



Master of Advanced Studies (MAS) in Business Law – MBL
Années académiques 2005-2007

Mémoire MBL
Professeur Yves Noël
Droit fiscal international

Les sociétés principales et leur traitement fiscal

Rachel Genoud
Juillet 2007



Remerciements

Que toutes les personnes de KPMG SA qui m'ont accompagnée durant mon stage trouvent ici l'expression de ma vive gratitude pour l'encadrement qu'ils m'ont apporté.

Je les remercie tant pour le temps consacré à ma formation en entreprise que pour les précieux conseils qu'ils m'ont prodigués tout au long de la rédaction de ce mémoire et leur important travail de relecture.

Mes remerciements vont également à Monsieur le Professeur Yves Noël qui a accepté de diriger le présent travail.

Résumé

Depuis les années quatre-vingts, les groupes internationaux actifs dans le domaine de la distribution se sont organisés selon une structure centralisatrice. Une société faîtière, appelée société principale, est alors implantée dans un pays dans le but d'assurer le développement d'un marché global. On assiste à une centralisation des fonctions et des risques au niveau de la société principale, qui étaient autrefois supportés par chaque filiale d'un groupe (centre de profits) opérant comme distributeur ordinaire. La production est ainsi déléguée à des sociétés du groupe ou à des sociétés tierces, agissant d'ordre et pour le compte de la société principale. La société principale peut également s'approvisionner directement en produits finis auprès de sociétés du groupe ou de sociétés tierces. Quant à l'activité commerciale, elle est déployée par l'intermédiaire de commissionnaires à la vente. Ces derniers agissent au nom de la société principale (représentation directe selon la terminologie utilisée par les pays de tradition de droit civil) ou en leur nom (représentation indirecte selon la terminologie utilisée par les pays de tradition de droit civil) mais dans tous les cas pour le compte de la société principale. La société peut également opérer à l'aide de distributeurs à risques limités. On parle alors de structure principale-commissionnaires.

Si la structure principale-commissionnaires présente des avantages sur un plan commercial en permettant de réaliser des économies d'échelle, un avantage fiscal est également présent dans ce type de structure. En effet, les groupes internationaux peuvent bénéficier d'une économie fiscale dans des pays à haute fiscalité puisque les sociétés de production et les commissionnaires à la vente agissant pour le compte de la société principale (ou les distributeurs à risques limités) se voient offrir une rémunération moins importante que la société principale ou qu'un distributeur indépendant, justifiée par les risques et fonctions moins élevés. Au contraire, des pays à faible fiscalité, tels que la Suisse, sont choisis comme lieu d'implantation de la société principale.

Fiscalement, un tel mode d'organisation présente un atout majeur pour les groupes américains puisqu'il permet d'éviter l'application des règles relatives aux *Subpart F Income*.

Bien que cette structure offre un avantage fiscal important, des problèmes peuvent également survenir, tant lors de la mise en place de ladite structure que pendant son existence. Ainsi, lors de sa mise en place, les groupes internationaux peuvent se heurter aux autorités fiscales des pays dans lesquels les filiales, opérant jusque-là comme distributeurs ordinaires, sont transformées en commissionnaires (ou distributeurs à risques limités). Il n'est en effet par rare que les autorités

fiscales considèrent qu'il y a un transfert de goodwill des filiales à la société principale et que par conséquent une indemnité respectant les prix du marché doit être versée par la société principale. Le même problème peut se poser quant au transfert de savoir-faire dans le cadre des activités relatives à la production. Bien que cela se produise moins fréquemment, les autorités fiscales peuvent également refuser le report de pertes réalisées par une filiale sur des bénéfices ultérieurs réalisés par la même filiale devenue commissionnaire (ou distributeur à risques limités).

Durant l'existence de la structure principale-commissionnaires, le risque principal est que les autorités fiscales considèrent que les commissionnaires à la vente dans leurs pays (ou distributeurs à risques limités) soient des établissements stables de la société principale en vertu de l'article 5 par. 5 Modèle OCDE et taxent les profits y relatifs en conséquence, ce qui, le cas échéant, diminuerait l'atout fiscal d'une telle structure. La pratique montre qu'une telle qualification peut être évitée au regard des critères posés par le Modèle OCDE et son Commentaire. Les sociétés de production peuvent aussi être qualifiées d'établissements stables de la société principale. La question des prix de transfert intervient également dans le cadre de la rémunération des commissionnaires, qui doit impérativement respecter le principe de pleine concurrence. En plus des questions liées à la fiscalité directe, les aspects TVA ne doivent pas être négligés. En effet, la société principale connaît des obligations d'assujettissement dans bon nombre de pays où elle déploie ses activités.

Quant à la fiscalité propre des sociétés principales, la Suisse est un pays particulièrement attrayant. Sur le plan fédéral, la Circulaire no 8 de l'Administration fédérale des contributions sur la répartition internationale des sociétés principales, du 18 décembre 2001, permet de réduire la base d'imposition en Suisse en recourant à la notion d'établissement stable à l'étranger et en opérant une répartition des profits entre la Suisse et l'étranger sur la base d'une méthode forfaitaire (statut principal-commissionnaires). Les cantons sont quant à eux libres en la matière. En pratique, certains d'entre eux accordent les mêmes avantages que sur le plan fédéral, en allant même plus loin, ou alors appliquent le statut de société auxiliaire.

Cependant, les travaux de l'OCDE en matière de concurrence fiscale dommageable et les récents développements quant à la position de l'Union européenne sur les statuts cantonaux suisses laissent à penser que le statut suisse principal-commissionnaires est compromis.

Liste des principales abréviations

art.	article
CGI	Code général des impôts
CO	Loi fédérale du 30 mars 1911 complétant le code civil suisse (RS 220)
éd.	édition
IRC	Internal Revenue Code of 1986
LHID	Loi fédérale du 14 décembre 1990 sur l'harmonisation des impôts directs des cantons et des communes (RS 642.14)
LIFD	Loi fédérale du 14 décembre 1990 sur l'impôt fédéral direct (RS 642.11)
LIPM	Loi sur l'imposition des personnes morales du 23 septembre 1994
LT	Loi fédérale du 27 juin 1973 sur les droits de timbre (RS 641.10)
LTVA	Loi fédérale du 2 septembre 1990 régissant la taxe sur la valeur ajoutée (RS 641.20)
no	numéro
nos	numéros
OCDE	Organisation de coopération et de développement économiques
p.	page
par.	paragraphe
RS	Recueil systématique
sec.	section
ss	et suivants
TVA	taxe sur la valeur ajoutée

Plan sommaire

1	Introduction	7
2	La structure principale-commissionnaires	9
3	Les raisons d’être de la structure et les risques encourus.....	17
4	Les implications fiscales.....	25
5	Fiscalité des sociétés principales en Suisse.....	54
6	Le statut principal-commissionnaires face aux pays étrangers	62
7	Conclusion.....	70

1 Introduction

Certains groupes internationaux¹ actifs dans le domaine de la distribution, tels Colgate ou Procter&Gamble², ont souvent recours à une organisation selon un mode centralisateur où risques et fonctions sont regroupés au niveau d'une entité, appelée société principale. Quant à la distribution des produits, elle est opérée par des commissionnaires ou des distributeurs à risques limités, remplaçant les traditionnels distributeurs assumant chacun une multitude de fonctions et de responsabilités. On parle alors de structure principale-commissionnaires.

Si ce mode d'organisation offre des avantages commerciaux considérables (économies d'échelle, par exemple), un atout fiscal est également présent derrière cette structure puisqu'elle permet aux groupes internationaux de réaliser des économies fiscales en choisissant notamment de localiser la société principale dans un pays à faible fiscalité, tels que la Suisse.

Nous verrons cependant que si certes la structure principale-commissionnaires présente un avantage fiscal, sa mise en place doit être soigneusement étudiée et planifiée, car des difficultés sont également rencontrées.

L'attrait pour notre pays quant au choix d'implantation des sociétés principales ainsi que la diversité des questions fiscales présentées par la structure principale-commissionnaires nous ont incités à traiter ce sujet. Nous relevons d'emblée que plusieurs des aspects qui seront développés pourraient faire l'objet d'une étude séparée au vu de leur importance. Nous avons cependant souhaité privilégier une approche globale puisque lors de la mise en place d'une structure principale-commissionnaires, aucune des questions qui seront évoquées ne doit être négligée.

Dans un premier temps, nous avons jugé utile de définir la structure qui nous intéresse d'un point de vue juridique et commercial, afin de mieux cerner les aspects fiscaux. Nous nous pencherons ainsi sur les fonctions exercées par une société principale ainsi que sur la notion de commissionnaire et du rôle attribué à celui-ci. Puis, nous exposerons les avantages ainsi que les implications pratiques (risques) tant sur le plan commercial, juridique et comptable que sur le plan fiscal. En effet, bien que le but du présent travail soit de se concentrer sur les aspects fiscaux, il nous a paru

¹ Nous entendons par groupe, les sociétés qui rentrent dans le périmètre de consolidation, à savoir toutes les sociétés même celles en-dehors de la structure principale-commissionnaires.

² GARCIA, p. 1 ; SAUVAIRE/MUELLER, p. 23.

indispensable d'un point de vue pratique d'avoir une vue d'ensemble de la matière. Par ailleurs, nous exposerons brièvement l'impact de la structure principale-commissionnaires sur les règles américaines relatives aux *Subpart F Income*, cet aspect méritant à notre sens d'être traité, puisque les groupes américains ont très souvent recours à ce mode d'organisation.

Dans un deuxième temps, nous nous concentrerons sur les problèmes fiscaux pouvant être rencontrés lors de la mise en place d'une structure principale-commissionnaires et durant son existence. En effet, nous verrons notamment que les autorités fiscales des pays dans lesquels les commissionnaires sont situés peuvent considérer que la transformation des distributeurs ordinaires en commissionnaires ou distributeurs à risques limités entraîne un transfert de goodwill à la société principale et que cette dernière doit verser une indemnité respectant le principe de pleine concurrence. Par ailleurs, nous examinerons la question de savoir si un commissionnaire constitue un établissement stable au sens de l'art. 5 par. 5 du Modèle de Convention fiscale concernant le revenu et la fortune (ci-après : Modèle OCDE) et si par conséquent les autorités fiscales taxent une partie du profit réalisé par son intermédiaire. Nous traiterons également des problèmes liés aux prix de transfert intervenant surtout au niveau de la rémunération du commissionnaire, qui doit être conforme aux prix du marché. Nous tenterons de développer ces questions en limitant les aspects trop théoriques et en apportant un éclairage pratique. Les aspects liés à la fiscalité indirecte seront également abordés à l'aide d'exemples. Bien que nous ayons opté pour des cas d'application avec une société principale localisée en Suisse, nous avons ainsi pu présenter les problèmes les plus fréquemment rencontrés dans la structure qui nous intéresse, tant pour les commissionnaires que pour la société principale. En effet, il est impossible dans le cadre de ce travail d'avoir une vue d'ensemble de toutes les questions en relation avec la fiscalité indirecte.

Finalement, nous nous intéresserons au traitement fiscal privilégié des sociétés principales en Suisse, à savoir le statut principal-commissionnaires. Ce dernier étant souvent critiqué, nous terminerons par un examen des reproches pouvant lui être adressés et nous livrerons à un examen dudit statut au regard de la concurrence fiscale dommageable.

2 La structure principale-commissionnaires³

2.1 Evolution des modèles de distribution

La structure principale-commissionnaires s'est développée à partir des années quatre-vingts répondant à un souci de centralisation des groupes internationaux. En effet, jusque dans les années quatre-vingts, ces derniers étaient organisés selon un modèle décentralisateur. Une société faîtière, implantée dans un pays, détenait directement des participations dans des filiales localisées dans les principaux marchés, qui exerçaient un rôle de distributeurs. Afin de déployer leur activité, ces filiales achetaient les produits finis fabriqués soit par des sociétés du groupe soit par des tiers agissant sur la base d'un contrat de licence passé avec la société mère. Cette structure était ainsi caractérisée par la présence dans chaque pays de « centres de profits » locaux, assurant chacun une multitude de fonctions⁴.

Bien que cette structure décentralisatrice présentât des avantages, tels que la possibilité de distribution rapide grâce à la relative autonomie des filiales, on s'est aperçu qu'elle engendrait également de nombreux coûts, notamment dus au fait que les fonctions étaient multipliées dans chaque pays. C'est ainsi que les structures centralisatrices se sont (re) développées, permettant notamment de réaliser des économies d'échelle⁵. En effet, les sociétés internationales ont procédé à une centralisation des fonctions, des responsabilités et des risques à l'intérieur du groupe selon le genre de produits ou selon les marchés (*shared services*)⁶.

Dans ce nouveau modèle de distribution, la société principale (société faîtière du groupe) assure le développement d'un marché global donné et pour ce faire assume les fonctions et responsabilités les plus diverses, comme par exemple : les achats, la planification de la recherche et du développement, la planification de la production et de la distribution, la gestion des stocks, le marketing ainsi que les services administratifs⁷.

³ En anglais, on parle d' « agency structure ».

⁴ BERDOZ, p. 1-2.

⁵ BERDOZ, p. 2.

⁶ Circulaire de l'Administration fédérale des Contribution no 8 sur la répartition internationale des sociétés principales, du 18 décembre 2001, p. 1 (ci-après : Circulaire no 8).

⁷ BERDOZ, p. 2 ; Circulaire no 8, p. 1.

Comme nous le verrons plus en détail ci-dessous⁸, la société principale confie l'activité de production à des sociétés du groupe ou à des tiers ou s'approvisionne en produits finis auprès de tiers ou de sociétés du groupe. Quant à la distribution des produits, elle est opérée par des sociétés du groupe agissant pour le compte de la société principale.

Ce mode d'organisation nous paraît peu approprié pour les activités de services dans la mesure où le lien entre le prestataire de services et les services eux-mêmes est plus fort que celui qui lie le distributeur des biens au client. Dès lors, il semble difficile d'avoir un intermédiaire (distributeur ou commissionnaire) pour la fourniture de services.

2.2 Les fonctions de la société principale

2.2.1 La fabrication

La société principale, chargée de la fabrication des produits, délègue généralement cette tâche à des sociétés, que nous appellerons sociétés de production, qui peuvent être des sociétés du groupe ou des sociétés tierces. Les sociétés de production agissent d'ordre et pour le compte de la société principale et doivent respecter les instructions données par cette dernière. On parle dans cette hypothèse de « fabrication à façon »⁹. La société principale peut soit agir par contrat de *Consignment « Toll » Manufacturing* ou par *Contract Manufacturing*¹⁰.

Dans la première hypothèse, la société principale est responsable de l'achat de la matière première nécessaire à la fabrication qu'elle doit mettre à disposition de la société de production afin que cette dernière puisse procéder à la fabrication des produits¹¹. La caractéristique de ce mode de procéder réside donc dans le fait que la société principale assume tous les risques de fabrication. C'est elle qui demeure propriétaire de la matière première, des travaux en cours et des produits finis tout au long du processus de fabrication¹². Au vu des risques limités encourus par la société de production,

⁸ Voir points 2.2.1 et 2.2.2.

⁹ Circulaire no 8, p. 1.

¹⁰ SAUVAIRE/MUELLER, p. 22. Nous relevons à ce titre que dans le milieu professionnel, certains estiment que seul le *Consignment « Toll » Manufacturing* constitue une « fabrication à façon » alors que d'autres pensent que la « fabrication à façon » englobe tant le *Consignment « Toll » Manufacturing* que le *Contract Manufacturing*. Cette distinction n'a cependant qu'une portée théorique puisque, comme nous le verrons, la Circulaire no 8 s'applique à ces deux modes de procéder.

¹¹ BERDOZ, p. 3 ; VILLA, p. 24.

¹² BERDOZ, p. 3.

elle est généralement rémunérée sur la base de la méthode du *cost plus*, à savoir sur la base du coût de production et d'une majoration de bénéfice en pour-cent¹³.

Dans la deuxième hypothèse, la société de production achète la matière première et vend les produits finis à la société principale, la propriété des marchandises doit donc être transférée de la société de production à la société principale¹⁴. Même si la société de production est dans ce cas de figure propriétaire des stocks, elle est assurée que la société principale lui achète toute ou partie de sa production; ainsi, le risque économique est supporté par la société principale.

Il est à relever que les sociétés principales peuvent également s'approvisionner directement en produits finis auprès de tiers ou de sociétés du groupe ou alors combiner « fabrication à façon » et achat direct de produits finis¹⁵.

2.2.2 La distribution

La distribution des produits est effectuée sous la surveillance de la société principale qui peut bien évidemment choisir de vendre les produits finis à des sociétés de distribution du groupe implantées dans les marchés importants ou à des distributeurs tiers¹⁶.

