

ISSN 0773-3453

86<sup>ème</sup> année

Parution septembre 2012

MARS-AVRIL

2012

BIMESTRIEL

Bureau de dépôt : Bruxelles X  
N° d'agrégation P913336

---

# JOURNAL DE DROIT FISCAL

---

Issu de la fusion de :

*Répertoire fiscal*, fondé par MARCEL FEYE et CHARLES CARDYN

*Journal pratique de droit fiscal et financier*, fondé par CARLO DE MEY

*La Revue fiscale*, fondée par JEAN DE LONGUEVILLE

---

## CONSEILLER SCIENTIFIQUE

IGNACE CLAEYS BOUÛAERT, avocat à la Cour de cassation, professeur honoraire à la Rijksuniversiteit te Gent

## DIRECTEUR

MARC BALTUS, avocat  
Licencié en sciences économiques et financières

## DIRECTEUR ADJOINT

JACQUES MALHERBE, avocat  
Professeur émérite à l'Université catholique de Louvain

## RÉDACTEUR EN CHEF

JEAN-PIERRE NEMERY DE BELLEVAUX, avocat  
Licencié en droit économique  
Professeur à l'École supérieure des sciences fiscales

## SECRÉTAIRES DE RÉDACTION

FRANÇOISE BALTUS, avocate  
Licenciée en droit fiscal  
Licenciée en droit économique  
Chargée de conférences Executive master en gestion fiscale - Solvay - ULB

CAROLINE DOCCLO, avocate  
Licenciée en droit fiscal  
Licenciée en droit économique  
LL.M. in Taxation (NYU)  
Professeur à l'Université libre de Bruxelles et à l'Université de Liège

---

## ÉTUDE

- Réflexions sur le « tax sparing » à la lumière de la convention belgo-brésilienne, par Luis Edouardo SCHOUERI ..... 65

## JURISPRUDENCE

- Procédure. — Recours en annulation. — Cour constitutionnelle. — Disposition interne contraire au seul droit européen. — Irrecevabilité. (Cour constitutionnelle, 16 septembre 2010 et note d'observations)..... 89
- Impôt des sociétés. — Frais professionnels. — Société belge payant à une autre société belge des frais d'administration (management fees). — Article 49 du Code des impôts sur les revenus. — Déduction de cette dépense subordonnée à la production de la preuve de la réalité des prestations. — Preuve à rapporter pour chaque exercice. (Cour d'appel de Liège, 9 novembre 2011) ..... 101
- Impôt des sociétés. — Avantages anormaux ou bénévoles taxables en vertu de l'article 26 du Code des impôts sur les revenus 1992. — Frais d'administration reçus d'une société tierce. — Preuve de la réalité des prestations non rapportée par la société qui a payé les prestations. — Rejet de la déduction des management fees pour la société qui a payé ces management fees non justifiés et taxation pour la société bénéficiaire. — Articles 26 et 49 du Code étant des dispositions autonomes. (Cour d'appel de Liège, 9 novembre 2011)..... 101
- Impôts sur les revenus. — Sanctions. — Accroissement d'impôt. — Taux de 50 % pour une première infraction avec intention d'éluder l'impôt. — Fait que le redevable a succombé dans la charge d'une preuve qui lui incombe. — Fait n'établissant l'intention d'éluder l'impôt. — Accroissement d'impôt ramené à 10 %. (Cour d'appel de Liège, 9 novembre 2011)..... 101
- Impôts sur les revenus. — Sanctions. — Accroissements d'impôts — Cotisation supplémentaire reposant sur trois rectifications de la déclaration du redevable. — Administration enrôlant cette cotisation avec un accroissement d'impôt de 50 %. — Première rectification jugée non imputable à une intention du redevable d'éluder l'impôt. — Réduction par la cour d'appel de l'accroissement d'impôt à 10 % sur cette partie de la cotisation. — Deuxième et troisième rectifications résultant de l'intention du redevable d'éluder l'impôt. — Maintien de l'accroissement à 50 % sur cette partie de la cotisation. (Cour d'appel de Liège, 9 novembre 2011) ..... 101
- Impôts sur les revenus. — Procédure. — Taxation d'office. — Notification préalable d'indices de fraude et d'imposition d'office concernant deux époux. — Notifications devant être faites à chacun des deux époux. (Cour d'appel de Mons, 14 mars 2012) ..... 114
- Impôts sur les revenus. — Procédure. — Décision de taxation. — Référence d'une décision de taxation à l'article 346, alinéa 5 du Code des impôts sur les revenus 1992 (avis de rectification) en lieu et place de l'article 352. — Erreur matérielle sans incidence. (Cour d'appel de Mons, 14 mars 2012). 114
- Impôts sur les revenus. — Procédure. — Preuves. — Taxation d'office. — Charge de la preuve par l'administration fiscale de l'inexécution par le contribuable de ses obligations. — Contribuable soutenant n'être soumis à aucun impôt sur le revenu. (Cour d'appel de Mons, 14 mars 2012)..... 114
- Impôts sur les revenus. — Habitant du Royaume. — Notion de fait. — Inscription dans les registres de la population. — Ensemble d'éléments amenant à considérer que le domicile est fictif. (Cour d'appel de Mons, 14 mars 2012) 114
- Impôts (en général). — Impôts sur les revenus. — Simulation. — Licéité sauf intention d'éluder l'application d'une loi d'ordre public ou impérative. (Cour d'appel de Mons, 23 avril 2012) ..... 122
- Impôts sur les revenus. — Revenus mobiliers. — Location d'une patientèle de médecin. — Éléments de fait qui démontrent l'existence d'une simulation permettant de requalifier les prétendus loyers en rémunération de dirigeant d'entreprises. (Cour d'appel de Mons, 23 avril 2012) ..... 122
- BIBLIOGRAPHIE..... 130

1. — INT
2. — « T
3. — LE
4. — RE
- A. —
- B. —
- C. —
5. — Co

Un traité  
la Belgique  
premier  
seuleme  
mier tra  
ce mom  
d'une p  
vège (20  
tembre

(1) Le t  
n° 76 du 1  
instrumen  
en juin 19

## ÉTUDE

### RÉFLEXIONS SUR LE « TAX SPARING » À LA LUMIÈRE DE LA CONVENTION BELGO-BRÉSILIENNE

#### TABLE DES MATIÈRES

1. — INTRODUCTION.....	65
2. — « TAX SPARING » ET « MATCHING CREDIT ».....	68
3. — LE RAPPORT OCDE : MOTIFS DE RECONSIDÉRATION.....	74
4. — RECONSIDÉRER LA RECONSIDÉRATION DE L'OCDE.....	81
A. — <i>Neutralité dans l'exportation des capitaux</i> .....	82
B. — <i>Le « tax sparing » n'est pas une faveur consentie         par les pays développés</i> .....	84
C. — <i>Exemption par l'Etat de la résidence</i> .....	86
5. — CONCLUSION : TAX SPARING, POUVOIR D'IMPOSITION ET TERRITORIALITÉ ..	87

#### I. — INTRODUCTION

Un traité préventif de la double imposition a été en vigueur entre la Belgique et le Brésil depuis le 12 juillet 1973 (1). Ce fut l'un des premiers traités fiscaux conclus par le Brésil. Quelques années seulement s'étaient écoulées depuis que le Brésil eût signé son premier traité fiscal, avec la Suède, le 17 septembre 1965. À partir de ce moment, le Brésil a conclu différents traités fiscaux au cours d'une période relativement courte : Japon (24 janvier 1967), Norvège (20 octobre 1967), Portugal (22 avril 1971), France (10 septembre 1971), Finlande (16 février 1972) et Belgique.

(1) Le traité a été signé le 23 juin 1972. Au Brésil, il a été ratifié par le décret n° 76 du 1<sup>er</sup> décembre 1972. Conformément à l'article 28 du Traité, l'échange des instruments de ratification entre les deux Etats contractants a eu lieu à Bruxelles en juin 1973. Le Traité est entré en vigueur le 12 juillet 1973.

Une remarque importante relative au traité conclu entre le Brésil et la Belgique concerne l'article 23, (2) aux termes duquel la Belgique accordera un crédit d'impôt de 20 % sur les dividendes, intérêts et redevances venant du Brésil, bien que le taux de retenue à la source maximum établi pour ces éléments de revenus soit de 15 %. De plus, conformément aux termes de l'article 23, le crédit d'impôt serait maintenu à 20 % même si le revenu en question était « temporairement exonéré d'impôt brésilien conformément à des dispositions légales spéciales destinées à encourager l'investissement requis pour le développement de l'économie brésilienne ».

Comme on le sait, le traité belgo-brésilien de 1972 a été soumis à renégociation en 2002. Une convention additionnelle a été conclue le 20 novembre de cette année entre les deux pays, modifiant les dispositions du traité antérieur.

