



**Projet OCDE/G20 sur l'érosion de la base
d'imposition et le transfert de bénéfices**

Neutraliser les effets des dispositifs hybrides

ACTION 2 : Livrable 2014



Projet OCDE/G20 sur l'érosion de la base d'imposition
et le transfert de bénéfices

Neutraliser les effets des dispositifs hybrides

Ce document et toute carte qu'il peut comprendre sont sans préjudice du statut de tout territoire, de la souveraineté s'exerçant sur ce dernier, du tracé des frontières et limites internationales, et du nom de tout territoire, ville ou région.

Merci de citer cet ouvrage comme suit :

OCDE (2014), *Neutraliser les effets des dispositifs hybrides*, Projet OCDE/G20 sur l'érosion de la base d'imposition et le transfert de bénéfices, Éditions OCDE.

<http://dx.doi.org/10.1787/9789264225268-fr>

ISBN 978-92-64-22522-0 (imprimé)

ISBN 978-92-64-22526-8 (PDF)

Collection : Projet OCDE/G20 sur l'érosion de la base d'imposition et le transfert de bénéfices

ISSN 2313-2620 (imprimé)

ISSN 2313-2639 (en ligne)

Crédits photo : Couverture © archerix / Fotolia.

Les corrigenda des publications de l'OCDE sont disponibles sur :

www.oecd.org/about/publishing/corrigenda.htm.

© OCDE 2014

La copie, le téléchargement ou l'impression du contenu OCDE pour une utilisation personnelle sont autorisés. Il est possible d'inclure des extraits de publications, de bases de données et de produits multimédia de l'OCDE dans des documents, présentations, blogs, sites Internet et matériel pédagogique, sous réserve de faire mention de la source et du copyright. Toute demande en vue d'un usage public ou commercial ou concernant les droits de traduction devra être adressée à rights@oecd.org. Toute demande d'autorisation de photocopier une partie de ce contenu à des fins publiques ou commerciales devra être soumise au Copyright Clearance Center (CCC), info@copyright.com, ou au Centre français d'exploitation du droit de copie (CFC), contact@cfcopies.com.

Avant-propos

Enrayer l'érosion de la base d'imposition et le transfert de bénéfices (BEPS) est une priorité absolue pour les pouvoirs publics partout dans le monde. En 2013, les pays de l'OCDE et du G20, œuvrant sur un pied d'égalité, ont adopté un Plan d'action en 15 points visant à lutter contre l'érosion de la base d'imposition et le transfert de bénéfices. Le Plan d'action vise à faire coïncider le lieu d'imposition des bénéfices avec le lieu d'exercice des activités économiques à l'origine de ces bénéfices et de la création de valeur. Lutter contre l'érosion de la base d'imposition et le transfert de bénéfices constitue un impératif pour tous les pays et il convient d'agir rapidement, notamment pour empêcher que ne se défasse le cadre fiscal international existant fondé sur le consensus, ce qui aggraverait l'incertitude pour les entreprises, à l'heure où les investissements internationaux sont plus nécessaires que jamais. Par conséquent, le Plan d'action prévoit 15 mesures à mettre en œuvre d'ici à la fin de 2015 et, pour certaines d'entre elles, dès 2014.

Le Comité des affaires fiscales (CAF) de l'OCDE, qui réunit 44 pays sur un pied d'égalité (tous les membres de l'OCDE, les pays du G20 et les pays en voie d'adhésion à l'OCDE), a adopté un premier ensemble de sept rapports et recommandations décrits dans le Plan d'action et dus en 2014. Le présent rapport fait partie de ces réalisations et relève de l'Action 2.

Les pays en développement et d'autres économies non membres de l'OCDE ou du G20 ont été largement consultés au cours de nombreuses réunions régionales et d'autres forums mondiaux, et leurs contributions ont été prises en compte dans les travaux. Les représentants d'entreprises, syndicats, organisations de la société civile et universitaires ont également pris une part active au processus, saisissant l'occasion qui leur était donnée de commenter les documents de travail. Plus de 3 500 pages de commentaires ont ainsi été reçues et débattues au cours de cinq réunions publiques de consultation et de trois sessions interactives diffusées sur le Web, qui ont attiré près de 10 000 visiteurs.

Le premier ensemble de rapports et de recommandations, élaborés en 2014, constitue une réponse à sept des quinze points du Plan d'action publié

en juillet 2013. L'objectif du Plan d'action étant d'offrir des solutions complètes et cohérentes pour lutter contre les pratiques d'érosion de la base d'imposition et le transfert de bénéfices, les mesures proposées, bien qu'approuvées sur le principe, ne sont pas encore finalisées. Elles sont susceptibles d'évoluer au gré de certaines décisions prises au regard des résultats attendus pour 2015, auxquels elles sont étroitement liées. Elles reflètent toutefois le consensus, en date de juillet 2014, qui entoure un certain nombre de solutions adoptées pour mettre un terme à l'érosion de la base d'imposition et le transfert de bénéfices.

L'adoption de ce premier ensemble de rapports et de recommandations et la mise en œuvre des mesures pertinentes par les autorités nationales permettront : de neutraliser les effets des montages hybrides ; de s'attaquer au chalandage fiscal et à d'autres formes d'utilisation abusive des conventions ; de réduire significativement la manipulation des règles de détermination des prix de transfert dans le domaine sensible des biens incorporels ; et de mettre en place des déclarations pays par pays qui donneront aux pouvoirs publics des renseignements sur la répartition mondiale des bénéfices, des activités économiques et des impôts acquittés par les entreprises multinationales. Par ailleurs, les pays de l'OCDE et du G20 ont adopté un rapport qui conclut à la faisabilité de la mise en œuvre des mesures arrêtées dans le cadre du Projet BEPS par le biais d'un instrument multilatéral. Ils ont également progressé dans la lutte contre les pratiques fiscales dommageables, notamment dans le domaine des régimes de la propriété intellectuelle et des rescrits fiscaux. Enfin, ils sont parvenus à une compréhension commune des défis posés par l'économie numérique, ce qui leur permettra d'approfondir leurs travaux dans ce domaine où les phénomènes d'érosion de la base d'imposition et le transfert de bénéfices sont exacerbés.

Par nature, les pratiques d'érosion de la base d'imposition et le transfert de bénéfices appellent des réponses coordonnées. C'est pourquoi les pays consacrent du temps et des ressources à forger des solutions communes à des problèmes communs. Dans le même temps, ils conservent leur souveraineté fiscale et sont libres d'appliquer les mesures selon des modalités différentes, dès lors qu'elles ne vont pas à l'encontre de leurs engagements juridiques internationaux.

Table des matières

Abréviations et acronymes	9
Synthèse	11
Synthèse de la Première Partie	12
Synthèse de la Deuxième Partie	18
Introduction.....	23
Travaux antérieurs réalisés par l’OCDE dans le domaine des dispositifs hybrides.....	23
Plan d’action concernant le BEPS.....	24
Partie I. Recommandations concernant la conception de règles nationales	29
Chapitre 1. Définition d’un dispositif hybride	31
Le dispositif aboutit à une asymétrie dans le traitement fiscal d’un paiement.....	31
Le dispositif contient un élément hybride qui provoque une asymétrie dans les résultats fiscaux.....	32
L’asymétrie des résultats fiscaux réduit le montant global de l’impôt payé par les parties au dispositif.....	33
Chapitre 2. Dispositifs qui génèrent des effets de déduction/d’absence d’inclusion.....	35
Règle recommandée concernant les instruments financiers hybrides	35
Autres recommandations concernant le traitement fiscal d’instruments financiers.....	42
Règle recommandée pour les paiements non pris en compte effectués par un payeur hybride	44
Règle recommandée pour les entités hybrides inversées	47
Recommandations spécifiques concernant le traitement fiscal des entités hybrides inversées	49

Chapitre 3. Dispositifs qui aboutissent à une double déduction	53
Règle recommandée concernant les paiements déductibles effectués par un payeur hybride	53
Règle recommandée concernant les paiements déductibles effectués par une société à double résidence	56
Chapitre 4. Dispositifs qui génèrent des effets indirects de déduction/d'absence d'inclusion	61
Règle recommandée concernant les effets indirects de déduction/d'absence d'inclusion	61
Chapitre 5. Mise en œuvre	65
Recommandations relatives à la mise en œuvre et à la coordination	65
Chapitre 6. Définitions en lien avec la portée des règles	69
Définition d'un dispositif structuré	69
Définition d'une personne liée, d'un groupe sous contrôle commun et de l'action commune	70
Chapitre 7. Principaux termes.....	73
Définitions convenues	73
Partie II. Recommandations concernant les questions conventionnelles	79
Introduction.....	81
Chapitre 8. Entités à double résidence.....	83
Chapitre 9. Disposition conventionnelle portant sur les entités transparentes.....	87
Chapitre 10. Interactions entre la première partie et les conventions fiscales	95
Règle prévoyant l'interdiction de déductions.....	95
Règle défensive exigeant l'inclusion d'un paiement dans le revenu ordinaire	96
Méthode d'exemption	97
Méthode d'imputation	98

Application potentielle de dispositions anti-discrimination prévues par le Modèle de Convention de l'OCDE.....	100
---	-----

Figures

Figure 2.1	Instrument financier hybride	35
Figure 2.2	Opération de vente avec rachat d'un prêt faisant l'objet d'un nantissement.....	37
Figure 2.3	Paiements non pris en compte effectués par une entité hybride à une partie liée	44
Figure 2.4	Paiement à une entité hybride inversée étrangère.....	47
Figure 3.1	Structure élémentaire de double déduction utilisant une entité hybride	53
Figure 3.2	Sociétés consolidées deux fois	57
Figure 4.1	Importation de l'asymétrie générée par un instrument financier hybride	61

Tableau

Tableau 1.	Aperçu général des recommandations.....	17
------------	---	----

Abréviations et acronymes

BEPS	Érosion de la base et transfert de bénéfices (<i>Base erosion and profit shifting</i>)
CAF	Comité des affaires fiscales
GT1	Groupe de travail n°. 1 sur les conventions fiscales et questions connexes
GT11	Groupe de travail n°.11 sur la planification fiscale agressive
NCD	Norme commune de déclaration et de diligence raisonnable (Norme d'échange automatique de renseignements relatifs aux comptes financiers)
OCDE	Organisation de coopération et de développement économiques
OPC	Organismes de placement collectif
SEC	Société étrangère contrôlée
TRACE	Traité d'assistance et d'amélioration de la conformité (<i>Treaty Relief and Compliance Enhancement</i>)

Synthèse

1. Les dispositifs hybrides peuvent être utilisés pour obtenir une double exonération, y compris un report à long terme de l'impôt. Ils amenuisent la base d'imposition collective de l'ensemble des pays, même s'il peut être parfois difficile de déterminer clairement quel pays a subi des pertes de recettes fiscales de ce fait. Le point 2 du Plan d'action concernant le BEPS¹ demande d'élaborer des dispositions conventionnelles types et des recommandations relatives à la conception de règles nationales visant à neutraliser les effets d'instruments et d'entités hybrides.
2. Ce rapport présente ces recommandations en deux parties. La première partie expose les recommandations qui se rapportent aux dispositions nationales visant à neutraliser les effets des dispositifs hybrides. La deuxième partie préconise d'apporter des modifications au Modèle de Convention fiscale² de l'OCDE en vue de traiter les entités transparentes, y compris les entités hybrides, et examine les interactions entre les recommandations formulées dans la première partie et les dispositions du Modèle de Convention fiscale de l'OCDE.
3. Ce rapport se concentre sur les dispositifs hybrides les plus préoccupants. Les règles pourront être affinées s'il s'avère qu'elles ne parviennent pas à neutraliser les dispositifs hybrides qui présentent le plus de risques aux yeux des pays concernés.
4. Une fois transposées dans la législation nationale et dans les conventions fiscales, ces recommandations et dispositions types neutraliseront les asymétries et mettront fin aux déductions multiples pour une même dépense, aux déductions dans un pays sans imposition correspondante dans l'autre pays ou aux crédits d'impôt multiples pour un seul montant d'impôt payé à l'étranger.
5. Ce rapport sera étayé par des orientations, sous la forme de Commentaires qui expliqueront le fonctionnement de ces règles en pratique, y compris au moyen d'exemples concrets.
6. En outre, les règles nationales préconisées dans la première partie peuvent, dans un certain nombre de domaines, nécessiter des améliorations. C'est le cas pour certaines transactions sur les marchés financiers (comme le

prêt de titres sur le marché et prises en pension) et pour les règles relatives aux dispositifs hybrides importés.

7. En outre, dans leurs réponses sur les documents de consultation, un certain nombre d'entreprises et de pays ont exprimé des préoccupations concernant l'application des règles aux fonds propres réglementaires hybrides émis à l'intérieur d'un groupe. Ces préoccupations doivent être étudiées plus avant afin de déterminer si un traitement spécial dérogeant aux règles générales est justifié. Enfin, le rapport devra préciser si le revenu imposé au titre d'un régime applicable aux sociétés étrangères contrôlées (SEC) doit être considéré comme entrant dans le calcul du revenu ordinaire selon les modalités décrites dans le rapport, et le texte correspondant figure entre crochets. Aucun consensus ne s'est encore dégagé sur ces questions, mais les discussions se poursuivront en vue de parvenir à un accord et de publier les conclusions et les Commentaires correspondants en septembre 2015 au plus tard. Tant que les travaux sur ces questions n'auront pas été achevés et qu'un consensus n'aura pas été trouvé, les pays sont libres de leurs choix dans ces domaines.

8. Les travaux relatifs aux Commentaires et aux questions en suspens feront appel aux contributions des parties prenantes (y compris du Conseil de stabilité financière sur les fonds propres réglementaires hybrides) pour faire en sorte que les règles soient claires, applicables par les contribuables comme par les administrations fiscales, et établissent un juste équilibre entre les coûts de discipline et la neutralisation des avantages fiscaux induits par les dispositifs hybrides.

Synthèse de la première partie

9. La première partie formule des recommandations en vue d'adopter une législation nationale destinée à remédier aux asymétries des résultats fiscaux concernant des paiements effectués au titre d'un instrument financier hybride ou des paiements effectués par une entité hybride ou en sa faveur. Elle analyse également la nécessité d'établir des règles pour traiter les asymétries indirectes qui surviennent lorsque les effets d'un dispositif hybride sont importés dans un pays tiers.

10. Ce rapport formule des recommandations générales en vue de modifier la législation nationale, ainsi que des recommandations spécifiques portant sur les règles applicables aux dispositifs hybrides destinées à neutraliser les effets fiscaux de ces dispositifs. Ces règles sont des mécanismes d'association qui visent à aligner le traitement fiscal d'un instrument ou d'une entité dans un pays sur les résultats fiscaux dans l'autre pays, sans fausser pour le reste les résultats fiscaux ou économiques. Pour éviter la double imposition et garantir la suppression de l'asymétrie même si

tous les pays n'adoptent pas les règles, les règles recommandées sont divisées en une réponse principale et une règle défensive. La règle défensive s'applique uniquement lorsque l'autre pays est dépourvu de règle visant les dispositifs hybrides ou lorsque cette règle ne s'applique pas à l'entité ou au dispositif.

11. Les règles recommandées dans ce rapport tiennent compte d'un certain nombre de principes de conception, y compris la nécessité de disposer de règles globales qui se déclenchent automatiquement sans devoir déterminer quel pays a subi une perte de recettes fiscales à cause du dispositif et qui visent à minimiser les coûts de conformité et d'administration pour les contribuables comme pour les autorités fiscales. Ces recommandations ont pour vocation d'orienter les contribuables vers des structures d'investissement transfrontalières moins complexes et plus transparentes, plus simples à gérer par les pays au moyen d'instruments de politique fiscale plus classiques. Il existe également des liens avec d'autres points d'action, notamment les Actions 3 (améliorer la conception des règles relatives aux SEC)³ et 4 (examiner les déductions d'intérêts)⁴, qui appelleront des orientations supplémentaires.

12. Le rapport reconnaît l'importance de la coordination dans la mise en œuvre des règles relatives aux dispositifs hybrides. Cette coordination implique l'échange de renseignements afin d'aider les pays et les contribuables à cerner le risque d'asymétries et les réponses requises par la règle.

13. La première partie se divise en 7 chapitres :

- Le chapitre 1 définit ce qu'est un dispositif hybride.
- Les chapitres 2 à 4 cernent et définissent les dispositifs hybrides ciblés par ce rapport et formulent des recommandations sur les réponses que les juridictions doivent y apporter.
- Le chapitre 5 définit les mesures que les juridictions doivent prendre lorsqu'ils mettent en œuvre les recommandations et les principes qui ont présidé à la conception des règles nationales préconisées. Les juridictions qui appliquent ces règles doivent le faire dans le respect des principes de conception.
- Les chapitres 6 et 7 définissent les termes clés utilisés dans ce rapport. Des définitions communes ont été arrêtées en vue d'assurer la cohérence dans la portée et la mise en œuvre de ces recommandations et de compléter les définitions spécifiques qui se trouvent dans les recommandations proprement dites.

Résumé des recommandations formulées dans la première partie

Modifications spécifiques de la législation nationale

14. La première partie du rapport préconise d'apporter des modifications spécifiques à la législation nationale en vue de mieux aligner les résultats fiscaux nationaux et internationaux. Elle recommande en particulier :

- l'interdiction d'exonérer un dividende aux fins de l'allègement de la double imposition économique concernant des paiements déductibles effectués dans le cadre d'instruments financiers ;
- l'adoption de mesures visant à empêcher l'utilisation de transferts hybrides pour dupliquer des crédits d'impôt pour les retenues à la source étrangères;
- des améliorations des régimes applicables aux sociétés étrangères contrôlées et d'autres régimes relatifs à l'investissement à l'étranger visant à soumettre le revenu d'entités hybrides à l'impôt dans le pays de l'investisseur et à imposer à ces intermédiaires des obligations de communication d'informations afin de permettre aux investisseurs à l'étranger et aux administrations fiscales d'appliquer plus aisément ces règles ; et
- des règles qui restreignent la transparence fiscale d'entités hybrides inversées qui sont membres d'un groupe sous contrôle commun.

Règles relatives aux dispositifs hybrides

15. Outre ces recommandations spécifiques portant sur le traitement fiscal d'entités et d'instruments et destinées à empêcher la survenue d'asymétries fiscales, le point 2 du Plan d'action plaide pour des règles qui alignent les résultats fiscaux dans une juridiction sur ceux obtenus dans une autre juridiction. L'Action 2 indique que ces règles peuvent inclure des dispositions légales nationales qui :

- interdisent une déduction au titre d'un paiement qui est également déductible dans un autre pays ;
- empêchent l'exonération ou la non-comptabilisation de paiements déductibles par leur auteur ; et
- interdisent une déduction au titre d'un paiement qui n'entre pas dans le calcul du revenu ordinaire de son bénéficiaire (et qui n'est pas soumis à l'impôt en vertu de règles relatives aux sociétés étrangères contrôlées – SEC - ou de règles analogues).

16. L'Action 2 préconise donc des règles nationales qui ciblent deux types de paiement :

- paiements effectués dans le cadre d'un dispositif hybride qui sont déductibles selon les règles en vigueur dans la juridiction de leur payeur mais qui n'entrent pas dans le calcul du revenu ordinaire de leur bénéficiaire ou d'un investisseur concerné (déduction/absence d'inclusion) ; et
- paiements effectués dans le cadre d'un dispositif hybride qui donne lieu à une déduction dans deux pays (double déduction).

17. Pour éviter le risque de double imposition, l'Action 2 demande également d'élaborer des « orientations sur des principes de coordination ou de départage si plusieurs juridictions tentent d'appliquer ces règles à une transaction ou à une structure ». C'est pourquoi les règles recommandées dans le rapport sont hiérarchisées de manière à ce qu'un pays n'ait pas à appliquer la règle relative aux dispositifs hybrides si l'autre juridiction applique une règle suffisante pour neutraliser l'asymétrie. Le rapport préconise que chaque juridiction mette en place l'ensemble des règles visées afin que l'effet d'un dispositif hybride soit neutralisé même si l'autre juridiction est dépourvue de règles ciblant les dispositifs hybrides.

(a) Déduction/absence d'inclusion

18. Les paiements effectués dans le cadre d'instruments financiers hybrides et les paiements effectués par des entités hybrides peuvent donner lieu à une déduction/absence d'inclusion. S'agissant de ces dispositifs hybrides, le rapport recommande d'interdire la déduction dans le pays du payeur. Si ce dernier n'agit pas, les pays doivent adopter une règle défensive qui imposerait de faire entrer le paiement dans le revenu ordinaire du bénéficiaire. Le chapitre 2 présente les recommandations relatives aux règles de nature à neutraliser les effets de déduction/d'absence d'inclusion.

(b) Double déduction

19. Outre les effets de déduction/d'absence d'inclusion, les paiements effectués par des entités hybrides peuvent, dans certaines circonstances, également aboutir à une double déduction. À cet égard, le rapport préconise comme réponse principale d'interdire la double déduction dans le pays de la société mère. Une règle défensive, qui consisterait à interdire la déduction dans le pays du payeur, s'appliquerait uniquement si le pays de la société mère n'adopte pas la réponse principale. Le chapitre 3 présente les recommandations relatives aux règles de nature à neutraliser les effets de double déduction.

