



**HAL**  
open science

# L'imposition mondiale minimale effective à l'épreuve du droit international fiscal conventionnel

Andreas Kallergis

► **To cite this version:**

Andreas Kallergis. L'imposition mondiale minimale effective à l'épreuve du droit international fiscal conventionnel. *Revue européenne et internationale de droit fiscal*, 2022, 3, pp.288-300. hal-03958133

**HAL Id: hal-03958133**

**<https://hal.science/hal-03958133>**

Submitted on 2 Feb 2024

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

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

# L'imposition mondiale minimale effective à l'épreuve du droit international fiscal conventionnel

*Global minimum effective taxation under the test of tax treaty law*

Andreas Kallergis

Maître de conférences à l'Université Panthéon-Sorbonne

Tel qu'il se dessine à travers le plan détaillé et le modèle de règles du « Pilier Deux », le projet OCDE/G20 en faveur d'une imposition mondiale minimale effective des entreprises multinationales promeut une nouvelle conception de la répartition de la base d'imposition, incompatible avec les conventions fiscales internationales.

*As outlined in the « Pillar Two » blueprint and model rules, the OECD/G20 project for an effective global minimum taxation on multinational enterprises fosters a new approach to the tax base allocation that conflicts with international tax treaties.*

Le consensus ayant conduit à l'ouverture à la signature en 2017 de la convention multilatérale pour la mise en œuvre des mesures relatives à la « lutte contre l'érosion de la base d'imposition et le transfert des bénéfices » (BEPS)<sup>1</sup> ne concernait que la neutralisation des pratiques fiscales « dommageables » et de l'évasion fiscale<sup>2</sup>, identifiées comme la raison du problème à éliminer. Faute de consentement des Etats-Unis à l'idée d'adapter les conventions fiscales à la numérisation de l'économie, la finalisation de cette réflexion — objet de l'action première du projet BEPS<sup>3</sup> — a été reportée pour 2020<sup>4</sup>. Toutefois, l'adoption de différentes impositions nationales en dehors de la solution coordonnée « BEPS », portant sur les « services numériques »<sup>5</sup> et sur les

---

<sup>1</sup> Convention multilatérale pour la mise en œuvre des mesures relatives aux conventions fiscales pour prévenir l'érosion de la base d'imposition et le transfert de bénéfices, ouverte à la signature le 7 juin 2017.

<sup>2</sup> OCDE/G20, « Projet sur l'érosion de la base d'imposition et le transfert de bénéfices [ci-après BEPS]- Exposé des actions 2015 », 2016, p. 5, § 2.

<sup>3</sup> OCDE, Plan d'action concernant l'érosion de la base d'imposition et le transfert de bénéfices, 2013, p. 15.

<sup>4</sup> OCDE/G20, Projet BEPS — Relever les défis fiscaux posés par l'économie numérique Action 1, Rapport final 2015, §385.

<sup>5</sup> V. par ex. pour la France loi n°2019-759 du 24 juill. 2019 portant création d'une taxe sur les services numériques et modification de la trajectoire de baisse de l'impôt sur les sociétés, JO n°0171 du 25 juill. 2019, adoptée après la censure d'un texte soumettant à l'impôt sur les sociétés des entreprises établies hors de France (Cons. const., déc. n°2016-744 DC du 29 déc. 2016, points 80-84, concernant l'article 78 de la loi de finances pour 2017).

« bénéfiques détournés »<sup>6</sup>, ainsi que la réforme fiscale menée par le nouveau président américain en 2017, ont accéléré les évolutions. La réforme américaine de 2017 avait fait naître un impôt sur le revenu mondial à faible taux d'imposition tiré de biens incorporels (GILTI)<sup>7</sup>, ainsi qu'un impôt sur les paiements déductibles versés par certaines grandes entreprises à des entités étrangères associées (BEAT)<sup>8</sup>. Dans son sillage, une proposition franco-allemande de 2018 évoquait la mise en place d'un système d'imposition mondial sur les bénéfiques étrangers sous-imposés (GloBE)<sup>9</sup>. Formé par les Etats qui coopèrent pour la mise en œuvre des mesures convenues de manière multilatérale en 2017, le « cadre inclusif BEPS » a décidé de se pencher sur cette perspective. Ce nouveau chantier est venu s'ajouter au projet relatif à l'économie numérisée, en cours depuis 2013. Ainsi, depuis 2019, la réflexion des Etats n'était plus limitée à la réattribution des droits d'imposer aux « juridictions du marché » en matière d'économie numérisée, mais s'est scindée en deux « piliers ». Le « Pilier Deux » porterait spécifiquement à l'institution d'une imposition minimale des entreprises multinationales<sup>10</sup>. A la différence du « Pilier Un », pour lequel une nouvelle convention multilatérale serait conclue, la proposition du « Pilier Deux » aurait le statut d'« approche commune »<sup>11</sup>, à l'image des modèles de convention, ce qui devait permettre, selon les Etats membres du cadre inclusif, une adoption plus rapide et une mise en œuvre moins contraignante<sup>12</sup>.

Tel qu'il se dessine à travers le plan détaillé (« *blueprint* ») du Pilier Deux publié en 2020<sup>13</sup> et le modèle de ses règles publié en 2021<sup>14</sup>, ce projet promeut

---

<sup>6</sup> V. par ex. articles 77 de la *Finance Act* pour 2015 (Royaume-Uni, *UK Public General Acts*, 2015, c.11), en vigueur depuis le 1<sup>er</sup> avril 2015, instituant une *Diverted Profits Tax*.

<sup>7</sup> *Internal Revenue Code* (Etats-Unis) [ci-après IRC], sect. 951A : *Global Intangible Low-Taxed Income* (GILTI), introduite dans le code par la section 14201 de la *Tax Cuts and Jobs Act* (« TCJA », P.L. 115-97) du 22 déc. 2017.

<sup>8</sup> IRC, sect. 59A, *Base Erosion Anti-Abuse Tax* (BEAT), introduite dans le code par la section 14401 de la P.L. 115-97 (*Tax Cuts and Jobs Act*) du 22 déc. 2017.

<sup>9</sup> V. la déclaration conjointe des délégations française et allemande à la réunion du Conseil ECOFIN du 4 déc. 2018, « Franco-German joint declaration on the taxation of digital companies and minimum taxation » [consilium.europa.eu/media/37276/fr-de-joint-declaration-on-the-taxation-of-digital-companies-final.pdf]

<sup>10</sup> Cadre inclusif BEPS OCDE/G20, « Programme de travail visant à élaborer une solution fondée sur un consensus pour relever les défis fiscaux soulevés par la numérisation de l'économie », 31 mai 2019, p. 27.

<sup>11</sup> OCDE/G20, projet BEPS, « Déclaration sur une solution reposant sur deux piliers pour résoudre les défis fiscaux soulevés par la numérisation de l'économie », 8 oct. 2021, p. 4.

<sup>12</sup> Pour une vue d'ensemble, v. D. Gutmann, « Les Piliers de la réforme fiscale internationale : état des lieux », *FR 36/21*, n°9 et 37/21 n°3.

<sup>13</sup> OCDE/G20, Les défis fiscaux soulevés par la numérisation – Rapport sur le *blueprint* du Pilier Deux, déc. 2020 [ci-après : rapport sur le *blueprint* du Pilier Deux].

une nouvelle conception de la répartition de la base d'imposition (I) qui est incompatible avec les conventions fiscales internationales (II).

## **I — Une nouvelle conception de la répartition de la base d'imposition**

La proposition d'une imposition minimale globale des entreprises multinationales tend à neutraliser la « sous-imposition » des bénéfices (A) par le moyen d'une répartition sophistiquée de la base d'imposition (B).

### **A — Une neutralisation de la « sous-imposition » des bénéfices**

Le Pilier Deux avait comme objectif initial l'imposition complémentaire des bénéfices « excédentaires » des sociétés étrangères contrôlées. Il trouve en cela une origine intellectuelle dans la troisième action de la première vague du projet BEPS<sup>15</sup>. Un tel objectif n'implique pas toutefois que la répartition, par l'effet des prix de transfert, de ces bénéfices à des Etats qui les imposent en deçà du taux minimum, soit qualifiante d'une pratique d'évasion fiscale, qui justifierait le déclenchement d'une imposition complémentaire dans un autre Etat. Un tel glissement semble cependant avoir eu lieu entre la finalisation de la première vague du projet BEPS et la concrétisation de sa seconde vague, par le moyen du Pilier Deux.

Le Pilier Deux vise désormais à modifier la répartition de la base d'imposition entre les Etats. S'il ne fait pas échec à la priorité de la compétence fiscale de l'Etat de la source des bénéfices, il conduit à transférer des recettes fiscales y afférentes vers d'autres Etats lorsque cet Etat n'aurait pas épuisé l'exercice du pouvoir tiré de sa compétence<sup>16</sup> conformément à un taux d'imposition effectif postulé<sup>17</sup>. Pour ce faire, le système envisagé a vocation à soumettre les entreprises multinationales qui entrent dans son champ d'application<sup>18</sup> à une charge complémentaire d'impôt sur les sociétés. Cette

---

<sup>14</sup> OCDE/G20, « Les défis fiscaux soulevés par la numérisation de l'économie – Règles globales anti-érosion de la base d'imposition (Pilier Deux) », 20 déc. 2021 [ci-après : modèle de règles du Pilier Deux].

<sup>15</sup> OCDE/G20, *Projet sur l'érosion de la base d'imposition et le transfert de bénéfices*, Action 3 : Concevoir des règles efficaces concernant les sociétés étrangères contrôlées, Rapport final 2015, point 4.2.3, §87 et s.

<sup>16</sup> Rappr. M. de Wilde, C. Wisman, « OECD Consultations on the Digital Economy : « Tax Base Allocation » and « Pl Tax If you Don't » », in D. Weber, P. Pistone (éds.), *Taxing the Digital Economy : the EU Proposals and Other Insights*, IBFD, 2019, p. 3-23.

<sup>17</sup> W. Schön, « Internationale Steuerpolitik zwischen Steuerwettbewerb, Steuerkoordinierung und dem Kampf gegen Steuervermeidung », *Internationales Steuerrecht*, 2022, p. 181-191, p.189.