Certains problèmes délicats ont été traités à l'occasion de cette renégociation : un exemple en est l'inclusion expresse de la contribution sociale brésilienne sur les profits nets dans le champ d'application du traité, en raison de la similitude de cet impôt avec l'impôt sur le revenu brésilien, son inclusion antérieure étant sujette à caution.

Néanmoins, malgré la position de l'administration belge à l'égard de la renégociation du traité conclu par la Belgique et contenant une disposition de « tax sparing », ayant conduit à l'élimination de ces dispositions dans le réseau de traités belges (2), le « tax sparing », ou plutôt une disposition de « matching credit » a été conservé dans l'amendement au traité de 1972.

À cette fin, l'article 23, (2) de l'actuel traité porte que, dans le cas des dividendes, intérêts et redevances payés « en liaison avec les investissements qui sont directement liés à des projets de développement industriel, commercial, touristique ou agricole au Brésil, le crédit sera calculé comme si l'impôt brésilien était perçu à un taux qui est de 5 % supérieur au taux effectivement appliqué » ; la disposition sera également applicable « si le Brésil renonce, dans son droit interne, à l'imposition du revenu concerné ».

La clause de « tax sparing » était néanmoins limitée dans le temps : son application a expiré le 1<sup>er</sup> janvier 2012.

(2) E. SCHOONVLIET, Unilateral and treaty measures in Belgium for the avoidance of double taxation, *Bulletin for international taxation*, IBFD, août/septembre 2008, p. 438.

Par conséquent, depuis janvier de cette année, le traité belgo-brésilien ne contient plus de clause valide de « tax sparing ». Ceci place la Belgique dans une situation unique car le traité belgo-brésilien est le seul que le Brésil ait maintenu en vigueur avec un pays développé sans une clause de « tax sparing ». Le Brésil n'a jamais été en mesure de signer un traité fiscal avec les Etats-Unis, la raison principale en étant que le Brésil insistait sur l'inclusion d'une clause de « tax sparing » que les Etats-Unis refusaient.

D'un point de vue pratique, il faut prendre en considération le fait que la Belgique fait partie de l'Union européenne. Par conséquent, les sociétés investissant au Brésil ne dépendent pas nécessairement de l'existence d'un traité fiscal entre le Brésil et la Belgique : la liberté d'établissement implique qu'une telle société peut canaliser ses investissements vers le Brésil au départ d'une filiale située dans un autre pays. Le Brésil dispose de plusieurs traités en vigueur qui prévoient le « tax sparing », notamment avec l'Espagne, les Pays-Bas, la France, l'Autriche, l'Italie, etc.

L'absence d'une clause valable de « tax sparing » dans le traité conclu entre le Brésil et la Belgique peut résulter du fait que la Belgique a adhéré à un mouvement croissant opposé au « tax sparing » dans l'espace OCDE, conduisant à la renégociation de certains traités dès lors qu'il s'agit de dispositions de cette espèce (3). Par conséquent, le 23 octobre 1997, le Conseil de l'OCDE a approuvé un rapport du Comité des affaires fiscales sur « le tax sparing : une reconsidération » (ci-après le « Rapport OCDE »), ayant pour but de refléter la position de plus en plus négative des Etats membres à l'égard de l'adoption du « tax sparing ».

Le présent article a pour but d'explorer certains arguments qui mettent en lumière la pertinence d'une clause de « tax sparing » dans les traités fiscaux et, par conséquent, de suggérer la réinsertion d'une telle clause dans le traité fiscal belgo-brésilien.

Le but de cet article est d'examiner les questions principales présentées dans le Rapport OCDE, afin d'examiner si les arguments qui y sont présentés sont suffisamment forts pour convaincre les pays concernés de rejeter la négociation de traités fiscaux contenant une clause de « tax sparing » (4).

(3) L. DE BROE, Rapporteur national, in *Cahiers de droit fiscal international*, vol. 77b, International Fiscal Association, 1992, p. 176.

(4) OCDE. Le « *Tax Sparing* » Une reconsidération, Paris, OCDE. 1998.

Après avoir défini le « tax sparing » et le « matching credit » (dans la Partie II), le présent article passe en revue les arguments principaux présentés dans le Rapport OCDE et énumère certains motifs permettant de démontrer leur manque de consistance (Partie III). Finalement, l'idée elle-même que le « tax sparing » et le « matching credit » sont des mécanismes appropriés uniquement aux traités fiscaux conclus entre pays en développement et pays développés sera contredite, dès lors que l'auteur considère qu'il y a de bonnes raisons d'appliquer ces mécanismes dans tous les traités fiscaux, en partant de la supposition que chaque Etat contractant devrait respecter la décision souveraine de l'autre Etat contractant concernant la façon de définir sa politique fiscale (Partie IV). L'article conclut que la reconsidération par l'OCDE du « tax sparing » a adopté une approche paternaliste, supposant que le « tax sparing » n'est autre chose qu'un subsidie des pays développés à l'égard des pays en développement, ce qui amène à concentrer à tort l'attention de l'OCDE sur la question de savoir si ce mécanisme est efficace pour assister les pays en développement. Au contraire, l'auteur avance que le « tax sparing » doit être vu comme un élément de la négociation conventionnelle qui conduit à respecter les politiques fiscales de chaque Etat membre et que telle est la base sur laquelle son adoption devrait être encouragée.

## II. — « TAX SPARING » ET « MATCHING CREDIT »

Le débat entre les deux principes de base du droit fiscal international, la territorialité et la taxation mondiale, est un débat sans fin. Dans les matières fiscales, la territorialité peut être comprise, en termes généraux, comme le principe selon lequel un Etat n'est autorisé à taxer que les faits qui ont un lien avec son territoire, à savoir le revenu dérivant de sources localisées dans ce territoire (« territorialité pure »). Au contraire, en adoptant le principe de l'imposition mondiale, un Etat obtient le droit de taxer le revenu dérivé de sources tant internes qu'étrangères. Il y a, à coup sûr, de nombreux arguments en faveur de chaque système (5). Certains auteurs suggèrent qu'il existe un *consensus* général en faveur du second système, au moins en ce qui concerne les revenus passifs, dans le cadre d'un régime dit « régime fiscal international » (6).

(5) K. VOGEL, *World-wide vs. Source Taxation of Income — A Review and Reevaluation of Arguments*, in *Influence of Tax Differentials on International Competitiveness*, Amsterdam, Kluwer, 1989, pp. 117-166.

(6) R.S. AVI-YONAH, *International Tax as International Law — An Analysis of the International Tax Regime*, Cambridge University Press, 2007.

Tou  
non  
com  
siti  
Les  
mèn  
cal

E  
pays  
ses  
sem  
Eur  
Au  
un s  
unil  
pays  
imp  
ble  
ger,  
avec

L'  
systè  
tatio  
cacit  
inves  
de p  
les r  
tion.  
princ  
taux  
rôle  
on le  
est b  
devra  
les in  
façon  
peut

(7)  
e Fina  
(8)  
« neut  
par R  
Taxat

Toutefois, le seul fait qu'aucun pays n'est disposé à exempter les non-résidents de l'imposition à la source montre qu'un *consensus* complet ou une solution définitive et uniforme à la double imposition ne semble pas pouvoir être trouvée dans un futur proche. Les mesures unilatérales et bilatérales destinées à éviter ce phénomène continueront à être le centre d'intérêt des juristes de droit fiscal international.

En ce qui concerne une approche territoriale, bien que divers pays soient prêts à exonérer certains types de revenus d'entreprises (par exemple, l'adoption d'une exemption de participation semble être une tendance dans les pays développés, au moins en Europe), ceci ne veut pas dire que la territorialité a été reconnue. Au contraire, même les pays européens adoptent généralement un système de taxation mondiale et prévoient des exemptions unilatérales pour certains postes de revenus seulement. Plusieurs pays, y compris les Etats-Unis, adoptent l'approche consistant à imposer leurs résidents sur une base mondiale et évitent la double imposition au moyen d'un système de crédit d'impôt étranger, dans lequel l'imposition du pays de la source sera compensée avec l'impôt dû dans le pays de la résidence.