(c) Déduction/absence d'inclusion – effets indirects

20. Lorsqu'un dispositif hybride a été conclu entre deux pays dépourvus de règles afférentes, il est relativement simple de transférer l'effet de ce dispositif dans un troisième pays (par le recours à un prêt ordinaire, par exemple). Aussi, pour protéger l'intégrité des recommandations, ce rapport préconise également que le pays du payeur interdise une déduction au titre de ce paiement si son bénéficiaire le compense avec une dépense dans le cadre d'un dispositif hybride (le paiement est effectué au titre d'un dispositif hybride importé qui génère indirectement une déduction/absence d'inclusion). Le chapitre 4 présente les recommandations relatives aux règles de nature à neutraliser les effets indirects de déduction/d'absence d'inclusion.

(d) Portée

21. Des règles sur les dispositifs hybrides de portée trop générale peuvent être difficiles à appliquer et à administrer. Par conséquent, une portée est définie pour chaque règle qui doit répondre à un triple objectif : être complète, ciblée et gérable.

22. Le tableau ci-dessous donne un aperçu général des recommandations formulées dans ce rapport.

Tableau 1. Aperçu général des recommandations

Asymétrie	Dispositif	Recommandations spécifiques d'amélioration de la législation nationale	Règle recommandée visant les dispositifs hybrides		
			Réponse	Portée	
Déduction/Non-inclusion	Instrument financier hybride	Pas d'exonération du dividende au titre de paiements déductibles Encadrement des crédits d'impôts pour retenues à la source	Interdire la déduction par le payeur	Intégrer au calcul du revenu ordinaire	Parties liées et dispositifs structurés
	Non prise en compte d'un paiement effectué par une entité hybride		Interdire la déduction par le payeur	Intégrer au calcul du revenu ordinaire	Groupe sous contrôle commun et dispositifs structurés
	Paiement en faveur d'une entité hybride inversée	Amélioration du régime des investissements à l'étranger Limitation de la transparence fiscale d'entités intermédiaires lorsque des investisseurs non-résidents considèrent l'entité comme opaque	Interdire la déduction par le payeur	-	Groupe sous contrôle commun et dispositifs structurés
Double déduction	Paiement déductible effectué par une entité hybride		Interdire la déduction par la société mère	Interdire la déduction par le payeur	Portée illimitée, la règle défensive s'applique au groupe sous contrôle commun et aux dispositifs structurés
	Paiement déductible effectué par une société à double résidence		Interdire la déduction par le résident	-	Portée illimitée
Déduction/Non-inclusion – effets indirects	Dispositifs hybrides importés		Interdire la déduction par le payeur	-	Membres du groupe sous contrôle commun et dispositifs structurés

Synthèse de la deuxième partie

23. La deuxième partie complète la première partie et porte sur les aspects du point 2 du Plan d'action qui indiquent que les travaux correspondants peuvent aboutir à « des révisions du Modèle de Convention fiscale de l'OCDE pour faire en sorte que les instruments et entités hybrides (ainsi que les entités implantées dans deux pays) ne soient pas utilisés pour obtenir indûment les avantages procurés par les conventions » et qui soulignent qu'une « attention toute particulière doit être accordée aux interactions entre les modifications possibles de la législation nationale et les dispositions du Modèle de Convention fiscale de l'OCDE »⁵.

24. La deuxième partie se compose de trois chapitres :

- Le chapitre 8 examine les questions liées aux entités à double résidence afin que celles-ci ne soient pas utilisées pour obtenir indûment les avantages procurés par les conventions.
- Le chapitre 9 examine les questions liées aux entités transparentes et propose une nouvelle disposition conventionnelle portant sur ces entités, et des commentaires détaillés s'y rapportant.
- Le chapitre 10 analyse les interactions entre les recommandations formulées dans la première partie et les dispositions du Modèle de Convention fiscale de l'OCDE.

Chapitre 8 - Sociétés à double résidence

25. Le chapitre 8 de la deuxième partie concerne la partie du point 2 du Plan d'action qui envisage expressément de modifier le Modèle de Convention fiscale de l'OCDE pour faire en sorte que les entités à double résidence ne soient pas utilisées pour obtenir indûment les avantages procurés par les conventions. La révision de l'article 4(3) du Modèle de Convention fiscale de l'OCDE⁶ qui est préconisée dans le cadre des travaux se rapportant au point 6 du Plan d'action répondra en partie aux risques d'érosion de la base d'imposition et de transfert de bénéfices induits par les entités à double résidence, en disposant que les cas de double résidence doivent être réglés au cas par cas plutôt qu'en appliquant la règle actuelle basée sur le lieu où se situe le siège de direction effective des entités.

26. Toutefois, cette révision ne permettra pas de régler tous les problèmes posés par les entités à double résidence. Ainsi, elle ne pourra pas éviter les stratégies d'évasion fiscale qui résultent du fait qu'une entité est résidente d'un État donné selon le droit interne de cet État, tout en étant également résidente d'un autre État en vertu d'une convention fiscale conclue par le premier État. La solution à ces stratégies d'évasion doit

résider dans la législation nationale. De même, la révision de l'article 4(3) ne résoudra pas les problèmes BEPS générés par la double résidence en l'absence de convention fiscale.

Chapitre 9 - Disposition conventionnelle portant sur les entités transparentes

27. Le rapport de 1999 de l'OCDE consacré à l'*application du Modèle de Convention fiscale de l'OCDE aux sociétés de personnes*⁷ (le rapport sur les sociétés de personnes) analyse en détail l'application de dispositions conventionnelles aux sociétés de personnes, y compris dans les cas où il existe des différences affectant le régime fiscal des sociétés de personnes. Toutefois, le rapport sur les sociétés de personnes n'examinait pas spécifiquement l'application des conventions fiscales aux entités autres que les sociétés de personnes. Pour y remédier, et pour tenir compte du fait que certains pays ont du mal à appliquer les conclusions du rapport sur les sociétés de personnes, le présent rapport propose d'inclure dans le Modèle de Convention fiscale de l'OCDE une nouvelle disposition et des commentaires détaillés pour faire en sorte que le revenu d'entités transparentes soit traité, aux fins de la Convention, conformément aux principes établis par le rapport sur les sociétés de personnes. Cela permettra non seulement d'accorder les avantages des conventions fiscales uniquement lorsque les circonstances s'y prêtent, mais également d'empêcher qu'ils soient accordés lorsqu'aucun des États contractants ne traite, aux termes de son droit interne, le revenu d'une entité comme le revenu d'un de ses résidents.

Chapitre 10 - Interactions entre la première partie et les conventions fiscales

28. Le chapitre 10 de la deuxième partie examine les problèmes que les recommandations formulées dans la première partie sont susceptibles de poser au regard des conventions fiscales.

29. La première question est de savoir si des conflits avec les conventions peuvent être générés par l'application de la règle recommandée concernant les dispositifs hybrides, selon laquelle « le pays de le payeur doit interdire une déduction au titre de ce paiement dans la mesure où il donne lieu à une déduction/absence d'inclusion » afin de neutraliser l'effet de dispositifs hybrides. Le rapport souligne qu'à l'exception des règles visées par les articles 7 et 24 du Modèle de Convention fiscale de l'OCDE, les dispositions des conventions fiscales n'indiquent pas si les paiements sont déductibles ou non et s'ils sont effectivement imposés ou non, ces questions relevant de la législation nationale.

30. Les recommandations proposées dans la première partie comprennent également une règle « défensive » sur les dispositifs hybrides, selon laquelle « [s]i le pays de le payeur ne neutralise pas l'asymétrie, le pays du bénéficiaire du paiement exigera que ce paiement soit inclus dans le calcul du revenu ordinaire dans la mesure où il donne lieu à une déduction/absence d'inclusion ». Cette règle peut avoir des conséquences sur les dispositions de conventions fiscales si elle cherche à imposer un non-résident dont le revenu ne serait pas imposable dans cet État aux termes des dispositions de la convention fiscale concernée. Toutefois, le rapport conclut qu'étant donné que la définition du « contribuable » applicable aux fins des recommandations envisage l'imposition par une juridiction uniquement lorsque le bénéficiaire du paiement est résident de cette juridiction ou y possède un établissement stable, et que les règles d'attribution du revenu définies par les conventions fiscales ne limitent généralement pas les droits d'imposition de l'État en pareilles circonstances, les conventions ne devraient pas avoir d'effet sur les droits des pays d'appliquer la recommandation, et toute interaction entre la recommandation et les dispositions de conventions fiscales devrait donc concerner surtout les règles relatives à l'élimination de la double imposition.

31. Le rapport examine ensuite deux recommandations figurant dans la première partie qui traitent de l'élimination de la double imposition. En premier lieu, il étudie l'impact de ces recommandations sur la méthode d'exemption et conclut que, sachant que c'est la méthode de l'imputation et non celle de l'exemption qui s'applique aux dividendes aux termes de l'article 23 A du Modèle de Convention fiscale de l'OCDE, aucun problème ne devrait résulter de la recommandation selon laquelle « l'exemption d'un dividende aux fins d'éviter la double imposition économique ne devrait pas être accordée par la législation nationale si le paiement de ce dividende est déductible par son auteur ».

32. Cependant, le rapport reconnaît aussi qu'un certain nombre de conventions fiscales bilatérales prévoient l'application de la méthode de l'exemption pour les dividendes reçus d'entreprises étrangères dans lesquelles une entreprise résidente détient une participation substantielle. Il souligne que les problèmes posés par l'inclusion de la méthode de l'exemption dans les conventions fiscales pour des éléments de revenu qui ne sont pas taxés dans l'État de la source sont connus de longue date, ajoutant que comme le paragraphe 4 de l'article 23 A peut couvrir certaines situations impliquant des dispositifs hybrides dans lesquelles un dividende serait autrement soumis à la méthode de l'exemption, les États qui concluent des conventions fiscales prévoyant l'application de la méthode de l'exemption pour les dividendes devraient, au minimum, envisager d'inclure ce paragraphe dans leurs conventions fiscales. Le rapport suggère qu'une

solution plus globale consisterait pour les États à envisager d'inclure dans leurs conventions des règles qui les autoriseraient expressément à appliquer la méthode d'imputation, par opposition à celle de l'exemption, pour des dividendes qui sont déductibles dans l'État de le payeur. Ces États peuvent également envisager une solution plus radicale aux problèmes de non-imposition induits par l'utilisation abusive de la méthode de l'exemption, consistant à ne pas faire figurer la méthode de l'exemption dans leurs conventions.

33. Concernant l'application de la méthode d'imputation, le rapport conclut que la recommandation selon laquelle l'allègement devrait être réduit « en proportion du bénéfice net imposable dans le cadre du dispositif » semble conforme à la restriction du droit d'imposition national prévue par la méthode d'imputation décrite à l'article 23 B du Modèle de Convention fiscale de l'OCDE. S'agissant des conventions qui complètent l'approche fondamentale de l'article 23 B ou y dérogent, le rapport suggère que les États contractants veillent à ce que leurs conventions fiscales prévoient l'élimination de la double imposition sans ouvrir la voie aux stratégies d'évasion fiscale.

34. Enfin, le rapport examine si les recommandations figurant dans la première partie pourraient entrer en conflit avec les dispositions de l'article 24 du Modèle de Convention fiscale de l'OCDE portant sur la non-discrimination. Il conclut que, sous réserve d'une analyse des explications détaillées qui seront données dans les commentaires et de la formulation précise des règles nationales rédigées afin de mettre en œuvre les recommandations de la première partie, ces recommandations ne semblent pas entraîner un risque de conflit avec l'article 24 du Modèle de Convention fiscale de l'OCDE.

Notes

1. Voir Action 2 – Neutraliser les effets des montages hybrides (OCDE, 2013), pp.16-17.
2. OCDE (2011), *Modèle de convention fiscale concernant le revenu et la fortune : Version abrégée 2010*, Éditions OCDE.
3. Voir Action 3 – Renforcer les règles relatives aux SEC (OCDE, 2013), p.17.
4. Voir Action 4 – Limiter l'érosion de la base d'imposition via les déductions d'intérêts et autres frais financiers (OCDE, 2013a), p. 18.
5. Voir Action 2 - Voir Action 2 – Neutraliser les effets des montages hybrides (OCDE, 2013), pp.16-17.
6. OCDE (2011), *Modèle de convention fiscale concernant le revenu et la fortune : Version abrégée 2010*, Éditions OCDE.
7. OCDE (1999), *L'Application du Modèle de Convention fiscale de l'OCDE aux sociétés de personnes*, Questions de fiscalité internationale, No. 6, Éditions OCDE.

Introduction

Travaux antérieurs réalisés par l'OCDE dans le domaine des dispositifs hybrides

35. Un certain nombre de rapports de l'OCDE ont étudié le rôle des dispositifs hybrides dans la planification fiscale agressive. Par exemple, le rapport intitulé *Gérer les risques fiscaux impliquant des pertes bancaires* (OCDE, 2010)¹ a mis en avant leur utilisation dans le contexte des opérations bancaires internationales et a recommandé aux juridictions « de soumettre à l'attention de leurs autorités responsables de la politique fiscale les situations qui seraient susceptibles de poser des problèmes de fond, et en particulier les cas dans lesquels la même perte fiscale fait l'objet d'une déduction dans plusieurs juridictions du fait de différences de régime fiscal entre les juridictions, afin de rechercher les mesures qui devraient être prises pour supprimer cette possibilité d'arbitrage/d'utilisation de dispositifs hybrides ». De même, le rapport *Pertes d'entreprises et planification fiscale agressive* (OCDE, 2011)² recommandait aux juridictions « d'envisager d'instaurer des restrictions à l'utilisation multiple de la même perte dans la mesure où ils sont concernés par ces résultats ».

36. À la suite des préoccupations exprimées par un certain nombre de pays membres de l'OCDE, l'OCDE a engagé un examen, avec les pays membres intéressés, visant à recenser des exemples de stratégies de planification fiscale faisant intervenir des dispositifs hybrides et à évaluer l'efficacité des parades adoptées par ces pays. Cet examen a abouti à un rapport sur les dispositifs hybrides en 2012 (le rapport sur les dispositifs hybrides)³. Le rapport sur les dispositifs hybrides conclut que la base d'imposition collective de l'ensemble des pays est menacée par les effets de ces dispositifs, même s'il est souvent difficile de déterminer clairement quel pays a subi des pertes de recettes fiscales de ce fait. Hormis leurs répercussions sur les recettes fiscales, le rapport concluait également que les dispositifs hybrides nuisent à la concurrence, à l'efficacité, à la transparence et à l'équité. Le rapport sur les dispositifs hybrides proposait un certain nombre de moyens d'action pour lutter contre ces dispositifs, et concluait que les dispositions de la législation interne qui lient le régime fiscal d'une entité, d'un instrument ou d'un transfert dans le pays concerné au régime

fiscal applicable dans un autre pays semblent offrir des possibilités considérables pour y faire face. Bien que ces règles « d'association » rendent l'application de la loi plus compliquée, le rapport soulignait que ces dispositions ne sont pas une nouveauté, car en principe c'est exactement ce que prévoient les dispositions relatives aux crédits d'impôt étranger, les clauses d'assujettissement à l'impôt et les dispositions relatives aux sociétés étrangères contrôlées.

37. Concernant les conventions fiscales, le rapport de 1999 de l'OCDE consacré à l'*application du Modèle de Convention fiscale de l'OCDE aux sociétés de personnes* (le rapport sur les sociétés de personnes)⁴ et le rapport de 2010 sur l'*octroi des bénéficiaires des conventions fiscales aux revenus d'organismes de placement collectif* (le rapport sur les OPC)⁵ sont directement applicables au point 2. Tous deux contiennent une analyse approfondie de l'application des dispositions conventionnelles respectivement aux sociétés de personnes et aux OPC, y compris dans les cas où il existe des différences de traitement fiscal de ces entités. Les principales conclusions de ces deux rapports, qui ont été intégrées dans les Commentaires sur le Modèle de Convention fiscale de l'OCDE, visent à faire en sorte que les dispositions des conventions fiscales aboutissent à des résultats appropriés lorsqu'elles sont appliquées aux sociétés de personnes et aux OPC, notamment dans le cas où une société de personnes ou un OPC constitue une entité hybride. Toutefois, ces rapports ne portent pas expressément sur l'application des conventions fiscales à des entités autres que les sociétés de personnes et les OPC.

Plan d'action concernant le BEPS

38. Le Comité des affaires fiscales de l'OCDE (CAF) a approuvé le Plan d'action concernant le BEPS lors de sa réunion du 25 juin 2013. Le Plan d'action a ensuite été validé par les ministres des Finances des pays du G20 réunis à Moscou les 19 et 20 juillet 2013⁶, puis lors de la réunion des chefs de gouvernement des pays du G20 à Saint-Petersbourg les 5 et 6 septembre 2013⁷.

39. Le point 2 du Plan d'action demande d'élaborer des « dispositions conventionnelles types et des recommandations relatives à la conception de règles nationales visant à neutraliser les effets d'instruments et d'entités hybrides ». Il précise que « cela peut impliquer les mesures suivantes :

- (i) révisions du Modèle de Convention fiscale de l'OCDE pour faire en sorte que les instruments et entités hybrides (ainsi que les entités implantées dans deux pays) ne soient pas utilisés pour obtenir indûment les avantages procurés par les conventions ;

- (ii) dispositions légales nationales qui empêchent l'exonération ou la non-comptabilisation de paiements déductibles par leur auteur ;
- (iii) dispositions légales nationales qui interdisent une déduction au titre d'un paiement qui n'entre pas dans le calcul du bénéfice de son bénéficiaire (et qui n'est pas soumis à l'impôt en vertu de règles relatives aux sociétés étrangères contrôlées – SEC – ou de règles analogues) ;
- (iv) dispositions légales nationales qui interdisent une déduction au titre d'un paiement qui est également déductible dans un autre pays ; et
- (v) si nécessaire, orientations sur des principes de coordination ou de départage si plusieurs pays tentent d'appliquer ces règles à une transaction ou à une structure. »

40. Ce rapport contient les recommandations relatives à la conception de dispositions conventionnelles types et de dispositions légales nationales visées par le point 2 du Plan d'action. La première partie expose les recommandations qui se rapportent à la législation nationale et la deuxième partie présente les modifications qu'il conviendrait d'apporter au Modèle de Convention fiscale de l'OCDE pour faire en sorte que les dispositifs hybrides ne soient pas utilisés pour obtenir indûment les avantages procurés par les conventions.

Notes

1. OCDE (2010), *Addressing Tax Risks Involving Bank Losses*, Éditions OCDE (en anglais).
2. OCDE (2011), *Corporate Loss Utilisation through Aggressive Tax Planning*, Éditions OCDE (en anglais).
3. OCDE (2012), *Dispositifs Hybrides : Questions de politique et de discipline fiscales*, OCDE, Paris.
4. OCDE (1999), *L'Application du Modèle de Convention fiscale de l'OCDE aux sociétés de personnes*, Questions de fiscalité internationale, No. 6, Éditions OCDE.
5. OCDE (2013), « R(24). Accorder le bénéfice des conventions fiscales aux revenus d'organismes de placement collectif », dans OCDE, *Modèle de Convention fiscale concernant le revenu et la fortune 2010 (Version complète)*, Éditions OCDE.
6. « Remédier aux failles des systèmes fiscaux : l'OCDE lance un Plan d'action pour lutter contre l'érosion de la base d'imposition et le transfert de bénéfices », Communiqué du 19/07/2013.
<http://www.oecd.org/fr/presse/remedier-aux-failles-des-systemes-fiscaux-locde-lance-un-plan-daction-pour-lutter-contre-lerosionde-la-base-dimposition-et-le-transfert-de-benefices.htm>.
7. Voir rapport du Secrétaire général aux leaders du G20, Saint-Pétersbourg, Russie, 5-6 Septembre 2013 ; <http://www.oecd.org/tax/SG-report-G20-Leaders-StPetersburg.pdf> (en anglais).

Bibliographie

- OCDE (2013), « R(24). Accorder le bénéfice des conventions fiscales aux revenus d'organismes de placement collectif », dans OCDE, *Modèle de Convention fiscale concernant le revenu et la fortune 2010 (Version complète)*, Éditions OCDE.
<http://dx.doi.org/10.1787/9789264175273-117-fr>.
- OCDE (2012), *Dispositifs Hybrides : Questions de politique et de discipline fiscales*, OCDE, Paris.
<http://www.oecd.org/fr/ctp/aggressive/dispositifshybridesquestionsdepolitiqueetdedisciplinefiscales.htm>.
- OCDE (2011), *Corporate Loss Utilisation through Aggressive Tax Planning*, OECD Publishing (en anglais uniquement).
<http://dx.doi.org/10.1787/9789264119222-en>.
- OCDE (2011), *Modèle de convention fiscale concernant le revenu et la fortune : Version abrégée 2010*, Éditions OCDE.
http://dx.doi.org/10.1787/mtc_cond-2010-fr.
- OCDE (2010), *Addressing Tax Risks Involving Bank Losses*, Éditions OCDE (en anglais uniquement).
<http://dx.doi.org/10.1787/9789264088689-en>.
- OCDE (1999), *L'Application du Modèle de Convention fiscale de l'OCDE aux sociétés de personnes*, Questions de fiscalité internationale, No. 6, Éditions OCDE.
<http://dx.doi.org/10.1787/9789264273313-fr>.

Partie I

Recommandations concernant la conception de règles nationales

Chapitre 1

Définition d'un dispositif hybride

41. Un dispositif hybride est un dispositif qui exploite une différence de traitement fiscal d'une entité ou d'un instrument entre les législations de deux ou plusieurs pays ou plus en vue de produire des résultats fiscaux asymétriques ayant pour effet de réduire la charge fiscale globale des parties au dispositif.

Le dispositif aboutit à une asymétrie dans le traitement fiscal d'un paiement

42. Le point 2 du Plan d'action vise les dispositifs qui exploitent les différences de traitement, à des fins fiscales, des paiements transfrontières, dans la juridiction du payeur et dans celle du bénéficiaire, uniquement dans la mesure où cette différence de traitement entraîne une asymétrie.