<sup>18</sup> Sont visés les groupes dont le chiffre d'affaires consolidé est supérieur à 750 millions d'euros dans les deux parmi les quatre derniers exercices : modèle de règles du Pilier Deux, article 1.1.1.

obligation fiscale complémentaire serait déclenchée lorsque le taux d'imposition effectif<sup>19</sup> auquel sont soumis les bénéficiaires<sup>20</sup> des entités constitutives du groupe dans l'Etat où elles sont actives est inférieur à 15%<sup>21</sup>. Egale à la différence entre le taux d'imposition minimum et le taux d'imposition effectif, cette obligation complémentaire viserait ainsi à imposer des bénéficiaires considérés comme « sous-imposés », quel que soit le lieu de leur réalisation. En creux, le projet vise à neutraliser l'incitation fiscale des entreprises à délocaliser leurs activités économiques ou leurs investissements vers l'étranger. Il sous-tend l'idée que l'instrument fiscal ne puisse plus servir pour attirer les investissements étrangers : les politiques publiques d'attractivité fiscale seraient ainsi systématiquement neutralisées par des mesures internes d'autres Etats tendant à mettre en œuvre l'imposition minimale, y compris lorsque les bénéficiaires visés seraient réalisés sur le territoire de l'Etat renonçant à exercer le pouvoir d'imposition.

La prévision d'un abattement forfaitaire, exonéré d'imposition, qui serait corrélé aux frais de personnel et au coût des actifs corporels [*substance-based income exclusion*]<sup>22</sup> dans l'Etat de la source, supposée souligner l'idée que le projet se rattache encore à l'idée directrice du projet BEPS de lutter contre l'érosion de la base d'imposition uniquement lorsqu'elle est liée à des pratiques fiscales « dommageables » ou à l'évasion fiscale, ne change pas essentiellement cette donne. Il s'agit d'un abattement forfaitaire qui n'empêche pas entièrement une nouvelle imposition des bénéficiaires rattachés à la compétence fiscale de l'Etat de la source.

## **B — Une répartition sophistiquée du complément d'imposition**

Le modèle de règles du Pilier Deux préconise l'adoption de règles internes par les Etats participant au « cadre inclusif BEPS » en vue de la mise en œuvre de la charge supplémentaire d'impôt sur les sociétés. Deux règles différentes sont envisagées et forment la méthode dite *Global Anti-Base Erosion* (« GloBE »)<sup>23</sup> — elles forment de modalités alternatives de perception de ce

---

<sup>19</sup> Article 5.1. du modèle de règles du Pilier Deux.

<sup>20</sup> Pour le calcul du taux d'imposition effectif sont pris en considération les bénéficiaires de toutes les entités du groupe domiciliées ou établies dans un Etat, selon un montant global établi selon les règles de comptabilité consolidée employée par l'entité mère du groupe, sans les retraitements extracomptables éventuellement applicables en vertu du droit fiscal interne (articles 3 et 5 du modèle de règles du Pilier Deux ; rapport sur le *blueprint* du Pilier Deux, §154 et s., spéc. §164). Cela crée une difficulté supplémentaire de mise en œuvre du modèle dans les Etats ayant recours à des politiques de dépenses fiscales (v. par ex. les discussions *in* B. Angel et al., « L'imposition mondiale minimale, de l'utopie à la réalité », Actes de la soirée annuelle de l'IFA du 23 nov. 2021, *Droit fiscal*, 3 févr. 2022, n°5, 102).

<sup>21</sup> Article 10.1.1. du modèle de règles du Pilier Deux, spéc. p. 60.

<sup>22</sup> Rapport sur le *blueprint* du Pilier Deux, point 4.3, §332 et s. ; article 5.3 du modèle de règles du Pilier Deux.

<sup>23</sup> Modèle de règles du Pilier Deux, article 1.

complément. La première concerne la perception d'un impôt complémentaire par l'Etat de résidence de la société tête de groupe ; la seconde concerne la perception d'un impôt complémentaire par un Etat où serait établie une autre entité constitutive du groupe. Cette seconde modalité de perception s'appliquerait en cas de défaut d'application de la première règle dans l'Etat de résidence de la société tête de groupe, d'où sa qualification de « filet de sécurité » [*backstop rule*]. Les Etats seraient libres quant au choix de mise en œuvre de l'impôt supplémentaire, qui pourrait par exemple prendre la forme d'une extension de la portée spatiale de l'obligation fiscale, celle d'une imposition complémentaire ou celle d'un mécanisme de limitation des charges déductibles. Ces règles seraient applicables sous réserve de l'application prioritaire<sup>24</sup> d'une autre règle, d'origine conventionnelle et non interne, dite « de l'assujettissement à l'impôt » [*subject to tax rule - STTR*]<sup>25</sup>. Cette règle ne fait pas partie de la méthode « GloBE » et ne sera pas analysée ici.

Il convient de démontrer les enjeux de cette mécanique ternaire (3) après avoir analysé la nature de chacune des deux règles qui formeraient la méthode « GloBE » : la règle « d'inclusion du revenu » (1) et la règle relative aux « paiements sous-imposés » (2).

### **1 — Une règle d'inclusion du revenu : une règle relative aux sociétés étrangères contrôlées ?**

La règle d'inclusion du revenu [*income inclusion rule - IIR*]<sup>26</sup> aurait vocation à instituer un supplément d'imposition dans l'Etat de résidence de la société mère d'un groupe multinational, applicable lorsque les bénéficiaires des filiales ou des établissements stables du groupe seraient insuffisamment imposés dans l'Etat où ces entités déploient leur activité. Cette règle peut

---

<sup>24</sup> L'application de la STTR serait prioritaire parce que la charge d'impôt complémentaire vis-à-vis de l'Etat de la source, établie sur son fondement sous forme d'une retenue à la source sur le montant brut de certains paiements, serait utilisée pour le calcul du taux effectif d'imposition des entreprises dans le cadre du système « GloBE » (N. Ama Sarfo, « The OECD's Subject-to-Tax Rule Labyrinth », *Tax Notes International*, vol. 103, 13 sept. 2021, p. 1428-1431, p. 1428).

<sup>25</sup> Supposée promouvoir le pouvoir d'imposer des Etats en développement, la règle STTR est extérieure à la logique de répartition de la base d'imposition « GloBE » formée par la règle d'inclusion du revenu [IIR] et la règle relative aux paiements sous-imposés [UTPR]. La règle en question vise à soumettre dans l'Etat de leur source certains paiements sous-imposés à une imposition complémentaire. Fondée sur une règle internationale conventionnelle incluse dans les conventions bilatérales, son champ d'application personnel ne serait pas limité aux groupes dépassant le seuil de chiffre d'affaires de 750 millions d'euros fixé pour le système « GloBE ». Elle concernerait certains paiements bruts, et non des résultats consolidés, lorsqu'ils sont soumis à un taux d'imposition statutaire inférieur à 7,5% ou à 9%. Lorsqu'elle existe dans la convention fiscale applicable, cette règle sera d'application prioritaire par rapport aux règles IIR et UTPR du système « GloBE ». V. rapport sur le *blueprint* du Pilier Deux, §566 et s. Rapp. N. Ama Sarfo, « The OECD's Subject-to-Tax Rule Labyrinth », *Tax Notes International*, vol. 103, 13 sept. 2021, p. 1428-1431.

<sup>26</sup> Modèle de règles du Pilier Deux, articles 2.1 et 2.2.

coexister avec des règles relatives aux sociétés étrangères contrôlées (SEC)<sup>27</sup> dans le droit interne de l'Etat normateur. En telle hypothèse, les règles SEC sont d'application prioritaire, en ce sens que le supplément d'impôt découlant d'une règle SEC est pris en compte pour l'appréciation du taux effectif minimum d'une filiale ou d'un établissement stable étranger pour les besoins d'application de la règle IIR.

Si cette articulation technique éclaire les relations entre les deux concepts, est-ce que ces derniers sont différents ? La règle IIR présente des aspects similaires aux règles fiscales internes relatives aux SEC.

D'un côté, les règles SEC visent à imputer dans le résultat imposable d'une entreprise résidente soumise à l'impôt sur les sociétés des revenus passifs ou actifs<sup>28</sup> de ses filiales ou succursales établies dans des Etats ou territoires à fiscalité privilégiée, afin de les imposer selon le taux d'imposition de l'Etat de résidence. Ces règles sont en principe applicables sans condition de seuil concernant le bénéfice ou le chiffre d'affaires des entreprises en question. D'autre côté, la règle IIR vise des revenus actifs d'une filiale ou d'un établissement stable étranger. Si les conditions de seuil relatif à un chiffre d'affaires global sont réunies et si le bénéficiaire étranger s'avère être sous-imposé par rapport au taux minimum effectif convenu, il sera soumis dans l'Etat de la résidence de l'entité mère à un complément d'imposition calculé par référence à la différence entre le taux d'imposition dans l'Etat de la source et ce taux minimum convenu.

Même si leur fonctionnement diffère, les objectifs portés par les règles SEC et IIR sont ainsi communs au moins en partie<sup>29</sup> : la lutte contre l'évasion fiscale peut être l'un des objectifs (affichés) de la règle IIR<sup>30</sup> et l'objectif d'une

---

<sup>27</sup> Sont visées par ce vocable les règles fiscales nationales inspirées par la *Subpart F* de l'*Internal Revenue Code* états-unien, adoptée en 1962, à l'image de l'article 209 B du Code général des impôts français, codifiant l'article 70 de la loi n°80-30 du 18 janv. 1980 de finances pour 1980.

<sup>28</sup> Pour une comparaison de la structure de règles nationales relatives au traitement fiscal de sociétés étrangères contrôlées, v. Tax Foundation (Etats-Unis), « CFC Rules Around the World », par S. Duenas, série « Fiscal Facts », n°659, juin 2019, 35 p. [[files.taxfoundation.org/20190617100144/CFC-Rules-Around-the-World-FF-659.pdf](https://files.taxfoundation.org/20190617100144/CFC-Rules-Around-the-World-FF-659.pdf)]. V également OCDE, « Controlled Foreign Company (CFC) Rules » [[qdd.oecd.org/data/CFC/.ALL](https://qdd.oecd.org/data/CFC/.ALL)]

<sup>29</sup> F. de Lillo, « Introducing Pillar Two : Towards a Global Minimum Effective Tax Rate », in A. Perdelwitz, A. Turina (éds.), *Global Minimum Taxation : An Analysis of the Global Anti-Base Erosion Initiative*, IBFD, 2021, p. 3-30, p. 13-14.