L'argument principal en faveur de l'imposition mondiale avec système de crédit d'impôt étranger est la neutralité dans l'exportation du capital : les systèmes fiscaux doivent être neutres : l'efficacité économique sera atteinte si les contribuables décident où investir globalement, indépendamment de préoccupations fiscales ; de plus, le principe de la capacité contributive demanderait que les résidents et les non-résidents soient soumis à la même imposition. Cependant, cet argument n'est pas décisif : dès lors que les principes concurrents de la neutralité de l'importation des capitaux et de la capacité contributive objective (7) jouent aussi un rôle en soutenant l'approche de l'imposition à la source. Comme on le sait, le concept de neutralité dans l'importation des capitaux est basé sur le principe de la source : les investisseurs locaux devraient recevoir le même traitement que celui auquel ont droit les investisseurs étrangers et ces derniers devraient être taxés de façon identique, qu'ils soient résidents ou non (8). Ce résultat ne peut être atteint que si l'Etat de la résidence limite son imposition

(7) K. VOGEL, *Tributação da renda mundial*, in *Cadernos de Direito Tributário e Finanças Públicas*, v. 7, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1994, pp. 133-143.

(8) Les idées concernant la « neutralité de l'exportation des capitaux » et la « neutralité de l'importation des capitaux » ont été développées en premier lieu par Richard Musgrave. Voir R. MUSGRAVE, *Criteria for foreign tax credit*, in *Taxation and operations abroad*, Tax Institute Symposium, 1960, p. 84.

aux revenus tirés de sources situées dans son territoire et si l'Etat de la source accorde un traitement égal à tous les investisseurs.

De plus, le seul fait que des pays limitent le crédit d'impôt étranger, par exemple au montant de l'impôt dû dans le pays de la résidence, montre que les contribuables investissant à l'étranger seront toujours soumis à l'imposition la plus élevée : si le taux du pays de la résidence est plus élevé, le contribuable paiera la différence à son pays de résidence. Si le taux du pays de la source est plus élevé, il ne sera pas remboursé de cette taxation supplémentaire.

Quand des pays concluent des traités fiscaux, par ailleurs, ils peuvent être prêts à s'accorder sur la méthode de l'exemption (9), par laquelle le revenu de source étrangère n'est pas imposé dans le pays de la résidence. Dans d'autres cas, ils insisteront sur l'adoption de la méthode du crédit, semblable à leurs dispositions nationales.

La méthode d'exemption appliquée par l'Etat de la résidence laisse à l'Etat de la source la décision de taxer ou de ne pas taxer. En revanche, la méthode du crédit neutralise une telle décision par l'Etat de la source, du moins quand le taux d'imposition de l'Etat de la résidence est plus élevé que celui de l'Etat de la source. En appliquant la méthode du crédit, l'Etat de la résidence imposera ses résidents sur base mondiale mais accordera un crédit (limité) équivalent au montant payé à l'Etat de la source. Ceci veut dire que l'impôt de l'Etat de la résidence a un effet résiduel dont l'ampleur dépend de l'imposition de l'Etat de la source. Plus ce dernier impose à la source, moindre sera la taxe résiduelle due à l'Etat de la résidence. Une telle méthode implique un conflit d'intérêt dès lors que l'imposition de l'Etat de la résidence augmentera si l'Etat de la source réduit son propre droit à imposer. D'autre part, l'Etat de la source sera encouragé à imposer les non-résidents au niveau le plus élevé possible, dès lors que toute diminution de son taux ne bénéficiera pas aux contribuables mais accroîtra plutôt l'imposition (résiduelle) de l'Etat de la résidence.

C'est dans ce contexte que nous arrivons à l'idée de « tax sparing ». Ce mécanisme vise à assurer que l'imposition de l'Etat de la résidence n'augmentera pas même si une décision unilatérale est prise par l'Etat de la source de ne pas imposer (ou de ne pas imposer pleinement) les non-résidents, de sorte que cet avantage

(9) Les Etats-Unis rejettent la méthode de l'exemption sur la base de la clause de réserve (« savings clause ») qu'ils sont désireux d'inclure dans tous leurs traités.

accor  
direct

Le  
traités  
exemp  
soient  
qualif  
l'expr  
le prés  
référan  
« tax s

Le «  
la sou  
niveau  
dence  
pondra  
sition  
crédit  
tant pa  
de la s  
à une c  
miné p  
plus él

Plusi  
« match  
les ann  
tés con  
Luxem  
jours e

Le B  
conclus  
gie don  
plus gé  
droit ex  
se dedu  
non-rés  
ger. Da  
taxation  
résulter

(10) K.  
republik  
mögen, S



accordé par l'Etat de la source (imposition réduite) bénéficiera directement aux contribuables et non à l'Etat de la résidence.

Le « tax sparing » peut tendre à garantir que les avantages des traités seront maintenus ou il peut être destiné à maintenir des exemptions d'impôt unilatérales. Bien que ces deux phénomènes soient fort similaires, il est commun dans la littérature (10) de qualifier la première hypothèse de « matching credit », réservant l'expression « tax sparing » à un cas plus restrictif. Dès lors que le présent article examine les deux hypothèses, les mécanismes se référant aux mesures unilatérales seront ci-après qualifiés de « tax sparing *stricto sensu* ».

Le « matching credit » est un mécanisme par lequel, si l'Etat de la source décide de ne pas imposer les non-résidents au-delà d'un niveau déterminé entre les deux Etats membres, l'Etat de la résidence accepte d'accorder un crédit d'impôt étranger qui correspondra à un montant fixe, ordinairement plus élevé que l'imposition maximum dans l'Etat de la source. En d'autres mots, le crédit accordé par l'Etat de la résidence ne dépend pas du montant payé dans l'Etat de la source. Au contraire, bien que l'Etat de la source soit contraint par le traité de limiter son imposition à une certaine limite, le crédit de l'Etat de la résidence sera déterminé par le même traité à un niveau indépendant, d'habitude plus élevé.

Plusieurs traités brésiliens ont inclus des dispositions de « matching credit », particulièrement ceux qui ont été signés dans les années 1970. Des exemples peuvent être trouvés dans les traités conclus avec l'Autriche, le Danemark, la France, l'Italie, le Luxembourg et la Suède, tous signés dans les années 1970 et toujours en vigueur.

Le Brésil n'a commencé à entrer en négociation en vue de la conclusion de traités fiscaux que dans les années 1960. L'idéologie dominante à cette époque au Brésil — et en Amérique latine plus généralement — était que l'Etat de la source devait avoir le droit exclusif de taxer le revenu tiré de son économie. Ceci peut se déduire du fait que le taux d'impôt brésilien normal sur les non-résidents était de 25 % du montant brut transféré à l'étranger. Dans certaines hypothèses, les transferts seraient sujets à taxation additionnelle. De ce point de vue, la double imposition résulterait d'un type d'intrusion de l'Etat de la résidence dans les

(10) K. VOGEL, in Vogel/Lehner, *Doppelbesteuerungsabkommen der Bundesrepublik Deutschland auf dem Gebiet der Steuern vom Einkommen und Vermögen*, 5 éd., Munich, Verlag C. H. Beck, 2008, Art. 23, RZ. 194-195.

ressources de l'Etat de la source. Il était considéré que l'Etat de la source ne devrait pas accepter de réduire son imposition dès lors que ceci pouvait impliquer une reconnaissance du droit de l'Etat de la résidence à taxer le même revenu.

En 1964, il y eut un changement dans la politique fiscale internationale du Brésil, qui ne fut pas dû à une idéologie fiscale différente mais plutôt à la politique économique du régime militaire qui prit le pouvoir. Cette nouvelle politique considérait que le développement de l'économie brésilienne dépendrait de son attrait à l'égard de l'investissement étranger et que l'imposition internationale pouvait être utilisée comme instrument dans ce but. À partir de cette époque, le Brésil serait prêt à reconsidérer son imposition à la source de 25 % dans les négociations conventionnelles, à condition que toute réduction constitue un bénéfice pour les investisseurs étrangers et non pour le fisc du pays étranger. Ainsi, les négociateurs brésiliens ne consentiraient pas à réduire l'imposition brésilienne si le seul résultat de la réduction était d'accroître le taux (marginal) d'imposition de l'Etat de la résidence. Le Brésil ne serait pas disposé à réduire son imposition de 25 % à, disons, 15 % si cette réduction ne bénéficiait pas aux contribuables. Si l'on se rappelle que le Brésil considérait qu'il avait le droit exclusif — ou au moins prioritaire — d'imposer l'impôt provenant de sources situées dans son territoire, il n'y aurait pas de raison de réduire son imposition et donc de réduire le crédit que l'Etat de la résidence accorderait.

Le mécanisme du « matching credit » était donc destiné à assurer que, bien que l'Etat de la source limite son droit d'imposition, l'Etat de la résidence continuerait à accorder des crédits comme si cette limitation n'existait pas. En termes généraux, dans les dispositions conventionnelles spécifiques, le Brésil réduirait son imposition à la source à, par exemple, 15 % mais l'Etat de la résidence accorderait un crédit de, par exemple, 25 %. Ceci générerait un bénéfice immédiat pour les contribuables, dérivé du traité, dès lors qu'ils y gagneraient au moins 10 % libres d'imposition. Le bénéfice pourrait même être supérieur dès lors que l'Etat de la source pouvait (unilatéralement) décider de ne pas taxer au taux plein de 15 % : en tous cas, l'Etat de la résidence accorderait un crédit comme si l'Etat de la source avait imposé un taux de 25 %.

