



Cahier de recherche
Continentalisation , 08-01
ISSN 1714-7638

Les impôts sur les revenus extraterritoriaux

LE CAS DU RÉGIME FISCAL DES SOCIÉTÉS DE VENTE À L'ÉTRANGER (FSC)

CHRISTIAN DEBLOCK



Centre Études internationales et Mondialisation
Institut d'études internationales de Montréal
Université du Québec à Montréal
C.P. 8888, succ. Centre-ville,
Montréal, H3C 3P8

FÉVRIER 2008

Tel : (514) 987 3000 # 3910
<http://www.ceim.uqam.ca>

Les opinions exprimées et les arguments avancés dans cette publication demeurent l'entière responsabilité de l'auteur-e et ne reflètent pas nécessairement ceux du Groupe de Recherches sur l'Intégration Continentale (GRIC) ou des membres du Centre Études internationales et Mondialisation (CEIM).

Résumé

Le litige sur le régime fiscal des sociétés de vente à l'étranger (FSC) opposa, d'abord au GATT puis à l'OMC, l'Europe communautaire aux États-Unis pendant plus de trente ans. Il est aujourd'hui clos, au bénéfice de l'Europe communautaire. L'OMC a définitivement statué sur le caractère discriminatoire de ce régime au motif que celui-ci contrevenait aux règles du GATT de 1994, à l'Accord relatif aux subventions et mesures compensatoires (SMC) et à l'Accord sur l'agriculture. Trois grandes leçons peuvent être tirées de ce litige. Premièrement, il démontre une fois pour toutes que l'OMC est un instrument efficace pour imposer des disciplines aux relations commerciales, mais également qu'il est possible de contrer la concurrence fiscale et ses effets discriminatoires lorsque les règles sont clairement définies. Par contre, et c'est la seconde leçon, il démontre également qu'un conflit peut en cacher un autre et surtout que les règles établies en matière de relations entre les sociétés mères et leurs filiales, notamment celles concernant les prix de transfert, sont inadaptées aux réalités contemporaines de la globalisation des activités et qu'en tout état de cause, elles ne règlent en rien le problème de l'évasion fiscale et encore moins celui de la concurrence déloyale qu'entraîne l'ajustement fiscal aux frontières. La troisième leçon que l'on peut tirer, c'est que, si, en tout état de cause, le régime fiscal dit de résidence est préférable au régime fiscal dit territorial, ce régime demande, pour être efficace, d'être généralisé et complété par un élargissement des disciplines commerciales à la fiscalité indirecte, aux exonérations fiscales et aux dépenses fiscales.

Cette note de recherche a pour objet de retracer sur le plan historique le litige qui opposa les États-Unis et l'Europe communautaire à propos du régime fiscal particulier accordé aux Sociétés de vente à l'étranger (*Foreign Sales Corporations*, FSC), et d'en tirer des leçons. Ce litige, extrêmement complexe, croise deux questions centrales : la non-discrimination en matière de commerce et la souveraineté en matière de fiscalité. Le système commercial repose sur un principe fondamental : l'égalité de traitement entre les parties. Ce principe trouve sa concrétisation dans l'article I du GATT de 1947, mais également dans les différents codes et accords qui forment l'infrastructure juridique du système commercial multilatéral. Parmi ces codes et accords, l'un des plus importants est celui qui porte sur les subventions et mesures compensatoires. Les premières dispositions destinées à régler les subventions remontent au Kennedy Round. Le code fit l'objet d'âpres discussions au Congrès des États-Unis, et celui-ci le rejeta finalement au motif premièrement que ses dispositions dépassaient le mandat de négociateur qui avait été confié au Président et deuxièmement qu'elles inféraient dans le pouvoir de légiférer du Congrès. Il faudra attendre les résultats du cycle de négociation de Tokyo pour que, finalement, le « code » devienne l'une des pièces maîtresses du système commercial. Actuellement, les subventions à l'exportation relèvent de l'Accord sur les subventions et les mesures compensatoires. De nombreuses zones grises et exceptions existent, mais les règles sont fortes et obligent les parties. Les exonérations et concessions fiscales sont également soumises à l'application de l'accord, du moins celles qui ne portent pas sur les impôts indirects, dont la TVA, qui font l'objet d'une entente particulière. Des règles existent, mais elles sont ambiguës lorsqu'il est question de fiscalité. Le problème se corse davantage lorsqu'il est question d'investissement : aucune règle n'existe en matière d'attractivité. Au contraire, c'est la concurrence qui prévaut dans ce domaine.

Revenir sur le cas des FSC présente un double intérêt. D'une part, il met en lumière la force des disciplines commerciales lorsque les règles sont claires et précises, mais également et inversement, la grande confusion qui peut régner dans les relations commerciales lorsqu'il y a ambiguïté, ce qui est particulièrement le cas lorsqu'on touche à la fiscalité. D'autre part, il est un révélateur des énormes retards pris par la coopération fiscale internationale, avec le résultat que la concurrence fiscale mine le principe de non-discrimination ou d'égalité de traitement sur lequel doivent reposer les relations commerciales internationales. Après avoir replacé le débat sur les FSC dans ce contexte, nous reviendrons sur les trois régimes fiscaux successifs que les États-Unis ont mis en place pour soutenir leurs industries d'exportation. Nous verrons comment et pourquoi ces régimes remettaient en question les règles commerciales, pour finalement tirer en conclusion quelques leçons d'un litige exemplaire.

CONTEXTE

Le litige sur le traitement fiscal des sociétés de vente à l'étranger (FSC)¹ trouve son origine lointaine dans l'entente fiscale intervenue au GATT en 1960, en vertu de laquelle la règle d'origine devait s'appliquer aux impôts directs (aucun ajustement aux frontières) et la règle de destination aux impôts indirects. Sous le régime de la règle d'origine, les droits sont prélevés et perçus sur le territoire du lieu de production, alors que sous celui de la règle de destination, les droits sont perçus là où les produits sont vendus. Lorsque la règle de destination s'applique, les produits importés sont soumis au même régime fiscal que les produits nationaux², mais par contre, les produits qui sortent du pays, sont exonérés de taxes à la consommation dans la mesure où ils seront taxés dans le pays d'accueil³. C'est ce qu'on appelle « l'Ajustement fiscal aux frontières » (AAF).

De prime abord, cela semble aller de soi et ne pas poser de problème : les entreprises, comme les particuliers, paient l'impôt là où elles ont leurs activités et, si elles exportent, leurs produits sont soumis sur le marché d'accueil au même régime fiscal que les produits de leurs concurrents locaux. En réalité, les choses sont beaucoup plus complexes. D'une part, même en supposant qu'il n'y ait aucun droit de douane, le principe de l'AAF peut entraîner d'importantes distorsions de prix sur les marchés, notamment lorsque les taux et les modalités d'application des taxes à la valeur ajoutée diffèrent dans les deux pays. D'autre part, le régime de l'AAF favorise les pays qui privilégient la fiscalité indirecte

