) ou sur *une base au prorata* modifiée dès lors qu'un certain seuil est atteint (par exemple 20 % et non 50 % ou plus). Le Kenya, par exemple, a adopté un mécanisme au prorata modifié de ce type pour le secteur extractif. Quand un tel seuil plus faible est adopté, il convient généralement de n'imposer que sur une base proportionnelle. L'encadré 7 ci-après donne un exemple de dispositions législatives nationales illustrant les deux approches.

Encadré 7 : Règle relative aux actifs imposables : imposition intégrale et au prorata

1) Le revenu imposable d'une personne comprend les plus-values provenant de la cession d'actions ou de participations similaires si, à un moment quelconque au cours des 365 jours précédant la réalisation de ces plus-values, plus de 20 % de la valeur de ces actions ou participations provient, directement ou indirectement par l'intermédiaire d'une ou de plusieurs entités interposées, d'un bien immobilier situé dans le Pays L.

2) En application de la sous-section (1), le montant de la plus-value à inclure dans le revenu imposable est :

a) si les actions ou les participations similaires tirent ou ont tiré à un moment quelconque au cours des 365 jours précédant la réalisation, plus de 50 % de leur valeur, directement ou indirectement, d'un bien immobilier situé dans le pays L, l'intégralité de la plus-value;

b) dans tous les autres cas, le montant est calculé au moyen de la formule suivante:

$$A \times B/C$$

où -

A est le montant de la plus-value;

B est la valeur des actions ou des participations similaires tirée, directement ou indirectement, d'un bien immobilier situé dans le Pays L; et

C est la valeur totale de l'intérêt.

Il importera de tenir compte, lors de l'élaboration et de l'application de toute disposition législative interne, des obligations résultant des conventions fiscales existantes. Toutefois, comme indiqué précédemment, le droit d'imposer les plus-values réalisées sur des transferts indirects à l'étranger qui proviennent principalement (par exemple pour plus de 50 %) de biens immobiliers locaux est généralement préservé dans l'article 13.4 des modèles de convention fiscale de l'OCDE et de l'ONU. Les deux MCF permettent au pays source d'imposer les plus-values tirées de la cession de sociétés holding interposées à différents niveaux. Il est important que les dispositions législatives internes du pays source soient conçues et rédigées de façon à préserver ce droit d'imposer les intérêts pertinents qui tirent plus de 50 % de leur valeur, directement ou indirectement, d'un bien immobilier situé dans le pays source, comme le permettent les MCF. Comme indiqué précédemment, les aspects, sur le plan de l'évaluation, du calcul de ce seuil de 50 % revêtent une importance cruciale et il se peut que l'administration fiscale doive émettre des directives concrètes permettant de déterminer les actifs qui doivent être considérés comme des biens immobiliers aux fins de cette disposition ainsi que les méthodes d'évaluation qui doivent être employées, et d'établir si les liquidités et les équivalents de liquidités doivent être pris en compte, en particulier lorsque ces dernières ont été injectées dans la société peu de temps avant la cession. Il serait approprié, à cette fin, d'adopter un critère de calendrier, comme le prévoit l'article 13.4 des MCF de l'OCDE et de l'ONU, de manière à prévenir des opérations abusives ayant pour objet de réduire la valeur proportionnelle du bien immobilier.

Il importe également de se demander si la règle relative aux actifs imposables doit définir — et éventuellement limiter — la portée de l'intérêt devant être assujéti à l'impôt. Trois options peuvent être considérées à cet égard : i) l'imposition d'une obligation fiscale au titre de la cession de tous les intérêts (y compris ceux qui représentent une fraction inférieure au seuil minimum), tant que plus de la moitié de la valeur des intérêts cédés provient de cet actif ; ii) l'imposition d'une obligation fiscale au titre uniquement de la cession d'intérêts plus importants (représentant, par exemple, au moins 10 % de l'actif) ; et/ou iii) l'application éventuelle, à titre de recours, d'un seuil minimum basé sur la valeur nominale des intérêts (en application de laquelle, par exemple, seuls seraient imposés les intérêts ayant une valeur égale à au moins 1 million de dollars). En cas d'adoption d'un seuil établi en pourcentage des intérêts, il serait possible de considérer de fixer ce dernier à 10 %, cette fraction étant la norme internationale retenue pour distinguer les participations actives des investissements de portefeuille. L'adoption de tels seuils pourrait contribuer à limiter les coûts de conformité et faciliter l'administration de l'impôt. Il importe toutefois de formuler avec soin la règle établissant un seuil d'intérêts de façon à préserver l'objectif stratégique de son adoption et limiter les possibilités d'évitement fiscal par le biais d'aliénations échelonnées (c'est-à-dire de la cession de plusieurs blocs d'actions représentant chacun un intérêt inférieur à 10 %).

Enfin, les pays peuvent accorder des exemptions à l'application de l'article 13.4 des MCF de l'OCDE et de l'ONU à certaines plus-values, pour diverses raisons. Comme l'explique le Commentaire de l'article 13.4 du MCF de l'OCDE, ces exemptions pourraient porter sur les plus-values tirées de la cession : i) d'actions de sociétés cotées en bourse ; ii) d'actions dans le contexte d'une réorganisation d'entreprise ; iii) d'actions dont la valeur provient de biens immobiliers dans

lesquels des activités s'exercent ; iv) d'actions détenues par des fonds de pension ; v) de parts de petits investisseurs dans un fonds de placement immobilier. Si, par ailleurs, une moins-value (par opposition à une plus-value) était enregistrée, cette dernière pourrait également être reconnue dans le Pays L et assujettie aux règles applicables en matière d'utilisation des pertes.

Règles d'application/de recouvrement

Avec cette méthode, les non-résidents imposables dans le Pays L seraient normalement tenus de faire une déclaration dans le Pays L où le gain imposable en rapport avec le TIE est réalisé. Il faut toutefois s'attendre à ce que cette obligation ne soit que peut respectée. Même si l'administration fiscale du Pays L peut prendre certaines mesures coercitives (comme indiqué précédemment), il peut être difficile de les appliquer à un non résident (par comparaison à un résident), notamment lorsque le produit de la cession ne se trouve plus dans le pays, ou n'y a jamais été, et s'il n'y a, dans le pays source aucun autre actif détenu directement par l'entité étrangère effectuant le transfert qui permettrait de recouvrer l'obligation fiscale. Il importe donc de concevoir, de rédiger et d'appliquer des mécanismes d'exécution et de recouvrement supplémentaires adaptés à ce type de situation.

Il est également possible d'établir certaines protections juridiques dans le but de soutenir les efforts d'application et de recouvrement de l'administration fiscale. Les mesures considérées pourraient consister à imposer des limites à l'enregistrement, au renouvellement ou à la validation des actifs sous-jacents (par exemple un permis d'extraction) par les services publics chargés de procéder à cet enregistrement ou d'autres entités enregistrant ou émettant ce type d'actifs, à moins que les obligations de notification applicables n'aient été respectées et/ou que des pièces justificatives suffisantes établissant qu'aucun impôt n'est dû, que l'impôt pertinent a été acquitté, ou que des dispositions satisfaisantes ont été prises en vue du règlement dudit impôt, aient été soumises.

Retenue à la source

Certains pays ont recours à un mécanisme de retenue à la source pour recouvrer des impôts dus au titre de plus-values réalisées par un cédant non-résident. Il est possible de concevoir et de formuler un régime fiscal de retenue à la source particulier s'appliquant aux paiements effectués à un cédant non-résident. Les impôts retenus à la source peuvent constituer une partie (possiblement un estimé) ou la totalité de l'obligation fiscale du bénéficiaire du paiement. L'impôt doit être retenu sur le paiement effectué par le payeur et versé à l'administration fiscale du pays source.