<sup>30</sup> Argument *a contrario*, tiré à partir de la présence d'une « exclusion fondée sur la substance et reposant sur une formule ». Cette exclusion est supposée signifier que l'activité économique d'un groupe dans un Etat à fiscalité faible peut échapper à l'imposition complémentaire au moins partiellement lorsqu'elle est fondée sur une présence réelle sur le territoire de l'Etat en question. Cette réalité de présence est prouvée par l'existence de frais de personnel et d'actifs corporels. V. rapport sur le *blueprint* du Pilier Deux, p. 139 et s. : modèle de règles du Pilier Deux, article 5.3.

règle SEC. Pourquoi a-t-il été alors nécessaire d'inventer une nouvelle règle au lieu de proposer l'adaptation des règles SEC déjà existantes ? L'OCDE envisageait une telle perspective d'ailleurs jusqu'en 2015<sup>31</sup>. Or, elle semble avoir pris exemple sur ce point sur la réforme fiscale américaine de 2017, qui a introduit dans le *International Revenue Code* une nouvelle règle GILTI au lieu d'adapter les règles SEC aux nouveaux objectifs portés par le législateur fiscal.

En définitive, la règle IIR soulève la question de l'utilité de multiplier des règles fiscales internes ayant le même objet<sup>32</sup>.

## 2 — Une règle dite « relative aux paiements insuffisamment imposés », relative en réalité aux bénéfices sous-imposés

La règle relative aux paiements insuffisamment imposés [*undertaxed payments rule* - UTPR] est supposée s'activer en cas d'inapplicabilité de la règle IIR. Elle est inspirée du dispositif états-unien BEAT [*Base Erosion and Anti-abuse Tax*]<sup>33</sup>, issu de la même réforme de 2017 et fonctionnant comme une imposition minimale en cas d'inapplicabilité de la règle SEC. Pour parvenir à un résultat équivalent, la règle UTPR implique le refus de déductibilité des paiements effectués entre entités constitutives d'un groupe intégré dans l'hypothèse où l'entité créancière de ces paiements est insuffisamment imposée dans l'Etat de sa résidence. Plus qu'une règle de limitation de déductibilité de paiements intragroupe, la règle UTPR a vocation à proposer un mécanisme de répartition du supplément d'imposition jusqu'au taux minimum de 15%.

Selon le modèle de règles du Pilier Deux, la règle UTPR devrait conduire à répartir le produit de toute imposition supplémentaire de manière proportionnée au coût de la masse salariale et à la valeur des actifs corporels dans les autres Etats<sup>34</sup>. Cette proposition marque une évolution par rapport au projet initial sur le Pilier Deux : l'imposition supplémentaire liée aux paiements sous-imposés devait à l'origine être répartie entre les Etats à partir desquels sont effectués les paiements sortants par l'une des entités constitutives du groupe, de manière directe ou indirecte, vers des entités du groupe dans des Etats où ils sont soumis faiblement<sup>35</sup>. Cette structure de la répartition justifiait alors la dénomination « paiements insuffisamment imposés ».

---

<sup>31</sup> OCDE/G20, Projet BEPS, Action 3 : Concevoir des règles efficaces concernant les sociétés étrangères contrôlées, Rapport final 2015.

<sup>32</sup> V. par ex. J. Hey, « The 2020 Pillar Two Blueprint: What Can the GloBE Income Inclusion Do that CFC Can't Do ? », *Intertax*, vol. 49, 2021, p. 7-13.

<sup>33</sup> Internal Revenue Code (Etats-Unis), sect. 59A, ajoutée depuis la P.L.115-97 (*Tax Cuts and Jobs Act*), 22 déc. 2017, sect. 14401.

<sup>34</sup> Article 2.6 du modèle de règles du Pilier Deux pour la mise en œuvre au niveau national de l'impôt minimum mondial de 15 %, déc. 2021.

<sup>35</sup> Rapport sur le *blueprint* du Pilier Deux, p. 142-143.

Un an plus tard, le modèle de règles du Pilier Deux outrepassa l'objectif initial du projet et vise en réalité à imposer non pas des paiements sous-imposés, mais des bénéfiques sous-imposés. Non assumé, ce changement d'objectif transparait dans la renonciation de l'OCDE à définir l'expression qui se cache derrière l'acronyme « UTPR » qui figure dans le modèle de règles du Pilier Deux<sup>36</sup>. Cependant, ce glissement sémantique est évident dans des projets nationaux d'adoption des règles internes inspirées du modèle du Pilier Deux<sup>37</sup> ainsi que dans la proposition de directive introduisant son contenu au sein de l'Union européenne<sup>38</sup>. Finalement, l'imposition complémentaire fondée sur la règle UTPR serait déclenchée même en l'absence de paiements intra-groupe qui contribuent à l'érosion de la base d'imposition de l'Etat ayant adopté la règle UTPR. En définitive, le mot « paiements » ne correspond plus au domaine conditionnel de la norme portée par le dispositif UTPR, mais seulement à son domaine consécutif. Autrement dit, la règle UTPR a désormais trait aux modalités de recouvrement de la nouvelle imposition complémentaire et non à son fait générateur. Ainsi, les entités constitutives d'un groupe qui seraient localisées dans un Etat mettant en œuvre la règle UTPR pourraient se voir refuser une déduction de l'impôt sur les sociétés. Elles pourraient alternativement se voir appliquer un ajustement corrélatif d'impôt entraînant une charge fiscale supplémentaire. Cette charge serait égale à l'imposition complémentaire selon la répartition des recettes liées à l'imposition minimale à cet Etat. Il ne serait pas nécessaire que les paiements soumis à la limitation de déduction soient destinés à des entités constitutives du groupe soumises elles-mêmes faiblement ; la limitation de déduction pourrait ainsi s'appliquer même à des paiements vers une entité constitutive du groupe soumise à un taux d'impôt sur les sociétés élevé.

Rendre compte du fonctionnement du mécanisme imaginé par l'OCDE impose de s'appuyer sur un exemple.

### 3 — Une mécanique ternaire

Un exemple simplifié permet d'imaginer le fonctionnement de ce système. Une entreprise multinationale est composée de trois entités (X, Y, Z), situées dans trois Etats différents (A, B, C). Postulons que les trois Etats sont

---

<sup>36</sup> Articles 2.4-2.6 du modèle de règles du Pilier Deux.

<sup>37</sup> V. par ex. HM Revenue & Customs (Royaume-Uni), « Pilar 2: Consultation on Implementation », janv. 2022, spéc. 1.24 et 1.25 [[gov.uk/government/consultations/oecd-pillar-2-consultation-on-implementation](https://gov.uk/government/consultations/oecd-pillar-2-consultation-on-implementation)]

<sup>38</sup> Comité des représentants permanents, texte de compromis du 12 mars 2022 sur le projet de directive du Conseil relative à la mise en place d'un niveau minimum d'imposition mondial pour les groupes multinationaux dans l'Union, doc. 6975/22, FISC 61, ECOFIN 199, considérant 5 puis article 1, b), et article 3, §36, qui mentionne clairement une règle relative aux bénéfiques insuffisamment imposés (RBI) (Undertaxed Profits Rule en dans la version anglaise du projet).

liés par des conventions fiscales bilatérales reprenant le modèle OCDE et que l'entreprise multinationale rentre dans le champ d'application des futures règles internes inspirées par le système « GloBE ».

Dans l'Etat A, la base de l'impôt sur les sociétés de X est de 200.000 euros, tandis que l'impôt payé par X est de 18.000. Pour simplifier, postulons également que cette base et cet impôt sont pris en considération pour le calcul du taux effectif, ce qui ne correspond pas à l'identique au projet GloBE. Dans une telle situation, X serait soumise à un taux effectif d'imposition de 9%, taux qui est 6% inférieur au taux minimum convenu dans le cadre du Pilier Deux, fixé à 15%. En cas d'adoption de règles internes inspirées du Pilier Deux dans les Etats B et C, une imposition supplémentaire de 6% pourrait être recouvrée dans un de ces Etats où le groupe est actif.

Dans l'Etat B, la base d'imposition de l'entité locale Y est également de 200.000 euros, tandis que l'impôt sur les sociétés payé par Y est de 40.000. Le taux d'imposition effectif auquel est soumis Y est de 20%, ce qui signifie que le taux minimum de 15% est atteint. La règle primaire IIR ne serait alors pas déclenchée. L'Etat B pourrait également avoir adopté la règle secondaire UTPR, qui serait déclenchée en cas d'inapplication d'une règle IIR dans l'Etat de résidence de la société tête du groupe.

Dans l'Etat C, où la société Z tête du groupe est résidente, la règle IIR serait en principe déclenchée. Dans cette hypothèse, la société Z serait soumise dans l'Etat C à une imposition complémentaire en raison du taux effectif d'imposition de 9% incombant à une des entités constitutives du groupe dans l'Etat A. Ainsi, Z devrait payer à l'Etat C une imposition complémentaire de 6% sur la base d'imposition de 200.000, c'est-à-dire 12.000 euros.

En cas d'inapplication d'une règle IIR dans l'Etat C, l'entité Y résidente dans l'Etat B devrait le même montant d'impôt complémentaire à l'administration de l'Etat B, par l'effet du « filet de sécurité » posée par la règle UTPR. Cela souligne l'idée que les règles IIR et UTPR sont des modalités de répartition alternatives d'une dette fiscale établie de manière commune. En telle hypothèse, Y devrait 12.000 euros à l'Etat B en plus des 40.000 euros déjà payés sur le fondement de l'impôt sur les sociétés dans le même Etat.

Ces propositions ne sont pas simplement novatrices par rapport aux cadres de pensée habituels en fiscalité internationale ou en fiscalité des groupes de sociétés : elles sont en plus incompatibles avec les conventions fiscales internationales dans leur forme actuelle.

## II — Des propositions incompatibles avec les conventions fiscales internationales

L'argumentation en faveur de la compatibilité du Pilier Deux avec les conventions fiscales vise à permettre à l'OCDE de passer outre une convention multilatérale pour sa mise en œuvre. Si elle était adoptée, une telle convention multilatérale serait la troisième à préparer, en plus de celle nécessaire pour la mise en œuvre de la règle dite d'« assujettissement à l'impôt », ayant vocation à allouer un supplément d'impôt dans l'Etat de source d'un paiement en cas d'imposition inférieure à un niveau minimum dans l'Etat de résidence du bénéficiaire<sup>39</sup>, et celle relative à la mise en œuvre du Pilier Un.