¹ En Anglais, Foreign Sales Corporations. Pour un historique et un résumé du litige, voir David L. Brumbaugh, « Export Tax Benefits and the WTO: Foreign Sales Corporations and the Extraterritorial Replacement Provisions », *CRS Report for Congress*, RS20746, 24 janvier 2002. Et, « A History of the Extraterritorial Income (ETI) and Foreign Sales Corporation (FSC) Export Tax-Benefit Controversy », *CRS Report for Congress*, 9 novembre 2004 ; Gary Clide Hufbauer, « The Foreign Sales Corporation Drama: reaching the Last Act? », *International Economics Policy Briefs*, Washington, Peterson Institute for International Economics, novembre 2002. William M. Funk, « The Thirty Year Tax War », *Tax Notes*, octobre 2001 ; Michael Daly, « WTO Rules on Direct Taxation », *The World Economy*, vl. 29, n° 5, mai 2006, p. 527-557 ; Reuven S. Avi-Yonah, « Tax, Trade and Harmful Tax Competition: Reflections on the FSC Controversy (Foreign Sales Corporations) », *Tax Notes Internaional*, vol. 21, n° 25, 2000, pp. 2841-2845. Voir également le site de l'U.E. <http://trade.ec.europa.eu/wtodispute/show.cfm?id=152&code=1>

² L'article III du GATT qui traite du traitement national spécifie que les taxes intérieures et les réglementations intérieures ne devront pas être appliquées « aux produits importés ou nationaux de manière à protéger la production nationale ». En particulier, elles ne doivent pas être plus élevées que pour les produits locaux similaires, ni être appliquées de manière différentes. Il est également spécifié qu'en matière de la législation et de réglementation entourant la distribution des produits, les produits importés doivent se voir accorder un « traitement non moins favorable » que celui qui est accordé aux produits locaux similaires. Des obligations du même type s'appliquent aux prescriptions et restrictions quantitatives et au contrôle des prix intérieurs.

³ Un addendum à l'article XVI du GATT spécifie clairement que « L'exonération, en faveur d'un produit exporté, des droits ou taxes qui frappent le produit similaire lorsque celui-ci est destiné à la consommation intérieure, ou la remise de ces droits ou taxes à concurrence des montants dus ou versés, ne seront pas considérées comme une subvention. »

plutôt que la fiscalité directe ; on peut penser que les taux d'imposition directe y seront plus bas et, inversement, les taux d'imposition indirecte plus élevés, avec le résultat que, non seulement les entreprises paieront moins d'impôt, mais également qu'elles profiteront de l'avantage pouvoir exporter hors-taxe.

Ce qui vient compliquer les choses, c'est qu'en matière de fiscalité d'entreprise, il existe également deux grands régimes : le régime dit « territorial » et le régime dit du lieu de « résidence ». Pour dire les choses simplement, sous le régime territorial, un gouvernement ne peut imposer que les revenus dont la source se trouve sur leur territoire, alors qu'au contraire, sous le régime de résidence, un revenu qui provient d'un pays étranger sera imposé au même titre qu'un revenu dont la source est locale s'il est attribuable à une société ou à un particulier dont le lieu de résidence se trouve dans l'espace de juridiction. Le régime territorial dissocie donc les activités nationales des activités à l'étranger et, le plus souvent, accorde des exemptions et des déductions fiscales particulières, voire applique un taux d'imposition particulier sur les profits rapatriés, sous forme de dividendes en particulier. Le régime résidentiel consolide tous les revenus de l'entreprise, y compris ceux qui sont réalisés à l'étranger ou avec l'étranger.

Les États-Unis imposent les revenus des sociétés (ou des particuliers) sur une base résidentielle. Ainsi, une société incorporée aux États-Unis sera imposée pour l'ensemble de ses revenus, ce qui inclut non seulement les revenus qui proviennent de ses opérations aux États-Unis, mais également ceux qui proviennent des ventes à l'étranger et des filiales opérant à l'étranger. En principe, ce sont tous les revenus qui sont soumis à l'impôt des sociétés, toutefois des dispositions particulières existent pour les revenus des filiales. Celles-ci ne sont soumises au régime fiscal des sociétés que pour la partie de leurs opérations qu'elles font avec les États-Unis. Par contre, les revenus de la filiale autres que ceux qui proviennent d'une transaction avec un opérateur économique américain, ne sont pas imposés, du moins tant et aussi longtemps que les revenus ne sont pas rapatriés aux États-Unis⁴. Ce régime particulier pour les filiales à l'étranger vise à « niveler le terrain de la concurrence » avec les sociétés étrangères qui sont soumises au régime territorial et qui ne sont, en conséquence, imposées que sur les revenus générés sur le territoire ou entrant sur le territoire (dividendes)⁵.

⁴ Une filiale étrangère est une entreprise dont le capital est contrôlé, en général de façon majoritaire, par une société étrangère, appelée société ou maison mère. Contrairement aux succursales qui sont directement rattachées à la société d'origine et, de ce fait, soumises au régime fiscal du pays d'origine, les filiales de sociétés étrangères sont soumises au régime fiscal du pays d'accueil. Les profits qui y sont réalisés ne sont donc pas taxables dans le pays d'origine tant et aussi longtemps qu'ils sont conservés et réinvestis sur place.

⁵ La communauté européenne contestera ce « sursis » fiscal, considérant qu'il existait un double régime fiscal des sociétés, l'un pour les activités aux États-Unis et l'autre pour celles à l'étranger. En effet, même si l'on peut considérer que l'impôt n'est que différé, puisqu'un jour ou l'autre les revenus finiront par revenir aux États-

Le régime fiscal de résidence a l'avantage d'appliquer l'impôt sur l'ensemble des revenus ; il a, cependant, deux effets pervers : le premier, d'inciter les entreprises à créer des filiales là où les taux d'imposition sont peu élevés, voire inexistant, et le second, de pénaliser les exportations, donc l'emploi aux États-Unis. Pour contrôler les abus, des dispositions particulières ont été introduites par le législateur pour imposer certains revenus des filiales, que ceux-ci reviennent ou non aux États-Unis⁶. Par contre, le problème demeure pour les exportations : une société qui exporterait des produits fabriqués aux États-Unis pour les revendre ensuite verrait les revenus qu'elle tire de la transaction, imposés comme toute autre entreprise vendant sur le marché américain⁷. L'handicap peut devenir important si le pays en question (les États-Unis) privilégie la fiscalité directe plutôt que la fiscalité indirecte (Communauté européenne). L'article 16 du GATT sur les subventions considère qu'il y a subvention si le prix à l'international est inférieur au prix comparable sur le marché national. Or, comme les parties contractantes se sont entendues pour exclure des subventions les remises de taxes aux frontières, les entreprises exportatrices qui opèrent dans un pays qui, comme les États-Unis, applique le régime résidentiel et privilégie la fiscalité directe, sont de la sorte doublement pénalisées. Et ce pour deux raisons : d'une part, elles doivent supporter une charge fiscale plus importante que si elles opéraient à l'étranger et, d'autre part, les remboursements de taxes à l'exportation seront nécessairement inférieurs à ceux dont bénéficient les exportateurs des pays qui privilégient la fiscalité indirecte.

C'est pour corriger cette forme indirecte de discrimination commerciale, que les autorités américaines vont créer un régime fiscal particulier pour des entreprises qui produiraient aux États-Unis, mais vendraient hors des États-Unis. Ce régime serait, dans le fond, analogue à celui dont bénéficient les filiales à l'étranger, à la différence près cependant, et elle est fondamentale, que les revenus resteraient aux États-Unis et que les entreprises créeraient des emplois aux États-Unis.

Unis, les pratiques d'entreprises et les opérations entre filiales font en sorte qu'il est très difficile de faire « disparaître » ces revenus. En clair, différer l'impôt, revient à l'oublier.

⁶ Parmi ces revenus, on retrouve surtout les revenus qui proviennent des investissements de portefeuille. Cette partie du code fiscal américain est connue sous le vocable « Subpart F ». Entre autres obligations à respecter, les filiales doivent être à contrôle majoritaire et les actionnaires américains doivent détenir au moins 10 pour cent des actions ; la filiale doit également être un établissement dit « actif », dans le sens où les investissements « actifs », autrement dit productifs, doivent représenter au moins 50 pour cent des actifs et les revenus « actifs » aussi 50 pour cent des revenus.