Ce mécanisme peut être analysé comme un avantage accordé par l'Etat de la résidence à l'Etat de la source sous forme d'aide à l'investissement dans une économie en développement. Toutefois, il est intéressant de voir que, du point de vue de l'Etat de

la source, un tel régime n'est pas perçu comme une faveur. Par conséquent, dans l'exemple précédent, le Brésil avancerait qu'avant l'entrée en vigueur du traité fiscal, le Brésil aurait taxé les non-résidents à un niveau de 25 % et l'Etat de la résidence n'aurait taxé ce revenu que si son taux intérieur était plus élevé ; en d'autres mots, la possibilité de taxation de l'Etat de la résidence aurait commencé au taux de 25 %. Un mécanisme de « matching credit », dès lors, ne change pas la position de l'Etat de la résidence. Il continue à taxer le même montant, à savoir celui qui dépasse 25 %. Le Brésil pouvait avancer, dès lors, que le mécanisme du « matching credit » était neutre pour les Etats de résidence et qu'il ne devrait pas être considéré comme un avantage accordé à l'Etat de la source. Si l'on se rappelle que l'idéologie dominante était que l'Etat de la source serait celui qui avait le droit de taxer, un tel argument devait être pris en considération.

Le « tax sparing » au sens strict, d'autre part, concernait les mesures unilatérales prises par l'Etat de la source. Alors que le « matching credit » considère l'hypothèse où la capacité d'imposer de l'Etat de la source est limitée par le traité, c'est-à-dire celle où les deux pays sont convenus d'une limitation de l'imposition dans l'Etat de la source, le « tax sparing *sensu stricto* » a une approche différente : en principe, l'Etat de la source imposerait jusqu'à un niveau déterminé et, par traité ou unilatéralement, l'Etat de la résidence accorderait un crédit d'impôt pour cette imposition. Toutefois, dans le cas où l'Etat de la source décide de ne pas imposer son non-résident jusqu'à la limite accordée par le traité, l'Etat de la résidence respecterait cette décision et accorderait un crédit équivalent au montant maximum que l'Etat de la source aurait pu percevoir à titre d'imposition.

Comme l'on peut voir, le mécanisme du « matching credit » dérive directement d'une décision des Etats contractants lors de la signature d'un traité : les deux Etats conviennent que l'Etat de la source limitera son imposition à un certain montant mais ils conviennent aussi que le crédit de l'Etat de la résidence sera — généralement — supérieur à cette limite. En d'autres mots, les contribuables se voient accorder un avantage qui est indépendant des décisions ultérieures des deux pays. Le « matching credit » est par conséquent indépendant des mesures unilatérales. Le « tax sparing *stricto sensu* », d'autre part, ne bénéficie aux contribuables que si l'Etat de la source décide unilatéralement de réduire ses impôts — réduction qui est indépendante de toute disposition conventionnelle, à savoir, si l'Etat de la source décide d'accorder

un avantage aux non-résidents, ce qui implique une imposition inférieure au niveau permis par le traité.

On peut aussi se référer au « matching credit » dans les cas où il n'y a pas de différence entre l'imposition maximum à la source et le crédit accordé par l'Etat de la résidence, dès lors que ce crédit est fixé par le traité indépendamment de toutes recherches concernant l'imposition réelle à la source. En d'autres mots, le mécanisme du « matching credit » a en vue un crédit fixe par l'Etat de la résidence qui sera toujours accordé lors des transferts par l'Etat de la source. Ainsi, la méthode du « matching credit » est également pragmatique, car les Etas contractants — ou les contribuables concernés — ne doivent fournir aucune preuve concernant le niveau de taxation à la source, qui est sans pertinence aux fins de déterminer le crédit qui sera consenti par l'Etat de la résidence.

### III. — LE RAPPORT OCDE : MOTIFS DE RECONSIDÉRATION

Le rapport OCDE commence par souligner les changements du cadre de l'économie globale (11). Comme mentionné dans le Rapport, la supposition traditionnelle que tous les membres de l'OCDE sont des exportateurs de capitaux à titre principal tandis que les non-membres sont essentiellement des importateurs de capitaux peut être remise en question. De plus, la globalisation et la libéralisation des marchés financiers ont « estompé un certain nombre de distinctions traditionnelles qui sous-tendent les arrangements fiscaux internationaux existants » (12).

Tenant compte des différences entre le contexte global actuel et celui qui prévalait il y a quatre décennies, quand les premières dispositions de « tax sparing » ont été négociées (et particulièrement de l'amélioration considérable de l'économie des pays en développement pendant cette période), le rapport OCDE énonce que « le nouvel environnement global a encouragé, et dans certains cas obligé, les pays à réexaminer les structures fiscales » (13). Le

(11) Malgré la reconsidération par l'OCDE du « tax sparing », les Nations Unies observent que « il est de première importance pour les pays en développement d'assurer que les mesures fiscales incentives ne seront pas rendues inefficaces par l'imposition dans les pays exportateurs de capitaux utilisant le système du crédit d'impôt étranger » au moyen de l'adoption de clauses de « tax sparing » dans leurs traités fiscaux. Voy. *United Nations Model Double Taxation Convention between Developed and Developing Countries*, United Nations, New York, 2001, p. 265.

(12) Rapport OCDE (note 3), pp. 9-10.

(13) Rapport OCDE (note 3), p. 12.

Rappo  
les pol  
cette fi  
sitions  
ne sera  
nombre  
luation  
pays m  
tion, e  
intérès  
les dep  
(lui-mê  
« tax s  
traités  
Thuron  
caux c  
des pay  
fisante  
allégué  
tant à

L'ar  
sparing  
de l'OC  
promo  
croissa  
selon l  
vante c  
mies en  
« de v  
fiscale  
de disp  
intentic  
séquen

Selon  
sparing  
pays é  
pays a

(14) V

Internati

(15) R

(16) K

Low-Inc  
Journal,

Rapport suggère alors que ces nouvelles structures et ces nouvelles politiques comprendraient des accords de « tax sparing ». À cette fin, le rapport OCDE suggère une reconsidération des dispositions de « tax sparing ». L'OCDE avance que le « tax sparing » ne serait plus une bonne politique, en se basant sur un certain nombre d'arguments. Le rapport OCDE affirme qu'une réévaluation des avantages du « tax sparing » est en route parmi les pays membres et non membres de l'Organisation. Cette déclaration, elle-même, peut être soumise à examen. Dans une analyse intéressante destinée à vérifier la pratique des conventions fiscales depuis la publication du Rapport OCDE, Victor Thuronyi (lui-même fonctionnaire du FMI) conclut que des dispositions de « tax sparing » peuvent être trouvées dans à peu près un tiers des traités fiscaux signés entre 2000 et 2003 (14). De plus, comme Thuronyi l'a vérifié dans sa recherche, la moitié des traités fiscaux contenant des dispositions de « tax sparing » concernaient des pays membres de l'OCDE. Une telle circonstance peut être suffisante pour se demander dans quelle mesure la « réévaluation » alléguée concernant l'octroi du « tax sparing » serait en marche tant à l'intérieur qu'à l'extérieur de la zone de l'OCDE.

L'argument principal du rapport OCDE contre le « tax sparing » est l'opinion alléguée de la plupart des pays membres de l'OCDE que le « tax sparing » n'est pas une façon efficace de promouvoir les investissements étrangers ou d'encourager la croissance économique nationale. Cette vision est renforcée, selon l'OCDE, par une prétendue « expérience générale décevante de la plupart des pays membres et de beaucoup d'économies en transition dans l'usage des incitants fiscaux » ainsi que « de vastes occasions de planification fiscale et d'évasion fiscale » (15). De ce point de vue, par conséquent, la négociation de dispositions de « tax sparing » est une « illustration de bonnes intentions conduisant à de mauvais résultats », comme leurs conséquences négatives en contrebalanceraient les avantages (16).

Selon le rapport OCDE, la raison première d'accorder le « tax sparing » a été la promotion du développement économique des pays émergents. Le développement allégué expérimenté par ces pays au cours des dernières années justifierait la réticence des

(14) V. THURONYI, Recent Treaty Practice on Tax Sparing, in *Tax Notes International*, v. 29, no. 3, Tax Analysts, 2003, p. 301.

(15) Rapport OCDE (note 3), p. 12.