Est-ce que l'évitement de cette nouvelle convention multilatérale est possible ? L'analyse du modèle de règles du Pilier Deux témoigne de la nécessité d'une telle convention. La méthode « GloBE » méconnaît les principes de répartition de la base d'imposition (A), les règles distributives conventionnelles (B) ainsi que la clause de non-discrimination (C) des conventions fiscales internationales.

### A — Une méconnaissance des principes de répartition de la base d'imposition

Dans l'exemple proposé plus haut, se pose la question de la compatibilité avec les conventions fiscales de l'obligation fiscale de 12.000 euros, liée au bénéfice réalisé par l'entité X dans l'Etat A, que l'entité Z tête de groupe devrait à l'Etat C en vertu de la règle primaire IIR, sinon, à défaut, que l'entité Y établie dans l'Etat B devrait à cet Etat au titre de la règle secondaire UTPR. Dans leur forme actuelle, les conventions fiscales bilatérales reprenant le modèle de l'OCDE exigeraient d'établir que l'entité active dans l'Etat A dispose d'un établissement stable dans l'Etat B ou dans l'Etat C auquel seraient imputables des bénéfices réalisés dans l'Etat A. Postulons que la présence économique de l'entité A dans les Etats B et C ne dépasse pas le seuil fixé par l'article des conventions fiscales applicables reprenant l'article 5 du modèle de l'OCDE. Dans une telle hypothèse, la règle interne UTPR de l'Etat B et la règle interne IIR de l'Etat C seraient incompatibles avec les conventions fiscales.

En effet, les conventions fiscales prévoient une imposition des bénéfices dans l'Etat de résidence d'une entreprise, avec des ajustements négatifs ou positifs par l'effet des règles relatives aux établissements stables étrangers et aux prix de transfert. Les règles relatives aux prix de transfert sont complétées, en droit interne, par les règles SEC et celles limitant la déduction de dépenses, qui ont comme objectif de restreindre l'évasion fiscale en limitant

---

<sup>39</sup> V. *supra* note 25.

l'érosion artificielle de la base d'imposition, sans ou avec transfert de bénéfices y afférents à l'étranger. Appliqué aux entreprises multinationales, cette matrice consiste à organiser une répartition du pouvoir d'imposer d'une manière qui conduit à l'imposition de chaque entité constitutive du groupe en proportion des bénéfices qui lui sont imputables sur la base d'une analyse fonctionnelle<sup>40</sup>. Ainsi, les bénéfices sont imposables soit dans l'Etat de résidence d'une entreprise multinationale, soit dans l'Etat de source d'une partie de ses bénéfices, en cas de qualification d'établissement stable dans cet Etat<sup>41</sup>.

L'imposition complémentaire envisagée dans le cadre du Pilier Deux méconnaît cette philosophie des conventions fiscales bilatérales : il s'agit ici d'étendre le champ d'application d'une imposition nationale au produit des investissements d'un groupe multinational qui ne peut pas être attribué à l'entité constitutive du groupe auquel ce produit est fonctionnellement imputable. Le modèle de règles du Pilier Deux hypertrophie ainsi l'imposition prioritaire dans l'Etat de résidence de l'entreprise en réduisant corrélativement la teneur du principe d'imposition selon le principe d'allégeance économique, érigé dans les conventions fiscales en principe d'imposition subsidiaire d'imposition par l'Etat de la source du revenu<sup>42</sup>. En effet, le mécanisme « GloBE » n'exige aucun lien de rattachement des bénéfices soumis à l'imposition complémentaire à la compétence de l'Etat normateur qui adopterait ces règles. En l'absence de tel rattachement, sinon d'une pratique d'évasion fiscale justifiant l'imposition d'une entreprise non résidente par l'Etat de résidence de l'entreprise tête de groupe ou par celui d'une des autres entités constitutives du groupe, l'objectif du modèle de règles concrétisant le Pilier Deux se précise. Il ne s'agit pas de lutter contre l'érosion de la base d'imposition, mais, comme l'assume l'OCDE<sup>43</sup>, contre la concurrence fiscale, et ce par le partage obligatoire de la base d'imposition relative à l'activité d'une entreprise multinationale lorsque le taux d'imposition effectif dans certains

---

<sup>40</sup> Pour une mise en perspective, v. D. Gutmann, Ph. Martin, « L'établissement stable : une entreprise autonome ? » *Droit fiscal*, 2021, n°45, 417.

<sup>41</sup> M. Devereux, J. Vella, « Value Creation as the Fundamental Principle of the International Corporate Tax System », European Tax Policy Forum Policy Paper, 2018 [ssrn.com/abstract=3275759].

<sup>42</sup> Société des Nations, « Rapport sur la double imposition », présenté au comité financier par les Professeurs Bruins, Einaudi, Seligman et Sir J. Stamp, Genève, Publications de la Société des Nations, 1923, E.F.S.73.F.19. Pour une mise en perspective, v. W. Schön, « Value Creation, the Benefit Principle and Efficiency-Related Allocation of Taxing Rights », in W. Haslehner, M. Lamensch (éds.), *Taxation and Value Creation*, IBFD, EATLP International Tax Series, vol. 19, 2021, p. 155-184, §7.3.

<sup>43</sup> OCDE, « La communauté internationale conclut un accord fiscal sans précédent adapté à l'ère du numérique », communiqué du 8 oct. 2021 : « [...] L'accord sur l'impôt mondial minimum n'a pas pour objectif de mettre fin à la concurrence fiscale, mais d'y poser des limites convenues multilatéralement [...] » [oecd.org/fr/fiscalite/la-communaute-internationale-conclut-un-accord-fiscal-sans-precedent-adapte-a-l-ere-du-numerique.htm]. Rappr. G. Perraud in B. Angel et al., « L'imposition mondiale minimale, de l'utopie à la réalité », *op. cit.*, spéc. p. 5.

Etats où elle est active serait inférieur au taux convenu. Les objectifs des conventions fiscales sont aujourd'hui multiples, mais ils n'incluent pas la lutte contre la concurrence fiscale. Ils incluent ainsi l'élimination des doubles impositions par le partage de la base d'imposition, supposée contribuer à la promotion des investissements transfrontières, la lutte contre l'évasion fiscale et de la fraude fiscale, supposée neutraliser la non-imposition des revenus soumis à la compétence d'un de deux Etats contractants<sup>44</sup>. Des objectifs secondaires incluent l'élimination des discriminations fiscales et la promotion de la coopération entre Etats contractants, prenant la forme de la mise en place de procédures amiables de règlement de différends et celle de l'assistance administrative en matière d'assiette et de recouvrement<sup>45</sup>. La lutte contre la concurrence fiscale ne fait pas partie de ces objectifs.

Par ailleurs, le modèle de règles en question pourrait être considéré également comme incompatible avec les propositions formulées dans le cadre des actions 8, 9 et 10 de la première vague du projet BEPS, relatives aux prix de transfert, qui étaient fondées sur l'idée directrice d'imposition de la valeur dans l'Etat où elle est générée<sup>46</sup>. La proposition d'« imposer la valeur au lieu de sa création » visait à ôter une part de base d'imposition à la compétence de l'Etat de la résidence d'une entreprise multinationale<sup>47</sup> au profit des Etats où elle réalise une partie de son chiffre d'affaires sans y disposer d'une présence physique. Cette proposition ne semble toutefois être concrétisée ni dans le Pilier Un ni dans le Pilier Deux de l'« approche unifiée » de l'OCDE<sup>48</sup>. En ce qui concerne en particulier le Pilier Deux, l'attribution de l'imposition complémentaire selon un modèle qui ne tient pas compte du lieu de réalisation

---

<sup>44</sup> Rappr. art. 6, §1 de la convention multilatérale de 2017 portant mise en œuvre de la première vague du projet BEPS : « Une convention fiscale couverte est modifiée pour inclure le texte du préambule suivant : “Entendant éliminer la double imposition à l'égard d'impôts visés par la présente Convention, et ce, sans créer de possibilités de non-imposition ou d'imposition réduite via des pratiques d'évasion ou de fraude fiscale/évitement fiscal (résultant notamment de la mise en place de stratégies de chalandage fiscal destinées à obtenir des allègements prévus dans la présente convention au bénéfice indirect de résidents de juridictions tierces)” ».

<sup>45</sup> Rappr. le commentaire du modèle de convention fiscale de l'OCDE, introduction, §25.

<sup>46</sup> Sur cette idée, v. par ex. OECD/G20, « Projet BEPS- Exposé des actions 2015 », p. 5, § 1 : « [...] Les règles en place ont laissé apparaître des fragilités qui sont autant d'opportunités pour des pratiques d'érosion de la base d'imposition et de transfert de bénéfices (BEPS), appelant une action résolue de la part des dirigeants pour restaurer la confiance dans le système et faire en sorte que les bénéfices soient imposés là où les activités économiques sont réalisées et là où la valeur est créée [...] ». Pour une analyse, v. J. Hey, « “Taxation Where Value is Created” and the OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Initiative », *Bulletin for International Taxation*, vol. 72, 2018, p. 203-208.

<sup>47</sup> OCDE/G20, Plan d'action concernant l'érosion de la base d'imposition et le transfert de bénéfices, 2013, p. 10 et s. ; Projet BEPS - Exposé des actions 2015, §1.

<sup>48</sup> W. Schön, « Value Creation, the Benefit Principle and Efficiency-Related Allocation of Taxing Rights », *op. cit.*, §7.1.

des bénéficiaires sous-imposés<sup>49</sup>, le modèle ignore cette idée directrice. En somme, le modèle de règles du Pilier Deux ne tient pas compte du lieu de création de la valeur soumise à l'impôt, mais cela n'est pas un problème du point de vue du droit, cette proposition ne faisant pas partie du droit positif.