⁷ Là encore, pour éviter les abus et appliquer le principe d'équité fiscale, les autorités imposent des règles précises, notamment l'application du prix de transfert concurrentiel (*arm's length price*). Mais, même dans ce cas, on peut présumer que la société mère ne pourra déduire qu'un faible montant de dépenses sur les opérations de sa filiale.

LES SOCIÉTÉS DOMESTIQUES DE VENTES INTERNATIONALES (DISC)

C'est en 1969 que la proposition d'introduire des aménagements fiscaux particuliers pour les entreprises exportatrices fut présentée au Congrès, en réaction aux mesures d'harmonisation que la Communauté économique européenne avait commencé à établir en matière de fiscalité indirecte (TVA)⁸. La proposition ne connut pas de succès, le Congrès considérant qu'il s'agissait d'une nouvelle façon pour les entreprises d'échapper à l'impôt et non d'une mesure de soutien des exportations. Elle reviendra cependant sur la table au mois d'août 1971 dans le cadre de la Nouvelle politique économique (*New Economic Policy*) et sera définitivement adoptée dans le cadre de la loi fiscale (*Revenue Act of 1971*) qui sera promulguée par le président Nixon le 10 décembre 1971, pour entrer en vigueur le 1^{er} janvier 1972⁹.

En créant un nouveau type de société, les Sociétés domestiques de ventes internationales ou DISC, la loi visait à accorder aux exportateurs américains un traitement comparable à celui des entreprises américaines produisant à l'étranger, à corriger le désavantage compétitif dont pâtissaient les exportateurs américains vis à vis de leurs concurrents sur les marchés internationaux et, en bout de ligne, à stimuler les exportations et à créer des emplois aux États-Unis¹⁰. Le principe était simple : une société crée une autre société, en fait fictive ou dite «de papier» (*paper corporation* ou *paper broker*)¹¹, qui aura pour mandat exclusif de vendre à l'étranger. Ces sociétés, appelées sociétés domestiques de ventes internationales (*Domestic International Sales Corporations*, DISC) bénéficieront du même régime fiscal que les filiales à l'étranger. Autrement dit, elles pourront différer l'impôt, tant et aussi longtemps que des dividendes ne seront pas versés à la société-mère.

En pratique, les impôts sur 50 pour cent des revenus à l'exportation pouvaient ainsi être reportés indéfiniment¹², à condition que 95 pour cent des recettes ou des actifs soient

⁸ Les autorités américaines jugeaient ces mesures discriminatoires en raison des exemptions à l'exportation.

⁹ Deux des grands objectifs de cette loi était de relancer la croissance économique par des réductions d'impôt et de corriger les déséquilibres extérieurs en complétant les mesures restrictives du mois d'août par des mesures de stimulation des exportations.

¹⁰ Un autre de ses objectifs était de donner aux exportateurs américains des avantages fiscaux comparables à ceux dont bénéficiaient leurs concurrents.

¹¹ Les DISC ressemblaient davantage à des maisons de courtage qu'à de véritables filiales.

¹² La proposition initiale de la Maison Blanche était de couvrir 100 pour cent des revenus. Le Congrès imposa également l'obligation de ne pas réinvestir les impôts reportés dans la production à l'étranger. Il s'agissait de la sorte de favoriser les exportations, donc la production aux États-Unis, plutôt que la production à l'étranger. Le programme DISC sera révisé en 1975 et 1976 et, en bout de ligne, ce ne sera pas 50 pour cent des revenus d'exportation qui pourront être différés, mais plutôt entre 16 et 33 pour cent.

qualifiés¹³. Prenons l'exemple hypothétique suivant. Supposons qu'une entreprise vende directement son produit à l'étranger, pour une valeur de 2 000 000 \$, et que le revenu (profit) qu'elle réalise sur cette transaction soit de 500 000 \$. En admettant que le taux d'imposition des sociétés soit de 50 %¹⁴, l'impôt qu'elle versera sera donc de 250 000 \$. Supposons maintenant que l'entreprise crée une DISC et que ses ventes et ses revenus à l'exportation soient également de 2 000 000 \$ et de 500 000 \$. En supposant que l'entreprise choisisse la formule la plus simple¹⁵, soit celle qui lui permet de différer 50 pour cent des revenus consolidés, cela signifie, dans le cas présent, qu'elle n'est obligée de payer l'impôt que sur 250 000 \$ de revenus, soit 125 000 \$ (l'impôt sur le 250 000 \$ restant étant différé). Autrement dit, la création d'une société d'exportation permet à l'entreprise en question de n'être imposé qu'au taux de 25 pour cent au lieu du taux habituel de 50 pour cent.

La formule était aussi originale qu'attrayante, mais elle sera immédiatement contestée au GATT par la Communauté européenne¹⁶. Celle-ci engagera la procédure de consultation, puis, en mai 1973, la procédure formelle de contestation¹⁷, au motif qu'elle constituait une subvention à l'exportation. Les États-Unis réagiront, à leur tour, en accusant la France, la Belgique et les Pays-Bas de contrevenir eux-mêmes aux règles commerciales en exemptant d'impôt les revenus des filiales à l'étranger ou en leur appliquant de faibles taux d'imposition¹⁸. Le groupe de travail chargé d'arbitrer le litige conclura finalement le 12 novembre 1976 que le régime fiscal américain (1) constituait une subvention illégale à l'exportation et (2) que les prix et les relations entre les sociétés mères et leurs filiales n'obéissaient pas au principe de pleine concurrence (PPC)¹⁹. Par contre, il donnera

¹³ Les prêts à une société-mère pour financer les dépenses de R & D, les stocks ou les investissements productifs pouvaient être considérés comme des actifs liés à l'exportation et, donc, comme des dépenses déductibles en autant qu'elles ne dépassaient pas les ventes à l'exportation. Les dividendes versés aux actionnaires des DISC étaient, par contre, imposés selon les normes habituelles.

¹⁴ Le taux d'imposition pour les revenus supérieurs à 25 000 \$ était à l'époque de 48 pour cent. (Loi fiscale de 1971).

¹⁵ Il y en avait trois : (1) 4 pour cent des recettes d'exportation qualifiées ; (2) 50 pour cent des revenus combinés de l'entreprise et de sa filiale ; (3) le prix de concurrence tel que défini par le code fiscal.

¹⁶ Le régime fiscal américain traite les exportations comme des revenus imposables et les importations comme des dépenses déductibles. De la sorte, les exportations sont doublement subventionnées : d'une part, les entreprises qui produisent aux États-Unis et vendent à l'étranger peuvent déduire 50 pour cent de leur revenu provenant de l'exportation comme revenu étranger ; d'autre part, les entreprises peuvent également déduire de leurs revenus la partie qui est attribuable à des revenus qui proviennent de l'étranger. William G. Gale, « The Tax Treatment of Foreign Income : Issues and Options » Testimony submitted to United States House of Representatives Committee on Ways and Means Subcommittee on Select Revenue Measures, 9 mai 2002, p. 3.

¹⁷ Pour une analyse juridique du différend, voir John H. Jackson, « The Jurisprudence of International Trade : The DISC Case in Gatt », *The American Journal of International Law*, vol. 72, n° 4, octobre 1978, pp. 747-781.