(16) K. BROOKS, Tax Sparing: A Needed Incentive for Foreign Investment in Low-Income Countries or an Unnecessary Revenue Sacrifice?, in *Queen's Law Journal*, v. 34, 2009, p. 508.

membres de l'OCDE à accorder le « tax sparing » dans des traités fiscaux nouveaux ou renégociés. Considérant le « tax sparing » comme un instrument d'aide internationale, le rapport OCDE critique également le mécanisme comme manquant de transparence lorsqu'il est comparé à l'aide directe, car celle-ci peut établir « en des termes relativement précis » le bénéficiaire, le montant et l'usage prévu de l'aide étrangère (17).

On devra noter à ce stade qu'il n'y a pas de preuve empirique de « mauvais résultats » du « tax sparing ». Au contraire, l'utilisation continuée des dispositions de « tax sparing » dans les politiques fiscales conventionnelles de plusieurs pays suggère que les parties en négociation considèrent que ces dispositions peuvent produire de bons résultats. De plus, on se demande qui peut évaluer si ces résultats sont bons ou mauvais. On peut suggérer que les Etats contractants concernés par les négociations des traités doivent être mieux à même de décider s'il y a lieu ou non de convenir d'un « tax sparing ».

Un second motif de reconsidération du « tax sparing » proposé par le rapport OCDE est basé sur l'effet de « free-rider ». L'argument est qu'il y a une conception erronée, attribuable sans doute aux Etats contractants, des vues des investisseurs étrangers, qui ne dépendraient pas ou ne pourraient même être influencées par des dispositions de « tax sparing » en prenant des décisions d'investissements (18). Selon le rapport OCDE, les entreprises multinationales baseraient leurs décisions d'investissement sur une vaste série de facteurs liés aux conditions politiques de marché et d'infrastructure du pays d'accueil, l'imposition n'étant qu'un élément dans un ensemble de facteurs pris en considération. Si tel est le cas, tout accroissement de l'investissement étranger serait indépendant de l'existence de dispositions de « tax sparing », puisqu'elles seraient sans pertinence pour les décisions d'investissement des entreprises multinationales (19). Dès lors, les dispositions de « tax sparing » ne seraient pas justifiées, étant un mécanisme inapproprié comme instrument de développement économique (20).

Si l'on devait prendre cet argument au sérieux, toutefois, il faudrait savoir quel est l'effet des conventions fiscales sur les décisions d'investissement en général. Il ne semble pas y avoir eu

(17) Rapport OCDE (note 3), p. 22.

(18) Rapport OCDE (note 3), p. 12.

(19) M. MEIRELLES, *Tax Sparing Credits in Tax Treaties: the Future and the Effect on EC Law*, in *European Taxation*, IBFD, May 2009, p. 263

(20) Rapport OCDE (note 3), p. 25.

beau  
perm  
des  
dans  
M  
thel,  
des  
ment  
utilis  
trouv  
inter  
FMI  
clusi  
l'inve  
surpr  
tions  
tiona  
le dé  
que  
Co  
l'on  
gne,  
l'inve  
du tr  
de  
pério  
et er  
ment  
fait  
pério  
inves  
tisser  
man  
dès l  
« free  
(21)  
Treati  
in Con  
(22)  
(23)  
les aut  
(24)  
brésili

beaucoup de recherche sur le sujet et la recherche existante ne permet pas de dégager des conclusions dès lors que l'on compare des données effectives, à savoir le montant des investissements dans un pays, avec des informations prospectives.

Montrant l'absence de conclusions uniformes sur le sujet, Barthel, Busse et Neumayer, après avoir analysé de nombreuses études concernant l'influence des traités fiscaux sur les investissements étrangers concluent qu'alors que les recherches qui utilisent les données bilatérales du FMI restent en défaut de trouver un effet positif des traités sur l'investissement direct international, les études qui utilisent les données agrégées du FMI dans un échantillon large et représentatif arrivent à la conclusion opposée, à savoir que les conventions fiscales augmentent l'investissement direct international (21). Dès lors, il n'est pas surprenant que ces auteurs, tout en concluant que les conventions fiscales augmentent le stock d'investissement direct international bilatéral d'un montant situé entre 27 et 31 %, estiment que le débat est toujours ouvert, « comme la démonstration empirique des études existantes est tout sauf concluante » (22).

Comme exemple du caractère non fiable de cette information, l'on peut prendre le traité fiscal conclu entre le Brésil et l'Allemagne, récemment dénoncé (23). Si l'on compare le niveau de l'investissement allemand au Brésil cinq ans avant la dénonciation du traité et cinq ans après, l'on sera surpris de voir que le niveau de l'investissement allemand s'est accru pendant cette période (24). Ceci pourrait conduire à une conclusion surprenante et erronée, à savoir que le traité était un obstacle à l'investissement allemand au Brésil. Une conclusion aussi naïve ignorerait le fait que l'économie mondiale s'est développée pendant cette période et particulièrement que l'économie brésilienne a attiré des investissements accrus. Pour obtenir une image totale de l'investissement allemand, il faudrait inclure les investissements allemands effectués à l'intervention de pays tiers. L'auteur considère dès lors que ce n'est pas une analyse facile et que l'argument de « free-rider » ne devrait pas conduire à une reconsidération.

(21) F. BARTHEL, M. BUSSE et E. NEUMAYER, *The Impact of Double Taxation Treaties on Foreign Direct Investments: Evidence from Large Dyadic Panel Data*, in *Contemporary Economic Policy*, vol. 28, no. 3, 2010, pp. 366-377.

(22) F. BARTHEL, M. BUSSE et E. NEUMAYER (note 21), p. 366.

(23) La convention fiscale signée avec l'Allemagne en 1975 a été résiliée par les autorités allemandes le 7 avril 2005.

(24) Voir les rapports du FMI sur le Brésil publiés par la Banque centrale brésilienne, disponibles sur <http://www.bcb.gov.br/?INVED>.

En troisième lieu, le rapport OCDE se réfère à la préoccupation de certains pays en développement selon laquelle « le prix payé pour obtenir le 'tax sparing' est trop élevé vu les avantages limités de telles dispositions » (25), dès lors que les pays de résidence exigent une taxation plus basse à la source comme condition de leur accord sur un « tax sparing ». L'argument est exact en ce qui concerne la taxation minorée à la source. Toutefois, il faut avoir égard au fait que l'OCDE elle-même a récemment avancé que les traités devraient prévoir une taxation plus basse à la source, sauf dans les cas où l'imposition sur la base de la résidence serait très difficile et où une taxation basse à la source accroîtrait la concurrence fiscale dommageable. En effet, le niveau de taxation à la source semble être l'une des différences pertinentes les plus importantes entre les approches de l'OCDE et des Nations-Unies. Un exemple peut en être trouvé dans la disposition concernant les redevances : alors que l'article 12 de la Convention Modèle OCDE prévoit le droit exclusif de l'Etat de la résidence d'imposer les redevances, la Convention Modèle des Nations-Unies autorise leur taxation à la source.

En partant d'une telle perspective, on peut comprendre l'affirmation de Tsilly Dagan selon laquelle les conventions fiscales, particulièrement celles qui sont basées sur le Modèle de l'OCDE, ont été construites par et pour les pays développés ayant en commun des intérêts mutuels et une idéologie commune (26). À cette fin, cet auteur observe que les conventions fiscales, étant basées sur un modèle conçu en premier lieu pour des pays développés, tendent à allouer les revenus au bénéfice de l'Etat de la résidence au point que le refus de pays développés de conclure des traités qui n'ont pas de mécanismes pour assurer l'amélioration du niveau d'investissement étranger serait justifié (27). Dès lors, avant de reconsidérer le « tax sparing », l'OCDE devrait sérieusement remettre en cause sa vision concernant la limitation de l'imposition à la source. Si l'OCDE convenait que les pays de la source devraient se voir accorder un niveau plus élevé de taxation, l'argument de l'OCDE concernant le « tax sparing » serait plus convaincant.

L'accroissement des standards de vie dans les pays en développement, souligné par le rapport OCDE comme une raison

(25) Rapport OCDE (note 3), p. 13.

(26) T. DAGAN, The tax treaties myth, in *Journal of International Law and Politics*, v. 32, no. 939, 2000, p. 47.