## **B — Une méconnaissance du champ d'application des règles distributives conventionnelles**

Pour l'OCDE, la règle IIR et la règle UTPR ne présentent aucune incompatibilité avec les conventions fiscales internationales et elles pourraient ainsi être adoptées en droit interne sans aucune révision corrélative des conventions fiscales internationales<sup>50</sup>. Selon cette position, l'imposition complémentaire découlant de ces règles serait compatible avec les règles conventionnelles de répartition puisque « les conventions fiscales ne sont pas destinées à limiter le droit pour un pays de taxer ses propres résidents »<sup>51</sup>, ce « principe général » et « constant »<sup>52</sup> étant « codifié »<sup>53</sup> dans l'article 1, § 3, du modèle de convention fiscale de l'OCDE<sup>54</sup> et présent dans la convention multilatérale anti-BEPS de 2017<sup>55</sup> ainsi que dans les règles internes SEC<sup>56</sup>.

L'analyse du modèle des règles IIR (1) et UTPR (2) à la lumière du modèle de convention fiscale de l'OCDE et de son commentaire par le Comité des affaires fiscales de l'organisation montre que l'adoption de ces règles internes exigerait une révision des conventions fiscales.

### **1 — L'inconventionnalité de la règle IIR**

L'application de la règle IIR serait incompatible, selon le cas, avec les dispositions conventionnelles qui consacrent les règles distributives des

---

<sup>49</sup> Cet argument est partiellement vrai pour ce qui concerne les bénéficiaires liés aux droits de propriété intellectuelle, thésaurisés dans des Etats à fiscalité privilégiée, mais liés souvent à des dépenses de recherche et de développement engagées dans les Etats du siège de l'entreprise multinationale (J. Englisch, J. Becker, « International Effective Minimum Taxation – the GloBE Proposal », *World Tax Journal*, nov. 2019, p. 483-529, p. 491 et s., spéc. p. 493).

<sup>50</sup> Rapport sur le *blueprint* du Pilier Deux, §680.

<sup>51</sup> *Ibid.*

<sup>52</sup> Rapport sur le *blueprint* du Pilier Deux, §689.

<sup>53</sup> Rapport sur le *blueprint* du Pilier Deux, §679.

<sup>54</sup> OCDE, Modèle de convention fiscale sur le revenu et la fortune (2017), article 1, §3 : « Cette Convention n'affecte pas l'imposition par un Etat contractant de ses résidents, sauf en ce qui concerne les avantages accordés en vertu du paragraphe 3 de l'article 7, du paragraphe 2 de l'article 9 et des articles 19, 20, 23 [A] [B], 24, 25 et 28 ». On observera que l'article 9, §1 du modèle, relatif à la correction des prix de transfert, ne fait pas partie des exceptions à la clause de sauvegarde.

<sup>55</sup> Article 11, §1 de la convention ouverte à la signature le 7 juin 2017.

<sup>56</sup> Rapport sur le *blueprint* du Pilier Deux, §681.

bénéfices<sup>57</sup> ou des revenus réputés distribués<sup>58</sup>. En ce qui concerne les bénéfiques, l'article 7 du modèle de l'OCDE les attribue à l'Etat de la résidence d'une entreprise, sinon à l'Etat de la source de ces bénéfiques, au cas où la présence de l'entreprise dans cet Etat dépasse le seuil de qualification d'un « établissement stable », au sens et selon le périmètre que les conventions fiscales attribuent à cette expression. Autrement dit, les bénéfiques d'une entreprise multinationale ne sont imposés que dans l'Etat de sa résidence lorsqu'il n'existe pas d'établissement stable (ou, *a fortiori*, de filiale) dans l'autre Etat contractant. Ainsi, la seule existence d'une entité constitutive du groupe dans un Etat autre que celui de la résidence de la société tête de groupe n'implique pas *ipso facto* l'imposition de bénéfiques réalisés par le groupe dans cet Etat par l'Etat de résidence de la société tête de groupe, puisqu'il est nécessaire préalablement de se prononcer sur la qualification ou non d'un établissement stable dans cet Etat.

Pour garantir la compatibilité avec les conventions fiscales de la règle IIR sans révision de celles-ci, l'OCDE a soutenu que la règle IIR devrait être traitée de la même manière que les règles SEC, pour lesquelles le modèle de convention fiscale l'OCDE prévoit une clause de sauvegarde<sup>59</sup> au profit du droit interne qui les met en œuvre. En effet, le projet sur le Pilier Deux revendiquait l'applicabilité de la clause de sauvegarde de l'article 1§3 du modèle de convention, qui serait « confirmée »<sup>60</sup> par le commentaire de l'article 7 du même modèle<sup>61</sup>. Cette position s'explique par le fait que le modèle de convention<sup>62</sup> et ses commentaires<sup>63</sup> donnent un « brevet de conventionalité » aux règles SEC<sup>64</sup>. Il s'agit de déroger à la convention fiscale sans qu'une

---

<sup>57</sup> Article 7 §1 du modèle OCDE.

<sup>58</sup> Article 10, §5 du modèle OCDE.

<sup>59</sup> Article 1§3 du modèle OCDE.

<sup>60</sup> Rapport sur le *blueprint* du Pilier Deux, §689.

<sup>61</sup> OCDE, modèle de convention fiscale (version complète) de 2017, commentaire de l'article 7, §30, p. C(7)-14.

<sup>62</sup> Article 1, §3, du modèle OCDE.

<sup>63</sup> V. le commentaire de l'article 7, §1, du modèle de l'OCDE (2017), §14 : « [...] ce paragraphe ne restreint pas le droit d'un Etat contractant d'imposer ses propres résidents au terme de dispositions relatives aux sociétés étrangères contrôlées figurant dans sa législation nationale même si l'impôt ainsi appliqué à ces résidents peut être calculé par référence à la partie des bénéfiques d'une entreprise qui est résidente de l'autre Etat contractant qui est attribuable à la participation de ces résidents dans cette entreprise [...] ». V. également le commentaire de l'article 10, §5, du modèle de l'OCDE (2017), §37 : « [...] le paragraphe 5 ne peut être interprété comme empêchant l'Etat de résidence d'un contribuable d'imposer ce contribuable, en vertu de sa législation sur les sociétés étrangères contrôlées ou d'autres règles avec des effets similaires, à l'égard des bénéfiques qui n'ont pas été distribués par une société non-résidente [...] ».

<sup>64</sup> V. OCDE, modèle de convention fiscale (version complète) de 2017, paragraphe 6.1. du commentaire de l'article 1, ajouté en 2000 et supprimé en 2017, p. C(1)-57 ; paragraphe 81

violation de l'engagement conventionnel ne soit qualifié. Or, ce « brevet de conventionalité » pour les règles SEC n'était pas toujours admis<sup>65</sup> et il ne l'est toujours pas unanimement. La France, parmi d'autres Etats, a par exemple émis une réserve sur cette clause, selon laquelle elle se réserve le droit, dans ses conventions, d'omettre le paragraphe 3<sup>66</sup>. Il ne permet d'ailleurs pas de déroger à l'ensemble des règles conventionnelles, compte tenu des exceptions qui lui sont assorties<sup>67</sup>. Enfin, et surtout, l'ensemble des conventions fiscales n'incluent pas une telle clause de sauvegarde<sup>68</sup>.

En ce qui concerne la « confirmation » de la dérogation aux règles distributives pour les règles SEC par le commentaire de l'article 7 du modèle, l'OCDE occulte le fait que le commentaire en question a été ajouté au modèle en 2008, à la suite d'un rapport sur l'attribution de bénéfices aux établissements stables<sup>69</sup>. Même en retenant une approche dynamique pour l'utilisation des commentaires comme source d'inspiration de l'interprétation des conventions fiscales, il est difficile d'admettre que la répartition des bénéfices selon la position exprimée par l'OCDE en 2008 affecterait les conventions conclues avant cette date lorsque le commentaire n'éclaire pas l'article 7 du modèle mais y déroge.

Quelle que soit la teneur de la clause de sauvegarde relative aux SEC, son applicabilité à la règle IIR, soutenue par l'OCDE, implique un saut logique. Pour transposer cette clause de sauvegarde à la règle IIR, ne faudrait-il pas prouver la similarité du fonctionnement de la règle IIR et des règles SEC ? Une telle similarité n'est pas acquise. La règle IIR s'appliquerait indépendamment d'une pratique motivée par un objectif de se soustraire à l'impôt ou de réduire

---

(anciennement numéroté 6.9) du commentaire de l'article 1, p. C(1)105 ; paragraphe 14 du commentaire de l'article 7 du modèle, amendé en 2017 p. C(7)-70 et s.

<sup>65</sup> V. par ex. les observations de la Belgique, de l'Irlande, de la Suisse, du Luxembourg et des Pays-Bas sur le commentaire de l'article 1 du modèle OCDE antérieurs l'introduction en 2017 de la clause de sauvegarde dans l'article 1, §3 du modèle. V. OCDE, modèle de convention fiscale (version complète) de 2017, p. C(1)-88 et s. Rapp. l'évolution de la position de l'OCDE depuis 1977 et 2008 in B. da Silva, « Taxing Digital Economy : A Critical View Around the GloBE » (Pillar Two) », *Frontiers of Law in China*, vol. 15, 2020, n°2, p. 112-141, spéc. p. 128 et s.

<sup>66</sup> V. les différentes observations ou réserves exprimées par des Etats par rapport au commentaire de l'article 1§3 de la version 2017 du modèle de convention de l'OCDE, §111 et s. [modèle 2017, version complète, p. C(1)51 et s.] ainsi que, corrélativement, par rapport au commentaire de l'article 7, §65 et s. [modèle 2017, version complète, p. C(7)56 et s.].

<sup>67</sup> La clause de sauvegarde ne peut pas ainsi neutraliser les règles portées par les articles 7§3, 9§2, 19, 20, 23 [A] [B], 24, 25 et 28 du modèle.

<sup>68</sup> B. Andrade Rodriguez, L. Nouel, « Interaction of Pillar Two with Tax Treaties », in A. Perdelwitz, A. Turina (éds.), *Global Minimum Taxation: An Analysis of the Global Anti-Base Erosion Initiative*, IBFD, 2021, p. 235-282, p. 242.

<sup>69</sup> OCDE, « Rapport sur l'attribution de bénéfices aux établissements stables », approuvé par le Comité des affaires fiscales le 24 juin 2008 et ayant fait l'objet d'une recommandation du Conseil de l'OCDE du 7 juill. 2008 [oecd.org/fr/ctp/prix-de-transfert/41031512.pdf].

sa charge fiscale<sup>70</sup>. En revanche, les règles SEC ne s'appliquent pas en principe lorsqu'il est démontré que la localisation des opérations de l'entité établie dans l'Etat à fiscalité privilégiée a un objectif et un effet principal autre que celui de permettre la localisation de bénéfices dans l'Etat à fiscalité privilégiée<sup>71</sup>.