Cependant, la caractéristique essentielle de la structure principale-commissionnaires réside dans la commercialisation des produits par l'intermédiaire de sociétés affiliées implantées dans différents pays agissant comme commissionnaires. En effet, les sociétés affiliées, ayant principalement pour fonction la distribution des produits, agissent pour le compte de la société principale qui reste propriétaire de la marchandise et responsable de tous les risques économiques. Le commissionnaire touche alors une commission en contrepartie des services effectués¹⁷. Toutefois, nous verrons que certains risques demeurent au commissionnaire, tels que la responsabilité de ses employés et de ses assurances¹⁸.

Nous relevons d'emblée que le terme « commissionnaire » recouvre des réalités juridiques différentes selon les législations et qu'il conviendra d'être prudent en matière de terminologie. Un

¹³ Circulaire no 8, p. 1; Publication KPMG de février 2006.

¹⁴ Selon documentation interne à KPMG.

¹⁵ Circulaire no 8, p. 1 et 3.

¹⁶ BERDOZ, p. 3.

¹⁷ Circulaire no 8, p. 1.

¹⁸ Voir point 4.2.1.3.

chapitre sera consacré à l'étude de la notion de commissionnaire et de son rôle clé dans la structure principale-commissionnaires¹⁹.

En pratique, il est également très souvent fait usage de distributeurs à risques limités, notion qui sera exposée ultérieurement²⁰.

2.2.3 Autres fonctions

Bon nombre d'autres fonctions peuvent être centralisées au niveau de la société principale. En effet, les sociétés internationales peuvent choisir le nombre et le genre d'activités qu'elles souhaitent voir exercées de manière centralisée. Habituellement, une société principale se verra confier les tâches suivantes : assistance aux sociétés affiliées pour la tenue de leur comptabilité, gestion des fonds et des transactions financières, contrôle des lignes de crédit, gestion des salaires, développement et recherche, analyses de marché, élaboration des politiques de vente, élaboration des campagnes publicitaires, relations publiques, gestion des ressources humaines, etc.²¹

Nous relevons en particulier que la société principale doit pouvoir bénéficier de tous les droits de propriété intellectuelle dont elle a besoin pour exercer son activité. Elle peut par exemple conclure des contrats de licence avec une société détenant les droits de propriété intellectuelle pour le groupe à laquelle elle versera des redevances ou alors participer aux frais de recherche et de développement encourus au niveau du groupe, ce qui lui permettra de participer aux risques et aux bénéfices de l'activité de recherche et développement²². La société principale peut également acquérir les droits de propriété intellectuelle de la société du groupe détentrice desdits droits²³.

2.3 Le commissionnaire

2.3.1 Généralités

A titre liminaire, il convient de rappeler que dans une structure principale-commissionnaires, le commissionnaire, faisant partie d'un groupe multinational, est chargé de la commercialisation des

¹⁹ Voir point 2.3.

²⁰ Voir point 2.3.4.

²¹ Selon documentation interne à KPMG.

²² BERDOZ, p. 5.

²³ Publication KPMG de février 2006.

produits du groupe **pour le compte** de la société principale, localisée dans un autre pays ou dans le même pays que le commissionnaire²⁴.

Le fait que le commissionnaire agisse pour le compte de la société principale signifie que les risques économiques liés à la vente sont supportés par la société principale, à savoir les risques suivants: 1) les risques relatifs à la détention d'inventaires (risque d'obsolescence, par exemple) ; 2) les risques de ducroire si l'acheteur ne paie pas ; 3) les risques de change, car la commission que le commissionnaire perçoit lui est versée dans sa monnaie locale et parce que le commissionnaire ne doit pas acheter les produits dans une monnaie et les revendre dans une autre (puisque la société principale reste propriétaire des produits)²⁵.

Cette structure met en présence trois relations juridiques différentes : 1) la relation entre la société principale et le commissionnaire (faisant l'objet d'un contrat entre ces deux parties) ; 2) la relation entre le commissionnaire et les tiers (à qui il vend les produits) ; 3) la relation entre la société principale et les tiers²⁶.

Cette dernière relation permet de déterminer qui, à savoir la société principale ou le commissionnaire, est lié par le contrat conclu entre le commissionnaire et les tiers, et plus particulièrement qui peut être poursuivi sur la base de ce contrat. Nous verrons également que sur le plan fiscal ce rapport juridique peut avoir des conséquences dans le cadre de la détermination de la présence d'un établissement stable constitué par le commissionnaire²⁷.

Comme déjà relevé précédemment, il faut être prudent lors de l'utilisation de la notion de commissionnaire puisqu'elle n'est pas forcément la même dans tous les pays²⁸. Une importante distinction doit être opérée entre les pays de tradition de droit civil et les pays de common law²⁹. Certes, tant dans les pays de tradition de droit civil que dans les pays de common law, le commissionnaire agit envers les tiers pour le compte de la société principale. Cependant, la structure juridique est différente puisque les pays de tradition de droit civil font généralement une

²⁴ Selon documentation interne à KPMG.

²⁵ BERDOZ, p. 4 ; BRODERSEN/VON KOLCZYNSKI, p. 203.

²⁶ Selon documentation interne à KPMG.

²⁷ Voir point 4.2.1.3.

²⁸ Voir point 2.2.2.

²⁹ Par exemple, la Grande-Bretagne et l'Irlande.

distinction entre représentation directe et représentation indirecte alors que les pays de common law ne connaissent pas cette distinction³⁰.

Il est également à relever que la terminologie (agent, commissionnaire, etc.) peut être différente selon les institutions juridiques auxquelles on se réfère (représentation directe/représentation indirecte) et qu'elle peut varier selon les pays et la langue utilisée. Afin d'éviter toute confusion, nous parlerons de commissionnaire dans le présent travail tout en précisant la portée juridique lorsque cela sera nécessaire.

2.3.2 Les pays de tradition de droit civil

2.3.2.1 La représentation directe

Il y a représentation directe lorsque le représentant agit **au nom** et pour le compte du représenté, à savoir dans notre cas lorsque le commissionnaire agit au nom et pour le compte de la société principale³¹. Le fait d'agir au nom de la société principale signifie que le contrat passé entre le commissionnaire et le tiers produit directement ses effets dans le chef de la société principale, cette dernière, et non le commissionnaire, étant liée par ledit contrat³².

En cas de représentation directe, les pays européens qualifient souvent le représentant d'« agent ». Par exemple, le droit suisse connaît le contrat d'agence, réglé aux articles 418a ss du Code des obligations (ci-après : CO), l'agent se définissant comme : « ... celui qui prend à titre permanent l'engagement de négocier la conclusion d'affaires pour un ou plusieurs mandants ou d'en conclure en leur nom et pour leur compte sans être lié envers eux par un contrat de travail »³³. A titre illustratif, le contrat d'agence est également connu du droit allemand, à l'art. 84 du Code de commerce allemand³⁴.

Le commissionnaire agissant au nom de la société principale, le lien de représentation est connu des tiers³⁵ ; on parle de *disclosed commissionnaire* ou de *disclosed agent*³⁶.

³⁰ PERSICO, p. 68.

³¹ PERSICO, p. 68. En droit suisse, la représentation directe est réglée à l'article 32 CO.

³² PERSICO, p. 68.

³³ Art. 418a al. 1 CO.

³⁴ Art. 84 al. 1 Handelsgesetzbuch (Handelsgesetzbuch vom 10 Mai 1897).

³⁵ BERDOZ, p. 4.

³⁶ Selon documentation interne à KPMG ; voir également PLEIJSIER, Practical Applications, p. 219.

2.3.2.2 La représentation indirecte

Il y a représentation indirecte lorsque le représentant agit **en son propre nom** pour le compte du représenté, à savoir dans notre cas, lorsque le commissionnaire agit en son propre nom pour le compte de la société principale³⁷.

Contrairement à la représentation directe, le contrat passé entre le commissionnaire et les tiers ne déploie aucun effet direct dans le chef de la société principale, le commissionnaire étant lui-même lié par ce contrat. Les droits et obligations découlant du rapport juridique entre le commissionnaire et les tiers doivent alors être transférés à la société principale par un contrat séparé³⁸.

Dans cette hypothèse, les pays européens parlent généralement de « commissionnaire ». En Suisse, le contrat de commission est réglé aux articles 425 ss CO. « Le commissionnaire en matière de vente ou d'achat est celui qui se charge d'opérer en son propre nom, mais pour le compte du commettant, la vente ou l'achat de choses mobilières ou de papiers-valeurs, moyennant un droit de commission (provision) »³⁹. Le droit allemand, le droit français et le droit italien connaissent également cette notion⁴⁰. En revanche, la législation grecque, par exemple, ne reconnaît pas la représentation indirecte⁴¹.

On parle de *undisclosed commissionnaire* ou de *undisclosed agent* étant donné que normalement il n'est ni porté à la connaissance des tiers que le commissionnaire agit en son propre nom mais pour le compte de la société principale ni l'identité de cette dernière⁴².

2.3.3 Les pays de common law

Contrairement aux pays de droit civil, la société principale est toujours liée envers les tiers par les actes de son commissionnaire. Ainsi, les actes faits par le commissionnaire pour le compte de la société principale lient cette dernière envers les tiers, que le commissionnaire agisse en son nom ou

³⁷ PERISCO, p. 68.

³⁸ PERISCO, p. 68.

³⁹ Art. 425 al. 1 CO.

⁴⁰ Pour le droit allemand, voir art. 383 al. 1 Handelsgesetzbuch; pour le droit français, voir art. 132-1 du Code de commerce; pour le droit italien, voir art. 1731 du Codice civile (Codice civile, Aggiornato alla Gazzetta Ufficiale 31 Marzo 2006, Roma Società Editrice de « Il Foro Italiane », 2006).

⁴¹ Selon documentation interne à KPMG. La représentation directe quant à elle est prévue à l'article 211 du Code civil hellénique (Loi no 2250 du 15 mars 1940).

⁴² Selon documentation interne à KPMG. Selon cette même documentation, il existe un cas intermédiaire dans lequel le fait que le commissionnaire agisse en son propre nom mais pour le compte de la société principale ainsi que le nom de cette dernière sont dévoilés aux tiers ; on parle alors de *disclosed commissionnaire* ou de *disclosed agent*.

au nom de la société principale⁴³. Par conséquent, lorsque le commissionnaire passe un contrat avec un tiers, le contrat est considéré comme avoir été conclu par la société principale⁴⁴. Le principe en common law peut donc se résumer à l'adage suivant : *qui facit per alium, facit per se*, signifiant que celui qui agit par l'intermédiaire de quelqu'un d'autre agit lui-même⁴⁵. Ceci est également valable même si les tiers n'ont pas connaissance de l'existence de la société principale (*undisclosed agent*)⁴⁶.

2.3.4 Comparaison avec la notion de distributeur et de distributeur à risques limités

Contrairement au commissionnaire, un distributeur au sens ordinaire du terme, *buy-sell distributor*, agit pour son propre compte, ce qui signifie que tous les risques économiques liés à son activité lui incombent. En effet, le distributeur achetant la marchandise pour la revendre, il devient propriétaire des stocks, entraînant pour lui un besoin de financement et des risques liés aux pertes et à l'obsolescence. Il encourt en outre les risques de change, liés au fait que les achats qu'il opère ne sont pas effectués dans la même monnaie que les ventes, et la responsabilité du recouvrement des créances⁴⁷.

Il convient encore de mentionner l'existence du distributeur à risques limités, *stripped buy-sell distributor*, qui achète les biens pour les revendre mais qui est protégé par contrat contre les risques qu'un distributeur ordinaire assume et qui se trouve par conséquent dans une position économique similaire à celle d'un commissionnaire⁴⁸. Le distributeur à risques limités est rémunéré non pas par une commission mais généralement par une marge réduite sur le prix de vente⁴⁹.

L'utilisation d'un distributeur à risques limités peut se révéler utile dans certains pays qui ne connaissent pas le concept d'« agir pour le compte d'un tiers »⁵⁰.

⁴³ PERISCO, p. 68.

⁴⁴ PLEIJSIER, *The Agency Permanent Establishment Under Revision*, p. 248.

⁴⁵ PLEIJSIER, *The Agency Permanent Establishment Under Revision*, p. 247.

⁴⁶ PLEIJSIER, *The Agency Permanent Establishment Under Revision*, p. 248. Cette hypothèse nous paraît difficilement concevable en pratique puisqu'à notre sens les tiers doivent avoir connaissance de l'existence de la société principale pour faire valoir leurs droits.

⁴⁷ PLEIJSIER, *Practical Applications*, p. 224.

⁴⁸ BERDOZ, p. 4 ; PLEIJSIER, *Practical Applications*, p. 224.

⁴⁹ BERDOZ, p. 5.

⁵⁰ Selon documentation interne à KPMG.

3 Les raisons d’être de la structure et les risques encourus

Dans ce chapitre, nous nous attacherons à analyser les avantages résultant d’une structure principale-commissionnaires tant sur un plan commercial que fiscal. En effet, il ne faut pas perdre de vue que bien qu’elle puisse certes présenter des avantages fiscaux considérables, une motivation commerciale est également présente derrière la mise en place d’une telle structure. Ainsi, outre les implications fiscales que nous analyserons en détail dans le prochain chapitre⁵¹, les aspects commerciaux, légaux et comptables ne doivent pas être négligés lors de la mise en place d’une structure principale-commissionnaires.

3.1 Aspects commerciaux, légaux et comptables

3.1.1 Avantages

Comme déjà expliqué précédemment, la centralisation des fonctions au niveau de la société principale permet de réaliser des économies, car elle évite que toutes les fonctions ne soient effectuées par chaque division du groupe, établies dans chaque pays⁵². Ce type de structure permettant de réduire les coûts de fonctionnement a suivi l’évolution générale tendant vers la globalisation des marchés⁵³.

Par ailleurs, le fait qu’un certain nombre de fonctions et de risques soient groupés au niveau de la société principale permet aux commissionnaires de se concentrer uniquement sur l’activité de vente et de marketing. Il en résulte que la société principale peut quant à elle se consacrer à l’accomplissement des tâches qui lui incombent⁵⁴.

3.1.2 Implications pratiques

Les coûts de mise en place d’une telle structure sont élevés, ce qui nécessite une planification et une coordination rigoureuses.

3.1.2.1 Sur le plan commercial

Lors de la mise en place d’une structure principale-commissionnaires, un certain nombre de démarches doivent être entreprises afin de garantir le succès de la nouvelle structure. Il convient en particulier de s’assurer qu’un tel changement dans le modèle de distribution soit invisible aux yeux

⁵¹ Voir point 4.

⁵² Voir point 2.1.

⁵³ BERDOZ, p. 2.

⁵⁴ Selon documentation interne à KPMG.

des consommateurs, afin de ne pas affecter l'image des distributeurs. L'utilisation d'un *undisclosed commissionnaire* permet une conversion des distributeurs locaux sans que le changement n'apparaisse aux clients⁵⁵.

Par ailleurs, il est nécessaire d'analyser l'impact de la nouvelle structure sur les ventes et de définir la politique de marketing, les lignes directrices de l'activité des commissionnaires et la procédure de logistique ainsi que de se consacrer à la formation des employés locaux⁵⁶.

3.1.2.2 Sur le plan juridique

Un certain nombre de documents doivent être préparés, à savoir notamment, les résiliations des contrats de distribution avec les filiales locales et les contrats à conclure avec les commissionnaires⁵⁷.

Dans certains pays, la représentation des travailleurs des sociétés de distribution, sur le point d'être converties en commissionnaires, doit être consultée préalablement à la conversion. En Allemagne, par exemple, l'approbation de la représentation des travailleurs n'est pas obligatoirement requise mais selon le droit du travail allemand, la représentation des travailleurs peut exercer ses droits de co-décision si la conversion en un commissionnaire entraîne un changement dans l'organisation des affaires causant des dommages importants aux employés⁵⁸. Ceci pourrait être le cas lors de la conversion en une structure principale-commissionnaires puisqu'elle entraîne une centralisation des fonctions au niveau de la société principale.

Comme vu précédemment, les aspects relatifs à la propriété intellectuelle doivent également être réglés, ce qui englobe notamment la conclusion des contrats de licence⁵⁹.

3.1.2.3 Sur le plan comptable

La question principale qui se pose est celle de la comptabilisation des revenus tirés des ventes, des coûts y relatifs, des créances vis-à-vis des tiers, des comptes bancaires sur lesquels les paiements des débiteurs sont faits et des stocks de marchandises. En effet, il convient de déterminer si la comptabilisation doit se faire au niveau du commissionnaire ou au niveau de la société principale.

⁵⁵ GELIN, p. 19; BERDOZ, p. 4.

⁵⁶ Selon documentation interne à KPMG.

⁵⁷ Selon documentation interne à KPMG.

⁵⁸ Art. 111 Betriebsverfassungsgesetzes (Betriebsverfassungsgesetzes vom 15 Januar 1972).

⁵⁹ Voir point 2.2.3.

Le traitement comptable est différent selon que le commissionnaire agisse en son nom ou au nom de la société principale et selon les pays concernés⁶⁰.