Il est possible de concevoir un régime permettant de retenir à la source l'impôt au niveau du payeur, en tant que contribution finale ou non finale du cédant. Une retenue à la source finale représente l'obligation fiscale totale de la personne recevant le paiement sur lequel cette retenue est effectuée. Ce régime est couramment appliqué aux montants bruts versés à des non-résidents à titre de dividendes, intérêts et redevances. Une retenue à la source non finale est en revanche effectuée à titre d'estimation de l'obligation finale du bénéficiaire au titre de l'impôt sur

le revenu. Le bénéficiaire doit généralement soumettre une déclaration et régler le solde à payer après déduction du montant retenu à la source (ou recevoir un remboursement si la retenue est supérieure au montant dû au titre de l'impôt). Les régimes de retenue à la source applicables aux TIE sont généralement des régimes de contribution non finale. Ce type de régime est appliqué aux TIE dans un certain nombre de juridictions, notamment les États-Unis, le Canada, l'Inde, la Chine et l'Australie.

Il est possible de concevoir le régime de retenue à la source de manière à ce qu'il ne s'applique pas dans certaines circonstances afin de limiter les coûts de conformité. Les transactions exclues pourraient comprendre, par exemple, les opérations dont les montants sont inférieurs à un seuil minimum prédéterminé (comme indiqué auparavant) ; les opérations portant sur des titres cotés ; et les opérations pour lesquelles l'administration du Pays L a émis un certificat confirmant qu'aucune retenue n'est nécessaire dans le cas particulier considéré (par exemple parce que l'actif est cédé à perte etc.). L'encadré 8 donne un exemple de retenue à la source.

L'adoption d'un régime de retenue à la source soulève diverses difficultés dans le contexte des TIE. Par exemple, si — comme c'est généralement le cas — l'acquéreur est également un non-résident, un risque similaire de non-respect de l'obligation fiscale existe. Comme indiqué précédemment, la retenue à la source recouvrée ne peut être qu'une estimation de l'obligation finale du vendeur (car il est peu probable que l'acquéreur ait connaissance du montant effectif de la plus-value réalisée par le cédant) ; cela a pour effet d'accroître la charge imposée en matière de conformité à l'acheteur (qui est assujéti à la retenue à la source) et au cédant (qui doit présenter une déclaration et déterminer le solde qui lui reste à régler ou le crédit d'impôt qu'il lui faut obtenir au titre de la retenue), bien que cette charge puisse demeurer gérable. À cet égard, il est généralement considéré que le risque de non-respect de l'obligation de retenue à la source dans le contexte de TIE (en particulier lorsque l'acheteur est également un non-résident) est faible parce qu'il est probable qu'un acquéreur prudent n'acceptera pas ou ne facilitera pas l'évitement fiscal du cédant (et par conséquent respectera vraisemblablement son obligation de retenue à la source). Tout manquement à l'obligation de retenue à la source exposerait de surcroît l'acquéreur à une pénalité et à une éventuelle saisie de l'actif local par l'administration fiscale, ce qui procurerait un gain providentiel au vendeur si l'acquéreur n'était pas en mesure de recouvrer le montant de la pénalité auprès du cédant. Par suite du mécanisme de retenue à la source, l'acquéreur a donc intérêt à ce que le vendeur respecte ses obligations fiscales au titre de l'opération.

Encadré 8 : Règles d'application/de recouvrement : retenue à la source	
(1)	<p>Une personne doit effectuer une retenue à la source au taux prévu lorsque :</p> <ul style="list-style-type: none"> a) cette personne verse un montant à une autre personne (le bénéficiaire) au titre de l'acquisition d'actions ou de participations similaires, et b) plus de 50 % de la valeur des actions ou participations similaires mentionnés à l'alinéa (a) provient, directement ou indirectement par l'intermédiaire d'une ou de plusieurs entités interposées, d'un bien immobilier situé dans le Pays L.

(2)	La personne chargée d'effectuer la retenue à la source doit en verser le montant à l'administration fiscale au plus tard le jour où elle devient propriétaire des actions ou participations similaires, et doit faire une déclaration en bonne et due forme.
(3)	Si la personne chargée d'effectuer la retenue à la source conformément à cette section ne le fait pas, elle doit néanmoins payer l'impôt qui aurait dû être retenu de la même manière et au même moment.
(4)	Si la personne chargée d'effectuer la retenue à la source sur ce paiement, comme l'exige cette section, ne le fait pas- a) le bénéficiaire et la personne chargée d'effectuer la retenue à la source sont conjointement et solidairement passibles du paiement de l'impôt à l'administration fiscale ; et b) le bénéficiaire est redevable de l'impôt dès que la personne chargée d'effectuer la retenue à la source est devenue propriétaire des actions ou participations similaires.
(5)	La personne qui effectue la retenue à la source conformément à cette section et paie l'impôt à l'administration fiscale est considérée comme ayant payé le montant retenu au bénéficiaire en cas de réclamation par celui-ci du paiement du montant retenu.
(6)	Si la personne chargée d'effectuer la retenue à la source conformément à cette section ne le fait pas, mais paie l'impôt qui aurait dû être retenu à l'administration fiscale conformément à la sous-section (3), elle est en droit de recouvrer un montant égal auprès du bénéficiaire.
(7)	Un bénéficiaire est réputé avoir payé tout impôt - a) retenu sur le paiement conformément à cette section; ou b) payé conformément aux sous-sections (3) ou (4).
(8)	Un bénéficiaire est en droit de réclamer un crédit d'impôt de montant égal à l'impôt considéré comme payé conformément au paragraphe (7) pour l'année d'imposition pendant laquelle le paiement a eu lieu.

Notification et imposition d'un mandataire

Il est possible d'envisager deux autres mesures d'application et de recouvrement en l'absence d'un système de retenue à la source, qui ont pour objet de placer l'administration fiscale dans la meilleure situation possible pour être informée de la cession puis appliquer et collecter l'impôt. Il est nécessaire à cette fin de formuler et d'imposer les deux obligations suivantes :

- a) l'obligation de notification/de déclaration ; et
- b) l'obligation de paiement par une entité située dans le pays source en sa qualité de mandataire du non-résident.

L'obligation de notification/de déclaration revêt de l'importance non seulement aux fins de l'établissement de l'impôt mais aussi pour l'examen d'autres possibilités de recouvrer tout impôt non payé au titre du transfert, notamment par le biais d'un article sur l'assistance en matière de recouvrement des conventions fiscales applicables ou de la convention concernant l'assistance administrative mutuelle en matière fiscale de l'OCDE. L'imposition d'une obligation de paiement à une personne ou à une entité résidente en qualité de mandataire permet en outre à l'administration fiscale d'utiliser l'intégralité de ses mesures d'application à ce résident. De tels mécanismes législatifs ont récemment été adoptés au Kenya dans le secteur des industries extractives. L'encadré 9 présente des exemples de dispositions législatives de cette nature. À des fins d'illustration, ces dispositions sont déclenchées par la détention de participations actives d'au moins 10 %.

Encadré 9 : Règle d'application/de recouvrement : notification et imposition par un mandataire d'intérêts ne concernant pas des investissements de portefeuille

- 1) La sous-section (3) s'applique lorsque la propriété directe ou indirecte d'une entité mentionnée à la sous-section (2) change de 10 % ou plus.
- 2) Une entité à laquelle la sous-section (1) s'applique est une entité pour laquelle, à un moment quelconque au cours des 365 jours précédant le changement concerné de la propriété directe ou indirecte, plus de 50 % de la valeur des actions ou participations similaires émanant de cette entité provient, directement ou indirectement, d'un bien immobilier situé dans le Pays L.
- 3) Quand cette sous-section s'applique, l'entité :
 - a) doit immédiatement notifier, par écrit, le changement à l'administration fiscale; et
 - b) est responsable, en tant que mandataire du non résident cédant les intérêts auxquels se rapporte la notification mentionnée au paragraphe (a), du paiement de l'impôt dû par le non résident en vertu de la présente loi.
- 4) La sous-section (3)(b) ne s'applique pas à la cession d'actions cotées sur un compartiment officiel d'un marché boursier reconnu du Pays L¹.
- 5) L'impôt payé par l'entité agissant pour le compte d'un non résident conformément à la sous-section (3) est imputé en vertu de la présente loi à l'obligation fiscale du non-résident

¹ Cette exclusion s'explique par le fait que les parties concernées ne sont probablement pas en mesure d'établir, par voie d'accord juridique, la manière dont la charge fiscale est assumée au final lorsque les actions sont cédées sur un marché boursier.