¹⁸ Les États-Unis voulaient que dossier soit examiné par un seul groupe d'arbitrage. Ils n'obtiendront pas gain de cause, mais, par contre, ils s'assureront que les arbitres soient les mêmes dans les quatre groupes d'arbitrage. Voir à ce sujet John J. Jackson, *op. cit.*

¹⁹ Les arbitres conclurent que le régime fiscal des DISC conférait un avantage fiscal aux exportateurs, que cet avantage était destiné à augmenter les exportations et qu'il y avait un détournement des ressources en faveur du

également raison aux États-Unis en statuant que le régime fiscal des trois autres pays constituait une « exemption partielle » de l'impôt sur les sociétés et contrevenait donc aussi à l'article 16 du GATT relatif aux subventions. Par contre, pour les arbitres, le fait que le système fiscal européen fût une source de distorsions, ne justifiait par pour autant le fait de créer d'autres distorsions.

Pour reprendre les mots de Brumbaugh, tous les plaignants avaient gagné, mais l'on était néanmoins dans une impasse²⁰. D'un côté, les trois pays concernés et, derrière eux, la CEE voulaient que la décision contre les DISC soit adoptée par le Conseil du GATT ; de l'autre, les États-Unis étaient prêts à apporter quelques amendements à leur programme, mais réclamaient, en contrepartie, que le Conseil reconnaisse le caractère discriminatoire du système fiscal territorial. Rien ne bougera et ce, même si les négociations du cycle de Tokyo avaient permis de trouver une entente sur les subventions²¹. C'est finalement, en décembre 1981, que le Conseil devait entériner les rapports, accompagnés d'un Mémoire d'interprétation qui reconnaissait, entre autres, (1) que les gouvernements n'étaient pas soumis à l'obligation d'imposer les activités de leurs entreprises à l'étranger, (2) que le principe de concurrence devait s'appliquer dans les relations entre les sociétés mères et leurs filiales et (3) que les mesures prises pour corriger les problèmes de double taxation des revenus à l'étranger étaient autorisées. En clair, cela revenait à donner raison à tout le monde. La trêve sera cependant de courte durée.

Ce compromis obtenu, le Conseil du GATT pressera alors les États-Unis de modifier leur législation pour se conformer aux règles commerciales en vigueur, ce qu'ils feront en 1984 dans le cadre de la loi sur la réduction du déficit (*Deficit Reduction Act of 1984*), mais non sans mettre en place un nouveau programme fiscal favorable aux exportations.

secteur d'exportation. La démonstration de ceci n'était guère difficile à faire puisque c'était justement à ces fins que celui-ci avait été créé.

²⁰ David L. Brumbaugh, « A History... », *op. cit.*

²¹ On retrouve à l'annexe du code sur les subventions une liste exemplative de subventions à l'exportation. Les paragraphes e) à i) portent sur la fiscalité. Le paragraphe e) est on ne peut plus clair : « Exonération, remise ou report, en totalité ou en partie, des impôts directs ou des cotisations de sécurité sociale acquittés ou dus par des entreprises industrielles ou commerciales, qui leur seraient accordés spécifiquement au titre de leurs exportations. »

LES SOCIÉTÉS DE VENTE À L'EXPORTATION (FSC)

Les DISC opéraient sur le territoire américain. Les États-Unis répliqueront aux Européens en autorisant la création d'un nouveau type de société : les Sociétés de ventes à l'étranger (*Foreign Sales Corporations*, ou FSC)²². L'astuce tient au fait qu'à la différence des DISC, les FSC opèrent à l'étranger, ce qui va permettre de leur accorder un traitement similaire sur le plan juridique à celui des filiales ordinaires, mais particulier sur le plan fiscal en autant cependant que leurs opérations sont reliées des exportations qualifiées en provenance de la maison mère. La seconde originalité du système, c'est que ces dernières pourront, elles-mêmes, déduire de leurs revenus imposables la totalité des dividendes rapatriés de leurs FSC, ce qui revient à leur accorder un traitement fiscal analogue à celui qui est accordé aux intérêts et aux royautés²³. Voyons comment fonctionnait le système.

Rappelons tout d'abord que l'impôt est prélevé sur l'ensemble des revenus que tire une entreprise de ses activités, mais que les filiales qui sont enregistrées à l'étranger ne paient des impôts que sur les revenus qui découlent d'une opération commerciale avec une entreprise ou un opérateur aux États-Unis. Ensuite, le système porte sur les «revenus réalisés à l'exportation» de la vente ou de la location-vente de produits américains dont le contenu en produits importés ne dépasse pas 50 pour cent. Par ailleurs, il faut que la FSC soit créée et incorporée dans un pays étranger (ou un territoire américain) avec lequel les États-Unis ont soit une convention fiscale bilatérale soit un accord bilatéral (ou multilatéral) d'échange d'information. La FSC doit également remplir certaines conditions. Elle ne doit pas avoir plus de 25 actionnaires ni émettre des actions préférentielles. Elle doit également avoir un bureau, une comptabilité et une banque, verser des salaires, des droits et des dividendes, tenir des réunions du Conseil d'administration ou des actionnaires et avoir au moins un administrateur qui ne soit pas américain. Sur papier, du moins, la FSC est donc une entité juridique distincte de la maison mère, et, comme elle opère à l'étranger et que, par ailleurs, elle y mène des activités économiques et de gestion, on peut l'assimiler à une filiale et, partant, distinguer entre ses propres revenus et ceux de la maison mère. Sur quelle base ? C'est là que les choses se compliquent.

²² Une première version du programme sera présentée en 1982 dans le cadre de l'*Export Sales Corporation Act of 1982*. Le projet de loi sera cependant rejeté par les comités du Congrès. Une nouvelle version sera introduite en 1983 (*Foreign Sales Corporation Act of 1983*), pour finalement être intégrée au *Tax Reform Act of 1984*. Voir à ce sujet Phillip L. Jelsma, « The Making of a Subsidy, 1984 : The Tax and International Trade Implications of the Foreign Sales Corporation Legislation », *Stanford Law Review*, Vol. 38, N° 5, mai 1986, pp. 1327-1362.

²³ Il existe trois grandes catégories de revenus : les revenus actifs, c'est-à-dire les revenus qui sont liés à la fourniture d'un service ; les revenus passifs, qui proviennent de la location de propriété, de rentes ou d'opérations à contrôle minoritaire ; et les revenus de portefeuille, qui incluent les dividendes, les royautés, les intérêts et les gains de capital.

La méthode habituelle dans le calcul des prix de transfert est celle du prix de pleine concurrence (PPC). Si c'est cette méthode qui est utilisée, 30 pour cent des revenus tirés des transactions entre la FSC et la société mère pourront ainsi être exonérés d'impôt. La méthode présente peu d'avantages sur le plan fiscal. Aussi, comme pour les DISC, les autorités américaines ont pris soin d'offrir une autre possibilité : la méthode dite « administrative ». En fait, ce n'est pas une mais deux méthodes « administratives » qui peuvent être appliquées : soit la société mère alloue 23 pour cent des revenus (imposables) combinés liés à l'exportation, soit elle alloue à sa FSC 1,83 pour cent des recettes brutes d'exportation, sous réserve toutefois que la part allouée à la FSC ne dépasse pas 46 pour cent du revenu total imposable. Peu importe laquelle des deux méthodes l'entreprise retient, dans les deux cas, 15/23^{ème} du revenu de la FSC sera exonéré d'impôt. En bout de ligne, on arrive à un résultat assez semblable à celui des DISC, soit une exemption fiscale sur les revenus liés à l'exportation qui varie entre 15 et 30 pour cent.