La question de sa compatibilité avec les conventions fiscales reste alors ouverte<sup>72</sup>. Le souci de sécurité juridique appellerait ainsi à l'introduction d'une clause de sauvegarde dans les conventions conclues par les Etats qui souhaitent mettre en œuvre dans leur droit interne la règle IIR.

A part la dérogation à l'article 7 du modèle relatif à la répartition des bénéfices, l'application de la règle IIR impliquerait une réattribution des bénéfices d'un groupe à l'Etat de résidence de la société mère de ce groupe au-delà du principe de pleine concurrence consacré par les conventions fiscales bilatérales. Parce qu'elle concerne des relations entre entreprises associées<sup>73</sup>, la compatibilité de la règle IIR avec les conventions fiscales reprenant l'article 9 du modèle de convention fiscale de l'OCDE devrait être vérifiée. Le §1 de cet article concerne en effet l'ajustement du prix des transactions réalisées entre entreprises associées selon le principe de pleine concurrence. Il en va de même du §2 du même article, qui cherche à neutraliser la double imposition économique, puisque l'application de la règle IIR pourrait provoquer un tel effet.

Les problèmes relatifs aux prix de transfert sont communs aux règles IIR et UTPR. Ils sont étudiés ci-après.

## 2 — L'inconventionnalité de la règle UTPR

Selon l'OCDE, la règle UTPR fonctionnerait comme un mécanisme de limitation de déductibilité de dépenses et non comme un mécanisme de correction de prix de transfert, ce qui signifierait l'absence de conflit avec l'article 9 du modèle OCDE<sup>74</sup>.

---

<sup>70</sup> L'abattement exonéré d'imposition, corrélé aux frais de personnel et au coût des actifs corporels, ne change pas essentiellement cette affirmation, tant qu'il est forfaitaire [*substance-based income exclusion*]. V. rapport sur le *blueprint* du Pilier Deux, point 4.3, §332 et s. ; article 5.3 du modèle de règles du Pilier Deux.

<sup>71</sup> V. par ex. le III de l'article 209 B du Code général des impôts. Rapp. le §81 du commentaire de l'article 1 du modèle OCDE (2017) qui fait référence à la compatibilité aux conventions fiscales de la « législation relative aux sociétés étrangères contrôlées qui suit cette approche » [ou « qui adoptent une certaine structure » (« *structured in this way* »), selon le texte anglais], laissant croire que seules les règles SEC qui suivent une certaine approche ou qui adoptent une structure spécifique sont compatibles avec les conventions fiscales.

<sup>72</sup> B. Arnold, « The Evolution of Controlled Foreign Corporation Rules and Beyond », *Bulletin for International Taxation*, déc. 2019, p. 631-648, p. 645.

<sup>73</sup> Modèle de règles du Pilier Deux, articles 1.3 et 2.1.

<sup>74</sup> OCDE/G20, Rapport sur le *blueprint* du Pilier Deux, §689.

Au-delà de la dérogation au principe d'imposition d'un revenu net, contraire à l'idée d'une imposition selon la capacité contributive<sup>75</sup>, le refus de déduction par l'effet de la règle UTPR pourrait conduire à la constitution d'une base d'imposition dans l'Etat de la source qui diffère de la répartition de la même base par l'effet des articles des conventions bilatérales reprenant les articles 7 et 9 du modèle de convention fiscale de l'OCDE. En particulier, l'article 9§1 du modèle consacre le principe de pleine concurrence comme méthode de détermination des prix de transactions entre entités du même groupe multinational. La stipulation conventionnelle reprenant cet article implique la correction du montant auquel sont facturés les prestations de services ou les livraisons de biens entre entreprises associées lorsque les prix de « transfert » (supposé, de bénéfices ou de pertes) dérogent à ce principe.

Si aujourd'hui l'OCDE considère que la règle UTPR est étrangère aux prix de transfert, elle avait initialement souhaité contourner le problème de l'inconventionnalité de la règle UTPR par un autre raisonnement. Le plan détaillé du Pilier Deux se contentait de distinguer entre deux idées<sup>76</sup>. D'une part, la répartition de la base d'imposition selon le principe de pleine concurrence devrait se faire dans le respect des engagements conventionnels. D'autre part, le régime fiscal applicable à la correction des prix de transfert, une fois la répartition effectuée conformément à la convention, serait défini uniquement par référence au droit interne des Etats. Autrement dit, la position de l'OCDE consistait à revendiquer le respect de l'économie des stipulations conventionnelles relatives prix de transfert par la règle UTPR, en précisant toutefois que leur champ d'application ne concerne que la répartition de la base d'imposition et non le régime fiscal applicable pour la correction de ces prix. Dans sa forme actuelle, la règle UTPR ne semble avoir plus aucun rapport avec la base d'imposition qui résulte de l'article 9 du modèle OCDE ; une société pourrait très bien se voir attribuer un montant de profit sans aucun rapport avec le principe de pleine concurrence.

Trois questions se posent ici.

La première question concerne la portée de la règle UTPR. Si la règle UTPR est supposée être une règle interne, est-ce qu'elle se limitera effectivement à la seule définition d'un régime fiscal sur une base d'imposition qui serait répartie dans le respect de la convention fiscale ?

La deuxième question a comme arrière-plan l'idée que les règles d'un engagement interétatique, telle une convention fiscale bilatérale, prescrivent ou

---

<sup>75</sup> V. *mutatis mutandis* les réflexions exprimées par D. Rosenbloom et F. Shaheen en matière de l'imposition « BEAT » états-unienne, source d'inspiration de la UTPR : « The BEAT and the Treaties », *Tax Notes International*, 1<sup>er</sup> oct. 2018, p. 53-63, p. 55-56.

<sup>76</sup> Rapport sur le *blueprint* du Pilier Deux, §689.

proscrivent un comportement à l'Etat. Si l'on assume que la règle UTPR outrepassa la portée prétendue par l'OCDE, est-ce que la convention fiscale, conclue par un Etat ayant adopté la règle UTPR, reprenant l'article 9§1 du modèle OCDE a la nature d'une règle permissive ou une règle prohibitive ? Dans la première hypothèse, un Etat pourrait procéder à un ajustement des tarifs des transactions intra-groupe même en outrepassant le principe de pleine concurrence. Dans la seconde, la règle conventionnelle proscrireait la correction des prix de transfert au-delà du prix de pleine concurrence. Le modèle<sup>77</sup> et son commentaire<sup>78</sup> donnent des éléments d'argumentation contradictoires, et donc peu probants, sur cette question. Toutefois, une lecture systématique de l'ensemble des paragraphes de l'article 9 du modèle, incluant l'objectif d'élimination de la double imposition économique survenant de l'effet des règles relatives aux prix de transfert, pèserait en faveur d'une qualification de la stipulation conventionnelle reprenant l'article 9§1 du modèle de règle prohibitive<sup>79</sup>.

La troisième question concerne la pertinence de l'article 9 du modèle OCDE comme cadre de référence. La correction des prix de transfert, objet de cet article, présuppose l'existence de transactions entre entreprises associées relative à des biens ou des services. En l'absence de toute transaction entre les entreprises associées, l'article n'aurait pas à s'appliquer logiquement. A cet égard, l'OCDE a toujours affirmé que la taxation unitaire des entreprises multinationales est incompatible avec le principe de pleine concurrence, tel qu'il est traduit dans les principes directeurs en matière de correction des prix de transfert<sup>80</sup>. Cette idée n'a pas été remise en question par la première vague du projet BEPS<sup>81</sup>.

---

<sup>77</sup> Article 9§1 du modèle (2017) : « [...] les bénéficiaires qui, sans ces conditions, auraient été réalisés par l'une des entreprises mais n'ont pu l'être en fait à cause de ces conditions, *peuvent être* inclus dans les bénéfices de cette entreprise et imposés en conséquence » [nous soulignons].

<sup>78</sup> Paragraphe 1 du commentaire de l'article 9§1 du modèle (2017), p. C(9)-1 : « *Aucune* rectification des comptabilités des entreprises associées *n'est autorisée* si leurs transactions se sont déroulées aux conditions commerciales normales du marché libre (de pleine concurrence ou en toute indépendance) » [nous soulignons].

<sup>79</sup> Rappr. O. Marres, « Interest Deduction Limitations: When to Apply Articles 9 and 24(4) of the OECD Model ? », in D. Weber, P. Pistone (éds.), *Non-Discrimination in Tax Treaties : Selected Issues from a Global Perspective*, IBFD, 2016, p. 39-69, p. 40.

<sup>80</sup> OCDE, *Principes de l'OCDE applicables en matière de prix de transfert à l'intention des entreprises multinationales et des administrations fiscales* (1979), rév. janv. 2022, point 1.32 : « Les pays membres de l'OCDE réaffirment leur attachement au consensus qui s'est dégagé au fil des ans sur l'utilisation du principe de pleine concurrence entre les pays membres et avec les pays non membres et ils conviennent que l'alternative théorique au principe de pleine concurrence que représente la répartition globale selon une formule préétablie doit être rejetée ». Rappr. S. Yan, « Value Creation and Transfer Pricing Policy Considerations », in R. Petrucci, R. Tavares (éds.), *Transfer Pricing and Value Creation*, Linde, 2019, p. 33-54, p. 36 et s.

<sup>81</sup> V. notamment actions 8-10 du Projet BEPS.

La règle UTPR serait ainsi incompatible avec l'article des conventions fiscales bilatérales reprenant l'article 9 du modèle OCDE, parce que l'Etat appliquant la règle UTPR n'imposerait pas un bénéficiaire étranger d'un contribuable résident, mais les bénéficiaires d'une personne résidente d'un Etat cocontractant (et donc non résidente) en l'absence d'établissement stable sur son territoire. En telle hypothèse, contrairement à l'argumentation de l'OCDE, l'invocation de l'article de la convention fiscale applicable reprenant l'article 1, §3 du modèle OCDE serait non opératoire, en ce qu'une telle clause implique une extension de l'obligation fiscale fondée sur la résidence. En second lieu, telle qu'elle se présente dans le modèle de règles du Pilier Deux, la règle UTPR n'est plus une règle anti-abus, puisqu'elle s'applique même en l'absence de paiements intra-groupe qui éroderaient la base d'imposition étatique. Ainsi, l'invocation de la clause de sauvegarde ici est inopportune, puisque son objet est précisément de permettre aux Etats de neutraliser l'évasion fiscale par le moyen de règles nationales anti-abus telles celles relatives aux SEC ou à la limitation de déduction des intérêts. En définitive, la règle UTPR est étrangère à la clause de sauvegarde de l'article 1 §3 du modèle OCDE<sup>82</sup>.