Avantages et inconvénients du modèle 2

Les principaux avantages du modèle 2 sont les suivants :

- Ce modèle préserve dans une plus large mesure la distinction juridique, inscrite dans les normes en vigueur, entre l'entité détenant l'actif local et la société mère/la société holding pertinente.
- Ce modèle préserve l'élimination de la double imposition dans le pays de résidence du cédant : en effet, l'allégement de l'impôt doit demeurer possible puisque le vendeur à l'étranger est principalement passible de l'impôt dans le pays source sur la plus-value réalisée au titre de la cession.

Les principaux inconvénients de ce modèle sont les suivants :

- Ce modèle réduit la capacité d'application et de recouvrement de l'impôt dû parce que la plus-value imposable est réalisée par le vendeur non-résident (par opposition à une entité locale dans le modèle de cession présumée) — bien qu'il soit possible d'améliorer la situation en utilisant un mécanisme de retenue à la source pour recouvrer l'impôt auprès d'un mandataire.
- La méthode du mandataire suppose que le propriétaire direct dans le Pays L est toujours en mesure de savoir si une transaction entraînant un changement d'au moins 10 % de la propriété sous-jacente de l'entité a eu lieu.
- Il peut effectivement y avoir double imposition d'une cession ultérieure d'intérêts dans d'autres entités détenant indirectement les actifs parce les actions ou autres intérêts dans ces entités ne sont pas réévalués à leur valeur du marché. Il s'agit toutefois là d'une caractéristique généralement observée pour les structures de contrôle à plusieurs niveaux, qu'elles soient nationales ou transfrontalières.
- Dans ce modèle, même en présence d'une législation interne appropriée, le droit d'imposition du pays source L pourrait (sauf dérogation à la convention) encore être limité par une convention fiscale applicable n'incluant pas un article similaire à l'article 13.4 des modèles de convention fiscale de l'OCDE ou de l'ONU.

D. Définition des « biens immobiliers »

Il est essentiel, dans toutes les méthodes précédentes, de définir de manière appropriée les « biens immobiliers » de manière à pouvoir dûment appliquer la règle d'imposition choisie et les règles d'application et de recouvrement correspondantes. Il est tout aussi important d'adopter une définition des « biens immobiliers » suffisamment claire aussi bien pour le modèle 1 que pour le modèle 2, qui peuvent tous deux accroître leur champ d'application lorsque cette définition est développée de manière à inclure une plus large gamme de « biens immobiliers » que ce n'est généralement le cas. L'encadré 10 ci-après donne un exemple de définition de « biens immobiliers ».

Encadré 10 : Exemple de définition des « biens immobiliers »

Les « biens immobiliers » comprennent¹ une amélioration structurelle d'un terrain ou d'un bâtiment, un intérêt dans un terrain ou un bâtiment, un intérêt dans une amélioration structurelle d'un terrain ou d'un bâtiment, ainsi que :

- a) un droit au bail sur un terrain ou un bâtiment ;
- b) un droit au bail sur une amélioration structurelle d'un terrain ou d'un bâtiment ;
- c) un droit d'exploration, de prospection, de développement ou un droit similaire portant sur un terrain ou un bâtiment, notamment le droit de prospecter des gisements de minerais, de pétrole, de gaz, ou d'autres ressources naturelles ainsi que le droit d'extraire, de mettre en

valeur et d'exploiter ces gisements ou ressources, sur le territoire national ou dans les eaux territoriales du Pays L ; ou

d) des informations relatives à un droit énoncé au paragraphe (c)

^{/1} Cette définition a été établie de façon inclusive et englobe, au sens habituel de l'expression « biens immobiliers », toutes les notions traditionnelles des biens fonciers (tels que terrains, bâtiments, mines, etc.).

Il peut être perçu comme étant trop restrictif de limiter la définition des biens immobiliers aux notions habituelles de propriété foncière revêtant la forme de terrains et de bâtiments.

Une définition aussi étroite ne permettrait pas au Pays L de faire valoir son droit d'imposition des plus-values réalisées dans le contexte des industries extractives, notamment les gains tirés des permis de prospection, de mise en valeur et d'exploitation des ressources naturelles dans le Pays L. Les pays devraient donc envisager de définir les biens immobiliers dans leur droit interne de manière à inclure, au minimum :

- Les biens fonciers (au sens strict du terme) ;
- Les ressources minérales, pétrolières et autres ressources naturelles ; et
- Les droits (tels que ceux incorporés dans les licences et permis) de prospecter, de mettre en valeur et d'exploiter des ressources naturelles, ainsi que les informations relatives à ces droits.

La définition en droit interne des biens immobiliers revêt également de l'importance dans le contexte de l'application d'une convention fiscale. En effet, les MCF de l'OCDE et de l'ONU ont pour règle de base, comme indiqué précédemment, de donner à l'expression « biens immobiliers » le sens que lui attribue le droit (fiscal ou autre) de l'État contractant dans lequel le bien est situé. Les dispositions pertinentes des MCF de l'OCDE et de l'ONU établissent également que les accessoires aux biens immobiliers doivent être traités comme un bien immobilier aux fins de l'application des dispositions de la convention fiscale. Cela est important pour la détermination de la proportion de la valeur du transfert indirect qui est tirée des biens immobiliers, et est essentiel à l'application des deux modèles. La définition dispose également que les droits aux biens immobiliers, y compris les droits aux avantages économiques qu'ils procurent, comme que l'usufruit et les revenus qu'ils génèrent doivent être considérés comme des biens immobiliers, ce qui pourrait être tout aussi important aux fins de l'évaluation et de l'application des dispositions pertinentes. Certains pays se réservent en particulier le droit de modifier la définition pertinente des biens immobiliers de manière à inclure, par exemple, les actions des sociétés qui tirent leur valeur de biens immobiliers. Cette définition de plus vaste portée vise manifestement à remédier aux préoccupations de politique fiscale soulevées par les transferts indirects⁶⁵.

⁶⁵ Voir les réserves formulées par les pays au MCF de l'OCDE, qui sont présentées aux paragraphes 5-19 des Commentaires relatifs à l'article 6 de ce MCF.

Cette définition pourrait être encore élargie de manière à couvrir une catégorie plus générale de « biens immobiliers » que le Pays L pourrait juger pertinent d'imposer. Comme indiqué précédemment, la définition pourrait inclure — par exemple — les gains tirés de rentes spécifiques à l'emplacement manifestement liées à des actifs nationaux, par exemple les licences d'exploitation de biens publics (comme les services d'électricité, de gaz et autres services d'utilité collective ; les télécommunications, les spectres de radiofréquences et les réseaux, etc.)⁶⁶.

Il serait possible d'élargir encore plus cette définition, de manière à inclure les droits de recevoir des paiements de montant fixe ou variable liés aux droits des industries extractives ou aux droits de nature exclusive et territoriale accordés par l'État. Il serait ainsi possible de garantir que les gains issus de toutes opérations ultérieures associées à ces droits sous-jacents accordés par les autorités publiques du Pays L pour le compte de ce dernier continueraient d'être inclus dans la base d'imposition du Pays L. À l'évidence, il est plus facile de concevoir la notion de rente spécifique à l'emplacement dans une optique économique que d'exprimer cette dernière en termes juridiques. Cette question méritera d'être examinée de manière plus approfondie. Il sera de surcroît aussi important qu'un pays s'acquitte de bonne foi des obligations qui lui incombent par suite de l'interprétation des conventions fiscales s'il décide d'élargir la définition des biens immobiliers alors que des conventions fiscales sont déjà en vigueur. Bien qu'un pays puisse modifier la définition d'un terme utilisé dans son droit interne ainsi que dans les dispositions d'une convention mais qui n'est pas défini de manière spécifique aux fins de ladite convention, il importe qu'il s'assure que toute modification ou tout élargissement de la définition soit compatible avec le contexte — et la position négociée — des conventions fiscales existantes qui peuvent être en vigueur lorsque la définition a été modifiée ou élargie. Il importe que les parties aux conventions se consultent à cet égard.