Le régime fiscal présentait de nombreux avantages, et de nombreuses multinationales s'en sont prévalu. Les secteurs qui en ont le plus profité ont été les secteurs du matériel de transport, de l'équipement électrique, de la chimie et de la machinerie, et, dans une moindre mesure le secteur agricole²⁴. Une étude réalisée par Daniel S. Hollick, 4 200 demandes furent remplies en 2000 et plus de la moitié (52 %) des FSC étaient incorporées dans les Îles vierges américaines et plus du tiers (35 %) à la Barbade²⁵. Le problème vient peut-être moins du nombre que du fait que ce sont surtout les grands groupes, comme Microsoft, Boeing, Caterpillar, Genera Electric qui en ont profité le plus²⁶. Par contre, comme le souligne Brumbaugh²⁷, il ne faut pas non plus surestimer l'ampleur de l'avantage fiscal, encore moins son impact économique. Ses propres calculs montrent qu'en prenant pour base le taux marginal d'imposition de 35 pour cent, le régime fiscal ramène celui-ci à 31 pour cent si l'exonération est de 15 pour cent et 27,3 pour cent si l'exonération fiscale est de 30 pour cent. Sur le plan commercial, l'impact sur les exportations n'aurait été, entre 1996 et 2000, que de 0,24 et de 0,42 pour cent selon que l'exonération est de 15 ou de 30 pour cent, et de 0,17 et 0,29 pour cent dans les deux cas pour les importations. En fait, même si le Département du Trésor a pris toutes les mesures nécessaires pour éviter les abus et empêcher l'évasion fiscale, le dossier va néanmoins rebondir à l'OMC, au motif que le

²⁴ Les données montrent qu'entre 1992 et 1996, 87 pour cent des avantages fiscaux étaient concentrés dans le secteur manufacturier.

²⁵ Daniel S. Holik, « Foreign Sales Corporations, 2000 », *Statistics of Income, SOI Bulletin*, décembre 2003.

²⁶ L'Union européenne a estimé à 1,6 milliard de dollars le montant total de l'avantage fiscal dont aurait profité Boeing entre 1995 et 2005. Dans le dossier préparé contre le programme ETI, elle fera valoir que Boeing bénéficierait d'avantages fiscaux estimés à quelque 615 millions de dollars supplémentaires sur dix ans grâce à la clause d'exemption pour antériorité (clause grand-père).

²⁷ David L. Brumbaugh, « The Foreign Sales Corporation (FSC) Tax benefit for Exporting: WTO Issues and Economic Analysis », *CRS Report for Congress*, RL30684, décembre 2000.

programme des FSC, tout comme celui des DISC, constituait une subvention destinée à promouvoir les exportations.

Le commissaire européen au commerce avait, dès la mise en place du programme des FSC, fait part de ses réserves, mais, curieusement, les choses demeureront en l'état pendant près de quinze ans, du moins le temps que l'on complète les négociations du cycle d'Uruguay et que l'on mette en place l'OMC et son mécanisme de règlement des différends. Chacun semblait se satisfaire du compromis de 1981. C'est en novembre 1997 que les choses vont bouger et que l'Union européenne va saisir l'OMC et demander des consultations. Comme celles-ci n'aboutiront pas, l'Union européenne demandera la formation d'un groupe d'arbitrage en juillet 1998, arguant que les FSC violaient l'article 3.1. (a) de l'Accord sur les subventions et mesures compensatoires (SMC) qui stipule que sont prohibées les « subventions subordonnées, en droit ou en fait, soit exclusivement, soit parmi plusieurs autres conditions, aux résultats à l'exportation, y compris celles qui sont énumérées à titre d'exemple dans l'Annexe I ». Pour les Européens, les États-Unis violaient cet article de deux façons : (1) il y avait exonération fiscale à des fins d'exportation, donc subvention, et (2) les méthodes administratives dérogeaient au principe du prix concurrentiel. Les États-Unis argueront de leur côté que la légalité des systèmes de taxation territoriaux avait été reconnue par le GATT et qu'à toutes fins pratiques, le régime particulier pour les FSC entrait dans cette catégorie.

Le groupe d'arbitrage donnera raison aux Européens en juillet puis en octobre 1999²⁸, laissant aux États-Unis jusqu'au 1^{er} octobre 2000 pour changer leur législation. Le groupe d'arbitrage statuera, en effet, que le FSC était une mesure systématique pour exempter certains revenus de l'impôt, « oublier » ceux qui étaient dus et soutenir les exportations en violation de l'Accord SMC. Pis, il laissera totalement de côté le compromis de 1981, au motif que les choses avaient changé et que, depuis, l'Accord SMC avait clarifié les choses. L'Union européenne avait également invoqué l'Accord sur l'agriculture qui vise à limiter les subventions à l'exportation ; sur ce point, elle obtint aussi gain de cause.

²⁸ Le groupe spécial considèrera que le régime des FSC contrevenait aux dispositions de l'Accord relatif aux subventions et mesures compensatoires (Accord SMC) et à celles de l'Accord sur l'agriculture, et qu'en conséquence il constituait une subvention illégale.

LES REVENUS EXTRATERRITORIAUX (ETI)

Les États-Unis porteront le dossier en appel, mais le groupe d'appel statuera à nouveau en faveur de l'Union européenne le 24 février 2000, et l'ORD demandera, en mars 2000, aux États-Unis d'abroger le régime fiscal²⁹. Une fois la décision confirmée en appel, les États-Unis auront jusqu'au 1^{er} novembre 2000 pour changer leur législation. La loi sera effectivement modifiée. Le président Clinton promulguera, le 15 novembre 2000, une nouvelle loi qui viendra abroger les dispositions litigieuses relatives aux FSC pour les remplacer par de nouvelles dispositions sur les revenus extraterritoriaux. La loi de 2000 sur les revenus extraterritoriaux (*Extra Territorial Income Act*), communément appelée ETI, ne changeait en fait pas grand chose, et sera immédiatement contestée par l'Union européenne. Le 29 janvier 2002, l'Organe d'appel lui donnera une nouvelle fois raison : le régime ETI était incompatible avec le GATT de 1994, avec l'Accord relatif aux subventions et mesures compensatoires (SMC) et avec l'Accord sur l'agriculture³⁰. Le 25 avril 2003, l'Organe de règlement des différends de l'OMC autorisera l'Union européenne à prendre des contre-mesures à hauteur de 4043 millions de dollars. L'Union européenne laissera toutefois aux

²⁹ L'un des points en litige concernait le fait que qu'un pays membre de l'OMC ne peut adopter une méthode pour réduire l'impact de la double taxation qui soit spécifique au revenus tirés de l'activité d'exportation et différent du régime général. Les États-Unis ont allégué le fait que le Conseil du GATT avait statué en 1981 sur le principe de concurrence (*arm's length principle*) dans les relations entre les sociétés mères et leurs filiales et autorisé les parties contractantes à prendre des mesures particulières pour éviter la double taxation. Le groupe spécial avait décidé de laisser de côté cette jurisprudence et de ne s'appuyer que sur les règles de l'Accord SMC et de l'Accord sur l'agriculture. Voir à ce sujet Stanley I. Langbein, «United States – Tax Treatment for 'Foreign Sales Corporations'». WTO Doc. WT/DS108/AB/R», *The American Journal of International Law*, Vol. 94, 2000, pp. 546-555.