La plupart des pays européens prévoient que le compte de pertes et profits du commissionnaire agissant au nom de la société principale ne doit faire apparaître que la commission perçue de la société principale et les dépenses du commissionnaire (principalement ses propres dépenses). Quant au bilan, il ne devrait enregistrer que les comptes-courants entreprises, les comptes de liquidités, les comptes transitoires, les actifs immobilisés et les comptes de provision. Pour ce qui est des créances vis-à-vis des tiers et les comptes bancaires sur lesquels ces derniers effectuent leurs paiements, ils ne devraient pas être présentés dans le bilan. Il en va de même pour les stocks de marchandises⁶¹.

Quant au commissionnaire agissant en son propre nom, certains pays européens, tels que la Suisse, appliquent le même traitement comptable que celui exposé ci-dessus pour le commissionnaire agissant au nom de la société principale alors que d'autres pays, comme par exemple l'Allemagne, prévoient également la possibilité pour le commissionnaire agissant en son propre nom de comptabiliser comme revenu, dans son compte de pertes et profits, les ventes effectuées aux tiers diminuées du montant à rétrocéder à la société principale, la différence représentant la commission perçue de la société principale. Par ailleurs, les créances vis-à-vis des tiers et les comptes bancaires sur lesquels les tiers effectuent leurs paiements sont portés à l'actif du bilan du commissionnaire aux Pays-Bas et en Suède⁶². En France, le commissionnaire doit porter dans sa comptabilité les revenus des ventes, les créances vis-à-vis des tiers, etc⁶³.

3.2 Aspects fiscaux

3.2.1 Réduction de la charge fiscale

Sur un plan fiscal, la structure principale-commissionnaires permet de réaliser des économies au niveau du groupe et de réduire en conséquence son taux d'impôt consolidé⁶⁴.

En comparaison avec un fabricant ou un distributeur traditionnel, le commissionnaire, le distributeur à risques limités ou le fabricant agissant par contrat de *Consignment* « *Toll* »

⁶⁰ Selon documentation interne à KPMG.

⁶¹ Selon documentation interne à KPMG.

⁶² Selon documentation interne à KPMG.

⁶³ Selon documentation interne à KPMG.

⁶⁴ BERDOZ, p. 5.

Manufacturing ou par *Contract Manufacturing* n'assument que des fonctions et des risques réduits, ce qui justifie une rémunération moins importante. Ainsi, l'économie fiscale peut être très avantageuse dans les pays à haute fiscalité. A l'inverse, les fonctions et risques supportés par la société principale étant plus élevés, il est normal qu'elle perçoive un profit plus important (bénéfice des ventes)⁶⁵. La structure principale-commissionnaires permet ainsi de réaliser une économie fiscale intéressante en choisissant un pays à fiscalité modérée comme pays du siège de la société principale⁶⁶.

A ce titre, nous relevons d'emblée que le traitement fiscal des sociétés principales localisées en Suisse est très attractif. Il permet en effet d'atteindre, dans la plupart des cas, un taux effectif d'imposition entre 6 et 10% (sur le plan cantonal, communal et fédéral)⁶⁷. Le taux dépend de nombreux facteurs (communes, exonérations temporaires, etc.) qui expliquent l'écart de la fourchette⁶⁸.

3.2.2 Autres avantages

L'utilisation d'une structure principale-commissionnaires permet également d'éviter un taux d'impôt élevé sur les ventes dans les situations dans lesquelles, sans l'utilisation d'une telle structure, certaines sociétés généreraient des profits et d'autres des pertes, sans la possibilité de les compenser. En effet, avec une structure principale-commissionnaires, les profits et les pertes sont compensés étant donné qu'ils sont centralisés au niveau de la société principale⁶⁹.

Un autre avantage réside dans la possibilité de différer l'imposition⁷⁰. En effet, dans le cas de figure où les ventes sont effectuées par des sociétés distributrices ordinaires, une première imposition intervient au niveau de la société de production sur la vente des produits au distributeur (imposition du prix de vente diminué du prix d'achat des matières premières et des coûts de production). Une deuxième imposition intervient ensuite sur le profit réalisé lors de la vente des produits finis par le distributeur aux tiers. Dans le cadre d'une structure principale-commissionnaires et plus particulièrement d'un contrat de *Consignment « Toll » Manufacturing*, la société principale est chargée de l'achat de la matière première. L'ordre est ensuite donné à une société de production,

⁶⁵ BERDOZ, p. 6.

⁶⁶ BERDOZ, p. 6.

⁶⁷ Selon documentation interne à KPMG.

⁶⁸ Voir point 5.

⁶⁹ Selon documentation interne à KPMG.

⁷⁰ Selon documentation interne à KPMG.

rémunérée selon la méthode du *cost plus* de fabriquer les produits qui seront ensuite revendus par l'intermédiaire des commissionnaires. C'est seulement lors de la vente par ces derniers qu'une imposition intervient sur le bénéfice réalisé par la société principale (sur le prix de vente diminué du prix d'achat des matières premières, de la rémunération versée à la société de production et de la commission versée aux commissionnaires).

Il convient encore de noter que les questions relatives aux prix de transfert sont relativement réduites puisque les commissionnaires ont pour principale activité la vente de marchandises pour le compte de la société principale, qui peut se résumer à une activité de services. Par conséquent, la question des prix de transfert ne devrait avoir lieu qu'au niveau de la commission qui est versée aux commissionnaires⁷¹.

3.2.3 Le cas particulier des Etats-Unis

La structure principale-commissionnaires présente des avantages fiscaux particulièrement intéressants pour les groupes américains étant donné qu'elle permet d'éviter l'application des règles relatives aux *Subpart F Income*.

3.2.3.1 Brève présentation des règles relatives aux *Subpart F Income*

Le principe d'imposition aux Etats-Unis est le même que celui des pays de l'OCDE, c'est-à-dire l'imposition des revenus mondiaux, exception faite des profits réalisés par des filiales étrangères. Ainsi, les profits réalisés par des filiales étrangères de groupes américains ne sont taxables aux Etats-Unis que quand ils y sont rapatriés, à savoir lors de la distribution de dividendes ou lors de la vente des actions détenues dans une filiale étrangère. Ce système est appelé le *deferral principle*⁷². Cependant, le système fiscal américain connaît une particularité, les *Subpart F income*. En effet, afin d'éviter que des sociétés américaines diffèrent ou évitent l'imposition aux Etats-Unis de certains revenus découlant des activités exercées par l'intermédiaire de sociétés implantées à l'étranger, les Etats-Unis ont introduit, en 1962, les *Subpart F Income* permettant de taxer lesdits revenus aux Etats-Unis en cas d'abus⁷³. Les règles relatives aux *Subpart F Income* se trouvent aux sections 951 à 964 (e) de l'*Internal Revenue Code* (ci-après IRC).

⁷¹ Voir point 4.2.2.

⁷² PLEIJSIER, Practical Applications, p. 220.

⁷³ Selon documentation interne à KPMG.

Pour que les règles relatives aux *Subpart F Income* s'appliquent, il faut être en présence d'une entité étrangère contrôlée : on parle à cet égard de « CFC » (*controlled foreign company*)⁷⁴.

La section 952 IRC définit les types de revenus soumis aux règles relatives aux *Subpart F Income*. A titre d'exemple, nous ne citons ici que les principales catégories de *Subpart F Income*: 1) les *Foreign Personal Holding Company Income*⁷⁵ ; 2) les *Foreign Base Company Sales Income*, que nous développerons ci-dessous dans le cadre de la structure principale-commissionnaires⁷⁶ ; 3) les *Foreign Base Company Services Income*⁷⁷.

Si les conditions définies ci-dessus sont remplies, les revenus précités générés au niveau d'une « CFC » sont considérés comme dividendes versés par cette dernière à la société mère américaine et sont de ce fait ajoutés aux revenus de celle-ci et imposés aux Etats-Unis, avec la possibilité de demander un crédit d'impôt⁷⁸. La section 959 (a) (1) IRC prévoit en outre que lorsqu'un dividende est taxé auprès de la société mère américaine à titre de *Subpart F Income*, il ne sera pas imposé à nouveau lors de la distribution des profits de la « CFC » à la société mère américaine⁷⁹.

3.2.3.2 Application des règles relatives aux *Subpart F Income* dans le cadre de la structure principale-commissionnaires

Comme déjà mentionné ci-dessus, la structure principale-commissionnaires est particulièrement intéressante pour les groupes américains, afin d'éviter de tomber dans le champ d'application des règles relatives aux *Subpart F Income* en ce qui concerne les profits réalisés sur les transactions (achats/ventes de produits) réalisées à l'étranger par l'intermédiaire de sociétés affiliées. En vertu de la section 954 (d) IRC, consacrée aux *Foreign Base Company Sales Income*, si une société

⁷⁴ PLEISJSIER, *Practical Applications*, p. 220 ; sec. 957(a) IRC : une entité étrangère peut être qualifiée de « CFC » si plus de 50% du capital ou plus de 50% des droits de vote sont détenus ou considérés comme détenus par des actionnaires américains pendant la période fiscale ; sec. 951(b) et 958 IRC : est un actionnaire américain tout personne américaine (*US person*) qui détient directement ou indirectement 10% ou plus des droits de vote de la société étrangère ; sec. 957 (c) IRC et sec. 7701 (a) (30) IRC : une personne américaine est un citoyen ou un résident des Etats-Unis, une société de personnes américaine (*US partnership*), une société américaine (*US corporation*), ou un trust.

⁷⁵ Sec. 954 (c) IRC : il s'agit des revenus passifs, tels les dividendes, les intérêts, les loyers et les redevances ; *Breaking Tax News/28-06/ United States, PricewaterhouseCoopers*: une exception existe cependant pour les intérêts et dividendes versés par une « CFC » à une autre « CFC », qui ne sont pas considérés comme *Subpart F Income*.

⁷⁶ Sec. 954 (d) IRC.

⁷⁷ Sec. 954 (e) IRC : il s'agit des revenus découlant de l'exercice par une « CFC » d'une activité de service dans un domaine technique, directorial, d'ingénierie, d'architecture, scientifique, à valeur ajoutée, industriel, commercial ou de services similaires, pour le compte d'une société affiliée et en-dehors du pays de la « CFC ».

⁷⁸ Sec. 951 IRC. On parle à ce propos de *deemed dividend*, à savoir de distribution dissimulée ; pour le crédit d'impôt, voir Sec. 960 et ss IRC.

⁷⁹ Par ailleurs, les Etats-Unis connaissent la *full inclusion rule* qui signifie que si plus de 70% des profits générés au niveau de la « CFC » sont des *Subpart F Income*, la totalité des revenus de celle-ci seront imposés aux Etats-Unis (selon documentation interne à KPMG).

américaine ou un groupe américain agit par l'intermédiaire d'un distributeur (*buy sell distributor*), les produits des ventes de ce dernier peuvent être qualifiés de *Subpart F Income*, taxables aux Etats-Unis, dans la mesure où le distributeur achète les produits à une société affiliée ou les vend à une société affiliée⁸⁰. Afin d'être en présence de *Foreign Base Company Sales Income*, les conditions suivantes doivent être remplies cumulativement : 1) achat ou vente de produits à une **société affiliée** ; 2) production des produits dans un pays autre que le pays de la « CFC » ; 3) vente des produits en-dehors du pays de la « CFC »⁸¹.

Il ressort des conditions figurant ci-dessus que les revenus tirés de transactions faites avec des sociétés non affiliées ne sont pas qualifiés de *Subpart F Income*. C'est dans le cadre de cette condition que la structure principale-commissionnaires présente un atout important. En effet, lorsque la société principale (« CFC ») agit par l'intermédiaire de commissionnaires (au sens des pays de tradition de droit civil) pour la vente de ses produits, la vente est réputée être faite entre la société principale et les tiers. En conséquence, ladite vente n'est pas considérée comme étant faite à une société affiliée, ce qui permet d'éviter l'application des règles sur les *Subpart F Income*⁸². Les bénéfices tirés des ventes peuvent donc bénéficier du *deferral principle*. En outre, du côté de l'achat des marchandises, la société principale, en assumant les responsabilités et les risques de fabrication, peut être considérée comme un fabricant⁸³. Il n'y a donc pas d'achat à une société affiliée. Nous sommes d'avis qu'un contrat de *Consignment « Toll » Manufacturing* est plus défendable dans ce contexte qu'un *Contract Manufacturing*, puisque la société principale reste propriétaire des marchandises tout au long du processus de fabrication.

La possibilité offerte aux groupes américains de considérer des filiales étrangères comme des entités fiscalement transparentes sur un plan fiscal américain, appelée *check the box*, a quelque peu réduit l'attrait fiscal pour la structure principale-commissionnaires dans la mesure où elle permet

⁸⁰ PLEIJSIER, Practical Applications, p. 220.

⁸¹ Sec. 954 (d) (1) IRC « ... the term « foreign base company sales income » means income (...) derived in connection with the purchase of personal property from a related person and its sale to any person, the sale of personal property to any person on behalf of a related person, the purchase of personal property from any person and its sale to a related person, or the purchase of personal property from any person on behalf of a related person where: (a) the property which is purchased (or in the case of property sold on behalf of a related person, the property which is sold) is manufactured, produced, grown, or extracted outside the country under the laws of which the controlled foreign corporation is created and organized, and (b) the property is sold for use, consumption, or disposition outside such foreign country, or, in the case of property purchased on behalf of a related person, is purchased for use, consumption, or disposition outside such foreign territory. (...) ».

⁸² PLEIJSIER, Practical Applications, p. 220.

⁸³ BERDOZ, p. 6.

dans certains cas d'atteindre le même résultat⁸⁴. En effet, lorsqu'un groupe américain décide d'utiliser l'option *check the box*, les transactions effectuées par l'entité transparente (*disregarded entity*) sont considérées comme étant faites par l'actionnaire. Prenons l'exemple d'un groupe américain qui implante une société principale en Suisse qui détient une société de distribution à risques limités à l'étranger. Le groupe américain opte pour un *check the box* au niveau de la société de distribution à risques limités. Ainsi, les ventes qui sont effectuées par cette dernière sont considérées comme étant directement réalisées par la société principale, ce qui permet d'éviter la qualification de *Subpart F Income*, puisque aucune vente n'a été faite à une société affiliée selon les règles fiscales américaines. Cependant, pour que l'option *check the box* puisse être utilisée, il est nécessaire que les sociétés de distribution se trouvent en dessous de la société principale (dans une structure holding)⁸⁵.

3.2.4 Risques encourus

Bien que l'utilisation d'une structure principale-commissionnaires présente des avantages fiscaux importants, il faut garder en mémoire que bon nombre de problèmes fiscaux peuvent survenir, ceci tant lors de la mise en place de la structure que par la suite. En effet, nous verrons notamment dans le prochain chapitre qu'un des grands risques est que le commissionnaire soit considéré comme un établissement stable au sens de l'art. 5 par. 5 Modèle OCDE et que par conséquent, une partie du profit réalisé par la société principale soit taxé dans le pays où se situe le commissionnaire. Nous analyserons également les problèmes fiscaux relatifs à la mise en place de la structure (goodwill), aux prix de transfert et aux impôts indirects.

⁸⁴ BERDOZ, p. 6.

⁸⁵ Selon documentation interne à KPMG.

4 Les implications fiscales

4.1 Les problèmes pouvant survenir lors de la mise en place d'une structure principale-commissionnaires

Lors de la mise en place d'une structure principale-commissionnaires, les deux problèmes survenant fréquemment sont : la question du transfert du goodwill de la société de distribution, transformée en commissionnaire, à la société principale et la question du report des pertes.

4.1.1 Le transfert du goodwill

4.1.1.1 Le contexte

Lors de la mise en place d'une structure principale-commissionnaires, les filiales d'un groupe qui opéraient comme distributeurs voient généralement leur mode de fonctionnement fondamentalement modifié lors de leur conversion en commissionnaires⁸⁶. En effet, le distributeur qui agissait auparavant en son propre nom et pour son propre compte agit désormais en son propre nom ou au nom de la société principale mais dans tous les cas pour le compte de cette dernière. Ceci signifie que les risques liés à la détention d'inventaires, les risques de du croire ainsi que les risques de change sont transférés à la société principale lors de la conversion, impliquant donc une diminution des profits pour la société de distribution devenue commissionnaire, qui ne perçoit alors plus le produit de ses ventes mais une commission qui doit correspondre aux prix du marché⁸⁷. Le même phénomène se produit pour la conversion d'une société de distribution en distributeur à risques limités⁸⁸.

Cette réallocation des risques et des profits peut conduire les autorités fiscales du pays du distributeur à considérer qu'un transfert de goodwill a lieu du distributeur à la société principale lors de la conversion et que le distributeur doit être indemnisé en conséquence⁸⁹. Le goodwill consiste notamment en la clientèle constituée par la société de distribution ainsi que son réseau de vente. Le montant payé en contrepartie du transfert de goodwill constitue généralement un revenu imposable pour le commissionnaire⁹⁰. Du côté de la société principale se pose la question de l'amortissement du prix payé pour le transfert du goodwill. Si dans bon nombre de pays un tel amortissement est

⁸⁶ BERDOZ, p. 6.