⁶⁶ Il est possible qu'une plus grande capacité d'imposition des rentes fiscales générées par des restrictions adoptées par l'État ait des effets défavorables en encourageant l'imposition de ces restrictions. Il s'agit là d'une question légitime ; Auriol et Warlters (2005) ont déterminé que les autorités des pays à faible revenu ont tendance à ériger des obstacles de manière à concentrer les bénéfices dans des sociétés de grande taille qui sont aisément imposables. Le problème concret qui se pose toutefois en amont consiste à obtenir des revenus dans le cas desquels l'octroi de tels droits sert à réguler d'importants monopoles naturels.

VI. CONCLUSIONS

Ce rapport et boîte à outils aboutit à la conclusion qu'il est approprié pour les pays source d'avoir le droit d'imposer les TIE, du moins au titre d'actifs qui sont susceptibles d'incorporer, principalement et de manière substantielle, des rentes économiques spécifiques à l'emplacement, notamment les actifs habituellement considérés comme des « biens immobiliers ». (Ces actifs pourraient comprendre, par exemple, les ressources naturelles ; les actifs physiques et les droits qui leur sont associés ; et les droits relatifs à des licences de télécommunications ou autres liées à un lieu donné). Ceci vaut, de surcroît, qu'un impôt équivalent au titre du transfert soit acquitté ou non dans une autre juridiction. En d'autres termes, le raisonnement sur lequel repose cette assertion implique que cette imposition non seulement pourrait être utilisée en tant que dispositif de lutte contre la double non-imposition, mais aussi et surtout pourrait constituer un aspect fondamental de la législation fiscale nationale.

Cette approche — qui aurait pour effet de replacer la démarche adoptée dans l'article 13.4 des deux modèles de convention fiscale sur une base économique plus solide — est justifiée à plusieurs égards. Sur le plan de l'équité, elle reflète un droit généralement reconnu concernant les transferts directs de biens immobiliers. Sur le plan de l'efficacité, elle offre un mécanisme de recours pour l'imposition de rentes spécifiques à un emplacement que d'autres instruments peuvent n'assurer que de manière imparfaite, en particulier dans les pays à faible revenu, et favorise la neutralité entre les transferts directs et les transferts indirects. Enfin, elle apporte une réponse aux pressions politiques pouvant résulter de la cession d'actifs nationaux importants, qui ont donné lieu à la prise de mesures non coordonnées ayant pour effet de compromettre le fonctionnement harmonieux et consensuel du système fiscal international et d'engendrer des incertitudes dans le domaine fiscal.

Cela ne signifie pas que les pays source doivent toujours imposer des TIE. Ces pays peuvent avoir de bonnes raisons de s'abstenir d'imposer ses transferts, comme le font actuellement certains pays — qui peuvent tenir, par exemple, à leurs capacités, aux recettes dont ils ont besoin et à leur désir d'attirer des investissements étrangers.

Les dispositions des deux MCF témoignent de l'acceptation générale du principe selon lequel le pays dans lequel les biens « immobiliers » se trouvent doit avoir compétence fiscale primaire pour imposer les plus-values issues des TIE concernant ces biens. En 2015, l'article 13.4 ne figurait toutefois que dans environ 35 % de toutes les CDI, et avait une moindre probabilité d'être inclus lorsque l'une des parties était un pays à faible revenu riche en ressources. L'Instrument multilatéral a eu un effet positif en accroissant le nombre de conventions fiscales qui intègrent à ce jour l'article 13.4 du MCF de l'OCDE. Cet effet devrait s'amplifier car de nouvelles parties pourraient décider de négocier ou de renégocier des conventions sur la base des formulations de cette disposition énoncées dans les versions de 2017 des modèles de l'OCDE et de l'ONU et/ou signer l'Instrument multilatéral et modifier les conventions fiscales couvertes de manière à inclure la nouvelle formulation de l'article 13.4.

Le rapport souligne toutefois également que, quelles que soient les conventions qui s'appliquent, ce droit d'imposition ne peut être exercé si la législation interne ne comporte pas de définition appropriée des actifs qui doivent être imposés, et s'il n'existe pas de base en droit interne permettant de faire valoir ce droit. Des exemples de règles de cette nature figurent dans le corps du rapport.

La définition des biens « immobiliers » qu'il convient d'adopter revêt une importance fondamentale dans ce contexte. Cette notion n'est pas particulièrement significative sur le plan économique, ou même administratif. L'analyse présentée ici indique qu'il serait plus utile, sur le plan conceptuel, de recenser et d'intégrer dans la définition les actifs dont la valeur provient en grande partie de rentes spécifiques à l'emplacement. Bien qu'il soit préférable d'imposer ses rentes directement — comme il est régulièrement conseillé aux pays de le faire — les imperfections qui peuvent caractériser la conception et l'application de ce type d'impôt peuvent justifier une fonction de recours permettant d'imposer l'augmentation de la valeur de ces rentes. L'optique économique suggère l'adoption d'une définition élargie des biens immobiliers qui couvre une vaste gamme de transferts concernant des droits par l'État susceptibles de générer des revenus importants.

Le problème fondamental que posent en pratique les TIE concerne l'application de l'impôt par le pays dans lequel l'actif se trouve ; il importe à cet égard de rédiger avec soin les dispositions pertinentes. Le rapport décrit les deux principales approches pouvant être suivies à cette fin — qui sont très différentes sur le plan juridique. La première considère un TIE comme une cession présumée de l'actif sous-jacent. La seconde considère que le transfert est effectué par le vendeur à l'étranger mais que la plus-value générée par ce transfert a pour source le pays dans lequel se trouve l'actif, ce qui permet à ce dernier de l'imposer. Le rapport donne des exemples de formulations simplifiées de dispositions de la législation du pays source pour les deux approches.

Les dispositions mises en place par les pays faisant face aux questions soulevées par les TIE sont très différentes. Les mesures adoptées diffèrent non seulement en ce qui concerne les actifs couverts (biens immobiliers définis au sens strict ou au sens large ; autres actifs comme les télécommunications ; biens incorporels tels que des actions de sociétés émises pour une société intérieure mais détenues par un non-résident fiscal), mais aussi en ce qui concerne la méthode utilisée pour imposer l'impôt sur le plan juridique.

L'adoption d'une approche plus uniforme, coordonnée et cohérente de l'imposition des TIE par les pays qui décident d'imposer ces derniers pourrait largement contribuer à renforcer la cohérence des dispositions fiscales internationales et améliorer la certitude sur le plan fiscal. Ce rapport et boîte à outils a pour objet de contribuer à la réalisation de progrès à ces fins.

ANNEXE A. Consultations

Le premier projet de ce rapport a été affiché pour commentaires, en anglais, en espagnol et en français, durant la période allant d'août à la fin octobre 2017. Des commentaires détaillés ont été communiqués par écrit durant cette période par 18 organisations du secteur privé, des groupes de la société civile, des autorités nationales et des particuliers, et ont été affichés en ligne par la Plateforme :

BIAC	The Business and Industry Advisory Committee at OECD
BMG	Base Erosion and Profit Shifting Monitoring Group (consortium de sept organisations de la société civile)
CBI	Confederation of British Industry (London)
Chine	Administration fiscale nationale, République populaire de Chine
Deloitte LLP	(Londres)
ICC	Chambre de commerce internationale
Inde	(Autorités nationales)
ITIC	International Tax and Investment Center (États-Unis et autres)
Jubilee USA	Alliance de 700 groupes confessionnels (États-Unis)
KPMG	KPMG International (Royaume-Uni)
Philip Baker	(Royaume-Uni)
PwC	PricewaterhouseCoopers International Limited (Londres)
Repsol	(Espagne)
Sergio Guida	Expert-comptable (Italie)
SVTDG	Silicon Valley Tax Directors Group (États-Unis)
TEI	Tax Executives Institute (États-Unis)
TPED	Transfer Pricing Economists for Development (Paris et Vienne)
USCIB	United States Council for International Business (États-Unis)

Le deuxième projet ce rapport a été affiché pour commentaires durant la période allant de juillet à la fin septembre 2018. Durant cette période, des commentaires supplémentaires ont été soumis par écrit par 11 groupes, et affichés par la Plateforme en ligne :