³⁰ Très sensible au respect des règles de l'OMC, le Représentant au commerce de l'époque, Robert B. Zoellick, fera un vibrant plaidoyer devant la Commission des voies et moyens de la Chambre des représentants le 26 février 2003 pour inviter le Congrès à se plier aux décisions de l'organisation internationale et à modifier la législation, notamment celle portant sur les FSC/ETI et sur l'amendement Byrd. Par contre, celui-ci relancera le dossier litigieux des subventions sur les avions. Après plusieurs années de conflits entre les États-Unis et l'Europe communautaire, une clause de paix était finalement intervenue entre les deux puissances sur le commerce des avions civils de grande capacité en 1992. L'entente mettra temporairement un terme au différend, ce qui facilitera d'ailleurs la conclusion du cycle d'Uruguay, et permettra de contourner l'Accord SMC de 1994. La campagne présidentielle de 2004, la fermeté affichée par l'Union européenne dans le dossier FSC/ETI et la détérioration des relations transatlantiques, avec la France en particulier, pousseront les États-Unis à porter le dossier des aides publiques à Genève, ce qu'ils feront le 6 octobre 2004. Ils laisseront de côté, cependant, le recours à l'arbitrage pour privilégier la négociation bilatérale, comme l'avait proposé le nouveau Commissaire européen au commerce Peter Mandelson. Le nouveau Représentant au commerce, Robert Portman, ne suivra toutefois pas les traces de son prédécesseur, tant et si bien que, dans un contexte marqué par la nouvelle offensive européenne contre le régime des revenus extraterritoriaux, les États-Unis demanderont, le 31 mai 2005, l'arbitrage de l'OMC propos des aides publiques (1,7 milliards de dollars) versées à Airbus pour la construction de l'A-350. Immédiatement, le même jour, l'Europe demandera à son tour l'arbitrage de l'OMC au motif que Boeing avait reçu plus de 7 milliards de dollars de subventions depuis 1992, avait bénéficié de plus de 20 milliards de dollars d'aides de la NASA et du Pentagone et continuerait de bénéficier du régime fiscal sur les revenus extraterritoriaux à hauteur de quelque 200 millions de dollars par année. Depuis, le dossier suit son cours et l'on s'attend à ce que le groupe d'arbitrage de l'OMC produise son rapport au milieu de l'année 2008.

États-Unis le temps de s'ajuster et, après entente à l'OMC le 8 décembre 2003, ceux-ci auront jusqu'au 1^{er} mars 2004 pour remplacer leur loi³¹.

La nouvelle loi, la Loi sur la création d'emplois (*American Jobs Creation Act of 2004*), promulguée par le président Bush le 22 octobre 2004, viendra effectivement abroger le régime fiscal relatif aux revenus extraterritoriaux³². La loi prévoyait cependant que les sociétés ou les particuliers pourraient encore bénéficier des abattements fiscaux sur leurs revenus extraterritoriaux à hauteur de 80 % pour les transactions effectuées en 2005 et de 60 % pour celles effectuées en 2006. Ces dispositions pouvaient, à la rigueur, être acceptables ; ce qui l'était par contre beaucoup moins, c'était le fait que les dispositions antérieures continueraient de s'appliquer aux transactions liées à un «contrat contraignant» signé avant le 17 septembre 2003, ce qui revenait à donner un avantage particulier aux entreprises dont les délais de livraison sont normalement longs.

L'Union européenne saisira l'OMC, et un groupe spécial sera constitué en mai 2005. Le groupe constatera dans le rapport qu'il présentera en septembre 2005, que les États-Unis contrevenaient à la décision de l'ORD sur les deux plans à la fois : en accordant des mesures de transition d'une part et en exemptant pour droits acquis (*grandfather's clause*) les contrats conclus avant septembre 2003 d'autre part. En d'autres termes, cela revenait à reconnaître que, malgré les changements apportés à la législation, les États-Unis continuaient de subventionner illégalement certains exportateurs, notamment ceux qui exportaient des biens d'équipement et des aéronefs civils, autrement dit General Electric et Boeing... L'Organe d'appel de l'OMC confirmera la décision du groupe spécial en février 2006, et, en mars, l'ORD autorisera l'Union européenne à imposer de nouveau des mesures de rétorsion. Finalement, le Congrès des États-Unis abrogera les clauses grand-père le 11 mai 2006, soit quelques jours à peine avant que les mesures de rétorsion ne deviennent applicables. En clair, le dossier est désormais clos, mais pas celui qui oppose Boeing et Airbus et qui devrait rebondir en 2008.

³¹ L'Union européenne imposera effectivement des contre-mesures à partir de mars 2004, de manière progressive toutefois. Des droits de douane de 5 pour cent seront imposés sur une large gamme de produits sensibles, avec possibilité de les augmenter de 1 pour cent par mois jusqu'à hauteur de 17 pour cent, ce qu'elle fera ; en octobre 2004, le taux moyen était de 12 pour cent. La mesure a certainement eu des effets sur le Congrès.

³² Il est intéressant de relever que, selon les estimations du *Joint Committee on Taxation* (JCT), l'abrogation des dispositions relatives aux revenus extraterritoriaux devait entraîner une augmentation des recettes fiscales fédérales de l'ordre de 16,4 milliards de dollars sur la période 2005-2009 et de 22,8 milliards de dollars sur la période 2010-2014, soit en tout 49,2 milliards de dollars sur dix ans. Par contre, les dispositions ETI ont été remplacées par de nouvelles déductions fiscales sur les revenus des sociétés opérant aux États-Unis. Ces nouveaux avantages fiscaux sont estimés à 22,5 milliards de dollars sur la période 2005-2009 et à 54 milliards de dollars sur la période 2010-2014, soit au total 76,5 milliards de dollars sur dix ans. Autrement dit, ce que le gouvernement fédéral a repris d'une main, il l'a redonné de l'autre, avec au bout du compte un manque à gagner net de 27,3 milliards de dollars sur dix ans. (Congressional Budget Office, *H.R. 4520. American Jobs Creation Act of 2004*, 9 novembre 2004, <http://www.cbo.gov/ftpdoc.cfm?index=6007&type=0&sequence=0>).

QUELQUES REMARQUES POUR CONCLURE

Le dossier des FSC était particulièrement complexe et, d'une façon générale, les médias et l'opinion publique n'y accordèrent que peu d'attention, sinon pour dénoncer le protectionnisme américain, se réjouir du fait que les États-Unis avaient été pris à leur propre piège et applaudir la décision de l'OMC. Le litige dura, faut-il le rappeler, plus de trente ans et, de tous les litiges que l'OMC (et avant lui le GATT) dut arbitrer, ce fut sans aucun doute le plus délicat et celui qui déboucha les plus lourdes pénalités jamais imposées à l'un de ses membres. Les États-Unis ont fini par se soumettre à la décision, non sans cependant accorder de nouveaux « cadeaux » fiscaux aux entreprises et, en représailles, rompre l'accord de paix avec l'U.E. sur les subventions accordées à Airbus. À cet égard, le dossier n'aurait sans doute jamais pris l'ampleur qu'il a connue, n'eussent été de l'agressivité des Européens et de l'enjeu commercial qu'il représentait. En fait, même si le litige portait sur la « légalité » du régime fiscal américain, force est de constater que celui-ci a toujours été extrêmement politisé et que, derrière le débat juridique, se profilaient de puissants intérêts commerciaux. L'importance des montants que l'Union européenne se verra autorisée à appliquer en contre-mesures montre à quel point les enjeux étaient de taille, d'autant que les filiales étrangères aux États-Unis, ce qui incluait les filiales de sociétés européennes, pouvaient bénéficier des mêmes avantages fiscaux que les entreprises américaines. On peut également se demander ce qu'il en serait advenu si le litige avait opposé les États-Unis à un acteur de plus petite taille ou moins tenace que l'Europe communautaire, mais, en bout de ligne, c'est le résultat qui compte : alors que sous le régime du GATT, une trêve commerciale était finalement intervenue entre les deux parties, sous le régime de l'OMC les États-Unis n'ont eu d'autre choix que de se conformer à la décision de l'ORD. Les pénalités étaient, certes, énormes, mais autant il était difficile pour les États-Unis de ne pas être cohérent avec eux-mêmes et de ne pas respecter les règles qu'ils demandent aux autres de respecter dans un dossier qui touchait aux principes fondamentaux du système commercial multilatéral. Mais, malgré toutes ces réserves, une première leçon peut être tirée de ce litige : non seulement le mécanisme de règlement des différends de l'OMC a montré son efficacité, apportant par le fait même une très grande légitimité à l'organisation, mais les décisions successives des groupes d'arbitrage démontrent que la fiscalité fait également partie des règles commerciales et que, dans ce sens, l'utilisation abusive des impôts à des fins commerciales est assimilable à une forme de subvention.