(27) T. DAGAN (note 25), p. 51.

supplém  
un argu  
ment de  
coïncide  
leur rap  
naire, le  
entre pa  
article é  
OCDE  
des pay  
qu'Etat  
posé, se  
indépen  
Coelho  
de 1985  
parité e  
d'une p  
prétend  
miques  
politiqu

De to  
dévelop  
« tax sp  
nomique  
tous les

Un q  
concern  
négociat  
de « tax  
qu'il po  
Modèle  
revenu  
sion de  
pas clair  
concessi  
tions de  
que de

(28) K.  
(29) C.  
*national*, v.  
(30) C.  
(31) C.  
(32) K.



supplémentaire pour envisager le « tax sparing », est également un argument critiquable. À cette fin, l'on devrait suivre l'argument de Kim Brooks, selon lequel les affirmations de l'OCDE ne coïncideraient pas avec les conclusions des Nations-Unies dans leur rapport sur les buts de développement du deuxième millénaire, lequel met en exergue « une inégalité toujours croissante entre pays » (28). Une conclusion similaire peut être tirée d'un article écrit par Cristiane Coelho, qui souligne que le rapport OCDE ne se base sur aucune donnée spécifique en énumérant des pays comme la Russie, Singapour, la Chine et l'Inde en tant qu'États qui, en raison d'un développement économique supposé, seraient à même de mettre en œuvre leurs politiques fiscales indépendamment de concessions extérieures (29). L'analyse par Coelho de l'évolution du produit national brut par tête des États de 1985 à 2005 permet de conclure qu'en raison de l'énorme disparité entre les pays comme les États-Unis et le Royaume-Uni d'une part, la Chine et l'Inde d'autre part, il est impossible de prétendre que les seconds sont dans les mêmes conditions économiques que les premiers, qui peuvent seuls mettre en vigueur des politiques fiscales propres (30).

De toutes façons, la vulnérabilité des économies des pays en développement justifierait toujours l'adoption de dispositions de « tax sparing » dès lors que l'on ne peut dire la croissance économique alléguée par le rapport de l'OCDE a été partagée par tous les pays en développement (31).

Un quatrième argument de l'OCDE contre le « tax sparing » concerne les concessions présentées comme lourdes faites par les négociateurs de traités en échange de l'obtention des dispositions de « tax sparing ». Concernant cet argument, Brooks observe qu'il pourrait être contredit par le seul fait que la Convention Modèle de l'OCDE elle-même prive l'État de la source d'un revenu « très nécessaire », par exemple en prévoyant la suppression de la retenue à la source sur les royalties (32). En fait, il n'est pas clair que les négociateurs de traités accorderaient moins de concessions ou des concessions moins importantes si les dispositions de « tax sparing » n'étaient pas prises en considération ou que de telles concessions seraient inférieures aux gains résultant

(28) K. BROOKS (note 16), p. 528.

(29) C. COELHO, *Tax Sparing and Brazil's Tax Treaties*, in *Tax Notes International*, v. 51, no. 8, 2008, p. 690.

(30) C. COELHO (note 29), p. 692.

(31) C. COELHO (note 29), p. 693.

(32) K. BROOKS (note 15), p. 528.

de ces dispositions. Le traité fiscal que le Brésil a signé avec la Belgique en 1972, par exemple, bien que contenant une clause de « tax sparing », prévoit un taux de retenue à la source sur les dividendes, les intérêts et les redevances qui est similaire à ceux qui sont contenus dans le traité signé avec l'Afrique du Sud en 2003, lequel ne contient aucune clause de « tax sparing ». En bref, il ne faut pas généraliser l'idée que les négociateurs de traités ne seraient pas à même de décider ce qu'il y a lieu de concéder.

En cinquième lieu, l'OCDE suggère qu'il y a maintenant une plus grande prise de conscience du potentiel d'abus dérivant des dispositions de « tax sparing » et de l'inefficacité des incitants fiscaux pour promouvoir le développement économique (33). Néanmoins, soutenir qu'une révision est nécessairement due au potentiel d'abus des dispositions de « tax sparing » n'est pas convaincant. Si l'on veut renoncer à inclure une disposition dans un traité parce qu'elle serait sujette à abus, à terme aucun article des conventions fiscales ne survivrait. Une approche plus cohérente de ce problème serait de discuter du « treaty shopping » et de l'abus des traités en général, en adoptant des clauses qui pourraient éviter les deux phénomènes, comme des clauses de limitation des avantages dans les traités fiscaux. Le seul fait qu'il puisse y avoir un abus n'est pas suffisant pour rejeter une disposition conventionnelle qui serait par ailleurs intéressante pour les parties.

Finalement, le rapport de l'OCDE suggère qu'une disposition de « tax sparing » aurait un effet contreproductif en tant qu'instrument destiné à attirer l'investissement étranger direct, dès lors qu'elle encouragerait un rapatriement excessif des profits vers l'Etat de la résidence (34). À cette fin, lorsqu'ils sont confrontés à l'existence d'un crédit de « tax sparing » sur les profits distribués de leurs filiales, les investisseurs étrangers seraient encouragés à rapatrier ces profits dans l'Etat de la résidence plutôt que de les réinvestir dans l'Etat de la source. Ceci ne serait un argument valable que si les dispositions de « tax sparing » étaient conditionnées dans leur durée. Dès lors que les avantages sont les mêmes, les décisions des investisseurs de rapatrier des profits ne devraient pas dépendre de ces dispositions.

En conclusion, vu les motifs avancés dans son rapport, l'OCDE recommande que l'octroi du « tax sparing » soit pris en considération par les Etats membres seulement en ce qui concerne des pays dont le niveau économique est considérablement

(33) Rapport OCDE (note 3), p. 21.

(34) Rapport OCDE (note 3), pp. 22-23.

inférie  
devrai  
pour  
sparin  
nation  
de ref  
pays e  
fête p  
est tro

I  
Comm  
ration  
sur l'i  
Etats  
D'apr  
confir  
été sig  
étaient  
comm  
dévelo  
teurs  
pour  
La dé  
exemp  
en rais  
en dé  
sparin

Dan  
rappo  
sparin  
ainsi,  
sont c  
ment,  
ration

(35) L  
(36) C  
(37) C  
services  
nes et le  
invoqué

inférieur à celui des pays de l'OCDE. Les Etats membres devraient, dès lors, recourir à des critères économiques objectifs pour déterminer les pays susceptibles de bénéficier du « tax sparing » (35). Au moins en ce qui concerne le critère du produit national brut par tête, l'on pourrait avancer l'absence de motifs de refuser le « tax sparing », dès lors que l'idée selon laquelle les pays en développement ont atteint un produit national brut par tête plus élevé que celui de plusieurs pays membres de l'OCDE est trompeuse (36).

#### IV. — RECONSIDÉRER LA RECONSIDÉRATION DE L'OCDE

Comme on peut le déduire de la section précédente, la reconsidération par l'OCDE du « tax sparing » est basée fondamentalement sur l'idée que le « tax sparing » serait un mécanisme destiné aux Etats développés pour assister les Etats en développement. D'après une perspective historique, cette supposition pourrait être confirmée. Dans le cas du Brésil, les premiers traités fiscaux ont été signés avec la Suède et le Japon parce que ces deux pays étaient disposés à accorder des dispositions de « tax sparing » comme faisant partie de leur politique d'assistance aux pays en développement. Telle semble être la vision de nombreux négociateurs de traités jusqu'à présent. Toutefois, les choses ont changé pour certains pays, comme le rapport OCDE le laisse entendre. La dénonciation du traité entre le Brésil et l'Allemagne en est un exemple : les autorités allemandes exigeaient une révision du traité en raison du fait que le Brésil n'était prétendument plus un pays en développement et que, dès lors, des dispositions de « tax sparing » n'étaient pas acceptables (37).

Dans la section précédente, l'auteur a rappelé les arguments du rapport de l'OCDE en faveur d'une reconsidération du « tax sparing » et a identifié les faiblesses de ces arguments. Même ainsi, l'auteur accepte que, si des dispositions de « tax sparing » sont considérées seulement comme un mécanisme de développement, il est compréhensible que l'OCDE suggère une reconsidération. Du point de vue de l'Etat de la résidence, les conventions

(35) Rapport OCDE (note 3), pp. 42-43.

(36) C. COELHO (note 29), p. 693.

(37) Outre la disposition de « tax sparing », la qualification du revenu tirée de services techniques selon l'article 21 (« autres revenus ») par les autorités brésiliennes et les problèmes résultant des règles de prix de transfert brésiliennes ont été invoqués comme des motifs de dénonciation du traité fiscal avec l'Allemagne.

fiscales ont pour but d'éviter la double imposition. Sur la base de la neutralité dans l'exportation des capitaux, l'Etat de la résidence est supposé réduire ses impôts d'un montant équivalent aux impôts exigés dans l'Etat de la source. Si des impôts ne sont pas payés dans l'Etat de la source, il n'y a pas de raison d'accorder un crédit dans l'Etat de la résidence. De ce point de vue, le « tax sparing » paraît contredire l'un des principes essentiels du prétendu régime fiscal international : la neutralité fiscale. Comme la neutralité fiscale est reconnue comme un principe important, ceci sous-entend que les clauses de « tax sparing » devraient être évitées. Les Etats développés devraient plutôt choisir des mécanismes directs de promotion de l'aide d'Etat aux pays en développement.