43. L'importance de l'asymétrie est déterminée en comparant le traitement fiscal du paiement selon les lois de chaque pays dans lequel l'asymétrie se produit. Une déduction/absence d'inclusion se produit généralement lorsque la fraction d'un paiement déductible selon les lois d'un pays ne correspond pas à la fraction incluse dans le revenu ordinaire dans un autre pays. Une double déduction se produit si tout ou partie du paiement est déductible selon les lois d'un autre pays.

44. Tous les dispositifs décrits ci-dessus font intervenir des paiements. Le montant d'un paiement est mesuré en argent. Des différences de valorisation d'un paiement entre deux pays peuvent donner lieu à des asymétries, mais les différences d'appréciation de la valeur de l'argent n'entrent pas dans le champ d'application de la règle relative aux dispositifs hybrides. Par exemple, les gains et pertes générés par des variations de change sur un prêt correspondent à des différences concernant la valeur de l'argent (et non de montant de l'argent) dû au titre du prêt. Ce type d'asymétrie ne donnera pas lieu à une déduction/absence d'inclusion dès lors que la fraction des intérêts et du principal exigible au titre du prêt est la même selon les lois des deux pays.

45. Les règles relatives aux dispositifs hybrides ne couvrent pas les paiements réputés être effectués à des fins fiscales uniquement et qui n'impliquent pas la création de droits économiques entre les parties. Par exemple, les règles qui autorisent les contribuables à se prévaloir d'une déduction fiscale unilatérale au titre des capitaux propres investis sans leur demander d'engager des dépenses en contrepartie (comme les régimes qui accordent des déductions d'intérêts « notionnels » au titre des capitaux propres) sont économiquement plus proches d'une exonération fiscale ou d'avantages fiscaux spécifiques similaires et ne produisent pas une asymétrie des résultats fiscaux dans le sens visé par le point 2 du Plan d'action. Néanmoins, ces règles et les règles ayant un effet analogue devraient être examinées plus en détail, soit séparément, soit dans le contexte du point 4 du Plan d'action concernant la déductibilité des intérêts.

Le dispositif contient un élément hybride qui provoque une asymétrie dans les résultats fiscaux

46. Bien que des asymétries transfrontières se produisent dans d'autres contextes (comme lors du paiement d'un intérêt déductible à une entité exonérée), les seuls types d'asymétries visées par ce rapport sont celles qui font intervenir un élément hybride en vue de générer des effets de déduction/d'absence d'inclusion et de double déduction.

47. Comme l'indique le point 2 du Plan d'action, les dispositifs hybrides relèvent de deux catégories distinctes en fonction de leur mécanisme sous-jacent : certains dispositifs utilisent des entités hybrides, la même entité n'étant pas traitée de la même manière dans deux ou plusieurs pays ; d'autres impliquent l'utilisation d'instruments hybrides, instruments auxquels deux ou plusieurs pays appliquent un régime fiscal contradictoire. Dans un cas comme dans l'autre, l'élément hybride conduit à une qualification différente d'un paiement selon les lois de plusieurs pays.

48. Les conflits de traitement de l'entité hybride désignent généralement un conflit entre la transparence ou l'opacité de l'entité à des fins fiscales en relation avec un paiement particulier. Dans la catégorie des instruments hybrides, on peut opérer une distinction supplémentaire entre les transferts hybrides, qui sont des dispositifs concernant un actif par lesquels les contribuables de deux pays assument des positions incompatibles quant à la nature des droits de propriété sur cet actif, et les instruments financiers hybrides, qui sont des instruments financiers par lesquels les contribuables de deux pays assument des positions incompatibles concernant le traitement du même paiement effectué dans le cadre de cet instrument.

49. Le plus souvent, le lien de causalité entre l'élément hybride et l'asymétrie est évident. Toutefois, il peut être plus difficile de repérer l'élément hybride en lien avec les instruments financiers hybrides. En raison de la grande variété des instruments financiers et de leurs différences de traitement fiscal d'un pays à l'autre, il n'est pas possible, pour des raisons pratiques, d'identifier et de définir précisément, dans le présent rapport, toutes les situations dans lesquelles des différences de qualification d'un paiement au titre d'un instrument financier entre deux pays peuvent conduire à une asymétrie dans le traitement fiscal. Plutôt que de cibler ces différences techniques, ce rapport s'attache à aligner le traitement des paiements transfrontières effectués au titre d'un instrument financier de manière à ce que les montants traités comme une dépense de financement dans la juridiction de l'émetteur soient considérés comme un revenu ordinaire dans la juridiction du détenteur. Par conséquent, ce rapport recommande qu'un instrument financier soit traité comme un instrument hybride lorsque les termes de l'instrument suffiraient à provoquer une asymétrie des résultats fiscaux.

L'asymétrie des résultats fiscaux réduit le montant global de l'impôt payé par les parties au dispositif

50. Les règles applicables aux dispositifs hybrides ne devraient pas concerner les entités ou instruments hybrides dont les effets ne soulèvent pas de préoccupations de politique fiscale. Pour entrer dans le champ d'application de la règle, le dispositif doit conduire à une érosion de la base d'imposition d'une ou de plusieurs juridictions dans lesquelles le dispositif est structuré. Par exemple, la règle qui limite les effets de déduction/d'absence d'inclusion ne devrait en principe pas s'appliquer aux différences dans les dates des décaissements et des encaissements selon les lois de plusieurs juridictions ; de même, les règles qui limitent les effets de double déduction pour les paiements au titre d'une entité hybride devraient généralement préserver les déductions dans les deux pays dans la mesure où elles sont imputées à un revenu imposable selon les lois des deux juridictions, ou dans la mesure où la double déduction a pour seule conséquence de déplacer le revenu net du contribuable d'une période imposable à une autre.

Chapitre 2

Dispositifs qui génèrent des effets de déduction/d’absence d’inclusion

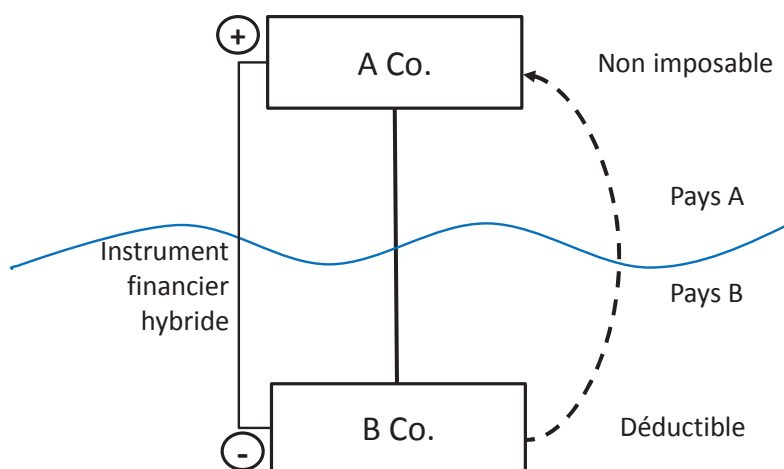
Règle recommandée concernant les instruments financiers hybrides

51. Cette section formule des recommandations de conception des règles visant à neutraliser les effets des instruments financiers hybrides. Ces règles s’appliquent à tout instrument financier qui est soumis à un traitement fiscal différent selon les lois de deux ou plusieurs pays, de sorte qu’un paiement effectué au titre de cet instrument entraîne une asymétrie dans les résultats fiscaux. Un instrument financier hybride inclut un transfert hybride.

Instruments financiers hybrides

52. Le graphique ci-dessous illustre de façon simplifiée un dispositif utilisant un instrument financier hybride :

Figure 2.1 Instrument financier hybride



53. Dans cet exemple, B Co (entité résidente du Pays B) émet un instrument financier hybride en faveur de A Co (entité résidente du Pays A). Selon la législation du Pays B, cet instrument est considéré comme un titre de dette et le Pays B accorde une déduction au titre des paiements d'intérêts effectués dans le cadre de cet instrument, tandis que la législation du Pays A ne taxe pas le paiement ou accorde un avantage fiscal sous une forme ou sous une autre (exonération, exclusion, crédit d'impôt indirect, etc.) au titre des intérêts perçus.

54. Cette asymétrie peut s'expliquer par diverses raisons. Le plus souvent, l'instrument financier est considéré comme un *titre de dette* par l'émetteur et comme un *titre de participation* par le détenteur. Cette différence de qualification a souvent pour effet que les intérêts déductibles payés par l'émetteur sont considérés comme un dividende exonéré d'impôt dans la juridiction du détenteur ou bénéficiant d'un allègement fiscal équivalent. Dans d'autres cas, l'asymétrie des résultats fiscaux ne résulte pas forcément d'une différence générale de qualification d'un instrument à des fins fiscales, mais plutôt d'une différence spécifique de traitement fiscal d'un paiement particulier effectué dans le cadre de cet instrument. Par exemple, l'instrument financier hybride peut être un titre d'emprunt convertible optionnel qui autorise B Co à déduire la valeur de l'option intégrée, tandis que A Co ne tient pas compte de la valeur de l'option ou lui attribue une valeur inférieure à B Co. Cette différence de traitement fiscal peut avoir pour effet qu'une fraction du paiement effectué au titre de l'instrument est déductible dans le Pays B, mais n'est pas incluse dans le revenu ordinaire dans le Pays A.

Transferts hybrides

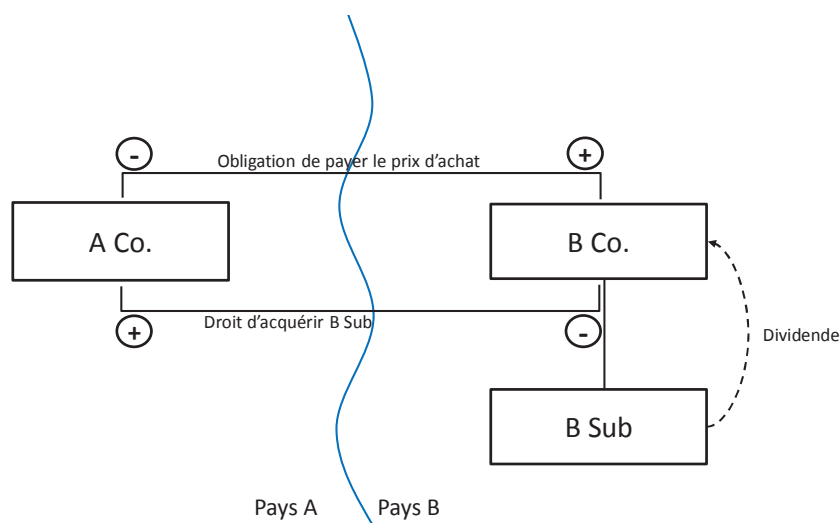
55. Les transferts hybrides désignent généralement un type particulier de prêt faisant l'objet d'un nantissement ou d'opération sur produits dérivés où les co-contractants situés dans des juridictions différentes se considèrent tous les deux propriétaires de la garantie du prêt ou de l'objet du produit dérivé. Du fait de la différence de qualification du dispositif, les paiements effectués dans le cadre de l'instrument peuvent générer des résultats fiscaux asymétriques.

56. Bien que les mécanismes juridiques employés pour créer un transfert hybride dépendent des règles fiscales propres aux juridictions concernées, la transaction la plus fréquemment employée pour obtenir des résultats fiscaux asymétriques lors d'un transfert hybride est un accord de vente avec rachat (généralement qualifié de « prise en pension ») d'un actif dont les conditions se rapprochent économiquement parlant de celles d'un prêt faisant l'objet d'un nantissement. Une prise en pension peut donner lieu à une asymétrie des résultats fiscaux lorsqu'une juridiction traite le dispositif conformément à sa forme (vente et rachat de l'actif), tandis que l'autre juridiction taxe le dispositif conformément à sa substance économique (un

prêt garanti par un actif). Les garanties employées sont souvent des actions d’entités contrôlées, mais la même technique de prise en pension peut être utilisée avec pratiquement n’importe quel actif qui génère un rendement exonéré ou non imposable ou une autre forme d’avantage fiscal selon les lois des deux juridictions.

57. Le graphique 2.2 illustre cette structure sous sa forme la plus élémentaire.

Figure 2.2 Opération de vente avec rachat d’un prêt faisant l’objet d’un nantissement



58. La structure représentée dans le graphique 2.2 fait intervenir une société située dans le pays A (A Co) qui possède une filiale (B Sub). A vend les actions de B Sub à B Co aux termes d’un accord prévoyant que A Co (ou une société affiliée) acquerra ces actions à une date future pour un prix convenu. Entre la vente et le rachat, B Sub verse des dividendes sur les actions à B Co.

59. Le coût net de l’opération pour A Co est considéré comme une dépense de financement déductible. Le coût supporté par A Co comprend les dividendes de B Sub qui sont payés à B Co et conservés par cette dernière. En général, le Pays B accorde un crédit, une déduction, une exonération ou un autre avantage fiscal à B Co sur les dividendes perçus. B Co traite également le transfert des actions à A Co comme une vente véritable et peut exonérer les éventuels gains de cession en vertu d’une exonération des prises de participation ou d’une exclusion générale des gains en capital. L’effet combiné de la transaction de vente avec rachat est donc de générer

une déduction pour A Co au titre du total des paiements effectués dans le cadre du contrat, sans inclusion correspondante pour B Co.

Règle recommandée

60. La réponse préconisée dans ce rapport est de neutraliser les effets des asymétries générées par des instruments financiers (y compris par des transferts hybrides) en adoptant une règle de lien qui aligne les résultats fiscaux pour le payeur et le bénéficiaire. Le rapport préconise comme réponse principale de refuser la déduction des paiements par leur auteur, tandis que la juridiction du bénéficiaire appliquerait une règle défensive consistant à faire entrer le paiement déductible dans le revenu ordinaire si le payeur est situé dans une juridiction qui n'a pas appliqué la règle principale pour supprimer l'asymétrie.

61. En général, des différences raisonnables concernant la date d'enregistrement des paiements ne constituent pas une asymétrie des résultats fiscaux. Des précisions seront apportées dans les Commentaires sur les circonstances et conditions dans lesquelles la règle concernant les instruments financiers hybrides tolère des différences de date d'enregistrement des paiements.

62. Du fait de la grande variété des instruments financiers et des différences de traitement fiscal d'un pays à l'autre, il n'est pas possible, pour des raisons pratiques, de répertorier et de définir précisément, dans le présent rapport, toutes les situations dans lesquelles des différences de qualification d'un paiement au titre d'un instrument financier entre deux pays peuvent conduire à une asymétrie dans le traitement fiscal. Plutôt que de cibler ces différences techniques, ce rapport s'attache à aligner le traitement des paiements transfrontières effectués au titre d'un instrument financier de manière à ce que les montants traités comme une dépense de financement dans la juridiction de l'émetteur soient considérés comme un revenu ordinaire dans la juridiction du détenteur. Par conséquent, la règle recommandée dispose qu'un instrument financier doit être traité comme un instrument financier hybride lorsque les termes de l'instrument suffiraient à provoquer une asymétrie des résultats fiscaux.

63. La règle s'applique uniquement à un instrument financier détenu par une partie liée ou dans le cadre d'un dispositif structuré, et ne s'applique pas dans certaines circonstances bien définies.

64. Dans leurs contributions, les membres du public s'inquiètent de l'impact potentiel de la règle relative aux instruments financiers hybrides sur un instrument financier souscrit par un contribuable sur le marché lorsque ce contribuable souscrit régulièrement des instruments financiers similaires aux mêmes conditions avec des parties non liées dans le cadre de ses activités

ordinaires. Ils suggèrent que l’application de la règle à ce contribuable pourrait, dans certaines circonstances, imposer une charge de déclaration excessive et indue à ces marchés. Nous demanderons aux institutions financières d’apporter un éclairage supplémentaire afin de mieux apprécier l’opportunité d’exclure ou de mieux cibler l’application de la règle dans ces circonstances.

65. L’encadré ci-dessous contient le texte d’une règle visant à éliminer les effets des asymétries fiscales qui pourrait être intégrée dans la législation nationale :

Recommandation 1.

Règle applicable aux instruments financiers hybrides

La règle suivante s’applique à un paiement effectué dans le cadre d’un instrument financier qui génère une asymétrie fiscale (telle que définie au paragraphe 3 ci-dessous).

1 *Neutraliser l’asymétrie dans la mesure où le paiement génère un effet de déduction/d’absence d’inclusion*

(a) *Réponse – refuser la déduction*

La juridiction du payeur refusera que ce paiement fasse l’objet d’une déduction dans la mesure où il génère un effet de déduction/d’absence d’inclusion.

(b) *Règle défensive – exiger que le paiement soit inclus dans le revenu ordinaire*

Si la juridiction du payeur ne neutralise pas l’asymétrie, la juridiction du bénéficiaire doit exiger que ce paiement soit inclus dans le calcul du revenu ordinaire dans la mesure où il génère un effet de déduction/d’absence d’inclusion.

(c) *Différences temporelles*

Des différences dans la date d’enregistrement des paiements effectués dans le cadre d’un instrument financier ne sont pas considérées comme générant un effet de déduction/d’absence d’inclusion, dès lors que le contribuable peut prouver, à l’appréciation de l’administration fiscale, que ce paiement pris en compte en tant que revenu ordinaire dans un délai raisonnable. Les Commentaires apporteront des orientations supplémentaires sur les circonstances et modalités de cette preuve.

2 *La règle s’applique uniquement aux paiements effectués dans le cadre d’un instrument financier (y compris d’un transfert hybride)*

Recommandation 1. (Cont.)

(a) *Instrument financier*

Un instrument financier englobe tout dispositif soumis aux règles d'imposition applicables aux titres de dette, titres de participation ou produits dérivés selon les lois des juridictions du bénéficiaire et du payeur, et englobe tout transfert hybride.

Tout dispositif en vertu duquel une personne verse de l'argent à une autre personne en contrepartie d'un rendement financier ou d'un rendement de capitaux propres doit également être considéré comme un instrument financier à hauteur de ce rendement.

(b) *Transfert hybride*

Un transfert hybride désigne un dispositif de transfert d'actif conclu par un contribuable avec une autre partie, en vertu duquel :

- le contribuable est le propriétaire de l'actif et les droits du co-contractant au titre de cet actif sont considérés comme les obligations du contribuable ; et
- selon les lois de la juridiction du co-contractant, le co-contractant est le propriétaire de l'actif et les droits du contribuable au titre de cet actif sont considérés comme les obligations du co-contractant.

Dans ce contexte, la propriété d'un actif englobe toute règle ayant pour effet que le contribuable est imposé en qualité de bénéficiaire effectif des flux générés par l'actif.

3 *La règle s'applique uniquement aux paiements qui génèrent une asymétrie fiscale*

- (a) Un paiement génère une asymétrie fiscale lorsque les termes de l'instrument provoquent une asymétrie dans le traitement fiscal des paiements effectués au titre de l'instrument financier.
- (b) les termes de l'instrument provoquent une asymétrie dans le traitement fiscal des paiements effectués au titre de l'instrument si l'asymétrie se serait produite si le même instrument avait été souscrit directement entre contribuables résidents de statut ordinaire selon les lois de leurs juridictions respectives.

4 *Portée de la règle*

- (a) Cette règle s'applique uniquement à un instrument financier conclu avec une partie liée ou si le paiement est effectué dans le cadre d'un dispositif structuré dont le contribuable est partie.

Recommandation 1. (Cont.)

5 *Exceptions à la règle*

- (a) *Régimes dans lesquels l'objectif fiscal de la déduction selon les lois de la juridiction du payeur est de préserver la neutralité fiscale pour le payeur et pour le bénéficiaire*

La réponse principale visée au paragraphe 1 (a) ne doit pas s'appliquer à un paiement effectué par un organisme de placement soumis à un traitement réglementaire et fiscal spécial selon les lois de la juridiction où il est implanté, dès lors que :

- (i) la politique fiscale de la juridiction où l'organisme est établi a pour objet de préserver la déduction du paiement effectué au titre de l'instrument financier pour faire en sorte que :
- le contribuable soit exonéré d'impôt ou soumis à un impôt minime sur son revenu d'investissement ; et
 - les détenteurs d'instruments financiers émis par le contribuable soient imposés sur ce paiement en tant que revenu ordinaire sur une base courante.
- (ii) le cadre réglementaire et fiscal de la juridiction où se situe l'organisme a pour effet que les instruments financiers émis par l'organisme de placement procureront au contribuable un revenu qui sera intégralement ou pour l'essentiel payé et distribué aux détenteurs de ces instruments financiers dans un délai raisonnable après que ce revenu a été obtenu ou perçu par le contribuable ;
- (iii) la politique fiscale de la juridiction où l'organisme est établi, prévoit que l'intégralité du montant du paiement :
- est incluse dans le revenu ordinaire de toute personne qui est un bénéficiaire dans cette juridiction ; et
 - n'est pas exclue du revenu ordinaire de toute personne qui est un bénéficiaire selon les lois de la juridiction du bénéficiaire en vertu d'une convention conclue entre la juridiction de l'organisme et celle du bénéficiaire ; et
- (iv) le paiement n'est pas effectué dans le cadre d'un dispositif structuré.

Les Commentaires apporteront des précisions supplémentaires sur les circonstances dans lesquelles l'exception s'appliquera et selon quelles modalités. La règle défensive décrite au point 1(b) continuera de s'appliquer à tout paiement effectué par cet organisme de placement.

Autres recommandations concernant le traitement fiscal d'instruments financiers

66. Cette section présente les recommandations de modifications de la législation nationale permettant de mieux aligner les résultats fiscaux des transactions transfrontières sur les objectifs poursuivis et de réduire les asymétries générées par l'utilisation d'instruments financiers hybrides.