⁸⁷ PLEIJSIER, Practical Applications, p. 224.

⁸⁸ PLEIJSIER, Practical Applications, p. 224.

⁸⁹ PLEIJSIER, Practical Applications, p. 224 ; BERDOZ, p. 6.

⁹⁰ Selon documentation interne à KPMG.

possible, nous relevons que certains pays ne l'acceptent pas⁹¹. Par ailleurs, dans l'hypothèse où le commissionnaire constituerait un établissement stable⁹², la question se poserait également de savoir si l'amortissement du goodwill, en tant que charge de la société principale, pourrait permettre de diminuer le revenu taxable alloué à l'établissement stable lors de la répartition du bénéfice entre la société principale et le commissionnaire⁹³.

A défaut d'un tel dédommagement, les autorités fiscales pourraient invoquer le fait que la société de distribution a accordé, selon la terminologie utilisée en droit fiscal suisse, une prestation appréciable en argent à la société principale⁹⁴. Ceci entraînerait le prélèvement d'un impôt à la source dont le taux peut varier en fonction des différents pays concernés et des éventuelles conventions de double imposition qui pourraient être appliquées. De plus, la différence entre la valeur déterminée selon les prix du marché et la valeur comptable du goodwill serait taxée au niveau du commissionnaire, représentant l'indemnité que le commissionnaire aurait dû percevoir⁹⁵. La valeur comptable du goodwill devrait être nulle puisque le commissionnaire ne peut pas activer sa propre clientèle.

Il convient de mentionner que le même problème peut se poser lors de la conversion d'un fabricant en fabricant à façon puisqu'il y a également réallocation des risques de marché dans un tel cadre. Les autorités fiscales peuvent alors considérer qu'un transfert du savoir-faire de fabrication a eu lieu de la société de fabrication à la société principale⁹⁶.

Outre la question du goodwill, il convient encore d'examiner le problème de la fin du contrat passé avec la société de distribution (contrat de distribution) et plus particulièrement de déterminer si la diminution des profits pour la société de distribution transformée en commissionnaire peut entraîner pour celle-ci un droit à une compensation. Afin de répondre à cette question, il faut se référer au contrat de distribution conclu entre le distributeur et la société affiliée qui lui vend les produits ainsi qu'au droit du pays dans lequel le distributeur est situé. Enfin, il est nécessaire de prendre en considération le contrat de commission puisque la conclusion d'un tel contrat, en parallèle à la résiliation du contrat de distribution, implique que le commissionnaire perçoive toujours une

⁹¹ Selon documentation interne à KPMG.

⁹² Voir point 4.2.1.3.

⁹³ Selon documentation interne à KPMG. Pour plus de détails sur la répartition du bénéfice entre la société principale et l'établissement stable constitué par le commissionnaire, voir point 4.2.1.4.

⁹⁴ PLEIJSIER, Practical Applications, p. 224 ; BERDOZ, p. 6.

⁹⁵ Selon documentation interne à KPMG.

⁹⁶ BERDOZ, p. 6-7.

couverture pour une partie substantielle de ses coûts. Par conséquent, le distributeur ne devrait être autorisé à recevoir une indemnité que pour les coûts non couverts par le contrat de commission⁹⁷.

4.1.1.2 Aspects pratiques

Afin de déterminer si l'on est en présence d'un transfert de goodwill, il convient premièrement de se référer à la législation des pays concernés afin de définir ce que ces derniers considèrent comme goodwill et de ce fait si la conversion d'un distributeur en un commissionnaire avec constitution d'une société principale constitue un transfert de goodwill taxable au niveau du commissionnaire⁹⁸. Dans la plupart des pays européens, il existe un risque que les autorités fiscales estiment qu'il y a un transfert de goodwill du distributeur à la société principale lors de la mise en place d'une structure principale-commissionnaires. Afin de réduire ce risque, il est indispensable dans un premier temps de pouvoir démontrer que le commissionnaire est le propriétaire de la clientèle et que cette dernière n'est pas uniquement liée à la marque de l'entreprise. Si la clientèle a été développée par le distributeur, elle fait partie intégrante de ses actifs immatériels. Dans cette hypothèse, il conviendra de démontrer que ce dernier conserve sa propre clientèle et que par conséquent il n'est pas obligé de transférer celle-ci à la société principale lors de la fin du contrat. En pratique, aucun transfert de clientèle ne devrait avoir lieu pour autant que les activités de marketing et de vente restent exercées par le commissionnaire et que ce dernier conserve la liste de ses clients. En effet, si le commissionnaire n'est pas obligé de dévoiler l'identité de ses clients à la société principale, ce qui est par exemple possible en Allemagne, il sera plus difficile pour les autorités fiscales d'invoquer un transfert de goodwill étant donné que le commissionnaire continuera à bénéficier des relations commerciales existantes, ce qui présente un intérêt économique important puisque la société principale ne peut pas les utiliser. D'un point de vue pratique, l'identité des clients ne restera inconnue de la société principale que si le commissionnaire procède à la livraison des produits et non la société principale. Il est également recommandé de s'assurer que lors de la fin du contrat conclu entre le commissionnaire et la société principale, cette dernière ne soit pas autorisée à traiter directement avec les clients du commissionnaire⁹⁹.

Nous relevons cependant qu'il peut être difficile de garder l'identité des clients inconnue de la société principale au sein d'un groupe international.

⁹⁷ Selon documentation interne à KPMG.

⁹⁸ Selon documentation interne à KPMG.

⁹⁹ Selon documentation interne à KPMG.

La société principale assumant le risque de du croire nous pouvons nous demander si le transfert des créances équivaut à un transfert de clientèle. La pratique montre que le transfert des créances n'est pas un élément déterminant dans l'appréciation du risque de transfert de goodwill¹⁰⁰.

Dans certains pays, tels que la France, le risque peut être plus facilement écarté si le commissionnaire agit en son propre nom mais pour le compte de la société principale (*undisclosed commissionnaire*)¹⁰¹.

Le fait de pouvoir justifier la conversion de la structure existante en une structure principale-commissionnaires par des raisons économiques et commerciales, comme par exemple la centralisation d'activités administratives, peut également permettre d'éviter que les autorités fiscales considèrent qu'il y a transfert de goodwill lors de la conversion. Dans ce cadre, il est par exemple possible d'arguer qu'il n'y a aucun transfert de la liste des clients du commissionnaire à la société principale mais simplement un changement dans la manière dont elle est utilisée, ceci à des fins commerciales. Ainsi, la diminution du profit au niveau du commissionnaire peut être justifiée par le transfert des risques à la société principale engendré par la nouvelle organisation du groupe¹⁰².

Nous relevons qu'en pratique la question du transfert du goodwill peut être influencée par la question du droit à une indemnisation qui pourrait être due suite à la diminution des profits engendrée pour les filiales du groupe lors de leur conversion en commissionnaires. En Allemagne, par exemple, il existe un droit à la compensation pour un agent commercial qui verrait son contrat résilié, conformément à l'article 89 Handelsgesetzbuch. La jurisprudence allemande a étendu ce droit à la compensation pour les commissionnaires au sens des pays de tradition de droit civil et pour les distributeurs (agissant pour leur propre compte)¹⁰³. Ainsi, un distributeur a droit à une indemnisation si la société qui lui vend les produits a selon les termes du contrat qui les lie la faculté de connaître l'identité des clients du distributeur et de ce fait la possibilité de continuer de vendre aux dits clients après la fin du contrat avec le distributeur¹⁰⁴. Ainsi, dans le cadre de la conversion d'une structure existante en une structure principale-commissionnaires, il conviendra de

¹⁰⁰ Selon documentation interne à KPMG.

¹⁰¹ Selon documentation interne à KPMG.

¹⁰² Selon documentation interne à KPMG.

¹⁰³ BRODERSEN/VON KOLCZYNSKI, p. 209.

¹⁰⁴ BRODERSEN/VON KOLCZYNSKI, p. 209.

déterminer si dans une situation mettant en évidence des sociétés non affiliées, un droit à une telle compensation serait revendiqué par le distributeur lors de sa conversion. En effet, dans une relation entre sociétés affiliées, le droit à la compensation ne sera certainement pas invoqué par la filiale transformée en commissionnaire. En pareil cas, il y a un risque que les autorités fiscales allemandes estiment que l'on est en présence d'un dividende caché si une société indépendante aurait, elle, revendiqué son droit à la compensation¹⁰⁵.

Par ailleurs, si la société principale procède à une indemnisation de certaines filiales converties en commissionnaires, les autorités fiscales des pays où sont implantées d'autres filiales pourraient légitimement s'attendre à ce qu'une rémunération, alors taxable, soit également versée aux filiales situées dans leur pays¹⁰⁶.

4.1.1.3 Conclusion intermédiaire

Au vu de ce qui précède, nous pensons qu'il est souhaitable en pratique d'obtenir de la part des autorités fiscales des pays où les commissionnaires sont localisés un ruling sur la question du transfert de goodwill et des implications fiscales y relatives, dans la mesure où les autorités fiscales le permettent.

4.1.2 Le report des pertes

Un autre problème pouvant survenir lors de la mise en place d'une structure principale-commissionnaires est celui du report des pertes. En effet, il se peut que certains pays refusent la possibilité de reporter des pertes, réalisées alors qu'une filiale agissait comme distributeur, sur des bénéfices futurs réalisés par le commissionnaire en invoquant qu'une nouvelle activité a débuté¹⁰⁷. A notre connaissance la majorité des pays européens accepte le report de pertes, le Portugal faisant cependant exception¹⁰⁸.

¹⁰⁵ BRODERSEN/VON KOLCZYNSKI, p. 209; KROPPEH/ HUFFMEIER, p. 136.

¹⁰⁶ Selon documentation interne à KPMG.

¹⁰⁷ BERDOZ, p. 7.

¹⁰⁸ Selon documentation interne à KPMG.

4.2 Les problèmes pouvant survenir après la mise en place de la structure principale-commissionnaires

4.2.1 Le risque d'établissement stable

4.2.1.1 Le contexte

Comme déjà mentionné, il existe un risque que le commissionnaire soit considéré par les autorités fiscales étrangères comme un établissement stable de la société principale¹⁰⁹. En effet, le choix du lieu d'implantation des sociétés principales étant généralement des pays à fiscalité avantageuse, les pays dans lesquels sont localisés les commissionnaires, pouvant se voir lésés sur un plan fiscal, tentent de revendiquer leur droit à l'imposition des profits générés par les commissionnaires¹¹⁰. La question de l'établissement stable est donc incontournable dans une telle structure au vu des activités exercées par les commissionnaires. Nous tenons toutefois à souligner que ce risque est également présent au niveau des entités qui produisent pour le compte de la société principale.

Après un bref rappel de la notion d'établissement stable, nous nous attacherons à définir la notion d'agent au sens de l'art. 5 par. 5 et 6 Modèle OCDE et à analyser dans quel cas un commissionnaire, dans le cadre d'une structure principale-commissionnaires, pourrait être qualifié d'établissement stable de la société principale au sens des dispositions précitées. Nous examinerons ensuite la question de la répartition du bénéfice entre la société principale et l'établissement stable dans l'hypothèse où le commissionnaire constituerait un établissement stable. Enfin, la dernière partie de ce chapitre sera consacrée au risque d'établissement stable au regard des activités de production.

Nous utiliserons volontairement le terme d'agent lorsque nous nous référerons aux travaux de l'OCDE, indépendamment de toute référence à une institution juridique particulière, afin de respecter la terminologie utilisée dans le Modèle OCDE et son Commentaire.

4.2.1.2 L'établissement stable selon l'art. 5 Modèle OCDE

4.2.1.2.1 La notion

En vertu de l'art. 5 par. 1 Modèle OCDE, l'établissement stable est une installation fixe d'affaires par l'intermédiaire de laquelle une entreprise exerce toute ou partie de son activité. Cette définition

¹⁰⁹ Voir point 3.2.4.

¹¹⁰ Voir notamment HENSHALL, p. 3.

présuppose que quatre conditions cumulatives soient remplies : 1) une entreprise¹¹¹ ; 2) qui conduit son activité dans un autre Etat au moyen d'une installation d'affaires¹¹² ; 3) l'installations d'affaires est fixe¹¹³ ; 4) tout ou partie de l'activité de l'entreprise est exercée par l'intermédiaire de l'installation fixe d'affaires¹¹⁴.

L'art. 5 par. 2 Modèle OCDE donne une liste exemplative non exhaustive d'établissements stables¹¹⁵ et l'art. 5 par. 4 Modèle OCDE contient quant à lui une liste de plusieurs activités constituant une exception à la définition de l'art. 5 par. 1 Modèle OCDE même si les conditions posées par ce dernier sont remplies. Ces activités ont pour caractéristique d'être des opérations préparatoires ou auxiliaires¹¹⁶. Nous jugeons encore utile de mentionner que bien que normalement une filiale ne puisse pas être considérée comme un établissement stable de sa mère (art. 5 par. 7 Modèle OCDE), une filiale peut constituer un établissement stable si les conditions de l'art 5 par. 5 sont remplies¹¹⁷. A ce sujet, la Cour Suprême de Cassation italienne a considéré que la Société Philip Morris GmbH avait un établissement stable en Italie constitué par la présence d'une société fille de fabrication¹¹⁸.

4.2.1.2.2 Le cas particulier de l'agent

L'art. 5 par. 1 Modèle OCDE requiert une présence physique d'une entreprise dans un autre Etat afin que l'on puisse parler d'établissement stable. Nous allons cependant voir que l'on peut également être en présence d'un établissement stable lorsqu'une entreprise conduit ses activités dans un autre Etat contractant par l'intermédiaire d'un agent agissant pour le compte de l'entreprise,

¹¹¹ Selon l'art. 3 par. 1 lettre c Modèle OCDE, le terme « entreprise » vise une entreprise exploitée par un résident d'un Etat contractant. Cependant, en vertu du Commentaire OCDE no 4 ad art. 3, il faut se référer au droit interne afin de savoir si l'on se trouve en présence d'une entreprise.

¹¹² Commentaire OCDE no 4 ad art. 5: l'expression « installation d'affaires » couvre tout local, matériel ou installation utilisé pour l'exercice des activités de l'entreprise, qu'il serve ou non exclusivement à cette fin. Il est à relever que l'entreprise n'a pas besoin d'être propriétaire du local, du matériel ou de l'installation.

¹¹³ Commentaire OCDE nos 5 et 6 ad art. 5: il doit normalement exister un lien entre l'installation d'affaires et un point géographique déterminé. Il en découle que l'installation d'affaires ne doit pas avoir un caractère purement temporaire mais avoir un certain degré de permanence.

¹¹⁴ Commentaire OCDE no 10 ad art. 5: la présence de personnes n'est pas indispensable. En effet, il peut avoir établissement stable si les activités de l'entreprise sont exercées principalement au moyen d'un outillage automatique, les activités du personnel se bornant à monter, faire fonctionner, contrôler et entretenir cet outillage.

¹¹⁵ Un siège de direction, une succursale, un bureau, une usine, un atelier, une mine, un puits de pétrole ou de gaz, une carrière ou tout autre lieu d'extradition de ressources naturelles.

¹¹⁶ Commentaire OCDE no 21 ad art. 5.

¹¹⁷ Commentaire OCDE no 41 ad art. 5.

¹¹⁸ Jugement du 7 mars 2002, 4ITLR, p. 903; OBERSON no 285, p. 94; pour plus de détails, voir VILLA, p. 29-30.

conformément à l'art. 5 par. 5 Modèle OCDE¹¹⁹. Il est alors sans importance que l'activité s'effectue par l'intermédiaire d'une installation fixe d'affaires ou non¹²⁰.

L'agent dépendant, tel que défini à l'art. 5 par. 5 Modèle OCDE, est la personne qui agit **pour le compte** d'une entreprise et qui dispose dans un Etat contractant de pouvoirs, qu'elle exerce habituellement, lui permettant de conclure des contrats **au nom** de l'entreprise¹²¹. Les pouvoirs octroyés à l'agent doivent couvrir les contrats qui ont trait aux opérations constituant les activités propres de l'entreprise¹²². Par ailleurs, l'agent dépendant est une personne, employée ou non, qui ne tombe pas sous le coup de l'art. 5 par. 6 Modèle OCDE, à savoir la disposition relative aux agents indépendants. Il peut s'agir d'une société ou d'une personne physique ; elle n'est pas tenue d'être résidente ni de posséder une installation d'affaires dans l'Etat dans lequel elle agit pour le compte de l'entreprise¹²³.