Dans la présente section, l'auteur propose une vision différente du « tax sparing » qui permet une reconsidération de la reconsidération de l'OCDE. Cette approche différente est basée sur divers arguments : (A) la neutralité de l'exportation des capitaux n'est pas le seul but de l'imposition internationale ; (B) les dispositions de « tax sparing » ne sont pas une faveur ou une aide accordée par l'Etat de la résidence ; et (C) l'exemption par l'Etat de la résidence ne doit pas être la prérogative de l'Etat de la source.

#### A. Neutralité dans l'exportation des capitaux

L'argument principal à l'encontre des mécanismes de « tax sparing » semble être basé sur la neutralité dans l'exportation des capitaux. En conséquence, les Etats adoptant la méthode du crédit argumentent que les investisseurs devraient être soumis au même niveau de taxation dans leurs investissements internes et externes. Ceci éviterait une distorsion dans leurs décisions et l'allocation la plus efficiente des ressources serait atteinte.

L'auteur soutient, néanmoins, qu'il n'existe pas de *consensus* international concernant cette perspective. Au contraire, il semble convaincant que la neutralité dans l'exportation des capitaux n'amène pas l'efficience. Si le mécanisme de crédit d'impôt agissait conformément à son but affirmé, à savoir neutraliser la charge fiscale, alors son effet n'est pas de généraliser la neutralité dans les décisions des investisseurs. Au contraire, l'égalisation des taux d'impôt opère comme un mécanisme qui convainc les investisseurs de ne pas investir dans les pays en développement mais au contraire de concentrer leurs investissements dans les pays développés. Pour comprendre ceci, l'on peut d'abord faire la supposition qu'il y a, en termes généraux, une relation entre les taux d'impôt et les

services  
gent de  
niveau  
à ces E  
d'offrir  
on peu  
plus ba  
tains se  
appliqu  
ment, l  
d'habit  
tribuab  
peuvent  
taines  
scénari  
contrib  
de la ci  
dence  
même r  
environ  
que l'in  
diction  
comme  
que l'in  
sinon c  
adopte  
contrib  
dévelop  
dévelop  
pour re  
le nivea  
dévelop  
une div  
faits da  
des Eta

Au n  
des cap  
de cons  
que les  
pour le  
impose

services fournis par les Etats. Bien que certaines juridictions exigent des impôts élevés et n'offrent pas à leurs contribuables un niveau correspondant de services, en raison des déficiences propres à ces Etats, il est généralement vrai qu'un Etat ne sera pas à même d'offrir de bons services si son imposition est trop basse. Dès lors, on peut généralement dire que, si la juridiction impose des taxes plus basses, les contribuables doivent être prêts à suppléer à certains services qui pourraient autrement être offerts par l'Etat. En appliquant cette perspective aux Etats développés et en développement, l'on peut considérer que les Etats développés imposeront d'habitude des taxes plus élevées mais que, d'autre part, les contribuables auront un Etat plus fort. Les Etats en développement peuvent avoir des taxes plus basses mais l'on notera aisément certaines déficiences, notamment dans leur infrastructure. Dans ce scénario, la neutralisation de la charge fiscale nécessiterait que les contribuables paient leurs taxes au même niveau, indépendamment de la circonstance qu'ils investissent dans leur propre Etat de résidence ou à l'étranger. Ceci n'est pas une issue neutre. Pour un même niveau d'impôt, les investisseurs préféreront investir dans un environnement où l'infrastructure correspond au niveau d'impôt que l'investisseur paie. Il n'y a pas de sens à investir dans une juridiction qui a moins d'infrastructure, sauf si d'autres facteurs, comme des ressources non renouvelables, entrent en jeu, dès lors que l'investisseur aurait à payer pour des services qui seraient sinon offerts par l'Etat. Somme toute, quand un Etat développé adopte la neutralité dans l'exportation des capitaux, il invite ses contribuables à investir localement ou dans un autre Etat développé; les investisseurs n'oseront investir dans des Etats en développement que si leur rémunération est suffisamment élevée pour rendre l'investissement attrayant nonobstant la distance entre le niveau fiscal de l'Etat développé et l'infrastructure de l'Etat en développement. Il ne faut dès lors pas être surpris si l'on observe une divergence dans les taux d'intérêt dérivés des investissements faits dans des Etats développés comparés aux taux pratiqués dans des Etats en développement.

Au niveau international (38), la neutralité dans l'exportation des capitaux est même plus inacceptable dès lors qu'elle implique de conserver des ressources utiles dans des Etats développés alors que les Etats en développement auraient besoin de ces moyens pour leur développement. De plus, les Etats de résidence peuvent imposer le revenu de leurs contribuables résidents lors de la

(38) Voir K. VOGEL (note 4).

consommation alors que les Etats de la source ne taxent le revenu que lors de son paiement.

Enfin, l'on notera que la neutralité dans l'exportation des capitaux n'est pas un but en soi. Par conséquent, si les Etats de résidence considèrent réellement que les impôts devraient être neutres, ils n'imposeront pas seulement la différence positive entre leurs impôts et les impôts des Etats de la source : si ces derniers étaient plus élevés, les Etats de la résidence devraient être préparés à rembourser leurs contribuables de la différence négative. En fait, aucun Etat ne désire rembourser des impôts payés à des Etats étrangers. Néanmoins, cette analyse montre que l'argument des Etats développés consistant en la neutralité de l'exportation des capitaux n'est pas appliqué de façon égale dans tous les contextes.

*B. Le « tax sparing » n'est pas une faveur consentie par les pays développés*

Comme il a déjà été expliqué, derrière la reconsidération par l'OCDE du « tax sparing », semble se trouver une vision selon laquelle le « tax sparing » est une concession accordée par les pays de la résidence aux investisseurs multinationaux pour fournir un subside aux Etats en développement. C'est pourquoi le « tax sparing », dans l'analyse de l'OCDE, ne devrait être applicable qu'aux traités fiscaux entre pays développés et pays en développement et devrait être vu comme une mesure exceptionnelle.

Cet argument peut être trouvé chez David Rosenbloom et Daniel Hora do Paço, selon lesquels l'examen de « l'insistance brésilienne » à l'égard du « tax sparing » serait « impérative », comme elle aurait interdit des « négociations sérieuses » pendant les dernières 40 années (39). D'après la compréhension de ces auteurs, la politique brésilienne concernant l'adoption de clauses de « tax sparing » serait « contradictoire » avec la position occupée à l'heure actuelle par le pays sur la scène internationale : le « tax sparing » ne devrait être accordé qu'à des pays en développement, ce qui ne serait plus le cas du Brésil (40).

(39) H.D. ROSENBLOOM et D. HORA DO PAÇO, Considerações sobre a negociação de um tratado para evitar a dupla tributação da renda com os EUA, in *Revista Dialética de Direito Tributário*, n. 174, São Paulo, Dialética, 2010, p. 25.

(40) H.D. ROSENBLOOM et D. HORA DO PAÇO, (note 38), pp. 18-19.

D'au  
vention  
Etats,  
n'est pa  
vention  
deux E  
nement  
s'applic  
Quand  
dès lor  
cocontr  
même e  
fiscale,  
reconn  
tionnel  
dépass  
faveur

En p  
être im  
que dev  
compét  
compét  
cette li  
la disc  
l'esprit  
autorité  
une au  
limites  
réservé  
source  
dans la  
crédit  
d'impo  
celui d

Quar  
cet élém  
dit ne  
l'Etat  
ment c

En c  
tionne  
d'impo  
tion de

D'autre part, si l'on prend en considération le fait que les conventions fiscales divisent le pouvoir d'imposition entre deux Etats, l'on reconnaîtra immédiatement que le « tax sparing » n'est pas une faveur accordée par l'Etat de la résidence. Les conventions fiscales ne sont négociées ou applicables que quand deux Etats sont simultanément en droit d'imposer le même événement à charge du même contribuable. Les conventions fiscales s'appliquent quand une double imposition surgirait à leur défaut. Quand un pays consent à signer une convention fiscale et accepte dès lors de limiter sa propre compétence, il reconnaît que son cocontractant dispose également d'une compétence concernant le même élément. En d'autres mots, en recourant à une convention fiscale, les deux Etats limitent leur propre compétence fiscale, reconnaissant la juridiction fiscale de leurs partenaires conventionnels. En signant un traité fiscal, un Etat accepte qu'il ne dépassera pas certaines limites matérielles qui sont consenties en faveur de son partenaire.