Refus de l'exonération des dividendes pour des paiements déductibles

67. La première recommandation vise les asymétries qui surviennent avec les structures représentées dans le graphique 2.1. Comme mentionné précédemment, des asymétries peuvent se produire concernant des paiements effectués au titre d'un instrument financier considéré soit comme un titre de dette, soit comme un titre de participation. Cette différence de qualification a souvent pour conséquence que l'intérêt déductible payé par l'émetteur est traité comme un dividende exonéré d'impôt dans la juridiction du détenteur ou bénéficiaire d'une autre forme d'avantage fiscal équivalent.

68. Un pays qui exonère d'impôt les dividendes dans le but spécifique d'éviter la double imposition économique sur les bénéfices distribués devrait restreindre cette exonération aux paiements effectués à partir des bénéfices après impôts. Dans une situation purement nationale, ce résultat est généralement obtenu en limitant l'exonération aux paiements qualifiés de dividendes ou de distributions selon la législation nationale. Toutefois, dans les situations de paiements transfrontières, une telle restriction ne sera pas suffisante, car les critères nationaux qui qualifient le paiement et déterminent son traitement fiscal ne s'appliqueront pas au payeur. Les juridictions qui visent à éviter la double imposition économique en exonérant d'impôt les dividendes au titre des sommes versées par un payeur étranger devraient donc limiter elles aussi le bénéfice de cette exonération aux seuls paiements opérés à partir de bénéfices après impôts.

69. La juridiction du bénéficiaire ne devrait pas être tenue d'accorder l'avantage des règles visant à éviter la double imposition économique prévu par la législation nationale dans des circonstances où le paiement n'a pas été assujéti à l'impôt. Par conséquent, le rapport recommande que les juridictions qui exonèrent les dividendes n'étendent pas cette exonération aux paiements déductibles. Cette recommandation n'est pas soumise aux mêmes limitations de portée que celles qui s'appliquent à la règle relative aux instruments financiers hybrides. Les juridictions devraient également réfléchir à l'opportunité d'appliquer cette recommandation relative à

l’exonération des dividendes à d’autres types de règles visant à éviter la double imposition sur les dividendes.

Restriction des crédits d’impôt pour retenues à la source

70. La deuxième recommandation spécifique vise les asymétries dans l’imputation des retenues à la source qui se produisent dans le cadre des structures décrites dans le graphique 2.2. Afin d’empêcher les contribuables parties à une transaction de vente avec rachat de réclamer deux crédits d’impôt au titre de la même retenue à la source, ce rapport préconise que le droit d’un contribuable de bénéficier d’un crédit d’impôt direct au titre d’un transfert hybride soit restreint en proportion du revenu net perçu par ce contribuable dans le cadre du dispositif.

71. L’encadré ci-dessous contient la recommandation concernant le traitement fiscal des instruments financiers :

Recommandation 2. Recommandations spécifiques concernant le traitement fiscal des instruments financiers

1 Refus de l’exonération des dividendes pour des paiements déductibles

Pour empêcher qu’un instrument financier génère des effets de déduction/d’absence d’inclusion, l’exonération des dividendes destinée à éviter la double imposition économique ne devrait pas être accordée par le droit interne dans la mesure où le dividende versé est déductible par le payeur. De même, les juridictions devraient envisager d’adopter des restrictions similaires pour d’autres types d’exonération des dividendes visant à éviter la double imposition économique des bénéficiaires sous-jacents.

2 Restriction des crédits d’impôt pour retenues à la source

Afin d’empêcher la duplication des crédits d’impôt dans le cadre d’un transfert hybride, toute juridiction qui accorde une réduction au titre des retenues d’impôt à la source sur un paiement effectué au titre d’un transfert hybride devrait restreindre le bénéfice de cette réduction en proportion du revenu net imposable perçu par ce contribuable dans le cadre du dispositif.

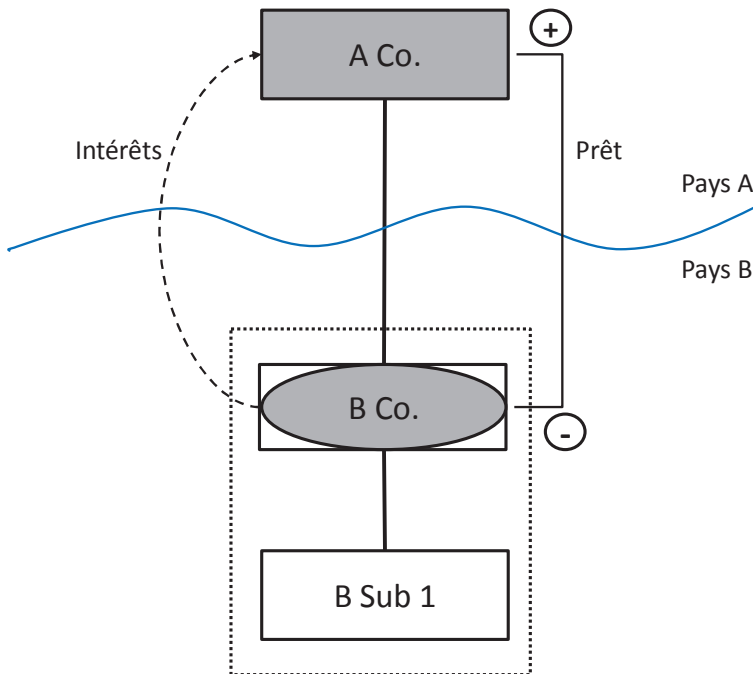
3 Portée

Ces recommandations ont une portée illimitée.

Règle recommandée pour les paiements non pris en compte effectués par un payeur hybride

72. Cette section contient des recommandations concernant la conception de règles destinées à empêcher un payeur hybride d’effectuer un paiement déductible selon les lois de sa juridiction mais qui n’est pas pris en compte selon les lois de la juridiction du bénéficiaire. La règle s’applique lorsque le traitement fiscal du payeur selon les lois de la juridiction du bénéficiaire a pour effet que le paiement déductible ne sera pas pris en compte dans la juridiction du bénéficiaire. Le graphique ci-dessous donne un exemple simple de cette structure.

Figure 2.3 Paiements non pris en compte effectués par une entité hybride à une partie liée



73. Dans cet exemple, A Co détient la totalité des actions d’une filiale étrangère (B Co). B Co est une entité hybride qui n’est pas prise en compte par la législation fiscale du Pays A. B Co emprunte à A Co et paie des intérêts sur le prêt. B Co est considérée comme transparente selon les lois du Pays A et (du fait que A Co est le seul actionnaire de B Co) le Pays A fait tout

simplement abstraction de l’existence distincte de B Co. Le fait de ne pas tenir compte de B Co signifie que le prêt (et, par extension, les intérêts sur le prêt) conclu entre A Co et B Co est ignoré par la législation du Pays A.

74. À des fins fiscales, B Co est consolidée avec sa filiale d’exploitation B Sub 1, ce qui lui permet de restituer l’avantage fiscal de la déduction des intérêts à B Sub 1. La capacité à « restituer » cet avantage fiscal offerte par le régime de consolidation permet de déduire les dépenses d’intérêts d’un revenu qui ne sera pas imposable selon les lois du Pays A.

Règle recommandée

75. Ce rapport recommande de neutraliser l’effet des asymétries générées par les paiements hybrides non pris en compte en adoptant une règle de lien qui aligne les résultats fiscaux pour le payeur et pour le bénéficiaire. La réponse principale devrait être de refuser au payeur la possibilité de déduire des paiements non pris en compte, tandis que la juridiction du bénéficiaire appliquerait une règle défensive, aux termes de laquelle un paiement non pris en compte serait inclus dans le revenu ordinaire si le payeur est résident d’une juridiction qui n’applique pas la règle principale de neutralisation des asymétries.

76. Toutefois, la règle ne s’applique pas dans la mesure où la déduction au titre du paiement non pris en compte compense le double inclusion du revenu dans le revenu ordinaire selon les lois de la juridiction du bénéficiaire et de celle du payeur.

77. Pour remédier aux différences temporelles d’enregistrement des déductions au titre des paiements non pris en compte et du revenu soumis à une double inclusion, toute déduction excédentaire (perte nette) au titre de ces paiements non pris en compte qui ne compense pas un revenu soumis à une double inclusion dans la période courante pourra l’être lors d’une période ultérieure, conformément aux règles usuelles qui autorisent le report des pertes sur des exercices postérieurs (ou antérieurs).

78. Cette règle s’applique uniquement si les parties au paiement hybride sont membres du même groupe sous contrôle commun ou si le paiement est effectué en vertu d’un dispositif structuré dont le contribuable est partie.

79. L’encadré ci-dessous contient le texte d’une règle visant à éliminer les effets des asymétries fiscales qui pourrait être intégrée dans la législation nationale :

Recommandation 3.

Règle applicable aux paiements hybrides non pris en compte

La règle suivante devrait s'appliquer à un paiement non pris en compte effectué par un payeur hybride qui génère une asymétrie fiscale (telle que définie au paragraphe 3 ci-dessous).

1 Neutraliser l'asymétrie dans la mesure où le paiement génère un effet de déduction/d'absence d'inclusion

(a) Réponse – refuser la déduction

La juridiction du payeur refusera que ce paiement fasse l'objet d'une déduction dans la mesure où il génère un effet de déduction/d'absence d'inclusion.

(b) Règle défensive – exiger que le paiement soit inclus dans le revenu ordinaire

Si la juridiction du payeur ne neutralise pas l'asymétrie, la juridiction du bénéficiaire doit exiger que ce paiement soit inclus dans le calcul du revenu ordinaire dans la mesure où il génère un effet de déduction/d'absence d'inclusion.

(c) L'asymétrie ne se produit pas si la déduction compense un revenu soumis à une double inclusion

Aucune asymétrie ne se produira dans la mesure où la déduction dans la juridiction du payeur compense un revenu inclus en tant que revenu ordinaire selon les lois de la juridiction du bénéficiaire et de celle du payeur (revenu soumis à une double inclusion).

(d) Traitement de la déduction excédentaire

Toute déduction qui excède le montant du revenu soumis à une double inclusion pourra être imputée aux revenus soumis à une double inclusion lors d'une autre période.

2 La règle s'applique uniquement aux paiements non pris en compte effectués par une entité hybride

(a) Un paiement non pris en compte est un paiement déductible selon les lois de la juridiction du payeur mais qui n'est pas reconnu selon les lois de la juridiction du bénéficiaire.

(b) Une personne est un payeur hybride si le traitement fiscal du payeur selon les lois de la juridiction du bénéficiaire a pour effet que le paiement n'est pas pris en compte.

Recommandation 3. (Cont.)**3 La règle s’applique uniquement aux asymétries fiscales**

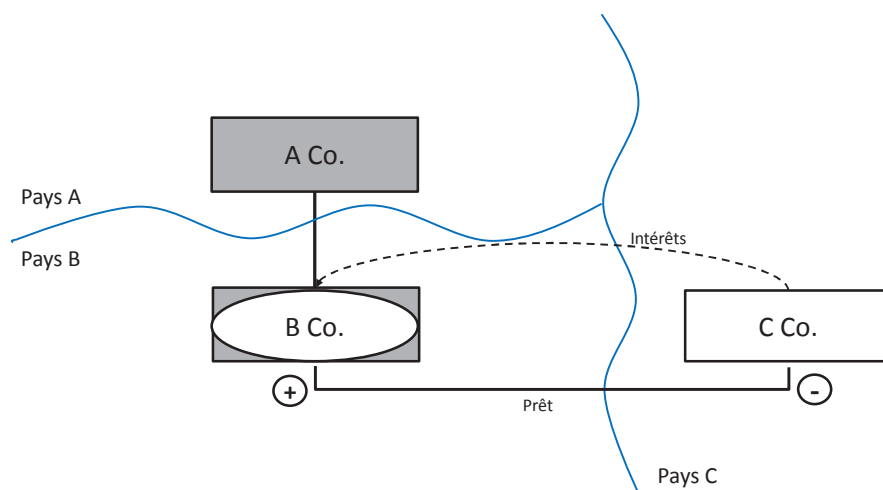
Un paiement non pris en compte effectué par un payeur hybride génère une asymétrie fiscale si, selon les lois de la juridiction du payeur, la déduction peut compenser un revenu qui n’est pas soumis à une double inclusion.

4 Portée de la règle

Cette règle s’applique uniquement si les parties au paiement hybride sont membres du même groupe sous contrôle commun ou si le paiement est effectué en vertu d’un dispositif structuré dont le contribuable est partie.

Règle recommandée pour les entités hybrides inversées

80. Des effets de déduction/d’absence d’inclusion peuvent aussi se produire dans le cas de paiements en faveur d’un bénéficiaire hybride. Dans ce cas, l’entité hybride est généralement dite inversée parce que, à l’inverse des exemples étudiés précédemment, elle est considérée comme opaque par son investisseur étranger et comme transparente par la juridiction où elle est établie. Le diagramme ci-dessous illustre une structure de base qui utilise une technique faisant intervenir une entité hybride inversée.

Figure 2.4 Paiement à une entité hybride inversée étrangère

81. Dans cette structure, A Co, entreprise résidente du Pays A (la juridiction de l’investisseur) possède toutes les actions dans B Co, une filiale étrangère constituée selon les lois du Pays B (la juridiction d’établissement).

B Co est traitée comme transparente à des fins fiscales selon les lois du Pays B, mais est considérée comme une entité imposable distincte selon les lois du Pays A. C Co, une entreprise résidente du pays C (la juridiction du payeur), emprunte de l'argent à B Co et lui verse des intérêts au titre du prêt.

82. Les paiements effectués à une entité hybride inversée peuvent générer des effets de déduction/d'absence d'inclusion s'ils sont déductibles selon les lois de la juridiction du payeur (Pays C) mais ne sont pas inclus dans le revenu selon les lois de la juridiction de l'investisseur ou d'établissement (Pays A ou B), parce que ni l'une ni l'autre ne traite le paiement comme étant le revenu d'un résident (ou, plus précisément, chaque pays traite le revenu comme étant perçu par un résident de l'autre pays).

Règle recommandée

83. La réponse recommandée dans ce rapport consiste à neutraliser l'effet des asymétries générées par les paiements effectués en faveur d'entités hybrides inversées en adoptant une règle de lien qui interdit la déduction de ces paiements dans la mesure où ils génèrent des effets de déduction/d'absence d'inclusion. Le rapport préconise uniquement d'adopter la réponse principale qui consiste à refuser au payeur la possibilité de déduire les paiements effectués à une entité hybride inversée. Une règle défensive n'est pas nécessaire compte tenu de la Recommandation 5.

84. Les paiements effectués à une entité hybride inversée ne donneront généralement pas lieu à des différences temporelles d'enregistrement.

85. Cette règle s'applique uniquement si les parties au dispositif hybride (A Co, B Co et C Co dans l'exemple ci-dessus) sont membres du même groupe sous contrôle commun ou si le paiement est effectué en vertu d'un dispositif structuré dont le contribuable est partie.

86. L'encadré ci-dessous contient le texte d'une règle visant à éliminer les effets des asymétries fiscales qui pourrait être intégrée dans la législation nationale :

Recommandation 4.

Règle applicable aux entités hybrides inversées

La règle suivante devrait s’appliquer à un paiement effectué en faveur d’une entité hybride inversée qui génère une asymétrie fiscale (telle que définie au paragraphe 3 ci-dessous).

1 Neutraliser l’asymétrie dans la mesure où le paiement génère un effet de déduction/d’absence d’inclusion

(a) Réponse – refuser la déduction

La juridiction du payeur refusera que ce paiement fasse l’objet d’une déduction dans la mesure où il génère un effet de déduction/d’absence d’inclusion.

2 La règle s’applique uniquement aux paiements en faveur d’une entité hybride inversée

Une entité hybride inversée désigne toute personne considérée comme étant une entité distincte par un investisseur lié et comme transparente par la juridiction où elle est établie.

3 La règle s’applique uniquement aux asymétries fiscales

Un paiement génère une asymétrie fiscale si l’asymétrie ne se serait pas produite si le revenu constitué avait été payé directement à l’investisseur.

4 Portée

La règle s’applique uniquement à tout payeur qui est membre du même groupe sous contrôle commun que les parties au dispositif hybride ou si le paiement est effectué dans le cadre d’un dispositif structuré dont le contribuable est partie.

Recommandations spécifiques concernant le traitement fiscal des entités hybrides inversées

Application des règles relatives aux SEC ou d’autres régimes des investissements à l’étranger

87. Dans le contexte des entités hybrides inversées, le risque d’asymétrie peut être supprimé si la juridiction de l’investisseur applique un régime visant l’investissement à l’étranger (comme des règles relatives aux SEC) qui taxe sur une base courante le revenu généré par des structures d’investissement à l’étranger. Un certain nombre de juridictions se sont déjà dotées d’un tel régime susceptible de s’appliquer au revenu généré par des entités hybrides inversées.

88. Toutefois, dans certaines circonstances, les régimes des investissements à l'étranger ne sont pas pleinement efficaces pour taxer, sur une base courante, le revenu de résidents provenant d'entités hybrides inversées. En pareils cas, les juridictions devraient mettre en place des règles spécifiques visant à assujettir le revenu d'une entité hybride inversée à l'impôt dans la juridiction de l'investisseur. Comme l'explique le chapitre 4, des effets similaires de déduction/d'absence d'inclusion peuvent survenir dans le cadre de dispositifs hybrides importés, et les règles relatives aux SEC ou d'autres régimes des investissements à l'étranger peuvent remédier efficacement à ces asymétries. Pour faire face au risque d'asymétries, ce rapport préconise que les juridictions mettent en place un régime des investissements à l'étranger ou modifient leur régime existant en vue d'empêcher la survenue d'effets de déduction/d'absence d'inclusion lorsque des paiements sont effectués en faveur d'une entité hybride inversée. De même, les juridictions devraient envisager de mettre en place un régime des investissements à l'étranger visant les dispositifs hybrides importés ou, si un tel régime existe, de le modifier. Les réponses fiscales pourraient consister à traiter l'intermédiaire comme un résident de la juridiction de l'investisseur, considérer l'intermédiaire comme transparent ou taxer le détenteur résident sur une distribution réputée ou sur les variations de la valeur de marché de l'investissement dans la structure d'investissement à l'étranger. Ces mesures pourraient être étudiées plus avant dans le cadre des travaux se rapportant à l'Action 3 du Plan d'action¹.

Limiter la transparence fiscale des entités hybrides inversées contrôlées par des investisseurs non-résidents

89. Aucun effet de déduction/d'absence d'inclusion ne se produira au titre d'une entité hybride inversée si la juridiction de l'intermédiaire exerce des droits d'imposition sur l'entité hybride inversée, soit en considérant que la totalité des revenus proviennent de la juridiction de l'intermédiaire (parce que l'intermédiaire y maintient un établissement stable ou une autre forme de présence imposable), soit parce que la juridiction de l'intermédiaire considère que l'entité hybride inversée est résidente de cette juridiction dans certaines circonstances bien précises.

90. Ce rapport recommande que les juridictions adoptent une règle qui requalifierait les entités transparentes établies dans la juridiction de l'intermédiaire en tant que résidentes fiscales dans le cas où la part du revenu net généré par l'entité hybride inversée revenant à l'investisseur majoritaire non résident n'est pas soumise à l'impôt selon les lois de la juridiction d'établissement ou de la juridiction de l'investisseur.

Communication d’informations pour les intermédiaires

91. Il peut être difficile, tant pour les investisseurs que pour les administrations fiscales, d’obtenir des informations suffisantes sur le revenu accumulé dans le fonds offshore et sur la fraction attribuée à un investisseur résident. C’est pourquoi le rapport recommande d’élaborer des orientations sur les exigences en matière de dépôt de déclaration et de communication d’informations qui permettraient aux investisseurs non-résidents et aux administrations fiscales de déterminer plus facilement le revenu et les gains obtenus par l’entité et les montants attribués à chaque investisseur.

92. L’encadré ci-dessous contient la recommandation concernant le traitement fiscal des entités hybrides inversées :

Recommandation 5.

Recommandations spécifiques concernant le traitement fiscal des entités hybrides inversées et des dispositifs hybrides importés

1 Améliorations des règles relatives aux SEC ou d’autres régimes des investissements à l’étranger

Les juridictions devraient envisager de mettre en place un régime des investissements à l’étranger ou de modifier le régime existant en vue d’empêcher la survenue d’effets de déduction/d’absence d’inclusion lorsque des paiements sont effectués en faveur d’une entité hybride inversée. De même, les juridictions devraient envisager de mettre en place un régime des investissements à l’étranger visant les dispositifs hybrides importés ou, si un tel régime existe, de le modifier.

2 Limiter la transparence fiscale pour les investisseurs non-résidents

Une entité hybride inversée devrait être considérée comme un contribuable résident dans la juridiction où elle est établie si son revenu n’est pas imposé selon les lois de cette juridiction et si le revenu accumulé d’un investisseur non résident faisant partie du même groupe sous contrôle commun que l’entité hybride n’est pas soumis à l’impôt selon les lois de la juridiction de l’investisseur.

3 Communication d’informations pour les intermédiaires

Les commentaires apporteront des précisions sur les circonstances dans lesquelles la juridiction d’établissement devrait imposer des obligations appropriées en matière de dépôt de déclaration et de communication d’informations qui permettraient aux investisseurs non-résidents et aux administrations fiscales de déterminer plus facilement le revenu et les gains obtenus par l’entité hybride inversée et le revenu des investisseurs non-résidents. Pour ce faire, il faudra tenir compte d’autres travaux, par exemple ceux consacrés à la NCD et au projet TRACE, ainsi que des interactions avec l’Action 12 du Plan d’action de BEPS.