Si les Etats considèrent que les règles relatives aux prix de transfert devraient fonctionner autrement ou que les prix de transfert devraient servir une finalité nouvelle, il serait peut-être judicieux de modifier leur fonctionnement et la répartition de la matière imposable qu'elles impliquent avant de ou au lieu d'instituer de nouvelles impositions internes incompatibles avec la forme actuelle de celles-ci. Dans tous les cas, il est difficile d'admettre que le Pilier Deux porte à la fois sur la concurrence fiscale et sur l'évasion fiscale, sans admettre à la fois qu'il sous-tend une remise en question du système actuel des prix de transfert.

### C — Une dérogation à la clause de non-discrimination

Pour l'organisation, les nouvelles règles internes à adopter ne seraient pas incompatibles avec les clauses de non-discrimination incluses dans les conventions fiscales bilatérales<sup>83</sup>. L'argument est ici que la résidence du contribuable ne servirait pas de fondement pour un traitement fiscal différent<sup>84</sup>. Selon le même raisonnement, l'imposition complémentaire résultant de la règle IIR ou de la règle UTPR serait seulement l'effet du critère du taux d'imposition effectif.

---

<sup>82</sup> V. V. Chand, A. Turina, K. Romanovska, « Tax Treaty Obstacles in Implementing the Pillar Two Global Minimum Tax Rules and a Possible Solution for Eliminating the Various Challenges », *World Tax Journal*, vol. 14, 2022, p. 1-31.

<sup>83</sup> Rapport sur le *blueprint* du Pilier Deux, §690-696.

<sup>84</sup> Rapport sur le *blueprint* du Pilier Deux, §691.

L'OCDE soulève à juste titre ici que l'article d'une convention fiscale bilatérale reprenant l'article 24 du modèle OCDE pourrait couvrir une règle interne relative à la non déductibilité de certains paiements. En particulier, la règle UTPR ne concerne que les paiements vers l'étranger effectués à des entités liées dans un contexte transfrontière. Son application peut ainsi impliquer une différence de traitement entre paiements internes et internationaux. Une discrimination pourrait ainsi être qualifiée au sens des paragraphes 4 ou 5 de l'article 24 du modèle OCDE.

En premier lieu, selon le paragraphe 4 du modèle, le principe de non discrimination s'applique aux paiements déductibles lorsque le créancier est résident de l'autre Etat contractant. Ce paragraphe implique que les intérêts, redevances ou autres paiements déductibles payés dans l'Etat de résidence d'un débiteur vers un créancier établi dans l'autre Etat contractant devraient être déductibles dans le premier Etat dans les mêmes conditions que s'ils avaient été payés à un créancier résident de cet Etat. Ainsi, les montants sont déductibles si le débiteur couvert par la clause remplit toutes les conditions qui sont posées à un résident pour cette déduction et sa différence de situation avec un débiteur résident se résume à la résidence. Si ces conditions sont réunies, la seule dérogation possible à la déductibilité de paiements transfrontières concerne l'application des règles relatives aux prix de transfert<sup>85</sup>, évoquées plus haut. Dans une telle hypothèse, l'ajustement selon le prix de pleine concurrence du tarif des transactions entre entités associées peut être discriminatoire. Encore faut-il bien sûr que le régime applicable pour déroger à la règle de non-discrimination puisse être qualifié comme relatif aux prix de transfert, ce qui n'est pas certain ici<sup>86</sup>.

En second lieu, le paragraphe 5 de l'article 24 du modèle de convention de l'OCDE interdit le traitement différent d'une entreprise résidente, détenue ou contrôlée entièrement ou partiellement par une ou plusieurs entreprises résidentes de l'autre Etat contractant, par rapport aux autres entreprises similaires du premier Etat. Ce paragraphe peut alors s'appliquer en cas de refus de déduction justifié par le fait que l'entité débitrice du paiement serait détenue ou contrôlée par une entité résidente de l'autre Etat contractant. Le modèle n'évoque pas ici la possibilité d'une dérogation relative aux prix de transfert, mentionnée dans le paragraphe précédent. Son commentaire appelle toutefois depuis 2008 à une interprétation systématique des deux clauses pour étendre la portée de cette dérogation à la situation visée par le paragraphe 5<sup>87</sup>.

---

<sup>85</sup> Article 24 §4, alinéa 1 du modèle OCDE, qui renvoie aux articles 9 §1, 11 §6 et 12 §4 du modèle.

<sup>86</sup> Rappr. *supra* B.2.

<sup>87</sup> OCDE, paragraphe 79 du commentaire de l'article 24 §5 du modèle, ajouté en 2008.

Les deux paragraphes semblent ici applicables et susceptibles de qualifier la règle UTPR incompatible aux conventions fiscales qui les reprennent, bien que l'OCDE suggère le contraire<sup>88</sup>.

D'abord, la règle UTPR refuse certaines déductions lorsque les paiements sont versés à des entités non résidentes, alors que cette déductibilité de paiements similaires ne serait pas niée si l'entité créancière était résidente. Ainsi, si une entité X1 dans un Etat X verse des paiements à la fois à une entreprise associée X2 résidente de l'Etat X et à une entité Y1 résidente d'un Etat Y, si les entités X2 et Y1 étaient chacune soumises à un taux d'imposition faible, mais que le taux d'imposition effectif pour le groupe multinational dans l'Etat X était élevé en tenant compte du taux d'imposition effectif des entreprises X1 et X2, l'application de la règle UTPR conduirait à refuser une déduction de paiement vers l'entité Y1 mais non vers l'entité X2. Puisque le paragraphe 4 de l'article 24 du modèle exige que les paiements versés à des résidents de l'autre Etat contractant soient déductibles dans les mêmes conditions que pour ceux versés à des créanciers résidents, la règle UTPR peut y contrevenir. Ainsi la règle UTPR pourrait être incompatible avec l'obligation de non-discrimination consacrée par une clause conventionnelle reprenant l'article 24 para 4 du modèle.

Ensuite, la règle UTPR s'applique uniquement à des entités détenues par des sociétés non établies dans l'Etat ayant adopté la règle UTPR<sup>89</sup>. Puisque le paragraphe 5 de l'article 24 du modèle OCDE proscrit à l'Etat de la source de traiter les entreprises détenues par des actionnaires étrangers moins favorablement que les entreprises nationales, la règle UTPR peut y être contraire, en ce qu'elle refuse certaines déductions lorsque l'entité débitrice est détenue par des actionnaires étrangers, alors que le même paiement aurait été déductible s'il émanait d'une personne détenue par des actionnaires nationaux.

Si l'effectivité de la règle IIR peut être assurée par l'introduction d'une nouvelle clause de sauvegarde dans les conventions fiscales, calquée sur celle de l'article 1 §3 du modèle, assurer l'effectivité de la règle UTPR exigerait une clause de sauvegarde d'une toute autre ampleur. En effet, l'article 24 du modèle OCDE ne fait pas partie des exceptions à l'application de la clause de sauvegarde de l'article 1 §3. Une convention fiscale reprenant la clause de non-discrimination de l'article 24 pourrait ainsi neutraliser l'application de la règle UTPR. La clause de sauvegarde nécessaire à l'application de la règle UTPR

---

<sup>88</sup> Rapport sur le *blueprint* du Pilier Deux, §690-696.

<sup>89</sup> V. par ex. HM Revenue & Customs, « Pillar 2 : Consultation on Implementation », préc., 2.11 : « *by introducing an IIR in the UK, UK headquartered groups will not be subject to the UTPR in respect of their foreign profits and will only be subjected to the IIR at the level of foreign intermediate parent entities in relatively limited situations where those entities are partially owned by third parties* ».

devrait alors permettre une dérogation à la clause de non discrimination, aujourd'hui possible uniquement en matière de correction de prix de transfert<sup>90</sup>.

\* \* \*

\*

En définitive, les éventuelles règles nationales calquées sur le modèle de règles du Pilier Deux seraient incompatibles avec le principe d'exécution des obligations internationales conventionnelles de bonne foi<sup>91</sup>. Les autres Etats pourront se les déclarer inopposables comme justification inadmissible d'une non exécution de l'accord applicable<sup>92</sup>.

En l'absence de révision bilatérale ou multilatérale des conventions fiscales, non prévue par le Pilier Deux, qui aurait permis l'extension de la sphère du pouvoir d'imposer, les règles internes promouvant l'imposition supplémentaire de l'entité locale pour des bénéfices réalisés par une autre entité constitutive du groupe seraient incompatibles avec ces conventions. Dans les Etats dont la Constitution consacre la primauté du droit international conventionnel sur les normes législatives, à l'image de l'article 55 de la Constitution française de 1958, l'application d'une règle interne contraire aux engagements internationaux régulièrement approuvés/ratifiés et publiés serait neutralisée. Pour les Etats membres de l'Union européenne, un tel écueil pourrait être neutralisé par l'adoption de ces règles par le moyen du droit dérivé de l'Union<sup>93</sup> qui prime sur les conventions fiscales des Etats membres, mais reste l'épineuse question des relations avec les Etats tiers<sup>94</sup>. Dans les Etats où le droit international conventionnel n'a pas de tel statut, à l'image des Etats-Unis, où le droit international conventionnel a le même statut que les lois fédérales<sup>95</sup>, les conventions fiscales pourront être neutralisées par une loi

---

<sup>90</sup> Pour une mise en perspective concernant les enjeux de la rédaction des clauses de sauvegarde dans les conventions fiscales internationales, v. J. Sasseville, « A Tax Treaty Perspective : Special Issues », in G. Maisto (éd.), *Tax Treaties and Domestic Law*, IBFD, 2006, p. 37-61, spéc. p. 48-55.