L'art. 5 par. 6 Modèle OCDE, traitant du cas de l'agent indépendant, prévoit que le seul fait pour une entreprise d'exercer son activité dans un Etat contractant par l'intermédiaire d'un courtier, d'un commissionnaire général ou de tout autre agent jouissant d'un statut indépendant n'est pas constitutif d'un établissement stable pour autant que ces personnes agissent dans le cadre ordinaire de leur activité¹²⁴. Deux conditions doivent être remplies pour que l'on puisse admettre qu'il n'y a pas d'établissement stable : 1) la personne agissant pour l'entreprise est indépendante de cette dernière à la fois **juridiquement** et **économiquement** ; 2) elle agit dans le cadre ordinaire de son activité¹²⁵.

Les conditions posées ci-dessus sont explicitées par le Commentaire OCDE et font l'objet de nombreux développements en doctrine. Nous jugeons cependant plus intéressant de les développer sous l'angle de la structure principale-commissionnaires en tentant d'y apporter un éclairage pratique plutôt que de les exposer de manière purement théorique. Ceci fera l'objet du prochain chapitre de ce travail.

¹¹⁹ PERSICO, p. 66.

¹²⁰ OBERSON no 277, p. 92.

¹²¹ OBERSON no 277, p. 92.

¹²² Commentaire OCDE no 33 ad art. 5.

¹²³ Commentaire OCDE no 32 ad art. 5.

¹²⁴ Art. 5 par. 6 Modèle OCDE.

¹²⁵ Commentaire OCDE no 37 ad art. 5.

Nous tenons également à mentionner qu'il existe plusieurs théories développées en doctrine quant à la relation entre l'art. 5 par. 5 et l'art. 5 par. 6 Modèle OCDE. Il s'agit en effet de l'aspect le plus controversé relatif à ces dispositions¹²⁶. Ayant donné lieu à des débats considérables, une analyse approfondie de ces différentes théories dépasserait le cadre de notre étude et n'y présenterait pas un grand apport pratique¹²⁷.

4.2.1.2.3 Conséquences fiscales

Les bénéficiaires pouvant être attribués à un établissement stable sont taxés dans l'Etat où l'établissement stable est situé en vertu de l'art. 7 par. 1 Modèle OCDE. Les bénéficiaires de l'établissement stable visés par ce dernier article sont les bénéficiaires industriels et commerciaux qui n'entrent pas dans des catégories de revenus couvertes par des dispositions spéciales¹²⁸. Deux méthodes sont utilisées en droit fiscal international afin de déterminer les bénéficiaires imputables à l'établissement stable ; il s'agit de la méthode directe et de la méthode indirecte¹²⁹. Nous ne développerons pas ces méthodes de manière théorique mais nous concentrerons sur la question de la répartition du bénéfice dans l'hypothèse d'une structure principale-commissionnaires¹³⁰.

4.2.1.3 Evaluation du risque d'établissement stable au niveau du commissionnaire

Le premier point que nous souhaitons soulever se rapporte à la définition de l'agent au sens de l'art. 5 par. 5 Modèle OCDE. En effet, bien que l'article précité stipule que l'agent doit agir **pour le compte** d'une entreprise et disposer de pouvoirs qu'il exerce **au nom** de celle-ci, le Commentaire OCDE précise à ce titre que : « l'expression « de pouvoirs (...) lui permettant de conclure des contrats au nom de l'entreprise » ne restreint pas l'application du paragraphe à un agent concluant des contrats littéralement au nom de l'entreprise ; le paragraphe s'applique aussi à un agent qui conclut des contrats qui engagent l'entreprise même si ces contrats ne sont pas effectivement conclus au nom de l'entreprise »¹³¹. La question est donc de savoir quel est l'impact de cette

¹²⁶ WIDMER, Archives 72, p. 117.

¹²⁷ Pour plus de détails à ce sujet, voir notamment : WIDMER, Archives 72, p. 117 ss ; PIJL/WILLEME, p. 13 ; PERSICO, p. 70 ss.

¹²⁸ Art. 7 par. 7 Modèle OCDE ; Commentaire OCDE no 35 ad art. 7.

¹²⁹ La méthode directe vise à attribuer à l'établissement stable les bénéfices qu'il aurait pu réaliser s'il avait constitué une entreprise distincte, exerçant des activités identiques ou analogues dans des conditions identiques ou analogues, et traitant en toute indépendance avec l'entreprise dont il constitue un établissement stable (art. 7 par. 2 Modèle OCDE). Quant à la méthode indirecte, elle permet une répartition des bénéfices totaux de l'entreprise entre ses diverses parties (art. 7 par. 4 Modèle OCDE).

¹³⁰ Voir point 4.2.1.4.

¹³¹ Commentaire OCDE no 32.1 ad art. 5. Ce commentaire a été ajouté en 1994 suite à la demande de l'Angleterre qui désirait s'assurer que les actes faits par un *undisclosed agent*, qui nous le rappelons lie l'entreprise pour laquelle il agit, crée un établissement stable. En 1994, le commentaire no 32.1 faisait l'objet de la dernière phrase du commentaire no 32. C'est en 2003 que cette phrase est devenue la première phrase du Commentaire no 32.1.

précision dans l'hypothèse où une société principale exercerait ses activités de vente par l'intermédiaire d'un commissionnaire agissant en son propre nom mais pour le compte de la société principale. Selon la teneur du commentaire susmentionné, la conclusion de contrats **liant** la société principale serait alors l'élément clé afin d'admettre la présence d'un établissement stable¹³². Selon Kroppen et Huffmeier, se prononçant au sujet du commissionnaire en vertu du droit allemand, cet élément n'est pas rempli puisque le commissionnaire agissant en son propre nom ne lie pas la société principale lorsqu'il conclut des contrats avec des tiers¹³³. Quant à Pijl et Willeme, faisant référence au droit néerlandais, ils mentionnent que dans certains cas même si le contrat a été conclu au nom du commissionnaire, ledit contrat peut tout de même lier la société principale, si certaines conditions particulières sont remplies, comme par exemple en cas de faillite du commissionnaire. Toutefois les auteurs précités ne pensent pas que l'on puisse conclure de ces cas particuliers que la société principale est directement liée aux tiers et que par conséquent le commissionnaire puisse constituer un établissement stable puisque la société principale ne se trouve liée que dans certaines circonstances¹³⁴. Les autorités fiscales quant à elles pourraient s'opposer au point de vue des auteurs susmentionnés en invoquant le fait que si la société principale n'est pas liée par les actes de son commissionnaire, les risques supportés par le commissionnaire devraient être plus importants et de ce fait la commission qui lui est versée devrait être plus élevée, d'où la naissance d'un problème de prix de transfert¹³⁵.

Nous tenons à ce stade à souligner que cette question se pose au niveau du contrat conclu entre le commissionnaire et les tiers. En effet, le système est quelque peu ambigu étant donné que la société principale est de toute façon liée en pratique puisque tous les risques découlant du rapport juridique entre le commissionnaire et les tiers lui sont transférés dans le cadre du contrat la liant au commissionnaire¹³⁶.

En pratique, la situation est assez claire dans le cas où le commissionnaire agit en son propre nom et pour le compte de la société principale puisque la majorité des pays européens s'accorde pour dire que la société principale n'est pas liée (dans un premier temps)¹³⁷. Cependant, la Cour d'appel de

¹³² PLEIJSIER, *The Current Definition*, p. 177; KROPPEN/HUFFMEIER, p. 135.

¹³³ KROPPEN/HUFFMEIER, p. 135; VILLA, p. 28 : Villa partage leur opinion, mentionnant que les commissionnaires selon les pays de tradition de droit civil ne lient pas contractuellement la société principale.

¹³⁴ PIJL/WILLEME, p. 16.

¹³⁵ VILLA, p. 28.

¹³⁶ Voir point 2.3.2.2.

¹³⁷ Selon documentation interne à KPMG.

Paris a rendu une décision en date du 2 février 2007 dans laquelle elle a jugé qu'une société française distribuant des produits orthopédiques en son propre nom mais pour le compte d'une société principale anglaise constituait un établissement stable en France. La Cour d'appel de Paris fonde principalement sa décision sur le commentaire OCDE no 32.1 (exposé ci-dessus) précisant que l'art. 5 par. 5 Modèle OCDE est également applicable pour des contrats qui ne seraient pas conclus littéralement au nom de l'entreprise¹³⁸. Nous rejoignons Gelin qui estime que la Cour d'Appel de Paris n'a pas analysé l'élément clé du Commentaire OCDE, à savoir si les contrats lient la société principale¹³⁹.

A l'opposé, lorsque le commissionnaire agit au nom et pour le compte de la société principale, la majorité des pays européens considère que la société principale est liée par les actes de son commissionnaire¹⁴⁰. Nous relevons à ce propos que les commissionnaires implantés en Grande-Bretagne sont souvent considérés par les autorités fiscales comme constitutifs d'un établissement stable puisque les actes de ces derniers lient dans tous les cas la société principale¹⁴¹. La seule échappatoire est donc de tenter de prouver l'indépendance du commissionnaire mais cela peut se révéler difficile en pratique surtout dans le cadre d'un groupe multinational¹⁴².

En deuxième lieu, nous souhaitons nous arrêter sur la question de l'indépendance **juridique** et **économique** du commissionnaire, condition nécessaire à la reconnaissance d'un statut d'agent indépendant en vertu de l'art. 5 par. 6 Modèle OCDE¹⁴³. De manière générale, on estime qu'il y a indépendance juridique si l'agent peut conduire les activités de l'entreprise pour le compte de laquelle il agit selon ses propres méthodes et ses propres idées. L'entreprise peut toutefois lui donner des instructions mais seulement en ce qui concerne le résultat final et non s'agissant de la manière de procéder pour atteindre un tel résultat¹⁴⁴. Quant à l'indépendance économique, elle

¹³⁸ GELIN, p. 20.

¹³⁹ GELIN, p. 20.

¹⁴⁰ Selon documentation interne à KPMG. Il ressort de cette même documentation que la situation est plus délicate dans le cas intermédiaire où le commissionnaire agit en son propre nom mais pour le compte de la société principale et que ce fait ainsi que le nom de la société principale sont dévoilés aux tiers contractants. En effet, dans cette hypothèse, certains pays considèrent que la société principale est liée par les actes du commissionnaire alors que d'autres non. Sur ce cas intermédiaire, voir point 2.3.2.2.

¹⁴¹ HENSHALL, p. 3.

¹⁴² Selon documentation interne à KPMG.

¹⁴³ DIETER, p. 3.

¹⁴⁴ PLEIJSIER, *The Current Definition*, p. 180.

s'apprécie à la lumière de plusieurs facteurs, tels les risques supportés par l'agent, le nombre d'entreprises qu'il représente, etc¹⁴⁵.

Dans une structure principale-commissionnaires, les autorités fiscales de la plupart des pays européens estiment qu'il y a dépendance **juridique** notamment dans les cas où le commissionnaire peut être considéré comme un employé ou dans les cas où il agit **au nom et pour le compte** de la société principale. Il y a également dépendance juridique dans l'hypothèse où le commissionnaire n'est pas libre d'organiser ses activités de vente et de négocier les contrats ou lorsque l'autorisation de la société principale est nécessaire pour chaque opération commerciale effectuée par le commissionnaire. Enfin, le fait que le commissionnaire ne soit pas libre d'engager des employés est également un facteur en faveur de la dépendance juridique. Il a y de fortes chances que le commissionnaire ne constitue pas un établissement stable s'il peut négocier et signer des contrats en son propre nom librement tout en respectant certains paramètres généraux fixés par la société principale, ceci sans lui demander l'autorisation préalable¹⁴⁶.

Les expériences pratiques montrent que les autorités fiscales considèrent qu'il y a dépendance **économique** lorsque le commissionnaire perçoit un salaire fixe en lieu et place d'une commission. Par ailleurs, la rémunération ne doit pas être à la libre appréciation de la société principale décidant quels coûts elle veut par exemple rembourser au commissionnaire ou non. A ce propos, le fait pour l'agent de percevoir une rémunération respectant le principe de pleine concurrence est un élément en faveur de l'indépendance économique¹⁴⁷. En outre, l'indépendance économique est difficile à accepter si le commissionnaire ne rend ses services qu'à une seule société¹⁴⁸. Quant au contrat passé avec la société principale, il doit laisser une certaine indépendance et certaines responsabilités au commissionnaire. En effet, un critère important à prendre en considération dans l'appréciation de l'indépendance économique consiste à rechercher si le risque de l'entrepreneur doit être supporté

¹⁴⁵ Selon documentation interne à KPMG.

¹⁴⁶ Selon documentation interne à KPMG ; voir également : PIJL/WILLEME : il ne peut pas y avoir indépendance juridique si par exemple le contrat conclu entre l'agent et l'entreprise règle tous les détails, comme par exemple la manière d'approcher les clients, le nombre de transactions à conclure, les heures de travail, le contenu des contrats à conclure, etc. ; Commentaire OCDE no 38 ad art. 5 : des instructions détaillées ou un contrôle général de l'entreprise sur l'agent ne permettent pas d'admettre l'indépendance juridique.

¹⁴⁷ Selon documentation interne à KPMG.

¹⁴⁸ Selon documentation interne à KPMG ; voir également : Commentaire OCDE no 38.6 ad art. 5 ; KROPPEH/HUFFMEIER, p. 134 ; PIJL/WILLEME, p. 17 ; PLEIJSIER, The Current Definition, p. 181 ; WIDMER, Archives 72, p. 123. Néanmoins, le Commentaire OCDE no 38.6 ad art. 5 précise que ceci n'est pas en soi déterminant et que tous les faits et circonstances doivent être pris en compte pour évaluer l'indépendance économique de l'agent. Nous notons que dans une principale-commissionnaires, l'agent ne représente toujours qu'une seule société (société principale).

par l'agent ou par l'entreprise qu'il représente¹⁴⁹. L'indépendance économique ne peut en effet pas être reconnue si l'agent ne supporte aucun risque¹⁵⁰. En pratique, il convient par exemple de prévoir que le commissionnaire est seul responsable de ses employés et de ses assurances. Les autorités fiscales pourraient ne pas accepter l'indépendance en arguant que la commission versée au commissionnaire est trop basse pour qu'il puisse être admis que le commissionnaire supporte un risque d'entrepreneur, par exemple¹⁵¹. Il est également important que le contrat passé entre le commissionnaire et la société principale stipule que la société principale n'a pas de libre accès aux locaux commerciaux du commissionnaire, afin de réduire le risque d'établissement stable. Nous tenons encore à souligner que le fait pour un commissionnaire d'effectuer des activités qui devraient normalement être exercées par la société principale est un élément négatif dans l'évaluation de l'indépendance économique¹⁵².

Si l'indépendance juridique et économique de l'agent peut être démontrée, il faut encore que celui-ci agisse dans le cadre ordinaire de son activité¹⁵³. Les activités exercées pour le compte de l'entreprise doivent donc relever économiquement de la sphère des opérations commerciales propres à l'agent¹⁵⁴. Afin de déterminer si une activité entre ou non dans le cadre ordinaire de l'activité de l'agent, le Commentaire OCDE précise qu'il convient d'étudier les activités commerciales habituellement exercées dans la profession de l'agent¹⁵⁵.

A titre exemplatif, les autorités fiscales étrangères pourraient considérer qu'un commissionnaire remplissant les critères de l'indépendance juridique et économique n'agit pas dans le cadre ordinaire de ses activités s'il effectue un « cycle » d'activités pour la société principale (achat de matières premières, production et distribution des produits finis). Il en va de même si le commissionnaire utilise le papier à en-tête de la société principale ou les cartes de visite de cette dernière ou si la société principale exerce un contrôle entier sur le commissionnaire (contrôle de la comptabilité, obligation d'agir uniquement pour le compte de la société principale, etc.)¹⁵⁶.

¹⁴⁹ Commentaire OCDE no 38 ad art. 5; WIDMER, Archives 72, p. 123.

¹⁵⁰ PIJL/WILLEME, p. 17; PLEIJSIER, The Current Definition, p. 181: l'agent n'a cependant pas besoin de supporter tous les risques, l'indépendance économique pouvant être admise s'il partage les risques avec l'entreprise qu'il représente; voir également DIETER, p. 3 ss.

¹⁵¹ VILLA, p. 29; BERDOZ, p. 14.

¹⁵² Selon documentation interne à KPMG.

¹⁵³ KROPPEH/HUFFMEIER, p. 134.

¹⁵⁴ Commentaire OCDE no 38.7 ad art. 5.

¹⁵⁵ Commentaire OCDE no 38.8 ad art. 5; PLEIJSIER, The Current Definition, p. 182.

¹⁵⁶ Selon documentation interne à KPMG.

Nous mentionnons encore qu'en pratique certaines activités clé, telles que par exemple la logistique, doivent être exercées par la société principale pour qu'une structure principale-commissionnaires soit reconnue. Si ces activités étaient exercées au niveau du commissionnaire, cela pourrait augmenter le risque d'établissement stable dans le sens où les autorités fiscales pourraient invoquer que la société principale ne remplit pas complètement son rôle¹⁵⁷.