Par contre, et c'est là que le bât blesse, d'une part, les disciplines de l'OMC ne portent que sur le commerce ou les investissements liés au commerce et, d'autre part, la fiscalité indirecte échappe à ces disciplines en vertu de l'entente fiscale de 1960 sur l'ajustement aux

frontières. Certains auteurs, comme Maricela Robles par exemple ³³, sont d'avis que l'OMC peut être un instrument efficace pour contrer la concurrence fiscale et ses effets insidieux tant sur le fonctionnement des marchés que sur le financement des services publics. Il est en effet fort étrange que le système commercial multilatéral condamne toute mesure publique qui aurait pour effet de détourner le commerce ou de créer un avantage comparatif artificiel, mais que, pour ce qui concerne l'investissement, on tienne un tout autre langage ³⁴. Pis, les défenseurs de la concurrence fiscale ne manqueront pas de vanter les avantages de cette concurrence sur les choix des acteurs économiques ou sur le développement des pays, quitte à oublier l'évasion fiscale qu'elle favorise également et les nombreux échecs que masquent les rares réussites spectaculaires. Pourtant, si l'on se place du point de vue des distorsions de marché, le préjudice est aussi grand lorsque la fiscalité est utilisée pour attirer l'investissement qu'il ne l'est lorsqu'il s'agit de promouvoir les exportations. Sur ce plan, il y a un vide institutionnel que les pays membres de l'OMC sont d'autant moins prêts à combler que chacun y trouve son avantage, du moins en apparence. À défaut de prendre cette voie, pourtant conforme à l'esprit de l'OMC, les pays ont préféré prendre celle beaucoup moins contraignante des codes de conduite et des principes directeurs. C'est celle que préconise l'OCDE, voire désormais l'Union européenne, mais elle ne conduit pas à l'élimination graduelle de la concurrence fiscale par le respect des disciplines de marché ; son seul résultat est d'introduire une éthique de la fiscalité et de condamner au nom de cette éthique les pratiques pudiquement qualifiées de « dommageables » ³⁵.

L'autre aspect du problème tient au traitement particulier dont fait l'objet la fiscalité indirecte. L'argument classique veut qu'un impôt indirect comme la TVA par exemple améliore la compétitivité internationale d'un pays à cause de l'ajustement fiscal aux frontières. L'application de la TVA aux importations pénalise celles-ci, alors qu'au contraire, le remboursement de la TVA sur les exportations stimule ces dernières. L'effet est cependant de courte durée. Le problème vient plutôt des choix politiques qui sont faits de privilégier une fiscalité directe ou indirecte. Cette question n'est pas étrangère au litige sur les FSC, le régime fiscal américain privilégiant l'imposition des revenus plutôt que la consommation. Modifier le régime fiscal et généraliser la taxe sur la consommation (à taux unique) est devenu le nouveau cheval de bataille des apôtres de la liberté économique et de

³³ Maricela Robles, « International Regulation of Corporate Taxation: A New Prospect for the WTO ? », *Accountancy Business and public Interest*, vol. 3, n° 2, pp. 17-79.

³⁴ Dans ce sens, une bonne partie de l'argumentaire américain était fondée (ce qui ne justifiait pas pour autant d'agir dans l'illégalité), mais ne pouvait être retenue en vertu des règles établies. En fait, on se trouve ici dans une zone grise que l'Europe a su tourner à son avantage et, en bout de ligne, les Etats-Unis ont trouvé, dans l'immédiat, d'autres manières, légales celles-là, de réduire la charge fiscale de leurs entreprises et niveler le terrain.

³⁵ OCDE, *Concurrence fiscale dommageable. Un problème mondial*. Paris, OCDE, 1998.

la révolution fiscale³⁶. Ils ne manquent pas d'arguments. Tout d'abord, il est devenu beaucoup plus difficile de financer les dépenses publiques par l'impôt direct en raison de la concurrence qui existe entre les pays, que ce soit sur les taux d'imposition, sur les déductions admissibles ou sur les exemptions. Ensuite, les impôts sur le revenu, là où ils sont élevés, pénalisent l'épargne, freinent l'initiative individuelle et favorisent l'évasion fiscale, autant de facteurs qui pèsent sur la croissance et la compétitivité à long terme. Enfin, contrairement aux impôts indirects qui bénéficient d'un abattement fiscal à l'exportation, les impôts sur les sociétés et les charges sociales pèsent directement sur les coûts de production, affectent la capacité d'exportation des entreprises et défavorisent les pays qui privilégient ce mode de financement public. Les lignes de résistance à cette nouvelle conception de la fiscalité sont toutefois nombreuses, pour des raisons qui tiennent pour partie à l'application du principe d'équité entre les contribuables et pour partie au fait que les marchés ont besoin, pour fonctionner, d'institutions et qu'en conséquence, les principaux bénéficiaires, en l'occurrence les entreprises, doivent contribuer à leur financement.

Cela dit, l'argument en faveur de la fiscalité directe aurait sans doute beaucoup plus de poids si les facteurs mobiles n'avaient pas autant de facilité à échapper à l'impôt, laissant aux facteurs moins mobiles la charge du financement du secteur public, et surtout si la fiscalité indirecte était traitée de même manière à l'OMC que la fiscalité directe. C'est tout à fait inconsequent de considérer les régimes fiscaux particuliers en faveur des sociétés d'exportation comme un subventionnement, mais d'accepter le régime de l'ajustement fiscal aux frontières alors que c'est un secret de polichinelle que ce régime vise avant tout à soutenir les exportations³⁷. Et sur ce plan, personne n'était blanc comme neige comme le groupe d'arbitrage l'a indirectement relevé en ne retenant pas l'argument des États-Unis : les silences de l'OMC sur le caractère discriminatoire de l'ajustement fiscal aux frontières n'excuse en rien le fait d'adopter des mesures discriminatoires illicites.

Enfin, une troisième leçon peut être tirée. Deux grands régimes fiscaux coexistent dans le monde : le modèle résidentiel et le modèle territorial. Le modèle résidentiel ou global repose sur le principe de la consolidation des revenus : l'impôt porte sur les résultats nets consolidés du groupe, peu importe l'endroit où ils sont produits. Le modèle a l'avantage de réduire la concurrence fiscale entre les pays, mais il oblige par contre les pays à signer des

³⁶ Voir par exemple Chris Edwards et Veronique de Rugy, « International Tax Competition » (chapitre 3), dans James Gwartney et Peter Lawson (dir.), *Economic Freedom of the World : 2002 Annual report*, Vancouver, The Fraser Institute, pp. 43-58 ; Daniel J. Mitchell, « Making American Companies More Competitive », *Backgrounders* n° 1691, The Heritage Foundation, septembre 2003.