BDI	The German Business Representation, Bruxelles
BIAC *	The Business and Industry Advisory Committee at OECD
BMG *	Base Erosion and Profit Shifting Monitoring Group (consortium de sept organisations de la société civile)
E & M	Ernest & Martin (experts-comptables, Nairobi, Kenya)
HSC	Hardeep Singh Chawla (Advocates, New Delhi, Inde)
ICC *	Chambre de commerce internationale
Inde *	Department of Revenue, Foreign Tax Research Director
ITIC *	International Tax and Investment Center (États-Unis et autres)
PwC *	PricewaterhouseCoopers International Limited (Londres)
Repsol *	(« A Global Energy Company », Madrid, Espagne)
SG	(Sergio Guida, expert-comptable, Italie)

Les deux séries de commentaires figurent en ligne:

Première série, août-octobre 2017

<http://documents.worldbank.org/curated/en/929161512460494261/pdf/121890-WP-PUBLIC-4-12-2017-15-45-0-ConsolidatedcommentsOIT.pdf>

Deuxième série, juillet-septembre 2018

<http://documents.worldbank.org/curated/en/160931539636220558/pdf/128321-v3-ConsolidatedcommentsOITToolkitRound.pdf>

ANNEXE B. Comparaison des transferts directs et indirects¹

On pose en hypothèse que le prix du marché de l'actif sous-jacent, qui est directement cédé, était égal à $P_0 = 0$ (pour des raisons de simplicité) lorsqu'il a été acquis par le propriétaire initial, à P_1 à la période 1, et à $P_2 = (1 + \pi)P_1$ à la période 2.

Si le cédant vend l'actif lui-même à la période 1, il obtient un revenu, net de l'impôt sur les plus-values perçu au taux G dans le pays dans lequel se trouve l'actif, égal à

$$P_1 - G(P_1 - P_0) = (1 - G)P_1. \quad (1)$$

Il est également possible que le propriétaire vende une participation au capital de la société propriétaire de l'actif sous-jacent à la période 1, générant des recettes nettes, si l'on suppose que la participation avait une valeur initiale égale à zéro²,

$$V_1 - Z(V_1 - V_0) = (1 - Z)V_1. \quad (2)$$

où Z est le taux d'imposition prélevé sur la transaction sur actions dans la juridiction dans laquelle la société vendue est résidente. Pour déterminer le prix de l'action V_1 , supposons qu'au cours de la période 2 : (i) la société vende l'actif sous-jacent, en encourageant l'impôt dans le pays de localisation, et distribue le produit net au propriétaire, (ii) le propriétaire vend les actions de la société acquise (dont l'actif a été retiré au cours de l'action V_2 et (iii) le propriétaire rembourse (avec déduction des intérêts au taux d'imposition T) la dette contractée pour financer l'acquisition des actions au cours de la période 1. Cela donne un flux trésorerie net à la période 2 à l'acquéreur de

$$P_2 - G(P_2 - P_0) + V_2 - Z(V_2 - V_1) - \{1 + (1 - T)R\}V_1 \quad (3)$$

où R indique le taux d'intérêt avant impôt. Lorsque cette équation (3) est égale à zéro, sachant que $P_0 = 0$ et si l'on suppose que la société ne possède aucun autre actif sous-jacent, de sorte que $V_2 = 0$, le montant maximum que l'acquéreur est prêt à payer pour acheter la société à la période 1 est égale à

$$V_1 = \frac{(1 - G)P_2}{1 - Z + (1 - T)R}. \quad (4)$$

Lorsque la valeur de V_1 présentée dans la formule (4) est introduite dans la formule (2), les recettes nettes tirées de la cession indirecte à la période 1 sont égales à

¹ L'analyse présentée ici est liée à celle de Kane (2018).

² Dans le droit fil de l'analyse présentée dans l'encadré 1, on part donc de l'hypothèse que l'actif a pris de la valeur de manière imprévue après la transaction relative à la participation réalisée à la période 1.

$$\frac{(1 - Z)(1 - G)(1 + \pi)P_1}{1 - Z + (1 - T)R}, \quad (5)$$

Il ressort de la comparaison de cette formule à la formule (1) que la cession indirecte rapporte davantage au propriétaire initial de l'actif sous-jacent que la cession directe de ce même actif si, et seulement si

$$\frac{(1 - Z)(1 - G)(1 + \pi)P_1}{1 - Z + (1 - T)R} > (1 - G)P_1 \quad (6)$$

Ce qui se ramène à la condition suivante

$$(1 - Z)\pi > (1 - T)R. \quad (7)$$

Certaines observations peuvent être formulées sur la base de ce résultat :

- Le taux de l'impôt sur les plus-values venant de la cession de l'actif sous-jacent, G , n'a pas d'effet sur la comparaison. En effet, comme indiqué dans le corps du texte, la question qui se pose pour le pays source (en ce qui concerne plus-values réalisées sur l'actif sous-jacent) est essentiellement une question de calendrier puisque l'impôt sera payé tôt ou tard.
- Si le prix de l'actif sous-jacent augmente, au taux d'intérêt avant impôt R , le propriétaire initial préférera procéder à une cession indirecte plutôt qu'à une cession directe si, et seulement si $Z < T$ c'est-à-dire si les plus-values tirées de la cession sont imposées à un taux plus faible que celui auquel l'acquéreur peut déduire les intérêts.
- Si aucun impôt n'est dû au titre des plus-values réalisées dans le cadre de la transaction concernant les parts ($Z = 0$) et si le taux d'augmentation du prix de l'actif sous-jacent est égal ou supérieur au taux d'inflation général, l'investisseur préférera procéder à une cession indirecte tant que le taux d'intérêt réel après impôt $(1 - T)R - \pi$ sera strictement positif.

ANNEXE C. Exemples des pratiques de différents pays

Les méthodes employées par les pays pour imposer les transferts indirects à l'étranger (TIE) sont très diverses. De nombreux pays de l'OCDE suivent naturellement leur modèle de convention fiscale (MCF) mais ce n'est pas le cas de tous. Par exemple, l'approche suivie par le Mexique est plus proche du MCF des Nations Unies puisqu'il impose les plus-values réalisées par des résidents étrangers sur le transfert d'actions émises par des entreprises nationales, quel que soit le lieu où le droit est transmis, dès lors que ces actions tirent plus de 50 % de leur valeur de biens immobiliers situés au Mexique¹. D'autres pays ont des systèmes qui divergent aussi bien du MCF de l'OCDE que de celui de l'ONU. C'est le cas, notamment, des systèmes des États-Unis, du Pérou et de la Chine, parmi bien d'autres. À titre d'exemple, le transfert effectué dans l'affaire Zain décrit dans l'encadré 3 (p. 30) ne serait pas imposé aux États-Unis, le serait au Pérou et le serait peut-être, ou non, en Chine.

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

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

Le régime de l'impôt sur le revenu des États-Unis a été, au départ, fondé sur le principe que, en l'absence d'une entreprise commerciale ou industrielle aux États-Unis, les bénéficiaires industriels et commerciaux des résidents étrangers devaient être imposés sur le lieu de résidence de ces derniers, c'est-à-dire, dans le cas des particuliers, sur le lieu dans lequel ces derniers étaient physiquement présents pendant au moins 183 jours durant une période de 12 mois consécutifs. La loi offrait toutefois aux entreprises industrielles et commerciales situées sur le territoire de nombreuses possibilités d'éviter d'avoir à payer un impôt sur les plus-values aux États-Unis. Il leur était, par exemple, possible d'organiser le paiement au titre de la cession d'un actif à une date ultérieure à la liquidation de l'entité exerçant l'activité commerciale ou industrielle aux États-Unis, de manière à ce que la plus-value soit réalisée lorsque le résident étranger n'avait plus aucun lien avec une entité aux États-Unis. Les résidents étrangers pouvaient de surcroît procéder à l'échange du bien immobilier situé aux États-Unis contre un autre bien du même type situé dans un autre pays, cette opération n'étant pas réputée donner lieu à la réalisation d'une plus-value². Les résidents étrangers avaient aussi la possibilité de détenir des biens d'une société nationale (ou étrangère) et de vendre des actions de cette société plutôt que les biens sous-jacents. En d'autres termes, ils pouvaient échapper à l'impôt en procédant à une cession indirecte (opérée dans le pays ou à l'étranger)³.