En prenant en considération un élément de revenu qui pourrait être imposé à la source jusqu'à une certaine limite, l'on peut voir que deux Etats ont réparti leurs compétences, déterminant que la compétence de l'Etat de la source atteindra telle limite et que la compétence de l'Etat de la résidence commencera à partir de cette limite. Ceci est extrêmement important pour mettre à jour la discussion concernant le « tax sparing » : l'on doit garder à l'esprit que le même élément de revenu serait soumis à deux autorités mais qu'elles ont partagé leur pouvoir d'imposition ; une autorité n'est pas supposée imposer au-delà de ses propres limites ; à défaut, elle taxerait un élément de revenu qui a été réservé par traité à l'autre autorité. Dès lors, si l'Etat de la source impose les résidents étrangers jusqu'à la limite prévue dans la convention fiscale, l'Etat de la résidence accordera un crédit équivalent à cet impôt. En d'autres mots, le pouvoir d'imposition de l'Etat de la résidence commence au point où celui de l'Etat de la source cesse.

Quand, toutefois, l'Etat de la source décide de ne pas imposer cet élément de revenu, l'Etat de la résidence affirme qu'aucun crédit ne devrait être accordé. L'on peut comprendre qu'en pratique l'Etat de la résidence taxerait un montant qui relève originairement de la compétence de l'Etat de la source.

En d'autres mots, le mécanisme de base du crédit ne fonctionne que comme un instrument pour répartir les pouvoirs d'imposition si l'Etat de la source exerce son pouvoir d'imposition de façon positive, c'est-à-dire s'il taxe pleinement l'élément

de revenu qui lui a été accordé. Si, toutefois, l'Etat de la source décide d'exercer son pouvoir d'imposition de façon négative, c'est-à-dire s'il décide de ne pas taxer l'élément de revenu, alors l'Etat de la résidence avance son droit de taxer le même élément.

De la façon dont le mécanisme de base du crédit est structuré actuellement, dès lors, l'Etat de la résidence ne semble pas prêt à reconnaître qu'il a originairement partagé son pouvoir d'imposition avec son partenaire conventionnel. Il ne reconnaît pas le droit du partenaire conventionnel d'exercer pleinement son autorité sur le montant qui lui a été réservé. La méthode du crédit ne fonctionne pas comme un mécanisme de répartition des pouvoirs d'imposition entre deux partenaires égaux. Au contraire, l'Etat de la résidence maintient une épée au-dessus de la tête de l'Etat de la source, le contraignant à imposer le montant qui lui a été accordé. Le droit souverain de l'Etat de la source d'exercer son pouvoir d'imposition est dès lors mis à mal : l'Etat de la résidence croit que l'imposition par l'Etat de la source serait une concession aux termes du traité mais, si l'Etat de la source décide de ne pas imposer, l'Etat de la résidence conservera sa compétence fiscale sur le montant total.

L'auteur avance que, de ce point de vue, l'on peut voir que le « tax sparing », particulièrement dans son approche de « matching credit », est un mécanisme qui a pour but de corriger la distorsion du mécanisme de base du crédit. Grâce à une clause de « tax sparing », l'Etat de la résidence reconnaît le droit de l'Etat de la source de taxer ou de ne pas taxer un élément de revenu qui a été soumis à sa juridiction.

Dès lors, une clause de « tax sparing » ou de « matching credit » n'est pas une faveur accordée par l'Etat de la résidence. En l'adoptant, l'Etat de la résidence confirme simplement qu'il n'a pas de droit d'imposition sur un élément de revenu qui a été réservé à l'Etat de la source.

### *C. Exemption par l'Etat de la résidence*

Quand les Etats de résidence avancent que les traités fiscaux ont pour but d'éviter la double imposition et que, dès lors, un crédit ne devrait pas être accordé si l'Etat de la source exonère un élément de revenu, l'on devrait également se demander pourquoi le même principe ne devrait pas être appliqué dans l'hypothèse opposée, à savoir si l'Etat de la résidence exonère un élément de revenu qui serait imposable dans l'Etat de la source.



Par les traités fiscaux, les Etats de la source limitent généralement leur propre pouvoir à un niveau établi dans le traité, qui tend à être moindre que le montant qui serait normalement dû par des non-résidents d'après la législation fiscale nationale de l'Etat de la source. Une bonne explication à cette fin est que les limites imposées à l'Etat de la source sont nécessaires afin d'accorder un pouvoir fiscal résiduel à l'Etat de la résidence.

Si l'on appliquait les mêmes arguments à cette situation que ceux qui sont utilisés contre le « tax sparing », l'on affirmerait que, dès lors qu'un Etat de la résidence n'impose pas un élément de revenu, aucune limite ne devrait être applicable à l'imposition par l'Etat de la source dès lors qu'il n'y aurait pas de risque de double imposition.

Dès lors, si un pays rejette les dispositions de « tax sparing », il devrait également accepter que les limitations au pouvoir fiscal de l'Etat de la source ne seraient applicables que si l'Etat de la résidence imposait le même élément de revenu. En d'autres mots, dès lors que les Etats de résidence avancent habituellement que le seul objectif des conventions fiscales est d'éviter la double taxation, les conventions fiscales ne devraient pas limiter l'imposition des Etats de la source, si les Etats de la résidence ne taxent pas un élément de revenu ou ils taxent cet élément de revenu à un niveau moindre que celui qui serait appliqué par l'Etat de la source. Ceci impliquerait un mécanisme complexe de crédit inversé, aux termes duquel les Etats de la source se verraient conférer le droit d'imposer un élément de revenu ou de compléter sa taxation si l'Etat de la résidence ne le faisait pas.

Evidemment, un tel mécanisme, outre sa complication, n'a jamais été pris en considération dans aucun traité fiscal. Il est présenté ici seulement comme un argument pour montrer que la prétention de l'Etat de la résidence d'imposer un montant réservé à l'Etat de la source présente une autre face qui devrait également être prise en compte. Bien qu'il semble absurde de considérer un pouvoir fiscal « résiduel » de l'Etat de la source, l'argument n'est pas différent de celui qui est employé par les Etats de résidence lorsqu'ils réclament la prérogative de taxer un élément de revenu réservé par le traité à l'Etat de la source.

#### V. — CONCLUSION :

#### TAX SPARING, POUVOIR D'IMPOSITION ET TERRITORIALITÉ

Le présent article montre qu'il y a eu un malentendu quand les pays ont discuté l'adoption du « tax sparing » dans leurs traités.

D'après la perspective traditionnelle de l'Etat de résidence, le « tax sparing » est conçu comme une concession accordée par les pays développés aux pays en développement. Si cette analyse est correcte, il est approprié de reconsidérer ce mécanisme et son efficacité, comme le propose le rapport OCDE. Telle semble être la raison pour laquelle la Belgique a insisté en vue de limiter la validité du mécanisme de « tax sparing » dans son traité avec le Brésil.

Toutefois, l'auteur a démontré dans le présent article que le « tax sparing », particulièrement si une disposition de « tax matching » est adoptée, peut être vu, au contraire, comme un mécanisme de reconnaissance partielle de la territorialité (41). En conséquence, par ce mécanisme, les Etats de la résidence reconnaîtraient le pouvoir d'imposition unique des Etats de la source sur le revenu ou une partie du revenu. Si des Etats de la source décidaient d'accorder un incitant fiscal, celui-ci serait considéré comme un sacrifice unilatéral fait par ces Etats, qui n'affecte pas les Etats de la résidence, car la matière fiscale se trouve en dehors de leur compétence.

Il est dès lors avancé qu'il est temps de reconsidérer le « tax sparing », mais pas dans le sens de la reconsidération de l'OCDE. Au lieu de rejeter simplement les dispositions de « tax sparing », l'auteur avance qu'elles devraient être renforcées et étendues aux traités entre pays développés. Ceux-ci, et non seulement les pays en développement, devraient se voir accorder la prérogative de décider de leur politique fiscale dans le cadre de la compétence qui leur a été réservée par le traité. Le « tax sparing » serait un pas en avant en direction de la reconnaissance du pouvoir d'imposition de chaque Etat. L'exercice de cette juridiction pourrait également s'opérer en taxant ou en ne taxant pas un élément de revenu.

D'un point de vue pratique, il est d'autre part avancé que les dispositions de « matching credit » sont plus adaptées que les dispositions de « tax sparing » *stricto sensu*, car les dernières dépendent de l'analyse de la législation interne de l'Etat de la source puisque les Etats énumèrent généralement les avantages à accorder. Les dispositions de « matching credit », d'autre part, se bornent à respecter la compétence de l'Etat de la source, établissant le point où le pouvoir d'imposition de l'Etat de la résidence commence.

LUIS EDOUARDO SCHOUERI  
Professeur titulaire de droit fiscal  
à l'Université de São Paulo

(41) K. VOGEL (note 7), Art. 23, ligne 195, p. 1648.