³⁷ Gary Hufbauer est extrêmement critique à ce sujet. Il est l'un de ceux qui réclament une mise à plat complète des régimes fiscaux et une réévaluation de leur impact sur le fonctionnement des marchés internationaux. (Gary C. Hufbauer, *op. cit.*)

conventions fiscales pour éviter une double imposition³⁸. Le système est également très complexe à gérer, en raison des crédits d'impôt qui sont accordés et des remises d'impôt sur les revenus gagnés à l'étranger jusqu'à ce que ceux-ci soient rapatriés par la société mère³⁹. Enfin, il pousse les entreprises à grossir leurs profits à l'étranger dans le seul but de bénéficier des crédits d'impôts. Le modèle territorial ne prend en considération que les revenus nets créés à l'intérieur du périmètre national. En apparence, il est plus simple que le modèle global puisque c'est le lieu d'activité et non le lieu de résidence qui est retenu et qu'il n'est pas nécessaire dans ce cas d'accorder des crédits d'impôt pour corriger la double imposition. En pratique, il est tout aussi compliqué et, surtout, il est mal adapté aux réalités de la globalisation, il est très exposé à la concurrence fiscale et il peut facilement donner lieu à des abus. Le grand problème de ce modèle, c'est que les règles fiscales de l'OCDE et celles de l'OMC exigent que les relations entre une société mère et ses filiales soient conduites comme si il s'agissait d'entités indépendantes et que les prix soient établis selon le principe de pleine concurrence (PPC, ou en anglais *arm's length standard*, ALS). L'objectif est d'éviter les évasions fiscales, par les transferts dans les prix⁴⁰.

³⁸ Les conventions sur la double imposition suivent le même mouvement que les accords bilatéraux sur l'investissement. Selon la CNUCED, 83 nouvelles conventions ont été signées en 2006, ce qui porte leur nombre à 2651. Pendant la même année, 73 accords ou traités bilatéraux sur l'investissement ont été signés, portant leur nombre à 2573. (CNUCED, *World Investment Report 2007*, New York, novembre 2007, p. 16.

³⁹ En novembre 2004, le président Bush a introduit une mesure fiscale exceptionnelle en faveur des dividendes rapatriés (*American Jobs Creation Act of 2004*). Toute entreprise américaine qui rapatriait ses revenus en 2005 (ou sur toute autre année de son choix) verrait ceux-ci soumis au taux de 5,25 % au lieu du taux habituel de 35 %. Cette mesure, qui porte sur 85 % des dividendes rapatriés, les autres 15 % étant soumis au taux de 35 %, a eu des effets très importants sur la balance des paiements des États-Unis. Ainsi, les investissements directs à l'étranger, qui incorporent les profits réinvestis, sont-ils passé de - 279,1 milliards de \$ en 2004 à + 7,7 milliards en 2005. Le montant des profits réinvestis est passé, quant à lui, de 165,7 milliards de \$ à -20,4 milliards de \$. Depuis, les choses sont revenues à la normale : les flux d'investissements à l'étranger ont atteint - 235,4 milliards de \$ et les profits réinvestis à l'étranger, 220,1 milliards de \$. Comme on le voit, un grand nombre de multinationales américaines ont profité de cette mesure fiscale fort avantageuse (*tax holiday*). On peut même penser que les entreprises ont cherché à grossir leurs profits à l'étranger dans le but de bénéficier de la mesure. Quoi qu'il en soit, si cette mesure a suscité de vives critiques à l'étranger, n'oublions pas pour autant que, d'une façon générale, les gouvernements ont tendance à « oublier » les revenus générés à l'étranger, à commencer dans les paradis fiscaux ; du moins à leur accorder un régime préférentiel qui fait qu'en bout de ligne, les entreprises ayant tout intérêt à attendre le plus longtemps possible avant de rapatrier les revenus, les taux d'imposition effectifs sont très faibles. (les données proviennent du site du Bureau of Economic Analysis). Sur la mesure et ses effets, voir Voir à ce sujet, Kimberly A. Clausing, « An Introduction to the American Jobs Creation Act », *National Tax Journal*, vol. 58, n°3, septembre 2005.

⁴⁰ Les multinationales ont plusieurs façons de réduire leurs revenus imposables. La plus courante est par les prix de transfert. La méthode consiste à transférer les « revenus » d'une filiale installée vers une filiale où les taux d'imposition sont plus faibles, ou encore de la société mère vers une filiale installée dans un paradis fiscal (l'Irlande ou les Bermudes par exemple dans le cas des États-Unis. On procèdera en sous-évaluant les prix des produits exportés ou les royalties et droits de propriété intellectuelle, voire encore en faisant des opérations financières de prêts. Il est extrêmement difficile de faire la démonstration, notamment dans le cas des services et des actifs intangibles. Une autre méthode consiste à créer une filiale dans un pays qui n'a ni impôt ni traité fiscal et une seconde dans un pays qui a un traité avec le pays d'origine mais un très faible taux d'imposition. La combine sera de transférer les revenus de la seconde filiale vers la première. En vertu de la législation américaine, les revenus de la seconde filiale sont déductibles, mais ceux de la première échappent à tout

Le principe de pleine concurrence repose sur deux fictions, à savoir : pour la première, qu'une société mère et sa filiales sont deux établissements, deux entités juridiques distinctes ; et pour la seconde, qu'il est possible de trouver des prix comparables pour évaluer le degré de concurrence effective dans les relations entre la société mère et ses filiales. Ce principe est louable, mais il est mal adapté au contexte actuel de la globalisation et ne reflète pas la réalité économique. Aucune multinationale ne considère ses filiales comme des entités autonomes qui transigeraient les unes avec les autres ou avec la société mère de manière concurrentielle. Les entités sont intégrées et placées directement sous le contrôle direct du siège social, peu importe le degré d'autonomie dont celles-ci disposent. Généraliser le régime fiscal résidentiel serait une option à privilégier, ne serait-ce que parce qu'en matière d'investissements à l'étranger, c'est ce régime qui offre les meilleures garanties de neutralité à l'exportation⁴¹. Le problème, c'est qu'il est encore très loin de rallier la majorité des pays⁴², en conséquence de quoi, ceux qui l'appliquent multiplient les accommodements fiscaux et les accords bilatéraux, ce qui n'aide en rien ni à la transparence du système commercial ni à l'équité fiscale.

contrôle. La question demeure cependant loin d'être claire et les cas de manipulation sont très difficiles à prouver (CBO, *Why Does U.S. Investment Abroad Earn Higher Returns Than Foreign Investment in the United States ?*, Washington, 30 novembre 2005).

⁴¹ On parlera de « neutralité à l'entrée » (*Capital Import Neutrality*) lorsque les investissements des résidents et des non-résidents sont traités de la même façon, sur le plan fiscal comme dans tout autre domaine. On parlera de « neutralité à la sortie » (*Capital Export Neutrality*) lorsque la fiscalité (ou d'autres facteurs) n'influence pas les choix de localisation des investisseurs.

⁴² Au sein de l'OCDE, il n'y a que 13 pays sur les 30 que comprend l'organisation qui imposent les sociétés sur la base de leurs bénéfices consolidés. On y retrouve notamment les États-Unis, le Japon, le Royaume-Uni, la Corée et le Mexique.