Les groupes de pression agricoles

Le fait que les investisseurs étrangers pouvaient avoir le statut de résident fiscal pendant la phase opérationnelle de l'activité, bénéficiant, durant cette période, d'un régime d'imposition sur la base du résultat net ayant pour effet de réduire le bénéfice imposable (par suite de la déduction des

1 Ley del ISR (Mexique), art. 161.

2 Brown (2004), p. 297.

3 Petkun (1982), p. 13.

dépenses), puis obtenir le statut de non-résident fiscal lors de cession de l'actif dont la valeur avait augmenté et, ainsi éviter l'impôt sur les plus-values à ce stade, était particulièrement préoccupant⁴. À supposer que les investisseurs étrangers n'acquittent qu'un impôt faible sinon nul à l'étranger sur les plus-values tirées de la cession du bien aux États-Unis, ils étaient avantagés par rapport aux entités américaines. Les groupes de pression agricoles opérant aux États-Unis ont vigoureusement soutenu cet argument à la fin des années 70⁵, en faisant valoir que « ... les étrangers qui investissent dans des terres agricoles aux États-Unis obtiennent des allègements fiscaux tellement intéressants qu'ils peuvent souvent offrir des prix plus élevés que les agriculteurs américains qui souhaitent agrandir leurs exploitations »⁶. La National Farmers Union était particulièrement préoccupée par les conventions fiscales qui offraient des possibilités supplémentaires d'échapper à l'impôt sur les plus-values. Elle était ainsi d'avis que la convention en cours de renégociation avec le Royaume-Uni comporterait « ... une disposition favorisant un évitement massif de l'impôt sur le revenu au niveau des États par les intérêts étrangers achetant et vendant du pétrole, des céréales et des produits de base ou investissant dans des terres agricoles aux États-Unis »⁷. La convention empêchait, en effet, les États-Unis d'imposer les investisseurs étrangers sur les plus-values tirées de la cession d'actifs américains⁸.

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

La loi FIRPTA (loi sur l'investissement étranger dans l'immobilier) a été adoptée en 1980 dans le but d'éliminer l'avantage concurrentiel dont semblaient jouir les investisseurs étrangers sur le marché immobilier des États-Unis⁹. En vertu de cette loi, les étrangers non-résidents ne peuvent plus éviter l'impôt perçu aux États-Unis sur les plus-values tirées de la cession directe d'un bien immobilier dans le pays. La loi inclut dans la définition des biens immobiliers les mines, puits et autres gisements naturels, la propriété foncière (ou la mise en valeur des terres) et les options d'achat de terrains¹⁰. Elle taxe la vente de tous les droits de nature immobilière (DNI) détenus directement aux États-Unis, y compris par des résidents étrangers, sans se limiter aux droits pour lesquels le contribuable a été imposé sur une base nette¹¹. La loi ne couvre toutefois pas les actions régulièrement négociées sur un marché des valeurs mobilières établi, quel que soit le pourcentage de leur valeur provenant d'actifs immobiliers américains¹².

4 La valeur de l'actif intégrait probablement les bénéfices comptables non distribués.

5 Petkun (1982), p. 14.

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

7 Citant un document de travail non publié du ministère de l'Agriculture des États-Unis, l'article de presse a expliqué que, par exemple, un « ... investisseur allemand a souvent l'avantage de pouvoir échapper à toute imposition de ses plus-values tout en conservant le privilège d'être considéré de la même manière que les contribuables américains à d'autres égards ». En d'autres termes, l'investisseur allemand n'était pas imposé sur son revenu d'exploitation brut s'il était à toute période considéré comme un investisseur étranger passif. *Spokane Daily Chronicle*, 8 mai 1978.

8 Petkun (1982), p. 27.

9 Principale disposition de la loi FIRPTA : IRC, par. 897.

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

11 Brown (2004), p. 305.

12 Petkun (1982), p. 21.

La loi FIRPTA impose les plus-values tirées de la cession de DNI aux États-Unis tels que définis ci-après :

1. Participations directes dans des biens immobiliers situés aux États-Unis ;
2. Participations dans une société nationale qui détient d'importants biens immobiliers aux États-Unis¹³;
3. Participations dans des partenariats, fiducies ou biens nationaux ou étrangers ayant des biens immobiliers aux États-Unis.

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

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

Pérou

Après la controverse suscitée par Petrotech (décrite dans l'encadré 2), le Pérou a voté une loi ayant pour effet d'imposer tous les TIE, sans se limiter à ceux dont la valeur provient de biens immobiliers situés au Pérou. La cession d'une participation dans une société non-résidente dont la valeur découle pour au moins 50 % de parts de sociétés résidentes au Pérou est imposable dans ce dernier. Au moins 10 % des actifs de la société mère résidente doivent être transférés pour que l'impôt soit applicable¹⁴, de sorte que les ventes réalisées par des investisseurs individuels à l'étranger ne sont pas concernées.

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

14 La première condition a été introduite par la loi n° 29663 de février 2001 ; la deuxième par la loi n° 29757 de juillet 2011. Les conventions de double imposition peuvent prévaloir sur la législation fiscale péruvienne applicable aux TIE.

Chine

La méthode employée par la Chine pour imposer les plus-values sur les transferts de droits est différente, car elle se présente sous la forme d'une disposition anti-abus. En règle générale, les plus-values tirées de transferts directs par des non-résidents d'actifs situés en Chine sont imposées au taux de 10 % (à moins qu'elles ne soient imputables à l'établissement stable du non-résident en Chine, auquel cas elles sont imposées au taux de 25 %, qui est le taux appliqué aux résidents).

Cela signifie qu'une entreprise non-résidente propriétaire d'une autre société holding non résidente qui investit, à son tour, dans une société chinoise n'est pas imposée en Chine sur les plus-values résultant du transfert d'actions de la société holding ; la source des plus-values est considérée comme étant le lieu dans lequel se trouve la société holding.

Si, toutefois, une transaction indirecte portant sur des actifs situés en Chine ne répond pas au critère d'objectif commercial raisonnable — c'est-à-dire si elle remplit toutes les conditions suivantes : 1) la société holding non-résidente est située dans une juridiction qui impose une charge fiscale effective significativement faible ou qui n'impose pas les revenus dégagés à l'étranger ; 2) la valeur de l'actif directement transféré provient pour au moins 75 % (directement ou indirectement) de biens chinois imposables ; 3) au moins 90 % du montant total des actifs ou des revenus (directs ou indirects) de la société holding située à l'étranger proviennent d'investissements ou de revenus ayant leur source en Chine ; 4) l'entreprise située à l'étranger n'exerce pas d'activités de fonds et n'encourt pas de risque réel ; 5) l'impact fiscal du transfert indirect dans le pays étranger est moindre que l'impôt qui aurait dû être acquitté en Chine si la cession avait été directe — les autorités fiscales chinoises peuvent déterminer qu'il n'existe aucun objectif commercial raisonnable et que l'opération a pour seul objet d'échapper à la fiscalité chinoise et reclasser le transfert indirect en tant que transfert direct.

L'approche retenue par la Chine pour imposer les transferts indirects d'actifs a un caractère plutôt défensif de par sa nature en tant que règle anti-abus : elle impose les TIE lorsque ces derniers sont réputés avoir été structurés ou prévus dans le but d'éviter la fiscalité chinoise.

ANNEXE D. L'ARTICLE 13.4 DANS LA PRATIQUE — UNE ANALYSE EMPIRIQUE

Cet annexe, préparée par le FMI, décrit et étudie la présence ou l'absence de l'article 13.4 dans (ce qui constituait pour l'essentiel) l'univers des conventions de double imposition (CDI) en 2015¹. Elle examine aussi sur les caractéristiques des pays qui influent sur la probabilité d'intégrer cette disposition dans une CDI. Cette analyse préliminaire du FMI doit apporter des éléments d'information pour les travaux que les membres de la Plateforme de collaboration sur les questions fiscales consacreront au recensement des évolutions et des vulnérabilités de l'ensemble des conventions fiscales couvrant les TIE

Données et variables

Cette analyse préliminaire porte sur 3 046 CDI, soit pratiquement l'ensemble des CDI en vigueur. Les textes de 2 979 de ces conventions ont été obtenus auprès du Bureau international de documentation fiscale (IBFD) ; les autres proviennent de recherches sur Internet ou de la base de données sur les conventions fiscales d'ActionAid².