<sup>91</sup> Article 26 de la Convention de Vienne sur le droit des traités du 22 mai 1969.

<sup>92</sup> Article 27 de la Convention de Vienne sur le droit des traités du 22 mai 1969.

<sup>93</sup> Commission, Proposition de directive du Conseil relative à la mise en place d'un niveau minimum mondial pour les groupes multinationaux dans l'Union, 22 déc. 2021, COM(2021) 823 final.

<sup>94</sup> Sur cette question v. A. Kallergis, « La liste européenne d'Etats non coopératifs à des fins fiscales : étude contentieuse », *Revue du droit public* 2022, n°6, p. 1669-1719.

<sup>95</sup> Constitution états-unienne, article VI, selon l'interprétation qui lui est donnée la Cour suprême des Etats-Unis par la décision du 9 janv. 1888 *Whitney c/ Robertson*, 124 U.S. 190, spéc. 195 (1888), affinée ultérieurement par la décision *Reid c/ Covert* du 10 juin 1957, 354 U.S. 1, 18 (1957).

fédérale postérieure à leur conclusion<sup>96</sup>. Dans les deux cas, l'adoption d'une règle interne de rang législatif, qu'elle soit compatible avec la Constitution étatique ou non<sup>97</sup>, peut être incompatible avec les conventions fiscales : en tant qu'engagements internationaux, elles ne forment pas simplement un « droit étatique externe »<sup>98</sup>, mais une règle primaire du droit international. Ainsi, elles peuvent avoir un effet différent par rapport à la règle fiscale interne, même dans l'hypothèse où elles ont un contenu identique à celle-ci<sup>99</sup>.

Si une interprétation extensive des règles relatives aux prix de transfert pourrait être éventuellement justifiée dans le cadre de la lutte contre l'évasion fiscale et l'érosion de la base d'imposition, cette latitude ne donnerait pas un « brevet de conventionalité » à des règles internes d'imposition extraterritoriale en l'absence de pratique abusive du contribuable. A cet égard, l'adoption des règles en question sans révision corrélative des conventions fiscales pourrait susciter des contentieux portant sur la conventionalité de ces dispositifs, à l'image de certaines décisions ayant reconnu par le passé l'inconventionalité des règles SEC<sup>100</sup>. Si les propositions exprimées dans le cadre du Pilier Deux s'inscrivent dans une démarche de coordination des politiques fiscales nationales, le potentiel d'une interprétation asymétrique par les juges nationaux du nouveau dispositif à la lumière des conventions fiscales ne devrait pas être méconnu. Le principe de sécurité juridique appellerait alors à une révision des conventions fiscales par une convention multilatérale<sup>101</sup>, qui ne pourrait pas être écartée comme encombrante par rapport à la prolifération d'autres engagements multilatéraux. Telle serait la conséquence logique du choix

---

<sup>96</sup> V. par ex. R. S. Avi-Yonah, B. Wells, « The BEAT and Treaty Overrides : A Brief Response to Rosenbloom and Shaheen », *Tax Notes International*, vol. 92, 2018, n°4, p. 383-391.

<sup>97</sup> La transposition du Pilier Deux en Suisse prendrait la forme d'une révision constitutionnelle (communiqué, Conseil fédéral suisse, 13 janv. 2022). Un tel choix permettrait au législateur suisse de déroger aux principes constitutionnels applicables en matière d'imposition, y compris dans le cadre d'un traitement différent entre contribuables qui entrent dans le champ d'application du Pilier Deux et d'autres contribuables qui en sont exclus.

<sup>98</sup> G. Hegel, *Grundlinien der Philosophie des Rechts oder Naturrecht und Staatswissenschaft*, Berlin, Nicolai, 1821, rééd. 1854, 3<sup>ème</sup> partie : « Der Staat », titre II : « Das äußere Staatsrecht ».

<sup>99</sup> V. *mutatis mutandis* en droit international de l'investissement la sentence arbitrale *Cairn Energy PLC et Cairn UK Holdings Ltd c/ République d'Inde* du 21 déc. 2020, CPA aff. n°2016-07 : « [...] the bilateral investment treaty does not simply replicate the existing level of protection under domestic law. It offers independent, although not wholly unrelated, international standards of protection in order to stimulate the growth of the cross-border investment [...] ».

<sup>100</sup> V. par ex. France : CE Ass. 28 juin 2002, n°232276, *Schneider Electric*, Lebon ; Brésil : Cour supérieure de justice [*Superior Tribunal de Justiça*], 24 avril 2014, n°1.325.709 – RJ, *min. c/ Companhia Vale do Rio Doce*, *International Tax Law Reports* 2015, 4, 643. V. toutefois Japon : Cour suprême, 29 oct. 2009, 2008 (Gyo-Hi) 91, *Minshu* vol. 63, n°8 [courts.go.jp/app/hanrei\_en/detail?id=1030] ou Royaume-Uni : Special Commissioner, 3 avril 1996, *Bricom Holdings Ltd v. IRC*, [1996] STC (SCD) 228, décision confirmée en appel par la England and Wales Court of Appeal (civil division), 25 juill. 1997 [1997] STC 1179 (CA).

<sup>101</sup> Rapp. M. Bennet, « Contemplating a Multilateral Convention to Implement OECD Pillars 1 and 2 », *Tax Notes International*, vol. 102, 2021, 14 juin, p. 1453-1468.

d'inspirer des nouvelles impositions qui étendent la sphère du pouvoir d'imposition au-delà de la portée des conventions fiscales.

Si de telles complications devaient être évitées, il aurait été peut-être plus judicieux d'organiser autrement la réforme du système fiscal international dans le cadre du « cadre inclusif BEPS »<sup>102</sup>. Cette réforme aurait pu par exemple se fonder sur un système d'imposition unitaire<sup>103</sup>, de même inspiration que le projet ACIS/ACCIS<sup>104</sup>, ou sur une méthode d'imposition différente<sup>105</sup>, fondée sur les flux de capitaux<sup>106</sup> ou sur le partage des bénéficiaires résiduels<sup>107</sup>. Elle pourrait par ailleurs se concentrer sur les règles SEC, déjà en vigueur dans plusieurs Etats, et accroître leur portée<sup>108</sup>, ce qui permettrait d'éviter les problèmes de la règle UTPR, évoqués plus haut. Elle aurait par ailleurs pu promouvoir le pouvoir d'imposition de l'Etat de la source qui bénéficierait du produit de l'imposition minimale<sup>109</sup>, ce qui assurerait une imposition minimale des entreprises sans déroger au principe d'allégeance économique<sup>110</sup>. Les Etats ont fait plutôt le pari d'une solution qui contraindrait, dans les faits, l'ensemble des Etats à adopter une imposition minimale de 15% des bénéficiaires des entreprises, ce qui rendrait l'imposition complémentaire inapplicable, auquel

---

<sup>102</sup> Pour une vue d'ensemble, v. FMI, « Corporate Taxation in the Global Economy », *IMF Policy Papers*, mars 2019, p. 18-41 [imf.org/-/media/Files/Publications/PP/2019/PPEA2019007.ashx].

<sup>103</sup> V. par ex. R. Gordon, J. Wilson, « An Examination of Multijurisdictional Corporate Income Taxation under Formula Apportionment », *Econometrica*, vol. 54, 1986, n°6, p. 1357-1373; K. Clausing, « The U.S. State Experience Under Formulary Apportionment: Are There Lessons for International Reform? » *National Tax Journal*, vol. 69, 2016, p. 353-386.

<sup>104</sup> Commission européenne, proposition de directive du Conseil concernant une assiette commune consolidée pour l'impôt sur les sociétés (ACCIS), 25 oct. 2016, (2016) 683 final; proposition de directive du Conseil concernant une assiette commune pour l'impôt sur les sociétés (ACIS), 25 oct. 2016, (2016) 685 final, ainsi que l'étude d'impact pour les deux propositions SWD(2016)0341. Rappr. la communication de la Commission au Parlement européen et au Conseil, « Fiscalité des entreprises pour le XXI<sup>e</sup> siècle », COM/2021/251 final, 18 mai 2021, point 4, incluant l'annonce d'une future proposition d'un « nouveau cadre pour l'imposition des revenus des entreprises en Europe ». Cf. W. Schön, « Group Taxation and the CCCTB », *Tax Notes International*, vol. 48, 10 déc. 2007, p. 1063-1080.

<sup>105</sup> V. par ex. I. Grinberg, « A Destination-Based Cash Flow Tax Can Be Structured to Comply with World Trade Organization Rules », *National Tax Journal*, vol. 70, 2017, n°4, p. 803-818.

<sup>106</sup> V. par ex. S. Bond, M. Devereux, « Cash Flow Taxes in an Open Economy », London Centre for Economic and Policy, Research Discussion Papers, n°3401, 2002; A. Auerbach et al., « Destination-based Cash Flow Taxation », Oxford University Centre for Business Taxation, Working Papers, n°17/01, 2017 [ssrn.com/abstract=2908158].

<sup>107</sup> A. Auerbach et al., « Residual Profit Allocation by Income », Oxford University Centre for Business Taxation Working Papers, n°19/01, 2019 [ssrn.com/abstract=3358291]; FMI, « Exploring Residual Profit Allocation », Working Paper WP/20/49 préparé par S. Beer et al., 2020 [imf.org/-/media/Files/Publications/WP/2020/English/wpica2020049-print-pdf.ashx].

<sup>108</sup> B. Arnold, « The Evolution of Controlled Foreign Corporation Rules and Beyond », *op. cit.*

<sup>109</sup> V. sur cette proposition N. Noked, « Defence of Primary Taxing Rights », *Virginia Tax Review*, vol. 40, 2021, p. 341-370.

<sup>110</sup> Rappr. J. Englisch, « Designing a Harmonized EU-GloBE in Compliance with Fundamental Freedoms », *EC Tax Review* 2021, n°3, p. 136-142, p. 139.

cas le Pilier Deux ne servirait que d'épouvantail pour les Etats souhaitant promouvoir les investissements étrangers par une fiscalité avantageuse. Il n'est pas exclu que certains Etats réalisent que cette solution est incompatible avec les conventions fiscales bilatérales qui les lient et choisissent de renoncer aux nouvelles impositions complémentaires pour faire respecter leurs engagements conventionnels, autrement dit pour revenir au cadre de concurrence fiscale actuellement existant.