Notes

1. Voir Action 3 – Renforcer les règles relatives aux SEC (OCDE 2013), p. 17.

Bibliographie

OCDE (2013), *Plan d'action concernant l'érosion de la base d'imposition et le transfert de bénéfices*, Éditions OCDE.
<http://dx.doi.org/10.1787/9789264203242-fr>.

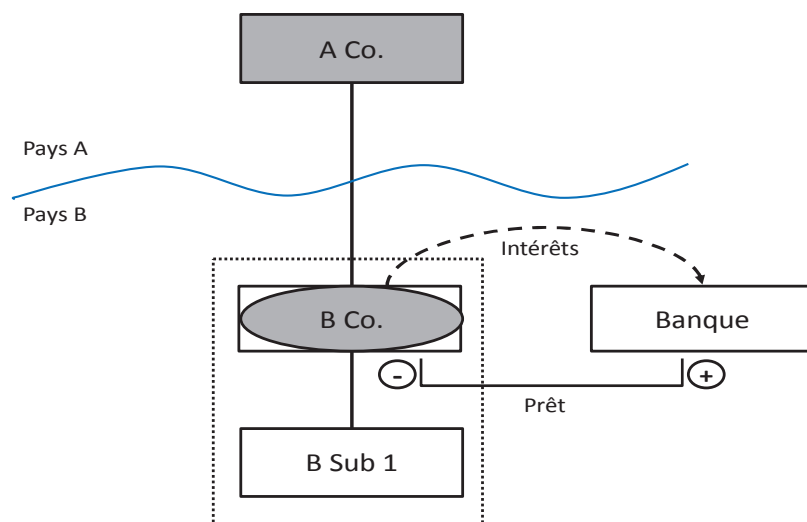
Chapitre 3

Dispositifs qui aboutissent à une double déduction

Règle recommandée concernant les paiements déductibles effectués par un payeur hybride

93. Cette section présente les recommandations concernant la conception de règles relatives aux dispositifs hybrides visant à empêcher qu'un paiement déductible effectué par une entité hybride déclenche une double déduction selon les lois de la juridiction de la société mère. La technique de double déduction la plus usuelle fait intervenir une filiale hybride traitée comme transparente selon les lois de la juridiction de l'investisseur, et comme opaque selon les lois de la juridiction où elle est établie ou exerce ses activités. Ce traitement hybride peut avoir pour conséquence que le même élément de dépense encourue par l'entité hybride est déductible selon les lois de la juridiction de la société mère et de celle du payeur. L'exemple ci-dessous illustre un dispositif simple qui utilise cette technique.

Figure 3.1 Structure élémentaire de double déduction utilisant une entité hybride



94. Dans cet exemple, A Co détient toutes les actions d'une filiale étrangère (B Co). B Co n'est pas prise en compte à des fins fiscales dans le Pays A. B Co emprunte auprès d'une banque et paie des intérêts sur le prêt. B Co ne perçoit pas d'autre revenu. Comme B Co n'est pas prise en compte, A Co est considéré comme étant l'emprunteur au titre du prêt selon les dispositions fiscales du Pays A. Aussi, ce montage donne lieu à une déduction d'intérêts à la fois par le Pays B et par le Pays A.

95. À des fins fiscales, B Co est consolidée avec sa filiale d'exploitation B Sub 1, ce qui lui permet de restituer l'avantage fiscal de la déduction des intérêts à B Sub 1. La faculté de « restituer » cet avantage fiscal offerte par le régime de consolidation permet d'imputer deux fois les dépenses d'intérêts au revenu distinct généré dans le Pays A et dans le Pays B.

96. La création d'un établissement stable dans la juridiction du payeur, qui peut se prévaloir d'une consolidation avec d'autres contribuables situés dans la même juridiction, est un autre moyen d'obtenir une double déduction.

Règle recommandée

97. La réponse recommandée dans ce rapport consiste à neutraliser l'effet des asymétries fiscales qui surviennent avec ces structures de double déduction en adoptant une règle de lien qui aligne les résultats fiscaux dans la juridiction du payeur et dans celle de la société mère. La règle isole l'élément hybride dans la structure en identifiant le paiement déductible effectué par une entité hybride dans la juridiction du payeur et la « double déduction » correspondante dans la juridiction de la société mère. La réponse principale serait d'interdire la double déduction dans la juridiction de la société mère dans la mesure où elle excède le revenu du demandeur qui est soumis à une double inclusion (revenu pris en compte à des fins fiscales par les deux juridictions). Une règle défensive s'appliquerait dans la juridiction du payeur pour empêcher le payeur hybride de réclamer le bénéfice d'un paiement déductible d'un revenu non soumis à une double inclusion si la règle principale n'est pas appliquée.

98. Tant pour la règle principale que pour la règle défensive, les déductions excédentaires peuvent compenser un revenu soumis à une double inclusion lors d'une autre période. Pour empêcher les pertes irrécupérables, il est recommandé d'autoriser les doubles déductions excédentaires dans la mesure où le contribuable peut prouver, à l'appréciation de l'administration fiscale, que la déduction ne peut pas compenser le revenu d'une personne quelconque selon les lois de l'autre juridiction.

99. La réponse principale s'applique sans restriction, mais la règle défensive s'applique uniquement si les parties au dispositif hybride sont membres du même groupe sous contrôle commun ou si le paiement est effectué en vertu d'un dispositif structuré dont le contribuable est partie. L'encadré ci-dessous contient le texte d'une règle visant à éliminer les effets des asymétries fiscales qui pourrait être intégrée dans la législation nationale :

Recommandation 6.

Règle applicable aux paiements hybrides déductibles

La règle suivante s'applique à un payeur hybride qui effectue un paiement déductible selon les lois de sa juridiction et qui déclenche une double déduction dans la juridiction de la société mère, générant une asymétrie fiscale (telle que définie au paragraphe 3 ci-dessous).

1 Neutraliser l'asymétrie dans la mesure où le paiement génère un effet de double déduction

(a) Réponse – refuser la déduction dans la juridiction de la société mère

La juridiction de la société mère refusera la double déduction au titre de ce paiement dans la mesure où elle se traduirait par une double déduction.

(b) Règle défensive – refuser la déduction dans la juridiction du payeur

Si la juridiction de la société mère ne neutralise pas l'asymétrie, la juridiction du payeur refusera la déduction au titre de ce paiement dans la mesure où elle se traduirait par une double déduction.

(c) L'asymétrie ne se produit pas si la déduction est imputée au revenu soumis à une double inclusion

Aucune asymétrie ne se produira dans la mesure où la déduction compense le revenu inclus en tant que revenu ordinaire selon les lois de la juridiction de la société mère et de celle du payeur (revenu soumis à double inclusion).

(d) Traitement de la déduction excédentaire

(i) Toute déduction qui excède le montant du revenu soumis à double inclusion (déduction excédentaire) pourra compenser ce revenu lors d'une autre période.

(ii) Pour empêcher les pertes irrécupérables, la déduction excédentaire peut être autorisée dans la mesure où le contribuable peut prouver, à l'appréciation de l'administration fiscale, que la déduction dans l'autre juridiction ne compense pas le revenu d'une personne quelconque selon les lois de cette autre juridiction.

Recommandation 6. (Cont.)**2 La règle s'applique uniquement aux paiements déductibles effectués par un payeur hybride**

Une personne sera considérée comme un payeur hybride au titre d'un paiement déductible dans sa juridiction si :

- (a) le payeur n'est pas résident de la juridiction dans laquelle a lieu le paiement et le paiement déclenche une double déduction en faveur de son auteur (ou d'une personne qui lui est liée) selon les lois de la juridiction où le payeur réside (la juridiction de la société mère) ; ou
- (b) le payeur est résident de la juridiction dans laquelle a lieu le paiement et le paiement déclenche une double déduction en faveur d'un investisseur dans ce payeur (ou dans une personne qui lui est liée) selon les lois de l'autre juridiction (la juridiction de la société mère).

3 La règle s'applique uniquement aux paiements qui génèrent une asymétrie fiscale

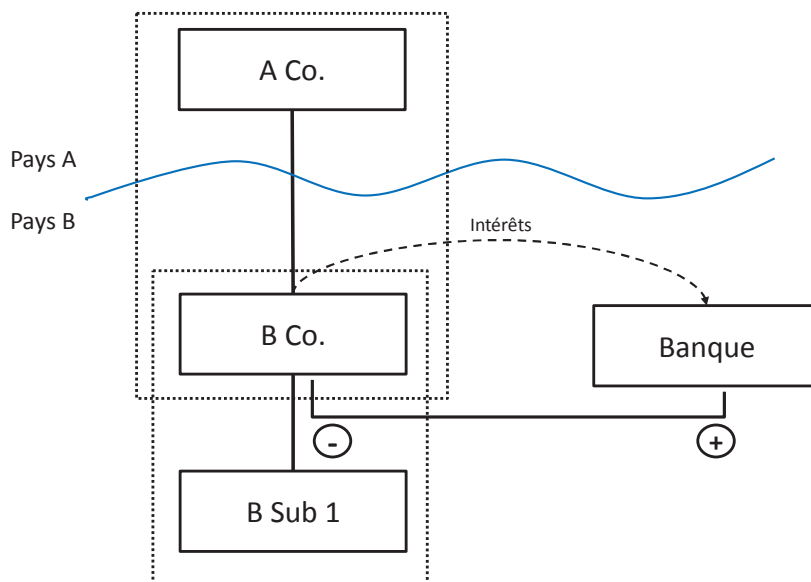
Un paiement génère une asymétrie fiscale si la déduction correspondante peut compenser, selon les lois de la juridiction du payeur un revenu qui n'est pas un revenu soumis à double inclusion.

4 Portée

- (a) La réponse recommandée a une portée illimitée.
- (b) La règle défensive s'applique uniquement si les parties au dispositif hybride sont membres du même groupe sous contrôle commun ou si l'asymétrie se produit dans le cadre d'un dispositif structuré dont le contribuable est partie.

Règle recommandée concernant les paiements déductibles effectués par une société à double résidence

100. Cette section présente des recommandations concernant la conception de règles destinées à empêcher qu'un paiement déductible effectué par une entité à double résidence déclenche une double déduction selon les lois d'une autre juridiction. L'exemple ci-dessous illustre comment ce type d'asymétrie peut être obtenue au moyen de structures à double consolidation.

Figure 3.2 Sociétés consolidées deux fois

101. Dans cet exemple, A Co (société constituée et résidente fiscalement dans le Pays A) détient toutes les actions de B Co (société constituée dans le Pays B mais résidente fiscalement du Pays A et du Pays B). B Co détient toutes les actions de B Sub 1 (société résidente fiscalement et constituée dans le Pays B). B Co est consolidée, à des fins fiscales, avec A Co (selon les lois du Pays A) et B Sub 1 (selon les lois du Pays B).

102. Comme dans l'exemple du graphique 3.1, B Co emprunte auprès d'une banque et verse des intérêts sur le prêt. B Co ne perçoit pas d'autre revenu. Comme B Co est résidente à la fois du Pays A et du Pays B, elle est soumise à l'impôt sur son revenu mondial dans ces deux juridictions, sur une base nette, et peut restituer toute perte nette selon les régimes de consolidation fiscale des deux pays à d'autres sociétés résidentes. La capacité à « restituer » l'avantage fiscal offerte par le régime de consolidation des deux pays permet de compenser les deux déductions au titre des dépenses d'intérêts avec le revenu distinct généré dans le Pays A et dans le Pays B.

Règle recommandée

103. La règle recommandée isole l'élément hybride dans la structure en identifiant le paiement déductible effectué par une entité à double résidence dans la juridiction du payeur et la « double déduction » correspondante dans l'autre juridiction où le payeur est résident. La réponse principale serait d'interdire la déduction dans la juridiction du payeur dans la mesure où elle excède le revenu du payeur qui est soumis à double inclusion (revenu pris en compte à des fins fiscales par les deux juridictions). Étant donné que les deux juridictions appliqueront la réponse principale, une règle défensive n'est pas nécessaire.

104. À l'instar d'autres structures qui génèrent des effets de double déduction, les déductions excédentaires peuvent compenser le revenu soumis à double inclusion lors d'une autre période. Pour empêcher les pertes irrécupérables, il est recommandé d'autoriser les doubles déductions excédentaires dans la mesure où le contribuable peut prouver, à l'appréciation de l'administration fiscale, que la déduction ne peut pas compenser le revenu d'une personne quelconque selon les lois de l'autre juridiction.

105. L'encadré ci-dessous contient le texte d'une règle visant à éliminer les effets des asymétries fiscales qui pourrait être intégrée dans la législation nationale :

Recommandation 7.

Règle applicable aux payeurs ayant le statut de double résident

La règle suivante s'applique à une entité à double résidence qui effectue un paiement déductible selon les lois des deux juridictions où le payeur est résident, cette double déduction générant une asymétrie fiscale (telle que définie au paragraphe 3 ci-dessous).

1 Neutraliser l'asymétrie dans la mesure où le paiement génère une double déduction

(a) Réponse – refuser la déduction dans la juridiction de résidence

Chacune des juridictions de résidence refusera une déduction au titre de ce paiement dans la mesure où elle se traduit par une double déduction.

(b) La règle ne s'applique pas dans la mesure où la déduction compense un revenu soumis à double inclusion

Aucune asymétrie ne se produira dans la mesure où la déduction compense le revenu inclus en tant que revenu ordinaire selon les lois des deux juridictions (revenu soumis à double inclusion).

Recommandation 7. (Cont.)*(c) Traitement de la déduction excédentaire*

- (i) Toute déduction qui excède le montant du revenu soumis à double inclusion (déduction excédentaire) pourra compenser ce revenu lors d'une autre période.
- (ii) Pour empêcher les pertes irrécupérables, la déduction excédentaire peut être autorisée dans la mesure où le contribuable peut prouver, à l'appréciation de l'administration fiscale, que cette déduction ne peut pas compenser, selon les lois de l'autre juridiction, un revenu quelconque qui n'est pas un revenu soumis à double inclusion.

2 *La règle s'applique uniquement aux paiements déductibles effectués par une société à double résidence*

Un contribuable est considéré comme un double résident s'il réside, à des fins fiscales, dans deux ou plusieurs juridictions.

3 *La règle s'applique uniquement aux paiements qui génèrent une asymétrie fiscale*

Une déduction au titre d'un paiement génère une asymétrie fiscale si cette déduction peut compenser, selon les lois de l'autre juridiction, un revenu qui n'est pas un revenu soumis à double inclusion.

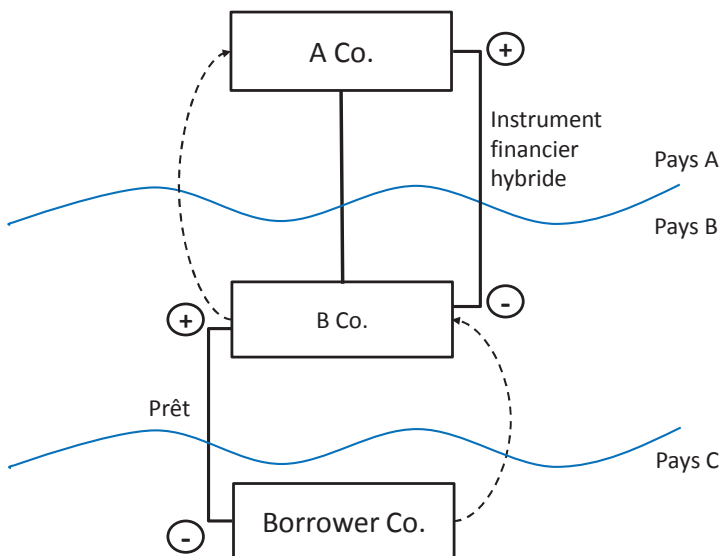
Chapitre 4

Dispositifs qui génèrent des effets indirects de déduction/d'absence d'inclusion

Règle recommandée concernant les effets indirects de déduction/d'absence d'inclusion

106. L'asymétrie liée à un dispositif hybride qui se produit entre deux juridictions peut être transférée (ou importée) dans une autre juridiction par l'utilisation d'un instrument financier ordinaire tel qu'un prêt classique. Les dispositifs hybrides importés profitent de l'absence de règle effective visant les dispositifs hybrides dans la juridiction de l'investisseur et dans celle de l'intermédiaire afin de générer une asymétrie dans les résultats fiscaux qui peut alors être importée dans la juridiction du payeur. Le graphique suivant donne un exemple simple d'une telle structure.

Figure 4.1 Importation de l'asymétrie générée par un instrument financier hybride



107. Dans cette structure, B Co est une filiale entièrement détenue par A Co. A Co prête de l'argent à B Co au moyen d'un instrument financier hybride. Les paiements effectués au titre de cet instrument seront exonérés d'impôt dans le Pays A, tandis qu'ils seront déductibles dans le Pays B. L'Emprunteur Co emprunte de l'argent à B Co. Les intérêts dus au titre du prêt sont déductibles selon les lois de la juridiction de l'Emprunteur Co (Pays C) et inclus dans le revenu de B Co aux termes des lois du Pays B. Cette structure génère des effets indirects de déduction/d'absence d'inclusion entre les Pays A et C. Les recettes fiscales du Pays B ne sont pas touchées car le revenu et les déductions de B Co se compensent.

Règle recommandée

108. La protection la plus fiable contre l'importation d'asymétries fiscales consiste, pour l'ensemble des juridictions, à adopter les règles recommandées dans ce rapport. Ces règles suppriment l'effet du dispositif hybride dans la juridiction où l'asymétrie se produit, ce qui empêche d'importer cet effet d'asymétrie dans une troisième juridiction. Toutefois, dans l'intérêt de l'intégrité des recommandations, ce rapport préconise également d'adopter une règle de lien qui interdit d'effectuer une déduction au titre de ces paiements dans la mesure où ils génèrent des effets indirects de déduction/d'absence d'inclusion. Ce rapport recommande uniquement d'adopter la réponse principale qui consiste à refuser au payeur la possibilité de déduire les paiements effectués dans le cadre d'un dispositif hybride importé.

109. Un paiement sera considéré comme effectué dans le cadre d'un dispositif hybride importé une dépense au titre d'un tel dispositif compense le revenu généré par ce paiement au niveau du bénéficiaire. Les dispositions applicables aux différences temporelles en vertu des autres règles relatives aux dispositifs hybrides sont, par référence, intégrées à la règle visant les dispositifs importés.

110. Cette règle s'applique uniquement si les parties au dispositif hybride (A Co, B Co et l'Emprunteur Co dans l'exemple ci-dessus) sont membres du même groupe sous contrôle commun ou si le paiement est effectué en vertu d'un dispositif structuré dont le contribuable est partie.

111. Les contributions du public s'inquiètent de l'impact potentiel de la règle relative aux dispositifs hybrides importés sur les dispositifs non structurés conclus par un contribuable. Des travaux complémentaires seront entrepris en vue de mieux déterminer s'il existe des situations dans lesquelles il serait exagéré et trop contraignant de demander au contribuable d'appliquer la règle et, dans l'affirmative, si l'application de la règle à ces dispositifs devrait être restreinte ou mieux ciblée. En outre, on réfléchira à la

mise en œuvre de cette règle afin qu'elle soit claire, simple à gérer et qu'elle évite la double imposition.

112. L'encadré ci-dessous contient le texte d'une règle visant à éliminer les effets des asymétries fiscales qui pourrait être intégrée dans la législation nationale :

Recommandation 8.

Règle applicable aux dispositifs hybrides importés

Un dispositif hybride importé est un dispositif qui donne lieu à une asymétrie fiscale selon les lois d'une autre juridiction, dont l'effet est importé dans la juridiction du payeur en utilisant la déduction au titre de ce dispositif pour compenser le revenu généré par le paiement.

1 Neutraliser l'asymétrie dans la mesure où le paiement donne lieu à une déduction/absence d'inclusion

(a) Réponse – refuser la déduction

La juridiction du payeur refusera la déduction au titre du paiement effectué dans le cadre d'un dispositif hybride importé si cette déduction compense le paiement dans la juridiction du bénéficiaire.

2 La règle s'applique uniquement aux paiements qui sont compensés par une déduction en vertu du dispositif hybride importé

(a) Une déduction hybride est une déduction effectuée au titre :

- (i) d'un paiement effectué dans le cadre d'un instrument financier qui génère une asymétrie fiscale ;*
- (ii) d'un paiement non pris en compte effectué par un payeur hybride qui génère une asymétrie fiscale ;*
- (iii) d'un paiement effectué en faveur d'une entité hybride inversée qui génère une asymétrie fiscale ;*
- (iv) d'un paiement effectué par un payeur hybride ou par une entité à double résidence qui déclenche une double déduction entraînant une asymétrie fiscale ; ou*
- (v) d'un paiement effectué à une personne qui compense le revenu correspondant avec une déduction au titre d'un dispositif hybride importé.*

3 Portée

Cette règle s'applique si le contribuable est membre du même groupe sous contrôle commun que les parties au dispositif hybride importé ou si le paiement est effectué en vertu d'un dispositif structuré dont le contribuable est partie.

Chapitre 5

Mise en œuvre

Recommandations relatives à la mise en œuvre et à la coordination

113. Les recommandations formulées dans ce rapport s'inspirent des principes de conception décrits dans ce chapitre. L'objectif est de disposer d'un ensemble complet et cohérent de mesures visant à neutraliser les asymétries générées par l'utilisation d'instruments et d'entités hybrides, sans imposer de contraintes indues aux contribuables et aux administrations fiscales. Les juridictions qui appliquent ces règles doivent s'efforcer de le faire de manière à obtenir des résultats conformes aux principes de conception.