Environ 35 % de ces conventions (973) comportent une disposition qui habilite le pays source à imposer les plus-values tirées de la cession du capital social d'une entité dont la propriété se compose, directement ou indirectement, principalement de biens immobiliers situés dans ce pays. Nous ne sommes toutefois pas en mesure d'établir une distinction utile entre celles qui ont adopté la version des Nations Unies et celles qui ont retenu la version de l'OCDE. Il est important de noter qu'il n'a pas été procédé à un examen approfondi des autres règles de distribution pertinentes figurant dans les conventions considérées. Or, il se peut que, dans les conventions qui ne comportent pas l'article 13.4 tel que défini dans la présente section, d'autres types de dispositions confèrent un droit d'imposition au pays source tandis que des conventions énonçant les dispositions de l'article 13.4 peuvent inclure d'importantes exceptions à ces dispositions comme celles indiquées à la section V.C.

Environ 35 % des conventions signées par au moins un pays riche en ressources incluent l'article 13.4 tel que défini dans cette section (291 conventions sur 834) (graphique D1). Par ailleurs, quelque 38 % des conventions auxquelles est partie au moins un pays à faible fiscalité comprennent l'article 13.4 (graphique D1).

Les variables indiquées ci-après sont utilisées dans le cadre de la modélisation de la probabilité d'inclusion de l'article 13.4 dans une convention (sous réserve de l'existence d'une telle

1 Il est manifestement possible qu'une convention contienne cette disposition mais sous un numéro d'article différent (par exemple 13.2, 13.5 ou 14.4). Il faut en outre souligner que, dans cette analyse, si une disposition sur le traitement des plus-values tirées de biens immobiliers figure dans une CDI mais n'emploie pas explicitement le mot « indirectement », elle n'est pas qualifiée d'article « 13.4 ».

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

convention). Les statistiques synthétiques figurent dans le tableau D.1).

- La variable dépendante *Article 13.4* est une variable muette qui prend la valeur 1 si une CDI comporte l'Article 13.4 et le terme « indirectement » (version des Nations Unies ou de l'OCDE ou variantes similaires) et 0 dans les autres cas.
- La variable *Pays à faible revenu riche en ressources* est aussi une variable muette qui prend la valeur 1 si au moins un pays signataire est un pays riche en ressources appartenant à la catégorie des pays à faible revenu ou à celle des pays à revenu intermédiaire de la tranche inférieure (suivant la classification des revenus établie par la Banque mondiale et si la proportion des recettes tirées des ressources naturelles est supérieure à 10 %).
- La variable $IPV_i - IPV_j$ indique la différence (en valeur absolue) entre les taux de l'impôt sur les plus-values appliqués par les différents pays. Lorsque le code des impôts d'un pays établit une distinction entre l'*IPV* aux fins de l'impôt sur les sociétés et de l'impôt sur le revenu des personnes physiques, nous utilisons le taux applicable aux sociétés. Les données proviennent des rapports par pays publiés par Ernst and Young et Deloitte. Plus l'écart entre les *IPV* est important, et plus il est intéressant de recourir à une CDI dans le cadre d'une stratégie de planification fiscale.
- La variable *Faible fiscalité* est une variable muette qui prend la valeur 1 si le pays applique de faibles taux d'imposition et est, sur cette base, inclus dans la liste de Hines et Rice (1994). On recense 454 CDI auxquels des pays de ce type sont parties (près de 1/6 du total).
- La variable *Faible fiscalité × À faible revenu Res.* est un terme d'interaction entre *Riche en ressources à faible revenu* et *faible fiscalité*. Cette variable nous permet de déterminer si le rôle des pays à faible fiscalité dépend du niveau de revenu du pays partenaire. L'analyse part de l'idée que la variable *Faible fiscalité* ne peut avoir d'effet sur la variable *Article 13.4* que si (c'est-à-dire à condition qu'il ait été établi que) l'un des pays signataires est un pays à faible revenu, par opposition à un pays développé. Le fait que ce soit ou non le cas est en fin de compte une question empirique.
- La variable *Année* est l'année de la signature de la convention. Elle est une variable de tendance qui couvre la période allant de 1947 à 2015.

Tableau D1 : Statistiques descriptives

VARIABLES	N	Moyenne	Écart-type	Min.	Max.
<i>Article 13(4)</i>	3 046	0,319	0,466	0	1
<i>Année</i>	3 046	1997	12,51	1947	2015
$IPV_i - IPV_j$	2 993	11,05	8,512	0	35
<i>Faible fiscalité</i>	3 046	0,149	0,356	0	1
<i>Riche en ressources faible revenu</i>	3 044	0,105	0,306	0	1
<i>Faible fiscalité × À faible revenu Res</i>	3 044	0,00591	0,0767	0	1

Analyse et résultats

Le Tableau D2 présente les résultats des estimations produites par deux modèles dans lesquels *Article 13.4* est la variable dépendante : un modèle de probabilité linéaire (MPL), dont les résultats sont portés dans les colonnes (1) à (3), et un modèle *logit*, dont les résultats sont portés dans les colonnes (4) à (6). Ces résultats sont analysés dans le texte.

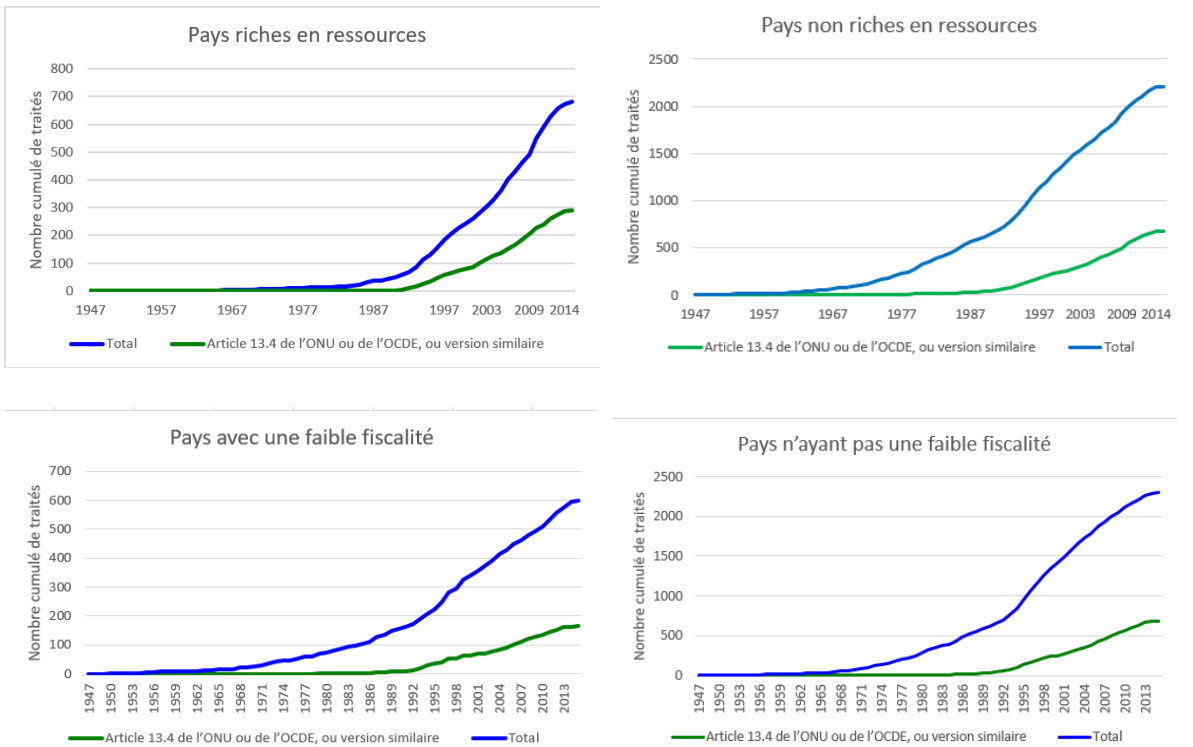
Tableau D2 : Probabilité d'inclusion de l'article 13.4 dans une CDI, résultats des estimations