4.2.1.4 Répartition du bénéfice entre la société principale et l'établissement stable

Dans l'hypothèse où le commissionnaire constituerait un établissement stable, il se pose encore la question de la répartition du bénéfice entre l'Etat de la société principale et l'Etat du commissionnaire. Un premier problème à résoudre est de savoir si le profit attribuable à l'établissement stable est égal ou supérieur à la commission qui est versée au commissionnaire. On pourrait avancer que le profit attribuable à l'établissement stable devrait être égal à celui du commissionnaire étant donné que les activités exercées sont les mêmes. Cependant, l'art. 7 par. 2 Modèle OCDE prévoit que les profits imputés à l'établissement stable sont ceux qu'auraient réalisés une entreprise indépendante exerçant des activités identiques ou analogues (méthode directe). Si l'on compare avec un distributeur ordinaire, assumant des risques plus élevés que le commissionnaire, le profit qui devrait être attribué à l'établissement stable devrait être plus élevé que la commission perçue par le commissionnaire¹⁵⁸. Un deuxième problème est celui de savoir si la commission versée au commissionnaire peut être déduite du bénéfice qui est réparti entre la société principale et le commissionnaire. La majorité des pays européens acceptent une telle déduction¹⁵⁹.

Il ressort de la pratique que les pays européens déterminent le profit attribuable à l'établissement stable sur la base de la méthode directe (art. 7 par. 2 Modèle OCDE). Ils considèrent donc de manière générale l'établissement stable comme une entité indépendante. De plus, les autorités fiscales veillent à ce que le profit attribué à l'établissement stable respecte le principe de pleine concurrence en se basant sur différentes méthodes développées par l'OCDE et qui seront exposées ultérieurement¹⁶⁰.

¹⁵⁷ Selon documentation interne à KPMG.

¹⁵⁸ Selon documentation interne à KPMG.

¹⁵⁹ Selon documentation interne à KPMG.

¹⁶⁰ Selon documentation interne à KPMG ; sur la détermination du prix de pleine concurrence, voir point 4.2.2.3.1.

Nous tenons encore à mentionner que l'OCDE a établi un rapport sur l'attribution des bénéfices aux établissements stables. En ce qui concerne l'agent dépendant au sens de l'art. 5 par. 5 Modèle OCDE, l'approche de l'OCDE est une analyse fonctionnelle et factuelle des activités exercées par l'agent dépendant tant pour son propre compte que pour le compte de l'entreprise pour laquelle il exerce des fonctions (entreprise non résidente). L'agent dépendant se verra imputer les actifs et les risques de l'entreprise non résidente qui sont liés aux fonctions qu'il exerce pour le compte de cette entreprise ; un capital libre suffisant sera également attribué à l'agent dépendant. Puis, les bénéfices seront attribués à l'agent dépendant en fonction de ces actifs, de ces risques et de ce capital¹⁶¹. Le rapport OCDE précise également qu'une rémunération de pleine concurrence pour les services rendus par l'agent dépendant doit être déterminée et déduite des bénéfices attribuables à l'établissement stable constitué par l'agent dépendant¹⁶². A titre illustratif, le rapport OCDE prend l'exemple d'un agent dépendant et d'une entreprise non résidente liés par un contrat de mandat de vente où l'entreprise non résidente reste toujours propriétaire des biens. Si l'agent dépendant entrepose des marchandises appartenant à l'entreprise étrangère, bien que le risque lié aux stocks soit supporté par cette dernière, une commission de vente conforme au principe de pleine concurrence ne comporterait aucun élément rémunérant la prise en charge de ce risque par l'agent dépendant puisqu'il est supporté par l'entreprise étrangère. Si l'on conclut que l'agent est constitutif d'un établissement stable et que les fonctions d'entrepôt sont effectuées par l'agent dépendant pour le compte de l'entreprise non résidente, une partie des profits liés à cette fonction devront être attribués à l'établissement stable constitué par l'agent dépendant de par le fait que la « propriété économique des stocks » est imputable à ce dernier. La même analyse peut être faite pour le risque de crédit¹⁶³.

4.2.1.5 Evaluation du risque d'établissement stable au niveau des sociétés de production

Nous venons d'analyser le risque d'établissement stable dans le cadre du commissionnaire à la vente. Nous estimons que l'étude relative à la question de l'établissement stable ne serait pas complète sans se pencher sur le risque d'établissement stable au niveau des activités de production. En effet, dans l'hypothèse où la société principale assume tous les risques de production, à savoir dans le cadre d'un contrat de *Consignment « Toll » Manufacturing*, les autorités fiscales pourraient admettre l'existence d'un établissement stable en invoquant que les locaux et les infrastructures de la société de production sont mises à disposition de la société principale. Ceci n'est cependant pas

¹⁶¹ Rapport OCDE sur l'attribution des bénéfices aux établissements stables no 268, p. 73.

¹⁶² Rapport OCDE sur l'attribution des bénéfices aux établissements stables no 270, p. 74.

¹⁶³ Rapport OCDE sur l'attribution des bénéfices aux établissements stables nos 276 ss, p. 75-76.

toujours aisé à démontrer, le commentaire OCDE ne définissant pas précisément ce que signifie « à la disposition de »¹⁶⁴. Dans tous les cas, les autorités fiscales devront en plus de ce critère prouver que les autres conditions de l'art. 5 sont remplies. A ce propos, un moyen de défense en faveur des groupes internationaux serait celui de l'art. 5 par. 4 Modèle OCDE, à savoir les activités de caractère préparatoire ou auxiliaire. La pertinence d'un tel argument dépendra toutefois des activités qui sont réellement effectuées par l'entreprise de production¹⁶⁵. Si les activités de fabrication et d'entreposage représentent une part importante des activités de la société principale, le risque d'établissement stable sera plus grand. En pratique, un tel risque augmente lorsque les activités de fabrication, d'entreposage et de vente sont concentrées dans la même entité juridique¹⁶⁶.

4.2.1.6 Conclusion intermédiaire

Au vu de ce qui précède, nous concluons que la question de l'établissement stable est très délicate et qu'elle dépend des circonstances de chaque cas d'espèce et surtout de l'appréciation des autorités fiscales de chaque pays concerné. Afin d'éviter de mauvaises surprises, les groupes internationaux requièrent donc, dans les pays où cela est possible, un *ruling* de la part des autorités fiscales. Nous avons vu et nous verrons également dans le prochain chapitre que la détermination de la présence d'un établissement stable peut être liée aux questions posées dans le cadre des prix de transfert¹⁶⁷.

4.2.2 Les problèmes liés aux prix de transfert

4.2.2.1 Le contexte

Les groupes internationaux déployant leurs activités par le biais d'une structure principale-commissionnaires peuvent rencontrer des problèmes liés aux prix de transfert à plusieurs niveaux. Nous rappelons à ce titre que la question se pose notamment lors de la mise en place de la structure dans le cas où les autorités fiscales étrangères considèrent qu'il y a transfert de goodwill du commissionnaire à la société principale et qu'une indemnisation respectant le principe de pleine concurrence doit de ce fait être versée au commissionnaire¹⁶⁸. Durant la vie d'une structure principale-commissionnaires, la question des prix de transfert intervient principalement au niveau de la rémunération du commissionnaire, ce dernier n'exerçant qu'une activité consistant à vendre

¹⁶⁴ VILLA, p. 25.

¹⁶⁵ VILLA, p. 25.

¹⁶⁶ BERDOZ, p. 12.

¹⁶⁷ Voir point 4.2.2.2.

¹⁶⁸ Sur la définition du principe de pleine concurrence, voir OBERSON no 610, p. 191: le principe de pleine concurrence est respecté lorsque les conditions établies entre des entreprises d'un même groupe sont les mêmes que celles que des entreprises indépendantes auraient convenues.

des marchandises pour le compte de la société principale, qui peut être réduite à une activité de services¹⁶⁹. En effet, il est très important de veiller à ce que la commission perçue par le commissionnaire respecte les prix du marché¹⁷⁰. Les autorités fiscales des pays dans lesquels les commissionnaires sont localisés seront particulièrement attentives à la rémunération de ces derniers et ne manqueront pas d'investiguer sur la question si elles estiment que la commission versée par la société principale est trop basse. Il sera alors impératif de pouvoir justifier du montant de la commission au regard des services rendus et des risques encourus par le commissionnaire. Nous tenons à souligner à ce propos que les risques limités supportés par un commissionnaire, en comparaison avec un distributeur ordinaire, justifient qu'il perçoive une partie du profit plus faible que celle qui est allouée à la société principale assumant tous les risques liés à la distribution¹⁷¹.

Nous nous attacherons donc dans un premier temps à définir les méthodes de rémunération du commissionnaire, puis nous développerons certains aspects pratiques. Enfin, nous exposerons brièvement les conséquences fiscales dans l'hypothèse où les autorités fiscales étrangères viendraient à considérer que la rémunération du commissionnaire ne respecte pas les prix du marché.

4.2.2.2 La rémunération du commissionnaire

La première forme de rémunération possible est une rémunération sous forme de *cost plus*, à savoir une rémunération basée sur le montant des coûts supportés par le commissionnaire majoré d'un certain pourcentage, tout comme pour les activités de production effectuées sous la forme d'un contrat de *Consignment « Toll » Manufacturing*. Toutefois la méthode du *cost plus* n'est pas recommandée en pratique puisqu'elle peut être vue comme un élément négatif dans l'appréciation du risque d'établissement stable. En effet, éliminant le risque potentiel de pertes et limitant les profits potentiels, l'utilisation de cette méthode pourrait conduire les autorités étrangères à soutenir que des entreprises indépendantes traitant sur la base des prix du marché ne déterminent pas la

¹⁶⁹ Nous relevons que la question des prix de transfert peut se poser dans d'autres domaines. Par exemple, le principe de pleine concurrence doit être respecté dans le cas où des redevances sont versées par la société principale à une société du groupe détenant les droits de propriété intellectuelle. Il en va de même pour le paiement qui est effectué si la société principale acquiert les droits de propriété intellectuelle d'une autre société. Par ailleurs, des problèmes liés aux prix de transfert pourraient également survenir dans le cadre de la rémunération des sociétés de production.

¹⁷⁰ BRODERSEN/VON KOLCZYNSKI, p. 201.

¹⁷¹ BRODERSEN/VON KOLCZYNSKI, p. 204.

commission en vertu de la méthode du *cost plus* et que, par conséquent, le commissionnaire n'est pas indépendant au sens de l'art. 5 par. 6 Modèle OCDE¹⁷².

Ainsi, la plupart des pays européens préfèrent une commission fixée en pourcentage des ventes. Cette méthode est en effet plus proche de la méthode de rémunération utilisée dans des contrats de commission conclus entre des parties indépendantes et permet d'inciter le commissionnaire à surveiller ses coûts et à maximiser ses efforts de vente. De manière générale, les pays européens préfèrent une commission calculée sur les ventes brutes plutôt que sur les ventes nettes. Quant au taux, il peut être prévu un taux unique ou alors plusieurs taux en fonction par exemple des différents produits ou en fonction de catégories de produits¹⁷³.

En pratique, nous constatons que les solutions proposées quant à la rémunération du commissionnaire combinent souvent plusieurs éléments. A titre exemplatif, il est envisageable de prévoir le remboursement de certaines dépenses encourues par le commissionnaire sur la base des coûts effectifs supportés par ce dernier ; les autres dépenses du commissionnaire seraient alors remboursées sur la base d'un budget approuvé par la société principale, les dépassements non expressément autorisés par la société principale étant laissés à la charge du commissionnaire ; quant à la commission en tant que telle, elle correspondrait à un pourcentage des ventes nettes effectuées par le commissionnaire. Dans cet exemple, il est alors important que les dépenses excédant le budget, établi conformément au principe de pleine concurrence, soient supportées par le commissionnaire (sauf autorisation spéciale de la société principale) et qu'il puisse garder la différence s'il dépense moins que le budget, afin de réduire le risque d'établissement stable¹⁷⁴.

4.2.2.3 Aspects pratiques

4.2.2.3.1 Détermination du prix de pleine concurrence

Le premier point que nous souhaitons développer concerne les méthodes utilisées par les autorités fiscales afin de déterminer si la rémunération du commissionnaire respecte le principe de pleine concurrence ou non. La pratique montre que la majorité des pays européens se basent sur les

¹⁷² Selon documentation interne à KPMG ; voir également : BRODERSEN/VON KOLCZYNSKI, p. 203 ; sur la question de l'indépendance, voir point 4.2.1.3.

¹⁷³ Selon documentation interne à KPMG.

¹⁷⁴ Selon documentation interne à KPMG.

méthodes développées par l'OCDE, à savoir : 1) la méthode du prix comparable sur le marché libre ; 2) la méthode du prix de revente ; 3) la méthode du prix de revient majoré¹⁷⁵.

« La méthode du prix comparable sur le marché libre consiste à comparer le prix d'un bien transféré ou d'un service dans le cadre d'une transaction contrôlée à celui d'un bien ou d'un service transféré dans des conditions comparables »¹⁷⁶. En cas de différence entre ces deux prix, il se peut que les conditions des relations entre les entreprises associées ne soient pas des relations de pleine concurrence et qu'il faille alors remplacer le prix pratiqué dans le cadre de la transaction contrôlée par celui pratiqué dans le cadre de la transaction sur le marché libre¹⁷⁷. C'est pourquoi il est nécessaire, dans le cadre d'une structure principale-commissionnaires, d'utiliser des informations comparables locales dans la documentation relative aux prix de transfert (par exemple, utilisation de données comparables portugaises pour un commissionnaire situé au Portugal) et de n'inclure d'autres données non locales que si des données locales ne sont pas disponibles¹⁷⁸.

Quant à la méthode du prix de revente, elle part du prix auquel un produit acheté à une entreprise associée est revendu à une entreprise indépendante, déduction faite d'une marge brute appropriée (marge sur le prix de revente) représentant le montant sur lequel le revendeur couvrirait ses dépenses et réaliserait un bénéfice. Le prix ainsi obtenu correspond au prix de pleine concurrence pour le transfert initial de propriété entre entreprises apparentées¹⁷⁹. Cette méthode peut se révéler intéressante pour autant qu'elle soit adaptée, afin de prendre en considération le fait que le commissionnaire, contrairement à un distributeur ordinaire, n'achète pas les biens qu'il revend. Elle est d'ailleurs fréquemment utilisée¹⁸⁰.

S'agissant de la méthode du prix de revient majoré, elle est également utilisée dans certains pays européens¹⁸¹. Le prix de pleine concurrence pour la transaction entre entreprises associées se base

¹⁷⁵ Selon documentation interne à KPMG.

¹⁷⁶ Principes OCDE applicables en matière de prix de transfert, p. II-2 et II-3. Afin de pouvoir appliquer la méthode du prix comparable sur le marché libre, il est nécessaire qu'il n'y ait aucune différence entre les transactions faisant l'objet de la comparaison ou entre les entreprises effectuant ces transactions qui puisse avoir une incidence sensible sur le marché libre. En cas de différences, la méthode peut tout de même être appliquée si des correctifs suffisamment exacts peuvent être apportés pour supprimer les effets matériels de ces différences.

¹⁷⁷ Principes OCDE applicables en matière de prix de transfert, p. II-3.

¹⁷⁸ Selon documentation interne à KPMG.

¹⁷⁹ Principes OCDE applicables en matière de prix de transfert, p. II-5.

¹⁸⁰ Selon documentation interne à KPMG.

¹⁸¹ Selon documentation interne à KPMG.

sur les coûts supportés par le fournisseur auxquels il faut ajouter une marge afin d'obtenir un bénéfice approprié compte tenu des fonctions exercées et des conditions du marché¹⁸².

Nous ne développerons pas les autres méthodes de détermination du prix de pleine concurrence, telles que la *Profit split method* ou la *Transactional net margin method*, qui sont utilisées par certains pays mais moins fréquemment que les méthodes exposées ci-dessus¹⁸³.

4.2.2.3.2 Documentation

Les expériences pratiques en matière de structures principale-commissionnaires montrent qu'il est indispensable de procéder à une analyse approfondie afin de déterminer la commission qui sera versée aux différents commissionnaires par la société principale et de mettre à jour les données y relatives de manière régulière. C'est pourquoi les groupes internationaux font cette analyse avant la conclusion du contrat entre le commissionnaire et la société principale, puisque cela permet de démontrer aux autorités fiscales que, bien que la société principale et le commissionnaire soient des sociétés affiliées, une étude a été faite dans le but de parvenir à une commission respectant le principe de pleine concurrence¹⁸⁴.