114. Les recommandations créent un cadre qui permet aux juridictions de coordonner leur réponse aux dispositifs hybrides. La coopération entre administrations fiscales sera donc nécessaire pour faire en sorte que les différentes juridictions appliquent ces règles de manière cohérente et efficace. Tout en sachant que les juridictions ont des calendriers et des processus législatifs différents, l'OCDE et le G20 détermineront dans quelle mesure il est possible de coordonner les échéances de mise en œuvre des règles et si un certain nombre de juridictions peuvent convenir d'adopter des dispositions qui prendront effet à la même date. En outre, l'OCDE et le G20 fourniront des orientations écrites sur l'application des recommandations, sous la forme d'un Commentaire qui sera publié en septembre 2015 au plus tard. Ce Commentaire donnera des explications et des exemples supplémentaires illustrant le fonctionnement des règles en pratique, et établira des règles transitoires précisant les modalités d'application des règles si les dates de mise en œuvre divergent.

115. Les juridictions et les contribuables qui appliqueront les règles devront comprendre comment un instrument ou une entité hybride est traitée dans une autre juridiction. Ils devront également savoir si des règles relatives aux dispositifs hybrides sont en vigueur dans une juridiction de contrepartie. À cette fin, des initiatives seront menées afin de partager les informations entre juridictions et avec les contribuables.

116. Les juridictions reconnaissent que les recommandations formulées dans ce rapport devraient être réexaminées en continu afin de s'assurer qu'elles sont efficaces et compatibles avec les autres recommandations adoptées au titre des points du Plan d'action concernant le BEPS, notamment les Actions 3¹, 4² et 12³.

117. Il est également admis que les résultats d'autres points d'action pourraient influencer sur les résultats attendus au titre des règles relatives aux dispositifs hybrides. Par exemple, si un pays adopte une mesure générale de limitation concernant la déductibilité des intérêts, qui plafonne les intérêts qu'un groupe national peut déduire en fonction d'un certain pourcentage des intérêts payés par le groupe mondial, il n'aura peut-être plus besoin d'appliquer la règle relative aux instruments financiers hybrides pour ajuster les résultats fiscaux des membres d'un groupe sous contrôle commun (même si de telles règles peuvent rester nécessaires pour traiter les dispositifs structurés et les instruments financiers souscrits en dehors du groupe).

118. Les recommandations concernant la mise en œuvre et la coordination des mesures prévues sont formulées ci-dessous.

Recommandation 9. Mise en œuvre et coordination

1 Principes directeurs

Les règles relatives aux dispositifs hybrides visent à optimiser les résultats suivants :

- (a) neutraliser l'asymétrie plutôt que supprimer l'avantage fiscal qui résulte des lois de la juridiction ;
- (b) être complètes ;
- (c) s'appliquer automatiquement ;
- (d) éviter la double imposition grâce à la coordination des règles ;
- (e) réduire au minimum les répercussions négatives sur la législation nationale existante ;
- (f) être claires et transparentes dans leur fonctionnement ;
- (g) offrir une flexibilité suffisante pour pouvoir être intégrées dans la législation de chacune des juridictions ;
- (h) être applicables par les contribuables et réduire au minimum les coûts de discipline ; et
- (i) minimiser les contraintes administratives supportées par les autorités fiscales.

Recommandation 9. (Cont.)

Les juridictions qui transcrivent ces recommandations dans leur législation devraient le faire en préservant ces principes de conception.

2 Mise en œuvre et coordination

Les juridictions devraient coopérer en vue d'élaborer des mesures garantissant que ces recommandations seront mises en œuvre de façon cohérente et efficace. Ces mesures devraient inclure :

- (a) la mise au point d'orientations consensuelles pour l'application des recommandations ;
- (b) la coordination de la mise en œuvre des recommandations (y compris du calendrier) ;
- (c) l'élaboration de règles transitoires (sans préjuger du maintien en place des dispositifs existants) ;
- (d) l'examen de la mise en œuvre efficace et cohérente des recommandations ;
- (e) l'échange de renseignements sur le traitement, par la juridiction, des instruments financiers hybrides et des entités hybrides ;
- (f) des efforts visant à mettre les informations pertinentes à la disposition des contribuables (y compris des efforts raisonnables de la part de l'OCDE) ; et
- (g) la prise en compte des interactions entre les recommandations et d'autres actions du Plan d'action concernant le BEPS, notamment les Actions 3 et 4.

Notes

1. Voir Action 3 – Renforcer les règles relatives aux SEC (OCDE, 2013), p.17.
2. Voir Action 4 – Limiter l'érosion de la base de l'imposition via les déductions d'intérêts et autres frais financiers (OCDE, 2013), p. 18.
3. Voir Action 12 – Obliger les contribuables à faire connaître leurs dispositifs de planification fiscale agressive (OCDE, 2013), p. 24-25.

Bibliographie

OCDE (2013), *Plan d'action concernant l'érosion de la base d'imposition et le transfert de bénéfices*, Éditions OCDE.
<http://dx.doi.org/10.1787/9789264203242-fr>.

Chapitre 6

Définitions en lien avec la portée des règles

119. Comme l'indique le paragraphe 21, des règles sur les dispositifs hybrides de portée trop générale peuvent être difficiles à appliquer et à administrer. Par conséquent, ces recommandations adoptent une approche ascendante de la portée des règles sur les dispositifs hybrides. Cette approche vise les instruments financiers hybrides détenus par des parties liées (y compris par des personnes agissant collectivement) et d'autres dispositifs hybrides dont les parties sont membres du même groupe sous contrôle commun. Aux fins des critères relatifs aux parties liées et au contrôle, on considère qu'une personne est associée à un placement détenu par un investisseur dès lors que cet investisseur agit en commun avec cette personne. Les règles relatives aux dispositifs hybrides s'appliquent aussi à toute personne qui est partie à un dispositif « structuré » dont l'objet est de générer une asymétrie.

Définition d'un dispositif structuré

120. Les juridictions devraient intégrer dans leur législation des définitions compatibles avec celles figurant dans l'encadré ci-dessous concernant la portée des règles relatives aux dispositifs hybrides.

Recommandation 10. Dispositif structuré

1 Définition générale

Un dispositif structuré désigne tout dispositif dont les termes et le prix reflètent la prise en compte de l'effet du dispositif hybride ou qui, au regard des faits et circonstances qui lui sont propres (y compris les termes du dispositif), a été conçu en vue de générer une asymétrie fiscale.

2 Exemples spécifiques de dispositifs structurés

Les faits et circonstances qui indiquent qu'un dispositif a été conçu en vue de créer une asymétrie fiscale incluent notamment :

Recommandation 10. (Cont.)

- (a) un dispositif conçu pour créer une asymétrie ou qui fait partie d'un plan poursuivant le même objectif ;
- (b) un dispositif qui contient une condition, une mesure ou une transaction utilisée pour créer une asymétrie ;
- (c) un dispositif qui est commercialisé, en tout ou partie, en tant que dispositif assorti d'avantages fiscaux dès lors que tout ou partie de ces avantages résultent de l'asymétrie ;
- (d) un dispositif principalement commercialisé auprès de contribuables situés dans une juridiction où l'asymétrie se produit ;
- (e) un dispositif présentant certaines caractéristiques qui en modifient les termes, et notamment son rendement, dès lors que l'asymétrie disparaît ; ou
- (f) un dispositif qui générerait un rendement négatif si l'asymétrie n'existait pas.

3 *Circonstances dans lesquelles un contribuable n'est pas partie à un dispositif structuré*

Un contribuable ne sera pas considéré comme partie à un dispositif structuré si on ne peut pas raisonnablement attendre de ce contribuable ou d'un membre du même groupe sous contrôle commun qu'il soit informé de l'existence de l'asymétrie et s'il n'a pas bénéficié de l'avantage fiscal généré par cette asymétrie.

Définition d'une personne liée, d'un groupe sous contrôle commun et de l'action commune

121. Les juridictions devraient intégrer dans leur législation des définitions compatibles avec celles figurant dans l'encadré ci-dessous concernant la portée des règles relatives aux dispositifs hybrides.

Recommandation 11.

Personnes liées, groupe sous contrôle commun et action commune

1 Définition générale

- (a) Deux personnes sont liées entre elles si elles font partie du même groupe sous contrôle commun ou si la première personne détient un investissement supérieur ou égal à 25 % dans la deuxième personne ou s'il existe une troisième personne qui détient un investissement supérieur ou égal à 25 % dans les deux autres.
- (b) Deux personnes font partie du même groupe sous contrôle commun si :
 - elles sont consolidées à des fins comptables ;
 - la première personne détient un investissement qui lui confère le contrôle effectif de la deuxième personne, ou une troisième personne détient un investissement qui lui confère le contrôle effectif des deux autres personnes ;
 - la première personne détient un investissement supérieur ou égal à 50 % dans la deuxième personne, ou une troisième personne détient un investissement supérieur ou égal à 50 % dans les deux autres ; ou
 - elles peuvent être considérées comme des entreprises associées en vertu de l'article 9 du *Modèle de convention fiscale concernant le revenu et la fortune*.
- (c) Une personne sera considérée comme détenant un certain pourcentage d'investissement dans une autre personne si cette personne détient, directement ou indirectement par le biais d'un investissement dans d'autres personnes, un certain pourcentage des droits de vote de cette personne ou de la valeur de la participation de cette personne.

2 Agrégation des intérêts

Dans le cadre des règles relatives aux parties liées, une personne qui agit en commun avec une autre personne au titre de la propriété ou du contrôle de droits de vote ou de participation sera considérée comme détenant ou contrôlant l'ensemble des droits de vote ou des participations de cette personne.

3 Action commune

Deux personnes seront considérées comme agissant en commun au titre de la propriété ou du contrôle de droits de vote ou de participation si :

- (a) elles sont membres de la même famille ;
- (b) une personne agit régulièrement selon les souhaits de l'autre personne concernant la propriété ou le contrôle de ces droits ou participations ;

Recommandation 11. (Cont.)

- (c) elles ont conclu un dispositif qui a un impact significatif sur la valeur ou le contrôle de ces droits ou participations ; ou
- (d) la propriété ou le contrôle de ces droits de vote ou de ces participations sont gérés par la même personne ou par le même groupe de personnes. Dans le cas d'un contribuable qui est un organisme de placement collectif, si le gestionnaire de l'investissement peut prouver, à l'appréciation de l'administration fiscale, en se fondant sur les termes du mandat d'investissement et sur les circonstances dans lesquelles l'investissement a été effectué, que deux fonds n'ont pas agi en commun concernant l'investissement, alors les intérêts détenus par ces fonds ne doivent pas être agrégés aux fins de l'application du critère d'action commune visé dans ce paragraphe.

Chapitre 7

Principaux termes

Définitions convenues

122. Les juridictions devraient intégrer dans leur législation des définitions compatibles avec celles figurant dans ce chapitre afin d'assurer une application cohérente des recommandations.

Recommandation 12. Définitions

Administrateur	Un administrateur, en lien avec toute personne, désigne toute personne investie du pouvoir, prévu par les statuts ou constitutif, de gérer et de contrôler cette personne, et un fiduciaire.
Argent	L'argent désigne toute forme d'argent, toute chose convertible en argent et tout bien ou service qui serait rémunéré dans une situation de pleine concurrence.
Asymétrie	Une asymétrie désigne une double déduction ou une déduction/absence d'inclusion et inclut les asymétries attendues.
Asymétrie hybride	Ce concept est défini aux paragraphes 3 des Recommandations 1, 3, 4, 6 et 7, aux fins de ces Recommandations.
Bénéficiaire	Un bénéficiaire désigne toute personne qui reçoit un paiement au titre d'un dispositif, y compris par le biais d'un établissement stable lui appartenant.
Constitution	Constitution, s'agissant d'une personne donnée, désigne les règles qui régissent la relation entre cette personne et ses propriétaires, et inclut les statuts ou l'acte constitutif.

Recommandation 12 (Cont.)

Contribuable	Un contribuable, au regard de toute juridiction, désigne toute personne soumise à l'impôt dans cette juridiction, soit en qualité de résident, soit en vertu de règles relatives à l'application d'une imposition à la source (comme le maintien d'un établissement stable dans cette juridiction).
Déduction	S'agissant d'un paiement, une déduction (et l'adjectif déductible) signifie qu'après avoir déterminé correctement la nature et le traitement du paiement au regard des lois de la juridiction de son payeur, ce paiement est pris en compte en tant que déduction ou en tant que réduction d'impôt équivalente prévue par les lois de cette juridiction lors du calcul du revenu net du contribuable.
Déduction/absence d'inclusion	Un paiement donne lieu à une déduction/absence d'inclusion si ce paiement est déductible selon les règles en vigueur dans le pays de son payeur mais n'entre pas dans le calcul du revenu ordinaire de toute personne dans la juridiction du bénéficiaire ou de tout investisseur lié dans ce bénéficiaire. En général, les différences temporelles d'enregistrement des paiements ou les différences dans la méthode retenue pour mesurer la valeur de l'argent entre juridictions n'ont pas d'incidence sur les effets de déduction/d'absence d'inclusion. Toutefois, dans certaines circonstances, un décalage temporel sera considéré comme permanent si le contribuable ne peut pas prouver, à l'appréciation d'une autorité fiscale, qu'un paiement sera comptabilisé au cours d'une période définie.
Dispositif	Un dispositif désigne un accord, un contrat, un régime, un plan ou une entente, opposable ou non, y compris l'ensemble des mesures et des transactions qui permettent sa mise en œuvre. Un dispositif peut faire partie d'un dispositif plus large, être un dispositif unique, ou se composer de plusieurs dispositifs.
Distribution	Une distribution, en lien avec toute personne, désigne le paiement de bénéfices ou de gains par cette personne en faveur d'un propriétaire.

Recommandation 12 (Cont.)	
Double déduction	Un paiement donne lieu à une double déduction s'il est déductible selon les lois de plusieurs juridictions.
Droits de vote	Les droits de vote désignent le droit de participer à la prise de décision concernant une distribution, une modification de la constitution ou la désignation d'un administrateur.
Famille	<p>Une personne (A) est membre de la même famille qu'une autre personne (B) si B est :</p> <ul style="list-style-type: none"> • le conjoint ou le partenaire civil de A, • une personne apparentée à A (frère, sœur, ascendant ou descendant direct), • le conjoint ou le partenaire civil d'une personne apparentée à A, • une personne apparentée au conjoint ou au partenaire civil de A, • le conjoint ou le partenaire civil d'une personne apparentée au conjoint ou au partenaire civil de A. • une personne apparentée adoptée.
Inclus dans le revenu ordinaire	<p>Un paiement est considéré comme inclus dans le revenu ordinaire dans la mesure où, après avoir déterminé correctement la nature et le traitement du paiement au regard des lois de la juridiction concernée, ce paiement est intégré en tant que revenu ordinaire dans le calcul du revenu du bénéficiaire selon les lois de cette juridiction.</p> <p>[Un paiement est considéré comme inclus dans le revenu ordinaire dans la mesure où le contribuable peut prouver, à l'appréciation de l'administration fiscale, qu'il a été traité en tant que revenu ordinaire d'un investisseur lié au titre d'un régime des investissements à l'étranger qui taxe le revenu de cet investisseur sur une base substantiellement équivalente à celle qui aurait été appliquée si le paiement avait été effectué directement à l'investisseur.]</p>
Investisseur	Un investisseur, en lien avec toute personne, désigne toute personne qui détient directement ou indirectement des droits de vote ou des participations dans cette personne.

Recommandation 12 (Cont.)

Juridiction d'établissement	Une juridiction d'établissement, en lien avec toute personne, désigne la juridiction dans laquelle cette personne est constituée en société ou établie de toute autre manière.
Juridiction de l'investisseur	La juridiction de l'investisseur désigne toute juridiction dans laquelle l'investisseur est un contribuable.
Juridiction du bénéficiaire	La juridiction du bénéficiaire désigne toute juridiction dans laquelle le bénéficiaire est un contribuable.
Juridiction du payeur	La juridiction du payeur désigne toute juridiction dans laquelle le payeur est un contribuable.
Organisme de placement collectif	Un organisme de placement collectif désigne un organisme défini au paragraphe 4 du rapport de 2010 sur l'octroi des bénéfices des conventions fiscales aux revenus d'organismes de placement collectif (2010, OCDE).
Païement	<p>Un paiement inclut tout montant susceptible d'être payé, notamment une distribution, un crédit, un débit, une somme due, mais exclut les paiements réputés être effectués uniquement à des fins fiscales et qui n'impliquent pas la création de droits économiques entre les parties.</p> <p>S'agissant d'un transfert hybride, un paiement inclut le total des sommes payées au titre du dispositif qui donne lieu à la déduction/l'absence d'inclusion.</p>
Participation	Une participation désigne tout intérêt dans une personne, et inclut le droit de percevoir un rendement des capitaux propres.
Payeur	Un payeur désigne toute personne qui effectue un paiement au titre d'un dispositif, y compris par le biais d'un établissement stable lui appartenant.
Personne	Une personne désigne toute personne physique ou morale, tout ensemble de personnes non constitué en société, ainsi qu'un trust.

Recommandation 12 (Cont.)

Régime des investissements à l'étranger	Un régime des investissements à l'étranger inclut les règles applicables aux sociétés étrangères contrôlées et aux fonds d'investissement étrangers, et toute autre règle qui impose que le revenu cumulé d'un investisseur soit inclus sur une base courante selon les lois de la juridiction de l'investisseur.
Rendement des capitaux propres	Le rendement des capitaux propres désigne le droit de percevoir des bénéfices ou de participer à des distributions de toute personne et, s'agissant de tout dispositif, le rendement de ce dispositif qui est économiquement équivalent à une distribution ou à des bénéfices ou, lorsqu'il est raisonnable de le penser après examen des termes du dispositif, désigne le rendement calculé par référence à des distributions ou à des bénéfices.
Rendement financier	Le rendement financier, s'agissant de tout dispositif, désigne un rendement qui est économiquement équivalent à un intérêt ou, lorsqu'il est raisonnable de le penser après examen des termes du dispositif, désigne le rendement qui est calculé par référence à la valeur temporelle de l'argent au titre du dispositif.
Revenu cumulé	Le revenu cumulé, s'agissant d'un bénéficiaire et d'un investisseur donnés, désigne le revenu du bénéficiaire qui s'est cumulé au profit de cet investisseur.
Revenu ordinaire	Le revenu ordinaire désigne un revenu soumis à l'impôt au taux marginal applicable au contribuable et qui ne bénéficie d'aucune exonération, exclusion, crédit ou autre réduction applicable à certaines catégories de paiements (comme les crédits d'impôt indirects pour des impôts sous-jacents sur le revenu du payeur). Le revenu est considéré comme assujéti à l'impôt au taux marginal applicable au contribuable nonobstant le fait que l'impôt est minoré d'un crédit ou d'une autre réduction accordée par la juridiction du bénéficiaire au titre d'une retenue à la source ou d'autres impôts appliqués par la juridiction du payeur sur le paiement proprement dit.
Revenu soumis à double inclusion	Le revenu soumis à double inclusion, dans le cas de paiements déductibles comme de paiements non pris en compte, désigne tout élément de revenu inclus en

Recommandation 12 (Cont.)

tant que revenu ordinaire selon les lois des juridictions où l'asymétrie s'est produite.

Trust

Un trust inclut toute personne qui est un fiduciaire d'un trust agissant en cette qualité.

Partie II

Recommandations concernant les questions conventionnelles

Introduction

123. La deuxième partie de ce rapport complète la première partie et porte sur les éléments de l'Action 2 qui indiquent que les travaux correspondants peuvent impliquer « des révisions du Modèle de Convention fiscale de l'OCDE pour faire en sorte que les instruments et entités hybrides (ainsi que les entités implantées dans deux pays) ne soient pas utilisés pour obtenir indûment les avantages procurés par les conventions » et qui soulignent qu'« [u]ne attention toute particulière doit être accordée aux interactions entre les modifications possibles de la législation nationale et les dispositions du Modèle de Convention fiscale de l'OCDE »¹.

124. Cette partie examine en premier lieu les questions conventionnelles liées aux entités à double résidence (chapitre 8). Elle formule ensuite une proposition visant à adopter une nouvelle disposition conventionnelle portant sur les entités transparentes (chapitre 9). Le chapitre 10 traite des interactions entre les recommandations figurant dans la première partie de ce rapport et les dispositions des conventions fiscales.

125. D'emblée, il convient d'observer qu'un certain nombre de propositions résultant des travaux sur l'Action 6 (Empêcher l'utilisation abusive des conventions fiscales), qui figuraient dans le document de consultation diffusé le 14 mars 2014 (document de consultation sur l'utilisation abusive des conventions)², peuvent jouer un rôle important pour faire en sorte que « les instruments et entités hybrides (ainsi que les entités implantées dans deux pays) ne soient pas utilisés pour obtenir indûment les avantages procurés par les conventions ». Les propositions suivantes formulées dans ce document de consultation peuvent être particulièrement pertinentes :

- Règle sur la limitation des avantages.
- Règle ciblant les dispositifs dont l'un des principaux objectifs est d'obtenir les avantages procurés par les conventions.
- Règle ciblant les transactions de transfert de dividendes (subordonner le taux inférieur d'imposition prévu par l'article 10(2)a) ou par une autre disposition conventionnelle

applicable aux fonds de pension à une période minimale de conservation).

- Règle concernant le droit d'un État contractant d'imposer ses propres résidents.
- Règle anti-abus pour les établissements stables situés dans des États tiers.