	(1)	(2)	(3)	(4)	(5)	(6)
Variable dépendante	<i>Article13(4)</i>					
Modèles	MPL			Logit		
<i>Riche en ressources à faible revenu</i>	-0,0592** (0,026)	-0,0593** (0,026)	-0,0657** (0,0276)	-0,065** (0,027)	-0,064** (0,027)	-0,079*** (0,027)
<i>IPV_i-IPV_j</i>		0,0030*** (0,000)	0,0042*** (0,000)		0,0021** (0,0009)	0,0037*** (0,001)
<i>Faible fiscalité</i>			-0,133*** (0,024)			-0,164*** (0,024)
<i>Faible fiscalité × Riche en ressources à faible revenu</i>			-0,162* (0,084)			-0,164 (0,146)
<i>Année</i>	0,0136*** (0,000)	0,0135*** (0,000)	0,0141*** (0,000)	0,017*** (0,000)	0,016*** (0,000)	0,017*** (0,000)
Constante	-26,88*** (1,063)	-26,76*** (1,072)	-27,80*** (1,092)	180,5*** (9,628)	177,4*** (9,609)	-195,8*** (10,64)
Observations	3,044	2,971	2,971	3,044	2,971	2,971
<i>R</i> ²	0,134	0,135	0,146			

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

Étant donné qu'il n'est pas possible d'interpréter les coefficients estimés dans les modèles non linéaires comme des effets marginaux, les effets marginaux ont été indiqués dans les colonnes (4) à (6) (sauf pour la constante).

Graphique D1 : Présence de l'article 13(4) dans les CDI signées avec des pays riches en ressources ou des juridictions appliquant de faibles taux d'imposition



BIBLIOGRAPHIE

- Arnold Brian J. and Michael J. McIntyre, 1995, *International Tax Primer* (Den Haag, The Netherlands: Kluwer Law).
- Auerbach, Alan, 2002, "Taxation and Corporate Financial Policy," pp. 1251-1292 in Alan J. Auerbach and Martin Feldstein (eds), *Handbook of Public Economics*, Vol. 3 (North Holland: Amsterdam).
- Auriol, Emmanuelle and Michael Warlters, 2005, "Taxation Base in Developing countries," *Journal of Public Economics*, Vol. 89, pp.625-646.
- Beer, Sebastian and Jan Loeprick, 2017, "Profit Shifting in the Oil and Gas Industry." *Energy Economics*, Vol. 61, 186-198.
- Fred B. Brown, Fred B., 2004, "Wither FIRPTA?" *Tax Lawyer*, Vol. 57, No2, p.297.
- Burns, Lee, Honoré Le Leuch and Emil Sunley, 2015, "Taxing Gains on Transfer of Interest," forthcoming in Philip Daniel, Michael Keen, Artur Swistak and Victor Thuronyi (eds), *International Taxation and the Extractive Industries* (Routledge)
- Cope, Charles W. and Parul Jain, 2015, "Taxation of Indirect Share Transfers: Recent Development in India and related policy considerations", *Tax Notes International*
- Crivelli, Ernesto, Ruud de Mooij and Michael Keen, 2016, "Base Erosion, Profit Shifting and Developing Countries," *FinanzArchiv*, Vol. 72, pp. 268-301.
- Cui, Wei, 2015, "Taxation of Non-residents' Capital Gains," pp. 107-154 in Hugh Alt and Brian Arnold (eds) *United Nations Handbook on Selected Issues in Protecting the Tax Base of developing Countries* (United Nations).
- Daniel, Philip, Michael Keen and Charles McPherson (eds), 2010, *The Taxation of Petroleum and Minerals: Principles, Practices and Problems* (Routledge).
- Desai, Mihir A. and James R. Hines Jr. 2003, "Evaluating International Tax Reform," *National Tax Journal*, Vol. 56 (September), pp. 409-40.
- Doernberg, Richard L., 2012, *International Taxation in a Nutshell*, West publishing.
- Hearson, Martin, 2014, "Capital Gains Tax Avoidance: Can Uganda Succeed Where India Didn't?", September 23, available at <https://martinhearsen.wordpress.com/2014/09/23/capital-gains-tax-avoidance-can-uganda-succeed-where-india-didnt/>
- Hearson, Martin (2016), 'The ActionAid Tax Treaties Dataset'. Brighton: Institute of Development Studies. <http://ictd.ac/datasets/action-aid-tax-treaties-datasets>
- Hines, James R. and Eric M. Rice, 1994, "Fiscal Paradise: Foreign Tax Havens and American Business," *Quarterly Journal of Economics*, Vol. 109, pp. 149-182.
- International Monetary Fund, 2014, "Spillovers in International Corporate Taxation," Available at www.imf.org/external/np/pp/eng/2014/050914.pdf

- International Monetary Fund, Organisation for Economic Cooperation and Development, World Bank Group and United Nations, 2015, *Options for Low Income Countries' Effective and Efficient Use of Tax Incentives for Investment*. Available at <https://www.imf.org/external/np/g20/pdf/101515.pdf>
- Kane, Mitchell, 2018, "Offshore Transfers: Policies and Divergent Views," *Bulletin for International Taxation*, April/May 2018, Vol. 72, page 331.
- Krever, Rick, 2010, "Tax Treaties and the Taxation of Non-residents' Capital Gains," pp.212-238 in Arthur Cockfield (ed.) *Globalization and its Discontents: Tax Policy and International Investments* (University of Toronto Press: Toronto).
- Organization for Economic Cooperation and Development, 2014a, *Report to the G20 Development Working Group on the Impact of BEPS in Low Income Countries*, Part 1 available at <http://www.oecd.org/tax/part-1-of-report-to-g20-dwg-on-the-impact-of-beps-in-low-income-countries.pdf>.
- Organization for Economic Cooperation and Development, 2014b, *Report to the G20 Development Working Group on the Impact of BEPS in Low Income Countries*, Part 2 available at <https://www.oecd.org/g20/topics/taxation/part-2-of-report-to-g20-dwg-on-the-impact-of-beps-in-low-income-countries.pdf>.
- Peters, Carmel, 2015, "Developing Countries' Reactions to the G20/OECD Action Plan on Base Erosion and Profit Shifting," *Bulletin for Fiscal Documentation*, June/July, pp.375-381.
- Petkun, Lisa B., 1982, "The Foreign Investment in Real Property Act of 1980", *Penn State International Law Review*: Vol 1: Issue 1, Article 2.
- Sinn, Hans-Werner, 1991, "The Vanishing Harberger Triangle," *Journal of Public Economics*, Vol. 45, pp. 271-300.
- Toledano, Perrine, John Bush and Jacky Mandelbaum, 2017, "Designing a Legal Regime to Capture Capital Gains Tax on Indirect Transfers of Mineral and Petroleum Rights: A Practical Guide," International Senior Lawyers Project and Columbia Center of Sustainable Development; at <http://ccsi.columbia.edu/files/2017/10/Designing-a-legal-regime-to-capture-capital-gains-tax-CCSI-ISLP-Oct-2017.pdf>.
- United Nations, 2015, *Note on Capital Gains Taxation and Taxation of Indirect Asset Transfers*.
- United Nations, 2016, *Manual for the Negotiation of Bilateral Tax Treaties between Developed and Developing Countries*, United Nations, p.108 (New York, 2016).
- Waerzeggers, Christophe and Cory Hillier, 2016, "Introducing a General Anti-avoidance Rule (GAAR)—Ensuring that a GAAR Achieves its Purpose", *Tax Law IMF Technical Note 2016/1*, IMF Legal Department.
- Wei, Jinji, 2015, "China Extends Tax Rights on Nonresidents' Capital Gains from Indirect Transfers", *International Tax Notes*, February 9.
- Wijnen and de Goede (2014), "The UN Model in Practice 1997-2013," *Tax Treaty Monitor*, Brian J. Arnold in Cooperation with IBFD's Tax Unit Treaty.