La documentation doit notamment permettre de refléter la position de la filiale avant et après sa transformation en commissionnaire ; elle doit également décrire de manière détaillée la nouvelle structure. Il s'agira alors de donner des informations générales sur l'activité du commissionnaire, sa stratégie de vente ainsi que des informations sur le groupe, etc. Des informations spécifiques aux transactions sont également nécessaires, à savoir la description du processus de vente, les motivations ayant conduit à l'adoption d'une nouvelle structure. Par ailleurs, il conviendra d'exposer les raisons pour lesquelles les marges sont désormais réduites en procédant à une analyse des fonctions et des risques encourus. La justification des nouvelles marges doit se faire à l'aide de données financières d'entreprises comparables permettant de démontrer que le principe de pleine concurrence est respecté. Comme déjà relevé s'agissant des méthodes permettant de déterminer le prix de pleine concurrence, il est important de veiller à ce que les données soient des données provenant d'entreprises situées dans le même pays que le commissionnaire¹⁸⁵.

¹⁸² Principes OCDE applicables en matière de prix de transfert, p. II-12.

¹⁸³ Selon une étude interne à KPMG, la France pourrait utiliser ces méthodes dans certains cas. Pour plus de détails sur ces différentes méthodes, voir notamment : Principes OCDE applicables en matière de prix de transfert, p. III-1 ss.

¹⁸⁴ Selon documentation interne à KPMG.

¹⁸⁵ Selon documentation interne à KPMG.

4.2.2.3.3 Constance dans la politique de prix de transfert

Nous constatons qu'il est indispensable de mener une politique de prix de transfert qui soit constante d'un pays à l'autre et d'année en année. En effet, s'il existe par exemple un écart de marge important entre des commissionnaires situés dans des pays différents, une justification doit absolument pouvoir être fournie aux autorités fiscales¹⁸⁶.

4.2.2.3.4 Activité de la société principale

Il est important de noter que la société principale doit déployer une véritable activité afin de justifier le montant de la commission allouée au commissionnaire. Ainsi, la société principale doit notamment disposer d'un nombre suffisant d'employés et ne laisser au commissionnaire que les activités de marketing et de distribution. En effet, si le commissionnaire venait par exemple à s'occuper du stockage des marchandises, de leur emballage, de la recherche, etc., non seulement le risque d'établissement stable à l'étranger augmenterait mais il se poserait un véritable problème au niveau des prix de transfert puisqu'une commission peu élevée ne serait pas justifiable¹⁸⁷.

4.2.2.3.5 Ruling

Un accord de fixation préalable de prix de transfert¹⁸⁸ peut être demandé avant la mise en place de la structure dans un certain nombre de pays européens mais il n'est pas toujours recommandé de le faire en pratique¹⁸⁹. En effet, de tels accords sont souvent contraignants pour les parties engagées, ce qui peut être un problème en cas de restructuration ultérieure (par exemple, lors de changement dans les flux de marchandises).

4.2.2.4 Conséquences fiscales (pro memoria)

Si les autorités fiscales étrangères (des pays dans lesquels les commissionnaires sont localisés) estiment que la rémunération touchée par les commissionnaires ne satisfait pas au principe de pleine concurrence, il convient de se référer à la législation fiscale de ces pays, aux éventuelles conventions de double imposition ainsi qu'aux principes développés par l'OCDE, afin de déterminer les conséquences fiscales.

¹⁸⁶ Selon documentation interne à KPMG.

¹⁸⁷ Selon documentation interne à KPMG.

¹⁸⁸ Sur la définition de l'accord de fixation préalable des prix de transfert, voir : Principes OCDE applicables en matière de prix de transfert, p. G-1 : un accord de fixation préalable de prix de transfert « permet de déterminer, préalablement à des transactions entre entreprises associées, un ensemble de critères appropriés (notamment la méthode à utiliser, les éléments de comparaison et les ajustements à y apporter, les hypothèses principales quant à l'évolution future) en vue de déterminer le prix de transfert applicable à ces transactions pendant une période donnée ».

¹⁸⁹ Selon documentation interne à KPMG.

Une analyse détaillée des conséquences en matière de prix de transfert dépasserait les limites de notre étude. Nous nous contenterons donc d'exposer les principes généraux en la matière en nous basant sur les principes posés par le Modèle OCDE et son Commentaire.

En droit fiscal international, si les conditions octroyées à l'intérieur d'un groupe d'entreprises liées entre elles s'écartent du principe de pleine concurrence, les bénéfices résultant de telles conditions peuvent être redressés par l'Etat dont l'entreprise concernée est résidente, si les conditions posées à l'art. 9 par. 1 Modèle OCDE sont remplies¹⁹⁰. On parle à cet égard d'ajustement **initial**¹⁹¹. L'art. 9 par. 2 Modèle OCDE prévoit quant à lui la possibilité pour l'autre Etat d'effectuer un ajustement **correspondant**, afin d'éviter la double imposition économique. Alors que l'ajustement initial doit reposer sur des normes de droit interne, les normes des conventions de double imposition n'étant pas d'application immédiate, l'ajustement correspondant est le fruit d'un consensus entre les Etats concernés, tant sur la nature de la transaction que sur le montant approprié de l'ajustement¹⁹². Les conventions de double imposition conclues par la Suisse n'ont, à quelques exceptions près, pas repris le texte de l'art. 9 par. 2 Modèle OCDE¹⁹³.

Par ailleurs, les autorités fiscales de certains pays prélèvent un impôt à la source considérant qu'il y a, selon la terminologie utilisée en Suisse, une prestation appréciable en argent¹⁹⁴.

4.2.2.5 Conclusion intermédiaire

Après examen de la problématique des prix de transfert, nous constatons qu'elle mérite une grande attention en pratique. En effet, une rémunération des commissionnaires à l'étranger respectant le principe de pleine concurrence permet à notre sens d'éviter des problèmes liés à la présence d'un établissement stable. Certains praticiens estiment même que la question de l'établissement stable est bien moins importante que celle des prix de transfert.

¹⁹⁰ Art. 9 par. 1 Modèle OCDE : « Lorsque a) une entreprise d'un Etat contractant participe directement ou indirectement à la direction, au contrôle ou au capital d'une entreprise de l'autre Etat contractant, ou que b) les mêmes personnes participent directement ou indirectement à la direction, au contrôle ou au capital d'une entreprise d'un Etat contractant et d'une entreprise de l'autre Etat contractant, et que, dans l'un et l'autre cas, les deux entreprises sont, dans leurs relations commerciales ou financières, liées par des conditions convenues ou imposées, qui diffèrent de celles qui seraient convenues entre des entreprises indépendantes, les bénéfices qui, sans ces conditions, auraient été réalisés par l'une des entreprises mais n'ont pu l'être en fait à cause de ces conditions, peuvent être inclus dans les bénéfices de cette entreprise et imposés en conséquence ».

¹⁹¹ OBERSON no 604, p. 189.

¹⁹² OBERSON no 604, p. 189 et nos 635 et 636, p. 198.

¹⁹³ Commentaire OCDE no 16 ad art. 9.

¹⁹⁴ Selon documentation interne à KPMG. Ceci est le cas de la Suisse.

4.3 Le traitement du commissionnaire au niveau des impôts indirects

4.3.1 Le contexte

Dans une structure principale-commissionnaires, le traitement fiscal au niveau de la taxe sur la valeur ajoutée (ci-après : TVA) peut se révéler très complexe, ce qui implique pour les groupes internationaux de prêter soigneusement attention à ces aspects qui se retrouvent à tous les stades de la chaîne de production-distribution (achats, ventes, livraisons, etc.)¹⁹⁵.

Le sujet étant très vaste et pointu, notamment en ce qui concerne les opérations à façon¹⁹⁶, une étude approfondie de tous les problèmes TVA et de tous les cas de figure pouvant survenir dans une structure principale-commissionnaires dépasserait largement le cadre de notre étude et pourrait même faire l'objet d'un rapport séparé. C'est pourquoi nous avons souhaité privilégier une approche pratique à des développements théoriques importants. Ainsi, nous avons choisi d'illustrer cette problématique à l'aide de cas qui se retrouvent fréquemment en pratique, avec une société principale localisée en Suisse. A ce titre, nous renvoyons le lecteur aux notes de bas de page pour des précisions théoriques.

Nous nous limiterons aux aspects suisses et européens dans la mesure où ces pays possèdent un régime TVA similaire et nous concentrerons sur les conséquences au niveau de la société principale et des commissionnaires (à la vente) agissant en leur nom mais pour le compte de la société principale¹⁹⁷. En effet, comme nous le verrons au travers des exemples suivants, un des aspects TVA fondamental dans une structure principale-commissionnaires est celui de l'assujettissement à la TVA de la société principale dans les différents pays où elle déploie ses activités.

Avant de passer aux exemples, nous tenons à rappeler que sur le plan européen la TVA est essentiellement régie par la Directive 2006/112/CE du Conseil du 28 novembre 2006 relative au

¹⁹⁵ SAUVAIRE/MUELLER, p. 24.

¹⁹⁶ Nous ne développerons pas les questions relatives aux opérations à façon, cette matière nécessitant une approche théorique importante ainsi qu'une illustration à l'aide d'exemples pointus, afin d'être traitée correctement. Nous tenons toutefois à souligner qu'en Suisse les opérations à façon sont traitées comme une livraison de biens (art. 6 al. 4 lettre a LTVA) alors qu'en droit communautaire, elles sont considérées comme des prestations de services (art. 55 de la Directive 2006/112/CE). Pour plus de détails sur ce sujet, voir notamment : MORE/STRAUB/THOMAS nos 1701 ss, p. 191 ss.

¹⁹⁷ Selon notre expérience, les groupes internationaux opèrent dans la majorité des cas par l'intermédiaire de commissionnaires agissant en leur propre nom mais pour le compte de la société principale ou par l'intermédiaire de distributeurs à risques limités.

système commun de taxe sur la valeur ajoutée (ci-après : Directive 2006/112/CE) et que par conséquent les législations internes des différents Etats membres de l'Union européenne doivent s'y conformer¹⁹⁸.

4.3.2 Cas d'application

4.3.2.1 Cas no 1

Une société principale localisée en Suisse achète des biens en Allemagne dans le but de les revendre à des clients allemands par l'intermédiaire d'un commissionnaire allemand qui agit en son nom mais pour le compte de la société principale. Ce commissionnaire est assujéti à la TVA en Allemagne.

En premier lieu, bien que légalement les ventes soient effectuées directement de la société principale aux clients¹⁹⁹, d'un point de vue TVA, les ventes sont réputées avoir lieu de la société principale au commissionnaire allemand et ensuite du commissionnaire allemand aux clients. En effet, en vertu de l'art. 14 par. 2 lettre c de la Directive 2006/112/CE, la transmission d'un bien effectuée en vertu d'un contrat de commission à l'achat ou à la vente est considérée comme une livraison de biens²⁰⁰. En second lieu, les biens ne sortent pas du territoire allemand dans cet

¹⁹⁸ Voir notamment MORE/STRAUB/THOMAS no 104, p. 11 et no 401, p. 101: en matière de TVA intracommunautaire, le principe est que s'agissant d'une opération déterminée, la TVA soit payée une seule fois, de préférence dans le pays de consommation du bien. Ainsi, depuis le 1^{er} janvier 1993, un régime spécifique relatif aux transferts de biens entre Etats membres de l'Union européenne a été mis en place. Il vise à supprimer tout contrôle ou formalité à finalité fiscale lors du passage des frontières intracommunautaires. En vertu d'une nouvelle terminologie développée à cette occasion, on parle désormais d'opérations intracommunautaires, d'acquisitions intracommunautaires et de livraisons intracommunautaires. Il y a acquisition intracommunautaire lorsqu'un bien entre sur le territoire d'un Etat membre en provenance d'un autre Etat membre (anciennement « importation ») et livraison intracommunautaire lorsqu'un bien est expédié d'un Etat membre à destination d'un autre Etat membre (anciennement « exportation »). Pour les biens, il faut donc qu'il y ait un mouvement physique des biens entre deux Etats membres, conformément aux art. 14 et 20 de la Directive 2006/112/CE, pour que l'on soit en présence d'une opération intracommunautaire. Le régime de TVA intracommunautaire est basé sur le **principe de destination**, ce qui signifie que l'imposition a lieu dans l'Etat de destination et que le taux zéro est appliqué aux livraisons dans un autre Etat membre. Ainsi, les livraisons intracommunautaires de biens expédiés ou transportés à partir d'un Etat membre sont exonérées de TVA dans cet Etat membre alors que les acquisitions intracommunautaires de biens expédiés ou transférés à destination d'un Etat membre sont imposées dans cet Etat.

¹⁹⁹ Art. 383 al. 1 Handelsgesetzbuch.

²⁰⁰ MORE/STRAUB/THOMAS nos 1802-1807, p. 217-221: en cas de représentation indirecte, l'intermédiaire est considéré comme ayant personnellement acquis et livré les biens reçus lorsqu'il intervient dans une livraison de biens. Il est donc réputé agir comme un distributeur ou un distributeur à risques limités. Dans le cadre d'une vente, l'intermédiaire sera ainsi réputé acheter les biens au représenté (commettant) pour les revendre à un tiers acheteur. A l'inverse, dans l'hypothèse d'une représentation directe, l'intermédiaire réalise une prestation d'intermédiation au titre de laquelle il est, sous réserve des règles de la territorialité, imposable sur sa seule commission. Les prestations des intermédiaires sont imposables dans le pays du preneur lorsque ce dernier a fourni un numéro d'identification à l'intermédiaire (art. 44 de la Directive 2006/112/CE ; voir également art. 54 et 56 par. 1 lettre l de la Directive 2006/112/CE). Nous relevons que le principe est le même en droit suisse (art. 11 LTVA, complété par les Instructions TVA, chiffres 190 ss, relatifs aux « Rapports résultant d'opérations effectuées en son propre nom ou au nom d'autrui »).

exemple puisqu'ils sont achetés en Allemagne pour être revendus dans ce même pays. En conséquence, en vertu de la règle de territorialité posée par l'art. 13 de la Loi fédérale régissant la taxe sur la valeur ajoutée (ci-après : LTVA), la TVA suisse ne doit pas être prélevée sur la vente des biens de la société principale, sise en Suisse, au commissionnaire allemand²⁰¹.

Premièrement, le fabricant allemand doit facturer la TVA allemande à la société principale en Suisse.

Deuxièmement, en application des art. 31 et 32 de la Directive 2006/112/CE, la société principale doit facturer les ventes au commissionnaire avec la TVA allemande²⁰². Le montant qui est facturé correspond en principe au prix de vente des biens moins le montant de la commission, majoré de la TVA allemande²⁰³. Par conséquent, la société principale doit s'assujettir à la TVA en Allemagne en vertu des règles applicables en Allemagne. Cet assujettissement lui permettra de récupérer la TVA facturée par le fabricant allemand.

Quant au commissionnaire, il réalise une vente interne et doit en principe délivrer à ses clients une facture correspondant au prix de vente majoré de la TVA allemande²⁰⁴. Par ailleurs, le commissionnaire peut récupérer la TVA payée en relation avec la facture lui ayant été adressée par la société principale conformément aux prescriptions en vigueur en Allemagne.

²⁰¹ En droit suisse, le principe de territorialité figure à l'art. 13 LTVA qui prévoit que le lieu de la livraison d'un bien est réputé être 1) l'endroit où le bien se trouve lors du transfert du pouvoir de disposer économiquement de celui-ci, lors de sa remise ou lors de sa mise à la disposition d'un tiers à des fins d'usage ou de jouissance (art. 13 lettre a LTVA) ou 2) l'endroit où commence le transport ou l'expédition du bien à destination de l'acquéreur ou, sur ordre de ce dernier, à destination d'un tiers (art. 13 lettre b LTVA). L'art. 13 lettre a LTVA vise ainsi le cas des biens à emporter, à savoir à chaque fois que le bien n'est ni transporté ni expédié alors que l'art. 13 lettre b se rapporte aux biens transportés ou expédiés.

²⁰² L'art. 31 de la Directive 2006/112/CE prévoit que lorsque le bien n'est pas expédié ou transporté, le lieu de la livraison est réputé se situer à l'endroit où le bien se trouve au moment de la livraison. L'art. 32 de la Directive 2006/112/CE traite quant à lui des biens expédiés ou transportés et stipule que dans ces cas, le lieu de la livraison est réputé se situer à l'endroit où le bien se trouve au moment du départ de l'expédition ou du transport à destination de l'acquéreur.

²⁰³ MORE/STRAUB/THOMAS no 1803, p. 218: la base d'imposition relative à l'opération réalisée entre le commettant et le commissionnaire est égale au prix hors commission, sous réserve des modalités locales.

²⁰⁴ MORE/STRAUB/THOMAS no 1803, p. 218: le commissionnaire est imposable sur le montant total de l'opération, c'est-à-dire sur le prix total acquitté par le tiers, commission comprise, sous réserve des modalités locales.

Variante :

Une société principale localisée en Suisse achète des biens en France dans le but de les revendre à des clients français par l'intermédiaire d'un commissionnaire français qui agit en son nom mais pour le compte de la société principale. Ce commissionnaire est assujéti à la TVA en France.