Notes

1. Voir Action 2 – Neutraliser les effets des montages hybrides (OCDE 2013), pp. 16-17.
2. Document de discussion sur l'Action 6 (Prevent Treaty Abuse) du plan d'action de BEPS, Mars 2014, www.oecd.org/tax/treaties/discussion-draft-action-6-prevent-treaty-abuse.htm.

Bibliographie

OCDE (2013), *Plan d'action concernant l'érosion de la base d'imposition et le transfert de bénéfices*, Éditions OCDE.
<http://dx.doi.org/10.1787/9789264203242-fr>.

Chapitre 8

Entités à double résidence

126. L'Action 2 mentionne expressément la possibilité de modifier le Modèle de Convention fiscale de l'OCDE en vue de faire en sorte que les entités à double résidence ne soient pas utilisées pour obtenir indûment les avantages procurés par les conventions.

127. La révision de l'article 4(3) du Modèle de Convention fiscale de l'OCDE qui est recommandée dans le cadre des travaux sur l'Action 6 permettra de répondre à certaines préoccupations en matière d'érosion de la base d'imposition et de transfert de bénéfices liées à la question des entités à double résidence, en disposant que les situations de double résidence conventionnelle doivent être réglées au cas par cas, plutôt qu'en appliquant la règle actuelle du lieu où le siège de direction effective de l'entité est situé, qui crée un risque d'évasion fiscale dans certains pays. La nouvelle version recommandée de l'article 4(3) est la suivante :

3. Lorsque, selon les dispositions du paragraphe 1, une personne autre qu'une personne physique est un résident des deux États contractants, les autorités compétentes des États contractants s'efforcent de déterminer d'un commun accord l'État duquel cette personne est réputée être un résident aux fins de la Convention, eu égard au lieu où se situe son siège de direction effective, au lieu où elle a été constituée en société ou en toute autre forme juridique et à tout autre facteur pertinent. En l'absence d'un tel accord entre les États contractants, la personne ne pourra prétendre à aucun des allègements ou exonérations prévus par la Convention sauf dans la mesure et selon les conditions convenues par les autorités compétentes des États contractants.

128. Toutefois, cette modification ne permettra pas de répondre à toutes les préoccupations en matière d'érosion de la base d'imposition et de transfert de bénéfices liées aux entités à double résidence. Par exemple, elle sera sans effet sur les stratégies d'évasion qui exploitent le fait qu'une entité est résidente d'un État donné selon le droit interne de cet État, tout en étant

résidente d'un autre État en vertu d'une convention fiscale conclue par le premier État, ce qui l'autorise à bénéficier des avantages applicables aux résidents en vertu du droit interne, sans être soumise aux obligations de contrepartie (pouvoir transférer ses pertes à l'étranger à une autre société résidente en vertu d'un système d'allègement collectif prévu par le droit interne, tout en réclamant la protection offerte par la convention contre l'imposition de ses bénéfices à l'étranger). Cette faille résulte du fait que la Convention et le droit interne ne définissent pas le concept de résidence de la même manière ; étant donné que le concept de résidence défini par la Convention ne peut pas être aligné sur celui du droit interne de chacun des États contractants sans créer des situations dans lesquelles une entité serait résidente des deux États aux fins de la Convention, la solution à ces stratégies d'évasion doit résider dans le droit interne. Bien que ces stratégies d'évasion puissent être traitées par des règles générales anti-abus au niveau national, les États pour qui cela représente un problème peuvent envisager d'intégrer dans leur droit interne une règle, qui figure déjà dans le droit interne de certains États¹, selon laquelle une entité considérée comme étant résidente d'un autre État en vertu d'une convention fiscale sera réputée ne pas être résidente en vertu du droit interne.

129. De même, la modification de l'article 4(3) ne permettra pas de répondre à toutes les préoccupations en matière d'érosion de la base d'imposition et de transfert de bénéfices résultant des entités à double résidence lorsqu'aucune convention n'entre en jeu. Le graphique 3.2 dans la première partie de ce rapport illustre une structure à double consolidation qui pose des problèmes d'érosion de la base d'imposition et de transfert de bénéfices liés au fait que les deux États considèrent la même entité comme étant résidente de chacun d'eux, de sorte que chaque pays lui applique son propre régime de consolidation. En pareil cas, les mêmes problèmes d'érosion de la base d'imposition et de transfert de bénéfices se posent, qu'il existe ou non une convention fiscale liant les deux États, de sorte que la solution doit être recherchée dans le droit interne. Il convient toutefois de souligner que si une convention existe entre les deux États et si le droit interne de chacun des États contient la disposition visée au paragraphe précédent, l'entité serait probablement résidente d'un seul État, celui dont elle serait résidente en vertu de la convention.

Notes

1. Voir la sous-section 250(5) de la Loi de l'impôt sur le revenu du Canada et la section 18 de la *Corporation Tax Act* 2009 du Royaume-Uni.

Bibliographie

Parlement du Royaume-Uni (2009), *Corporation Tax Act 2009*, Royaume-Uni. Disponible uniquement en anglais :
www.legislation.gov.uk/ukpga/2009/4/contents.

Chapitre 9

Disposition conventionnelle portant sur les entités transparentes

130. Le rapport de 1999 de l'OCDE consacré à l'*application du Modèle de Convention fiscale de l'OCDE aux sociétés de personnes* (le rapport sur les sociétés de personnes)¹ analyse en détail l'application de dispositions conventionnelles aux sociétés de personnes, y compris dans les cas où il existe des différences affectant le régime fiscal de la société. Les principales conclusions de ce rapport, qui ont été incluses dans les Commentaires sur le Modèle de Convention fiscale de l'OCDE, visent à faire en sorte que les dispositions des conventions fiscales produisent des résultats appropriés lorsqu'elles sont appliquées aux sociétés de personnes, en particulier lorsqu'une telle société constitue une entité hybride.

131. Toutefois, le rapport sur les sociétés de personnes n'examinait pas spécifiquement l'application des conventions fiscales aux entités autres que les sociétés de personnes. Pour y remédier, et pour tenir compte du fait que certains pays ont du mal à appliquer les conclusions du rapport sur les sociétés de personnes, il est proposé d'inclure dans le Modèle de Convention fiscale de l'OCDE la disposition suivante et des commentaires pour faire en sorte que le revenu d'entités transparentes soit traité, aux fins de la Convention, conformément aux principes établis par le rapport sur les sociétés de personnes. Cela permettra non seulement d'accorder les avantages des conventions fiscales uniquement lorsque les circonstances s'y prêtent, mais également d'empêcher qu'ils soient accordés lorsqu'aucun des États contractants ne traite, aux termes de son droit interne, le revenu d'une entité comme le revenu d'un de ses résidents.

*Remplacer l'article 1 du Modèle de Convention fiscale par ce qui suit (les ajouts au texte existant figurant en caractères **italiques gras**) :*

Article 1

PERSONNES VISÉES

1. La présente Convention s'applique aux personnes qui sont des résidents d'un État contractant ou des deux États contractants.

2. *Aux fins de la présente Convention, le revenu perçu par ou via une entité ou un dispositif considéré comme totalement ou partiellement transparent sur le plan fiscal selon la législation fiscale de l'un des États contractants est considéré comme étant le revenu d'un résident d'un État contractant, mais uniquement dans la mesure où ce revenu est traité, aux fins de l'imposition par cet État, comme le revenu d'un résident de cet État. [En aucun cas les dispositions de ce paragraphe ne doivent être interprétées comme limitant d'une quelconque façon le droit d'un État contractant d'imposer les résidents de cet État.]²*

Ajouter les paragraphes 26.3 à 26.16 suivants aux Commentaires sur l'article 1 (d'autres modifications consécutives des Commentaires sur l'article 1 seraient requises) :

Paragraphe 2

26.3 *Ce paragraphe examine la situation du revenu d'entités ou de dispositifs qu'un des États contractant ou les deux traitent comme étant totalement ou partiellement transparent à des fins fiscales. Les dispositions de ce paragraphe garantissent que le revenu de ces entités ou dispositifs est traité, aux fins de la Convention, conformément aux principes exposés dans le rapport de 1999 du Comité des affaires fiscales intitulé « L'Application du Modèle de Convention fiscale de l'OCDE aux sociétés de personnes »³. Ce rapport donne des orientations et des exemples sur la façon dont il convient d'interpréter et d'appliquer cette disposition dans diverses situations.*

26.4 *Toutefois, ce rapport portait exclusivement sur les sociétés de personnes ; même si le Comité reconnaissait que nombre des principes qui y figurent pouvaient aussi s'appliquer à d'autres entités non constituées en société, il a exprimé l'intention d'examiner ultérieurement l'application du Modèle de Convention fiscale à ces autres entités. Comme l'indique le paragraphe 37 du rapport, le Comité s'est surtout intéressé aux « cas dans lesquels le droit fiscal interne crée des situations intermédiaires où une société de personnes est en partie considérée comme une entité imposable et en partie considérée comme transparente du point de vue fiscal ». Selon le rapport :*

Bien que cette situation soit susceptible de créer des difficultés pratiques pour un nombre limité de sociétés de personnes, elle représente un problème plus important pour d'autres entités telles que les fiducies. C'est pourquoi le Comité a décidé de traiter cette question dans le cadre des travaux qui seront entrepris à titre de suivi du présent rapport.

26.5 *Le paragraphe 2 analyse cette situation particulière en faisant référence aux entités qui sont « totalement ou partiellement » traitées comme transparentes du point de vue fiscal. Aussi, ce paragraphe permet non seulement de confirmer les conclusions du rapport sur les sociétés de personnes, mais étend également le champ d'application de ces conclusions à des situations qui n'étaient pas directement couvertes par le rapport (sous réserve de l'application de dispositions spécifiques relatives aux organismes de placement collectif, voir les paragraphes 6.17 à 6.34 ci-dessus).*

26.6 *Ce paragraphe garantit non seulement que les bénéficiaires procurés par la Convention sont accordés dans les cas qui s'y prêtent, mais aussi qu'ils ne sont pas accordés lorsqu'aucun des États contractants ne traite, selon sa législation nationale, le revenu d'une entité ou d'un dispositif comme étant le revenu de l'un de ses résidents. C'est pourquoi ce paragraphe confirme les conclusions du rapport en pareil cas (voir notamment l'exemple 3 du rapport). De même, comme le rapport le reconnaît, les États ne devraient pas accorder les bénéficiaires d'une convention fiscale bilatérale dans les cas où ils ne peuvent pas vérifier si une personne est véritablement habilitée à s'en prévaloir. Aussi, si une entité est établie dans une juridiction auprès de qui un État contractant ne parvient pas à se procurer des renseignements fiscaux, cet État devrait disposer de toutes les informations nécessaires pour pouvoir accorder les bénéficiaires de la convention. En pareil cas, l'État contractant pourrait bien décider d'utiliser le mécanisme de remboursement afin d'appliquer les avantages prévus par la Convention, même si, en temps normal, elle applique ces avantages au moment du paiement du revenu concerné. Néanmoins, le plus souvent, il sera possible d'obtenir les informations nécessaires et d'accorder le bénéfice de la Convention au moment où le revenu est perçu (voir par exemple les paragraphes 6.29 à 6.31 ci-dessus qui examinent une question similaire dans le contexte des organismes de placement collectif).*

26.7 *L'exemple suivant illustre l'application de ce paragraphe :*

Exemple : Les États A et B ont conclu une convention identique au Modèle de Convention fiscale. L'État A considère qu'une entité établie dans l'État B est une société de capitaux et impose cette

entité sur les intérêts qu'elle perçoit d'un débiteur résident de l'État A. Néanmoins, selon le droit interne de l'État B, l'entité est considérée comme une société de personnes et les deux membres de cette entité, qui se partagent l'ensemble de ses revenus à part égale, sont chacun imposés sur la moitié des intérêts. L'un des membres est résident de l'État B et l'autre est résident d'un pays avec lequel les États A et B n'ont pas signé de convention. Le paragraphe prévoit que dans ce cas, la moitié des intérêts doit être considérée, aux fins de l'article 11, comme le revenu d'un résident de l'État B.

26.8 La référence au « revenu perçu par ou via une entité ou un dispositif » a une signification large et couvre tout revenu perçu par une entité ou un dispositif ou par son intermédiaire, indépendamment de la position adoptée par chacun des États contractants concernant l'identité du bénéficiaire de ce revenu à des fins fiscales nationales et indépendamment du fait que cette entité ou ce dispositif ait une personnalité juridique ou constitue une personne telle que définie à l'alinéa 1 a) de l'article 3. Elle couvrirait, par exemple, le revenu de toute société de personnes ou fiducie que l'un des États contractants, ou les deux, traitent comme étant totalement ou partiellement transparent du point de vue fiscal. De même, comme l'illustre l'exemple 2 du rapport, peu importe où l'entité ou le dispositif est établi : le paragraphe s'applique à une entité établie dans un État tiers dans la mesure où, selon le droit fiscal interne de l'un des États contractants, l'entité est traitée comme totalement ou partiellement transparente du point de vue fiscal et le revenu de cette entité est attribué à un résident de cet État.

26.9 Le terme « revenu » doit être compris dans le sens large que lui attribue la Convention et désigne donc les différents éléments de revenu couverts par le chapitre III de la Convention (Imposition des revenus), notamment, par exemple, les bénéfices d'une entreprise et les gains en capital.

26.10 Le concept « transparent sur le plan fiscal » utilisé dans le paragraphe désigne les situations dans lesquelles, selon le droit interne d'un État contractant, le revenu (ou une partie du revenu) de l'entité ou du dispositif n'est pas imposé au niveau de l'entité ou du dispositif, mais au niveau des personnes qui détiennent un intérêt dans cette entité ou dans ce dispositif. Cela sera habituellement le cas lorsque le montant de l'impôt dû sur une fraction du revenu d'une entité ou d'un dispositif est déterminé séparément en lien avec les caractéristiques individuelles de la personne qui a le droit de percevoir cette fraction du revenu, de sorte que l'impôt dépendra de la question de savoir si cette personne est imposable ou non, des autres revenus dont elle dispose, des abattements auxquels elle a droit et du taux d'imposition qui lui est applicable ; de même, la

nature et la source, ainsi que la date de réalisation, du revenu à des fins fiscales ne seront pas modifiées par le fait qu'il a été perçu par l'intermédiaire de l'entité ou du dispositif. Le fait que le revenu est calculé au niveau de l'entité ou du dispositif avant d'être affecté à la personne n'aura pas d'effet sur ce résultat⁴. Les États qui souhaitent préciser la définition « transparent du point de vue fiscal » dans leurs conventions bilatérales sont libres d'inclure une définition de ce terme basée sur les explications ci-dessus.

26.11 Dans le cas d'une entité ou d'un dispositif traité comme partiellement transparent sur le plan fiscal selon le droit interne de l'un des États contractants, seule une partie du revenu de l'entité ou du dispositif pourrait être imposée au niveau des personnes qui détiennent un intérêt dans cette entité ou dans ce dispositif, comme mentionné dans le paragraphe précédent, tandis que le reste resterait imposable au niveau de l'entité ou du dispositif. C'est ainsi que sont traitées, par exemple, certaines fiducies et sociétés en commandite simple dans certains pays (la partie du revenu provenant d'une fiducie qui est distribuée aux bénéficiaires est imposée à la charge de ces bénéficiaires, tandis que la partie du revenu qui est mise en réserve est imposée à la charge de la fiducie ou des fiduciaires ; de même, dans certains pays, le revenu généré par une société en commandite simple est imposé à la charge de l'associé commandité pour ce qui est de la part du revenu qui lui revient, mais est considéré comme étant le revenu de la société en commandite simple pour ce qui est de la part du revenu qui revient aux commanditaires). Dans la mesure où l'entité ou le dispositif remplit les conditions pour être résident d'un État contractant, le paragraphe garantit que les bénéfices de la convention s'appliquent aussi à la partie du revenu qui est attribuée à l'entité ou au dispositif selon le droit interne de cet État (sous réserve d'une éventuelle disposition anti-abus telle qu'une règle de limitation des avantages).

26.12 À l'instar d'autres dispositions de la Convention, cette disposition s'applique séparément à chaque élément du revenu de l'entité ou du dispositif. Supposons par exemple que l'acte constitutif d'une fiducie dispose que tous les dividendes perçus par la fiducie doivent être distribués à un bénéficiaire pendant la durée de vie de ce bénéficiaire, mais doivent être mis en réserve par la suite. Si l'un des États contractants considère qu'en pareil cas le bénéficiaire est imposable sur les dividendes qui lui ont été distribués, mais que les fiduciaires sont imposables sur les dividendes qui seront mis en réserve, le paragraphe s'appliquera différemment à ces deux catégories de dividendes, même si les deux types de dividendes sont perçus au cours du même mois.

26.13 En disposant que le revenu auquel il s'applique sera considéré comme étant le revenu d'un résident d'un État contractant aux fins de la Convention, le paragraphe garantit que le revenu pertinent est attribué à ce résident aux fins de l'application des différentes règles d'attribution de la Convention. En fonction de la nature du revenu, cela permettra donc de considérer le revenu, par exemple, comme étant un « revenu tiré par » aux fins des articles 6, 13 et 17, des « bénéfiques d'une entreprise » aux fins des articles 7, 8 et 9 (voir également le paragraphe 4 des Commentaires sur l'article 3) ou des dividendes ou des intérêts « payés à » aux fins des articles 10 et 11. Le fait que le revenu soit considéré comme perçu par un résident d'un État contractant aux fins de la Convention signifie également que lorsque ce revenu constitue une fraction du revenu d'une entreprise dans laquelle le résident détient une participation, il sera considéré comme étant le revenu d'une entreprise exploitée par ce résident (aux fins de la définition d'une entreprise d'un État contractant figurant à l'article 3 et au paragraphe 2 de l'article 21).

26.14 Bien que le paragraphe garantisse que les différentes règles d'attribution prévues par la Convention sont appliquées dans la mesure où le revenu d'entités fiscalement transparentes est traité, selon le droit interne, comme étant le revenu d'un résident d'un État contractant, il ne préjuge pas de la question de savoir si la personne qui perçoit ce revenu en est le bénéficiaire effectif. Lorsque, par exemple, une société de personnes fiscalement transparente reçoit des dividendes en qualité d'agent ou de mandataire pour une personne qui n'est pas un associé, le fait que ces dividendes puissent être considérés comme constitutifs d'un revenu d'un résident d'un État contractant selon le droit interne de cet État n'empêchera pas l'État de la source de considérer que ni la société de personnes, ni les associés, ne sont les bénéficiaires effectifs de ces dividendes.

26.15 Le paragraphe s'applique uniquement aux fins de la Convention et, par conséquent, n'oblige pas un État contractant à changer la manière dont il attribue un revenu ou qualifie des entités aux fins de son droit interne. Dans l'exemple présenté au paragraphe 26.7 ci-dessus, bien que le paragraphe 2 dispose que la moitié des intérêts doivent être considérés, aux fins de l'article 11, comme un revenu d'un résident de l'État B, cela concernera uniquement l'impôt maximum que l'État A pourra prélever sur les intérêts et ne changera rien au fait que l'impôt exigible par l'État A sera à la charge de l'entité. Si l'on suppose que le droit interne de l'État A prévoit une retenue d'impôt de 30 % sur les intérêts, le paragraphe 2 aura simplement pour effet de réduire le montant de l'impôt que l'État A prélèvera sur les intérêts (de sorte que la moitié des intérêts seraient taxés au taux de 30 % et l'autre moitié au taux de 10 % aux

termes de la convention entre les États A et B) et ne changera rien au fait que l'entité est le contribuable pertinent aux fins du droit interne de l'État A. De même, la disposition ne traite pas de façon exhaustive toutes les questions conventionnelles qui peuvent résulter de la nature juridique de certaines entités et de certains dispositifs, et peut donc devoir être complétée par d'autres dispositions visant à résoudre ces questions (comme une disposition confirmant qu'une fiducie peut prétendre au statut de résident d'un État contractant malgré le fait que, selon le droit des fiducies de nombreux pays, une fiducie ne constitue pas une « personne »).

[26.16 La dernière phrase du paragraphe précise que le paragraphe n'entend pas restreindre d'une quelconque façon le droit d'un État d'imposer ses propres résidents. Cette conclusion est cohérente avec l'interprétation des conventions fiscales au regard des sociétés de personnes (voir le paragraphe 6.1 ci-dessus). Toutefois, cette phrase est sans effet sur l'obligation d'alléger la double imposition supportée par un État contractant en vertu des articles 23 A et 23 B lorsque le revenu d'un résident de cet État peut être taxé par l'autre État conformément à la Convention, en tenant compte de l'application du paragraphe]⁵.

Notes

1. OCDE (1999), *L'Application du Modèle de Convention fiscale de l'OCDE aux sociétés de personnes*, Questions de fiscalité internationale, No. 6, Éditions OCDE.
2. À noter qu'une proposition figurant dans le document de consultation sur l'utilisation abusive des conventions rendrait cette phrase superflue.
3. Ce rapport est reproduit à la page R(15)-1 du volume II de la version du Modèle de Convention fiscale présentée sous forme de classeurs.
4. Voir les paragraphes 37 à 40 du Rapport sur les sociétés de personnes.
5. Une proposition figurant dans le document de consultation sur l'utilisation abusive des conventions rendrait ce paragraphe superflu.

Bibliographie

OCDE (2011), *Modèle de convention fiscale concernant le revenu et la fortune : Version abrégée 2010*, Éditions OCDE.

DOI : http://dx.doi.org/10.1787/mtc_cond-2010-fr.

OCDE (1999), *L'Application du Modèle de Convention fiscale de l'OCDE aux sociétés de personnes*, Questions de fiscalité internationale, No. 6, Éditions OCDE.

DOI : <http://dx.doi.org/10.1787/9789264273313-fr>.

Chapitre 10

Interactions entre la première partie et les conventions fiscales

132. La première partie de ce rapport comporte diverses recommandations concernant le traitement, au regard du droit interne, des instruments financiers hybrides et des paiements faisant intervenir une entité hybride. Étant donné que l'Action 2 dispose « qu'[u]ne attention toute particulière doit être accordée aux interactions entre les modifications possibles de la législation nationale et les dispositions du Modèle de Convention fiscale de l'OCDE », il est nécessaire d'examiner les questions conventionnelles que ces recommandations peuvent poser.

133. Comme l'indique la synthèse de ce rapport, la première partie « sera étayée par des orientations, sous la forme de Commentaires qui devront être publiés en septembre 2015 au plus tard, qui contiendront des explications supplémentaires et des exemples illustrant le fonctionnement de ces règles en pratique ». Étant donné que l'explication détaillée des recommandations du Groupe de travail n°.11 sur la Planification fiscale agressive (GT11) n'interviendra pas avant la fin de l'année 2015, les conclusions du Groupe de travail n°. 1 sur les Conventions fiscales et questions connexes (GT1) concernant les aspects conventionnels de ces recommandations devront être examinées à ce moment-là pour tenir compte des détails supplémentaires qui seront alors communiqués.

Règle prévoyant l'interdiction de déductions

134. Les recommandations proposées au chapitre 2 de la première partie comportent une règle relative aux dispositifs hybrides selon laquelle « la juridiction du payeur refusera que ce paiement fasse l'objet d'une déduction dans la mesure où il génère un effet de déduction/d'absence d'inclusion » visant à neutraliser les effets des asymétries hybrides. Cela pose la question de savoir si les conventions fiscales, dans leur forme actuelle, autoriseraient cette interdiction de déduction. Hormis les règles prévues par les articles 7 et 24, les dispositions des conventions ne portent pas sur la question de savoir si des paiements sont déductibles ou non et s'ils sont effectivement imposés ou non, car ces aspects relèvent du droit interne.

L'application possible des dispositions de l'article 24 au regard des recommandations figurant dans la première partie de ce rapport est analysée ci-après ; s'agissant de l'article 7, le paragraphe 30 des Commentaires sur cet article est particulièrement pertinent :

30. Le paragraphe 2 [de l'article 7] détermine les bénéficiaires qui sont attribuables à un établissement stable aux fins des dispositions du paragraphe 1 qui répartissent les compétences fiscales concernant ces bénéficiaires. Une fois que les bénéficiaires attribuables à un établissement stable ont été déterminés conformément au paragraphe 2 de l'article 7, il appartient au droit interne de chaque État contractant de déterminer s'il y a lieu d'imposer ces bénéficiaires et de quelle manière, sous réserve de se conformer aux conditions imposées par le paragraphe 2 et les autres dispositions de la Convention. Le paragraphe 2 ne traite pas la question de savoir si les dépenses sont déductibles lors du calcul du revenu imposable de l'entreprise dans chacun des États contractants. La question des conditions de déductibilité des dépenses est du ressort du droit interne, sous réserve des dispositions de la Convention et, en particulier, du paragraphe 3 de l'article 24 ...

Règle défensive exigeant l'inclusion d'un paiement dans le revenu ordinaire

135. Les recommandations proposées au chapitre 2 de la première partie comprennent également une règle « défensive » sur les dispositifs hybrides, selon laquelle « [s]i le pays de le payeur ne neutralise pas l'asymétrie, le pays du bénéficiaire du paiement exigera que ce paiement soit inclus dans le calcul du revenu ordinaire dans la mesure où il donne lieu à une déduction/absence d'inclusion ». Cette règle peut avoir des conséquences sur les dispositions de conventions fiscales si elle cherche à taxer un non-résident dont le revenu ne serait pas imposable dans cet État aux termes des dispositions de la convention fiscale concernée. La définition du « contribuable » dans les recommandations (première partie, chapitre 7) envisage l'imposition par une juridiction uniquement lorsque le bénéficiaire du paiement est résident de cette juridiction ou y possède un établissement stable. Étant donné que les règles d'attribution du revenu définies par les conventions fiscales ne limitent généralement pas les droits d'imposition de l'État en pareilles circonstances, toute interaction entre la recommandation et les dispositions de conventions fiscales devrait donc concerner surtout les règles relatives à l'élimination de la double imposition (articles 23 A et 23 B du Modèle de Convention fiscale de l'OCDE).

136. Les deux recommandations suivantes figurant dans la première partie de ce rapport portent sur l'élimination de la double imposition par l'État de résidence :

- « Pour empêcher qu'un instrument financier génère des effets de déduction/d'absence d'inclusion, l'exonération des dividendes destinée à éviter la double imposition économique ne devrait pas être accordée par le droit interne dans la mesure où le dividende versé est déductible par le payeur. De même, les juridictions devraient envisager d'adopter des restrictions similaires pour d'autres types d'exonération des dividendes visant à éviter la double imposition économique des bénéficiaires sous-jacents. » [chapitre 2, Recommandation 2(1)].
- « Afin d'empêcher la duplication des crédits d'impôt dans le cadre d'un transfert hybride, toute juridiction qui accorde une réduction au titre des retenues d'impôt à la source sur un paiement effectué au titre d'un transfert hybride devrait restreindre le bénéfice de cet réduction en proportion du revenu net imposable perçu par ce contribuable dans le cadre du dispositif. » [chapitre 2, Recommandation 2(2)].

137. Comme mentionné précédemment, ces recommandations ne semblent pas poser de problème en lien avec l'application des articles 23 A et 23 B du Modèle de Convention fiscale de l'OCDE.

Méthode d'exemption

138. En ce qui concerne l'article 23 A (méthode d'exemption), le paragraphe 2 de cet article dispose que dans le cas des dividendes (couverts par l'article 10 du Modèle de Convention fiscale de l'OCDE), c'est la méthode d'imputation, et non d'exemption, qui s'applique. Par conséquent, la recommandation selon laquelle « l'exonération des dividendes destinée à alléger la double imposition économique ne devrait pas être accordée par le droit interne dans la mesure où le dividende versé est déductible par le payeur » ne devrait pas créer de problèmes concernant les conventions fiscales bilatérales qui reprennent la formulation de l'article 23 A.

139. Néanmoins, il est reconnu qu'un certain nombre de conventions fiscales bilatérales dérogent aux dispositions de l'article 23 A et prévoient l'application de la méthode d'exemption aux dividendes reçus d'entreprises étrangères dans lesquelles une entreprise résidente détient une participation substantielle. Cette possibilité est expressément reconnue par le Modèle de

Convention fiscale de l'OCDE (voir les paragraphes 49 à 54 des Commentaires sur les articles 23 A et 23 B).

140. Les problèmes posés par l'inclusion de la méthode d'exemption dans les conventions fiscales concernant des éléments de revenu qui ne sont pas taxés dans l'État de la source sont reconnus depuis longtemps dans le Modèle de Convention fiscale de l'OCDE (voir par exemple le paragraphe 35 des Commentaires sur les articles 23 A et 23 B). Le paragraphe 4 de l'article 23 A¹ peut traiter certaines situations impliquant des dispositifs hybrides dans lesquelles un dividende serait autrement soumis à la méthode de l'exemption, mais de nombreuses conventions fiscales ne contiennent pas cette disposition. Par conséquent, les États qui souhaitent suivre la recommandation énoncée dans la première partie de ce rapport mais qui concluent des conventions fiscales prévoyant l'application de la méthode de l'exemption concernant les dividendes devraient, au minimum, envisager de faire figurer le paragraphe 4 de l'article 23 A dans leurs conventions, même si ces États devraient aussi reconnaître que cette disposition n'offrirait qu'une solution partielle au problème. Ils pourraient opter pour une solution plus complète consistant à inclure dans leurs conventions des règles qui leur donneraient expressément le droit d'appliquer la méthode d'imputation, par opposition à celle de l'exemption, concernant des dividendes qui sont déductibles dans l'État du payeur. Ces États pourraient aussi envisager une solution plus radicale aux problèmes de non-imposition résultant d'une utilisation abusive de la méthode d'exemption, qui consisterait à ne pas prévoir la méthode d'exemption dans leurs conventions. Avec cette approche, la méthode d'imputation serait la seule prévue par les conventions, garantissant l'allègement de la double imposition juridique, et il reviendrait au droit interne de déterminer si cela doit passer par la méthode d'imputation ou celle d'exemption (ou probablement par une combinaison des deux méthodes, en fonction de la nature du revenu, comme c'est le cas du droit interne de nombreux pays). Les problèmes qui peuvent résulter de l'octroi d'un crédit d'impôt pour impôts sous-jacents (qui ne sont pas visés par les articles 23 A et 23 B du Modèle de Convention fiscale de l'OCDE) sont examinés ci-dessous.

Méthode d'imputation

141. En ce qui concerne l'application de la méthode d'imputation prévue par le paragraphe 2 de l'article 23 A et par l'article 23 B, la recommandation de restreindre cet avantage « en proportion du revenu net imposable dans le cadre du dispositif » semble conforme à la réduction de l'impôt interne prévu par cette méthode. Comme l'indiquent les paragraphes 60 et 63 des Commentaires sur les articles 23 A et 23 B, l'article 23 B confie au droit interne le soin de déterminer l'impôt national

auquel le crédit d'impôt étranger doit être imputé (la « déduction maximale »), et on s'attendrait normalement à ce qu'il soit calculé comme l'impôt de l'État de résidence diminué de toutes les déductions pertinentes :

60. *L'article 23 B fixe les règles principales de la méthode de l'imputation mais ne donne pas de règles détaillées sur le calcul de l'imputation.... L'expérience a montré que plusieurs problèmes peuvent surgir. Certains d'entre eux sont traités dans les paragraphes suivants. Dans plusieurs États, des règles détaillées relatives à l'imputation d'impôts étrangers existent déjà dans leurs législations internes. C'est la raison pour laquelle un certain nombre de conventions comprennent une référence à la législation interne des États contractants et prévoient en outre que ces règles internes n'affectent pas le principe posé à l'article 23 B.*

63. *La déduction maximale est normalement calculée comme l'impôt sur le revenu net, c'est-à-dire sur le revenu de l'État E (ou S) moins les déductions autorisées (spécifiques ou proportionnelles) liées à de tels revenus...*

142. Néanmoins, il est admis que des situations de double non-imposition peuvent surgir lorsque la méthode d'imputation est appliquée, en raison de dispositions de conventions fiscales ou du droit interne qui complètent l'approche de base de l'article 23 B (méthode d'imputation) du Modèle de Convention fiscale de l'OCDE ou qui dérogent à cette méthode. Il peut par exemple s'agir de dispositions de la législation interne qui permettent d'imputer le crédit d'impôt étranger applicable à un élément de revenu à l'impôt exigible dans l'État de résidence sur un autre élément de revenu. Un autre exemple concernerait des situations dans lesquelles des dispositions de conventions fiscales ou du droit interne prévoient un crédit d'impôt étranger sous-jacent au titre de dividendes, susceptibles de générer des difficultés concernant la partie de la recommandation sur l'exonération des dividendes (voir le paragraphe 136) selon laquelle « les juridictions devraient envisager d'adopter des restrictions similaires pour d'autres types d'exonération des dividendes visant à éviter la double imposition économique des bénéficiaires sous-jacents ». Ce sont d'autres situations dans lesquelles les États contractants devraient veiller à ce que leurs conventions fiscales prévoient la suppression de la double imposition sans ouvrir la voie à des stratégies de fraude fiscale.

Application potentielle de dispositions anti-discrimination prévues par le Modèle de Convention de l'OCDE

143. L'objectif fondamental des recommandations énoncées dans la première partie de ce rapport est de faire en sorte que les paiements soient traités de façon cohérente au regard du payeur et du bénéficiaire, et notamment d'empêcher une double déduction ou une déduction sans inclusion correspondante. Ces recommandations ne semblent pas poser de problème de discrimination basée sur la nationalité (art. 24(1)). Elles ne semblent pas non plus traiter les établissements stables différemment des entreprises nationales (art. 24(3), prévoir des règles différentes pour la déduction de paiements à des résidents et à des non-résidents (art. 24(4)) ou traiter les entreprises nationales différemment selon que leur capital est détenu ou contrôlé par des résidents ou des non-résidents (art. 24(5)).

144. Certaines recommandations se rattachant à la législation interne visant à neutraliser les effets des dispositifs hybrides qui figurent dans la première partie peuvent avoir plus d'impact sur les paiements à des non-résidents que sur les paiements à des résidents. Toutefois, cet aspect n'est pas pertinent aux fins de l'article 24 dès lors que la distinction est basée sur le traitement des paiements au regard du payeur et du bénéficiaire. On ne peut pas déduire du fait qu'une asymétrie dans le traitement fiscal d'une entité ou d'un paiement est moins susceptible de se produire dans un contexte purement national (on peut attendre d'un pays qu'il soit cohérent dans sa classification des paiements nationaux et des entités nationales) que des règles fondées strictement sur l'existence d'une telle asymétrie traitent les paiements à des non-résidents ou à des entreprises détenues par des non-résidents différemment de la façon dont les paiements à des résidents ou à des entreprises détenues par des résidents sont traités selon le droit interne.

145. Les extraits suivants des Commentaires sur l'article 24 sont particulièrement pertinents dans ce contexte :

- Concernant toutes les dispositions de l'art. 24 : « Les dispositions de l'article sur la non-discrimination visent à trouver un juste équilibre entre la nécessité d'empêcher une discrimination injustifiée et celle de tenir compte de ces distinctions légitimes. C'est pourquoi il convient de ne pas étendre indûment la portée de cet article à la discrimination dite « indirecte » » (paragraphe 1)

« En outre, alors que cet article cherche à éliminer les distinctions qui sont uniquement fondées sur certaines raisons, il ne vise nullement à ce que les nationaux d'autres États, les non-

résidents, les entreprises d'autres États ou les entreprises nationales détenues ou contrôlées par des non-résidents bénéficient d'un régime fiscal plus avantageux que celui des nationaux, résidents ou entreprises nationales détenues ou contrôlées par des résidents ... » (paragraphe 3)

- Concernant l'art. 24(3) : « Ce principe se limite donc à une comparaison entre les règles régissant l'imposition des activités propres à un établissement stable et celles s'appliquant aux activités d'entreprise similaires menées par une entreprise résidente indépendante. Il ne s'étend pas aux règles qui tiennent compte des relations qu'une entreprise peut entretenir avec d'autres entreprises (par exemple les règles autorisant la consolidation, le transfert des pertes ou les transferts en franchise d'impôt d'actifs entre sociétés ayant les mêmes propriétaires), celles-ci ne portant pas sur l'imposition des activités d'entreprise propres à une entreprise qui seraient similaires à celles d'un établissement stable, mais plutôt sur l'imposition d'une entreprise résidente en tant que partie intégrante d'un groupe d'entreprises associées. » (paragraphe 41)
 - Concernant l'art. 24(4) : « Ce paragraphe tend à faire échec à une forme particulière de discrimination résultant du fait que, dans certains pays, la déduction des intérêts, redevances et autres frais, admise sans réserve quand le bénéficiaire est un résident, est au contraire limitée ou même interdite quand ce dernier est un non-résident. » (paragraphe 73)
 - Concernant l'art. 24(5) : « Le paragraphe ne concernant que la seule imposition d'entreprises résidentes et non celle des personnes qui détiennent ou contrôlent leur capital, il s'ensuit qu'il ne saurait être interprété comme élargissant la portée des règles qui tiennent compte des relations qu'une entreprise résidente peut entretenir avec d'autres entreprises résidentes (par exemple les règles autorisant la consolidation, le transfert des pertes ou les transferts en franchise d'impôt d'actifs entre sociétés ayant les mêmes propriétaires). » (paragraphe 77)
- « ... il s'ensuit que le fait de soumettre une société résidente à une obligation de retenue à la source sur les dividendes qu'elle verse à ses actionnaires non-résidents, mais non sur les dividendes qu'elle verse aux actionnaires résidents, ne saurait être considéré comme

une violation du paragraphe 5. Dans ce cas, cette différence de traitement ne dépend pas du fait que le capital de la société est détenu ou contrôlé par des personnes non résidentes mais, plutôt, du fait que les dividendes versés aux non-résidents sont imposés de façon différente. » (paragraphe 78)

146. Pour ces raisons, et sous réserve d'une analyse des explications détaillées qui seront fournies dans les commentaires proposés et de la rédaction précise des règles nationales qui seraient établies pour mettre en œuvre les recommandations, les recommandations figurant dans la première partie de ce rapport ne semblent pas faire craindre un conflit éventuel avec les dispositions de l'article 24 du Modèle de Convention fiscale de l'OCDE.

Note

1. « 4. Les dispositions du paragraphe 1 [*de l'article 23 A*] ne s'appliquent pas au revenu reçu ou à la fortune possédée par un résident d'un État contractant lorsque l'autre État Contractant applique les dispositions de la Convention pour exempter d'impôt ce revenu ou cette fortune ou applique les dispositions du paragraphe 2 de l'article 10 ou 11 à ce revenu. »

ORGANISATION DE COOPÉRATION ET DE DÉVELOPPEMENT ÉCONOMIQUES

L'OCDE est un forum unique en son genre où les gouvernements œuvrent ensemble pour relever les défis économiques, sociaux et environnementaux liés à la mondialisation. À l'avant-garde des efforts engagés pour comprendre les évolutions du monde actuel et les préoccupations qu'elles suscitent, l'OCDE aide les gouvernements à y faire face en menant une réflexion sur des thèmes tels que le gouvernement d'entreprise, l'économie de l'information et la problématique du vieillissement démographique. L'Organisation offre aux gouvernements un cadre leur permettant de confronter leurs expériences en matière d'action publique, de chercher des réponses à des problèmes communs, de recenser les bonnes pratiques et de travailler à la coordination des politiques nationales et internationales.

Les pays membres de l'OCDE sont : l'Allemagne, l'Australie, l'Autriche, la Belgique, le Canada, le Chili, la Corée, le Danemark, l'Espagne, l'Estonie, les États-Unis, la Finlande, la France, la Grèce, la Hongrie, l'Irlande, l'Islande, Israël, l'Italie, le Japon, le Luxembourg, le Mexique, la Norvège, la Nouvelle-Zélande, les Pays-Bas, la Pologne, le Portugal, la République slovaque, la République tchèque, le Royaume-Uni, la Slovaquie, la Suède, la Suisse et la Turquie. L'Union européenne participe aux travaux de l'OCDE.

Les Éditions OCDE assurent une large diffusion aux travaux de l'Organisation. Ces derniers comprennent les résultats de l'activité de collecte de statistiques, les travaux de recherche menés sur des questions économiques, sociales et environnementales, ainsi que les conventions, les principes directeurs et les modèles développés par les pays membres.

Projet OCDE/G20 sur l'érosion de la base d'imposition et le transfert de bénéfices

Neutraliser les effets des dispositifs hybrides

Endiguer l'érosion de la base d'imposition et le transfert de bénéfices (BEPS) est une priorité absolue pour les pouvoirs publics des pays du monde entier. En 2013, les pays de l'OCDE et du G20 ont adopté un Plan d'action en 15 points, à l'élaboration duquel ils ont œuvré de concert et sur un pied d'égalité, pour lutter contre l'érosion de la base d'imposition et le transfert de bénéfices. Ce rapport présente les résultats obtenus au titre de l'Action 2.

Le Projet BEPS, réalisé sous l'égide de l'OCDE et du G20, vise à assurer aux États des recettes budgétaires grâce à une fiscalité en phase avec l'évolution des activités économiques et la création de valeur, mais aussi à créer, dans le domaine de la fiscalité internationale, un ensemble unique de règles faisant l'objet d'un consensus pour combattre l'érosion de la base d'imposition et le transfert de bénéfices et, partant, à protéger l'assiette imposable tout en offrant aux contribuables une prévisibilité et une certitude accrues. L'un des axes majeurs de l'effort engagé est l'élimination de la double non-imposition. Les nouvelles règles qui doivent être adoptées à cet effet ne doivent toutefois pas entraîner l'application d'une double imposition, soumettre les contribuables à des obligations trop contraignantes ou instituer des restrictions faisant obstacle à des activités transnationales par ailleurs légitimes.

Sommaire

Synthèse

Introduction

Partie I. Recommandations concernant la conception de règles nationales

Chapitre 1. Définition d'un dispositif hybride

Chapitre 2. Dispositifs qui génèrent des effets de déduction/d'absence d'inclusion

Chapitre 3. Dispositifs qui aboutissent à une double déduction

Chapitre 4. Dispositifs qui génèrent des effets indirects de déduction/d'absence d'inclusion

Chapitre 5. Mise en œuvre

Chapitre 6. Définitions en lien avec la portée des règles

Chapitre 7. Principaux termes

Partie II. Recommandations concernant les questions conventionnelles

Introduction

Chapitre 8. Entités à double résidence

Chapitre 9. Disposition conventionnelle portant sur les entités transparentes

Chapitre 10. Interactions entre la première partie et les conventions fiscales

<http://www.oecd.org/fr/fiscalite/beps.htm>

Veillez consulter cet ouvrage en ligne : <http://dx.doi.org/10.1787/9789264225268-fr>.

Cet ouvrage est publié sur OECD iLibrary, la bibliothèque en ligne de l'OCDE, qui regroupe tous les livres, périodiques et bases de données statistiques de l'Organisation. Rendez-vous sur le site www.oecd-ilibrary.org pour plus d'informations.