Dans cet exemple, en tous points semblable à l'exemple précédent, la société principale ne doit pas s'assujéti à la TVA française. En effet, depuis le 1^{er} septembre 2006, la législation française en matière de TVA prévoit que les sociétés étrangères qui effectuent des opérations imposables en France à destination d'un assujéti français ne doivent plus être immatriculées à la TVA française²⁰⁵. La société principale émet dans ce cas de figure une facture sans TVA à l'intention du commissionnaire qui paie la TVA par la voie de l'auto-liquidation²⁰⁶.

4.3.2.2 Cas no 2

Une société principale localisée en Suisse achète des biens en Belgique dans le but de les distribuer en France par l'intermédiaire d'un commissionnaire français agissant en son nom pour le compte de la société principale. Ce commissionnaire est assujéti à la TVA française.

Premièrement, le fabricant belge doit émettre une facture avec la TVA belge à l'attention de la société principale suisse.

Deuxièmement, nous rappelons que selon l'art. 14 par. 2 lettre c de la Directive 2006/112/CE, la transmission d'un bien effectuée en vertu d'un contrat de commission à la vente est considérée comme une livraison de biens. Ensuite, en application des art. 14 et 20 de la Directive 2006/112/CE, la société principale localisée en Suisse est considérée comme effectuant une livraison intracommunautaire puisque les biens sont expédiés ou transportés d'un Etat membre (la Belgique) à destination d'un autre Etat membre (la France). En vertu de l'art. 32 de la Directive 2006/112/CE, cette opération est imposable au lieu où le bien se trouve au moment du départ de l'expédition ou du transport à destination de l'acquéreur. Cependant, en vertu de l'art. 138 de la Directive 2006/112/CE, les livraisons intracommunautaires peuvent être exonérées dans le pays de départ des biens (principe du pays de destination) pour autant qu'un certain nombre de conditions (essentiellement formelles), pouvant varier en fonction des Etats membres concernés, soient

²⁰⁵ Art. 283 CGI, commenté par l'administration fiscale française dans le Bulletin officiel des impôts, Instruction 3A-9-06 no 105, du 23 juin 2006.

²⁰⁶ L'auto-liquidation signifie que celui qui reçoit des biens acquitte la TVA dans le pays d'arrivée.

remplies²⁰⁷. Dans le cas qui nous intéresse, la société principale peut donc être exonérée de la TVA belge si les conditions posées par la législation belge sont remplies. La société principale doit notamment s'assujettir à la TVA en Belgique et apporter la preuve de la sortie des biens hors de la Belgique²⁰⁸. L'assujettissement en Belgique permettra à la société principale de récupérer la TVA belge facturée par le fabricant belge.

La société principale émet alors une facture sans TVA à l'attention du commissionnaire français, qui paie la TVA française par la voie de l'auto-liquidation (acquisition intracommunautaire). Quant à celui-ci, il effectue une opération interne lors de la vente aux clients français à qui il doit remettre une facture comprenant la TVA française.

4.3.2.3 Cas no 3

Dans les cas précédents, les ventes étaient effectuées à des clients résidant dans le même pays que le commissionnaire, ce qui est souvent le cas en pratique puisque le commissionnaire connaît sa zone géographique (clientèle, marché, etc.). Il peut toutefois arriver que le commissionnaire vende à des clients d'un pays voisin, exemple que nous allons développer ci-dessous, sur la base des éléments suivants : une société principale localisée en Suisse achète des biens en France dans le but de les revendre à des clients luxembourgeois par l'intermédiaire d'un commissionnaire belge qui agit en son nom mais pour le compte de la société principale. Les biens sont directement livrés de la France au Luxembourg (physiquement). Le commissionnaire est assujetti à la TVA en Belgique et la société principale en France.

Nous nous trouvons premièrement face à une vente interne du fabricant français à la société principale suisse, assujettie à la TVA en France, puis face à une **opération triangulaire** entre la société principale, le commissionnaire belge et les clients luxembourgeois. Le cas particulier des

²⁰⁷ L'art. 138 de la Directive 2006/112/CE concrétise le principe du pays de destination selon lequel les biens sont imposés dans l'Etat de destination.

²⁰⁸ L'application de ces principes peut être modifiée par l'existence de dérogations spécifiques soumises à des conditions strictes.

opérations triangulaires est régi par l'art. 141 de la Directive 2006/112/CE²⁰⁹.

L'opération triangulaire peut alors être décomposée en trois étapes :

1^{ère} étape (après l'acquisition des biens auprès du fabricant français) : la société principale, assujettie à la TVA en France, réalise une livraison intracommunautaire exonérée de TVA française pour autant que certaines conditions, essentiellement formelles, soient remplies, en vertu de l'art. 138 de la Directive 2006/112/CE.

2^{ème} étape : le commissionnaire belge réalise une acquisition intracommunautaire en Belgique, en vertu de l'art. 41 de la Directive 2006/112/CE²¹⁰. Cependant, en application de l'art. 141 de la Directive 2006/112/CE, les biens vendus par la société principale au commissionnaire belge normalement soumis à la TVA belge peuvent être vendus sans TVA puisque les conditions d'application de l'article précité sont remplies : 1) le commissionnaire n'est pas établi, ni identifié en France ou au Luxembourg ; 2) l'acquisition intracommunautaire réalisée par le commissionnaire est effectuée dans le but d'une livraison subséquente au Luxembourg ; 3) les biens sont expédiés directement de la France au Luxembourg ; 4) les clients luxembourgeois sont identifiés à la TVA au Luxembourg. Le commissionnaire facturera les biens aux clients luxembourgeois sans TVA en indiquant notamment sur la facture qu'il est fait usage de l'art. 141 de la Directive 2006/112/CE²¹¹.

²⁰⁹ Reprenant la définition de l'art. 141 de la Directive 2006/112/CE, MORE/STRAUB/THOMAS no 901, p. 141, définissent les opérations triangulaires de la façon suivante: « On appelle opération triangulaire l'opération dans laquelle une société A identifiée dans un Etat membre 1 vend un bien à une société B identifiée dans un Etat membre 2, laquelle le revend à une société C identifiée dans un Etat membre 3 et demande à la société A de livrer directement le bien chez C dans l'Etat membre 3 ». Afin d'éviter à l'acheteur-revendeur de multiplier les identifications dans les différents Etats membres, des mesures de simplification ont été adoptées au sein de l'Union européenne. A ce titre l'art. 141 de la Directive 2006/112/CE prévoit que chaque Etat membre doit prendre des mesures particulières afin de ne pas soumettre à la TVA les acquisitions intracommunautaires de biens effectuées sur son territoire lorsque les conditions que nous allons résumer ci-après sont remplies: 1) l'assujetti (B) sur son territoire n'est ni établi ni identifié à la TVA dans l'Etat de départ ou dans l'Etat d'arrivée des biens ; 2) l'acquisition intracommunautaire est effectuée en vue d'une livraison subséquente des biens dans l'Etat membre d'arrivée ; 3) le bien doit être expédié directement de l'Etat membre de départ vers l'Etat membre d'arrivée ; 4) le destinataire de la livraison subséquente est un assujetti identifiée à la TVA dans l'Etat membre d'arrivée.

²¹⁰ Art. 41 al. 1 de la Directive 2006/112/CE: « Sans préjudice des dispositions de l'article 40, le lieu d'une acquisition intracommunautaire des biens visés à l'article 2, paragraphe 1, point b) i), est réputé se situer sur le territoire de l'Etat membre qui a attribué le numéro d'identification TVA sous lequel l'acquéreur a effectué cette acquisition, dans la mesure où l'acquéreur n'établit pas que cette acquisition a été soumise à la TVA conformément à l'article 40 ». (Concept dit du « filet de sécurité »).

²¹¹ MORE/STRAUB/THOMAS no 907, p. 145, sous réserve des modalités locales.

3^{ème} étape : les clients luxembourgeois, destinataires de la livraison effectuée par le commissionnaire, paient la TVA luxembourgeoise par la voie de l'auto-liquidation, car ils effectuent une opération intracommunautaire dans leur Etat²¹².

Nous tenons encore à mentionner que les biens vendus du fabricant français à la société principale suisse, assujettie en France, pourraient être facturés sans TVA française puisque la France connaît le système des achats en franchise permettant notamment à un assujetti identifié à la TVA en France de recevoir ou importer en franchise de TVA les biens destinés à faire l'objet d'une livraison intracommunautaire²¹³. Si nous avions pris un pays ne connaissant pas ce système, les biens auraient été facturés avec TVA par le fabricant.

4.3.3 Conclusion intermédiaire

Les exemples pratiques pourraient encore être multipliés. Les trois cas exposés ci-dessus permettent à notre sens de montrer que les aspects relatifs à la TVA deviennent rapidement complexes et qu'une analyse TVA lors de la mise en place d'une structure principale-commissionnaires doit être impérativement faite.

Il en résulte également qu'une société principale implantée en Suisse ne subira que très peu de conséquences au niveau de la TVA suisse²¹⁴. En revanche, la société suisse pourra être enregistrée à la TVA dans tous les Etats membres de l'Union européenne dans lesquels elle effectue des opérations.

²¹² MORE/STRAUB/THOMAS no 907, p. 145, sous réserve des modalités locales.

²¹³ Art. 275 CGI.

²¹⁴ L'impôt préalable pourra être récupéré en vertu de l'art. 38 al. 3 LTVA.

5 Fiscalité des sociétés principales en Suisse

Les problèmes fiscaux pouvant se présenter dans le cadre d'une structure principale-commissionnaires ayant été exposés, nous nous consacrerons maintenant au traitement fiscal des sociétés principales localisées en Suisse. En effet, comme déjà mentionné, notre pays est très attractif quant à la fiscalité des sociétés principales²¹⁵.

En premier lieu, nous procéderons à un bref rappel historique relatif au statut de société principale en Suisse, puis nous décrirons le traitement fiscal appliqué aux sociétés principales tant sur le plan fédéral que cantonal et communal. Nous aborderons également brièvement la question du droit de timbre et de l'impôt à la source (impôt anticipé). S'agissant des aspects relatifs à la TVA, nous renvoyons le lecteur au chapitre précédent.

5.1 Historique

La Loi fédérale sur l'impôt fédéral direct (ci-après : LIFD) ne contient aucune disposition sur les statuts fiscaux préférentiels similaire à l'art. 28 de la Loi d'harmonisation des impôts directs (ci-après : LHID). Il n'existe donc pas de statut fiscal réglé par la loi sur le plan fédéral.

Lors de l'apparition des structures de sociétés principales, la Suisse était peu attractive puisque le statut de société auxiliaire, alors appliqué aux sociétés principales, ne permettait pas d'atteindre des taux comparables à ceux des Pays-Bas. C'est ainsi que la Suisse a envisagé une solution permettant d'aboutir également à une réduction de l'impôt fédéral direct. La législation fédérale ne contenant aucune disposition en la matière, la Suisse a recouru à la notion d'établissement stable à l'étranger afin de réduire l'assiette fiscale au niveau fédéral par la méthode de l'exemption. L'élimination de la double imposition virtuelle étant prévue par le droit fiscal suisse, il n'était pas nécessaire de démontrer que les revenus exonérés en Suisse étaient imposés à l'étranger²¹⁶. Certaines autorités fiscales cantonales ont alors peu à peu accepté d'octroyer des statuts fiscaux aux sociétés principales qui se basaient sur la reconnaissance que les commissionnaires à l'étranger représentaient des établissements stables « virtuels » auxquels une partie des bénéfices était attribuée. Les disparités cantonales en la matière ont conduit l'Administration fédérale des

²¹⁵ Voir point 3.2.1.

²¹⁶ BERDOZ, p. 7-8. Sur la notion de double imposition virtuelle, voir OBERSON no 8, p. 3: la double imposition juridique internationale virtuelle se produit lorsqu'une convention de double imposition attribue le droit d'imposer un élément à un Etat qui s'abstient, alors que l'autre Etat contractant frappe l'élément en question. Elle présuppose que, selon la convention de double imposition applicable, la double imposition soit évitée selon la méthode de l'exemption.

contributions à élaborer un projet de circulaire daté du 21 juin 2000 qui n'a cependant jamais été officiellement publié (ci-après : *Projet de Circulaire*)²¹⁷. Ce texte prévoyait que les commissionnaires à la vente constituaient des agents dépendants au sens de l'art. 5 par. 5 Modèle OCDE et par conséquent un établissement stable de la société principale sise en Suisse²¹⁸. Ceci peut paraître étrange alors que nous avons consacré un chapitre au risque d'établissement stable, risque que tout groupe multinational souhaite écarter lors de la mise en place d'une structure principale-commissionnaires. Nous y reviendrons ci-dessous dans le cadre de la Circulaire no 8. Quant à la répartition des bénéfices, une distinction était opérée entre les sociétés principales assumant un risque de fabrication et les sociétés acquérant directement les produits finis sans assumer un tel risque. Lorsque la société principale assumait un risque de fabrication, 50% du bénéfice net provenant de la production et du commerce était réputé comme bénéfice de l'activité commerciale. Les autres 50% étaient considérés comme le bénéfice net de l'activité de production totalement imposable en Suisse alors que le bénéfice net de l'activité commerciale était réparti de la manière suivante : 70% (au maximum) alloués à l'établissement stable et 30% (au minimum) imposables en Suisse. Si la société principale n'assumait aucun risque de fabrication, 70% du bénéfice au maximum était attribué à l'établissement stable à l'étranger²¹⁹.

Le projet de Circulaire précité a finalement été remplacé par la Circulaire no 8 de l'Administration fédérale des contributions sur la répartition internationale des sociétés principales, du 18 décembre 2001 qui a été publiée et qui sert aujourd'hui de base à l'imposition des sociétés principales au niveau fédéral et dont les principes seront exposés ci-après.

5.2 Le traitement fiscal au niveau des impôts directs

5.2.1 Impôt fédéral direct

Comme mentionné ci-dessus, la Circulaire no 8 est le texte applicable aux sociétés principales. Cependant, elles peuvent également bénéficier d'allègements fiscaux en vertu de la Loi fédérale en faveur des zones économiques en redéploiement, plus connue sous le nom d'Arrêté Bonny²²⁰. Nous tenons à préciser que de tels allègements n'étaient pas possibles sous le projet de Circulaire, puisque

²¹⁷ BERDOZ, p. 8.

²¹⁸ *Projet de Circulaire*, p. 2.

²¹⁹ *Projet de Circulaire*, p. 3-4.

²²⁰ Loi fédérale du 6 octobre 1995 en faveur des zones économiques en redéploiement (RS 951. 93). Publication KPMG de juillet 2006 : l'Arrêté Bonny a été adopté en 1978 et a été prolongé à 4 reprises (1984, 1995, 2001 et 2006). Le Conseil fédéral a étendu l'Arrêté Bonny jusqu'au 31.12.2008. En 2008, il est prévu qu'il soit remplacé par une Loi fédérale sur le développement régional.

ce dernier recommandait aux cantons de ne pas accorder des allègements au sens de l'art. 5 LHID tout comme le statut de société auxiliaire²²¹.

5.2.1.1 Application de la Circulaire no 8

5.2.1.1.1 Conditions d'application

La Circulaire no 8, tout comme le projet de Circulaire du 21 juin 2000, assimile les commissionnaires à l'étranger à des agents disposant du pouvoir de conclure au sens de l'art. 5 par. 5 Modèle OCDE. Ainsi, la présence d'un établissement stable à l'étranger est une condition nécessaire à l'application de la Circulaire no 8. Par ailleurs, la société principale doit être assujettie de manière illimitée aux impôts suisses en vertu des art. 50 et 52 LIFD et la Suisse doit être liée par une convention de double imposition avec les Etats dans lesquels les commissionnaires résident²²².

La Circulaire no 8 s'applique aux sociétés principales, remplissant les conditions énumérées ci-dessus, qui agissent par l'intermédiaire de commissionnaires disposant du pouvoir de conclure et aux sociétés principales qui ont recours à des commerçants agissant pour leur propre compte et qui travaillent sous contrats *stripped buy-sell*, dans la mesure où ces contrats portant sur des affaires à la commission sont comparables quant à leur résultat²²³.

Au vu de l'absence d'un article équivalent à l'art. 28 LHID sur le plan fédéral, le recours à la notion d'établissement stable était nécessaire pour avoir une base juridique fondant un régime fiscal favorable. En effet, l'utilisation de la notion d'établissement stable telle que décrite par les différentes conventions de double imposition conclues par la Suisse était le seul moyen pour cette dernière de réduire la base d'imposition en Suisse. Ainsi, la Circulaire no 8 permet de justifier le statut fiscal privilégié de société principale sur la base de principes fiscaux reconnus, susceptibles de résister aux critiques d'Etats étrangers²²⁴. La circulaire explique que les établissements stables constitués par les agents apportent une importante contribution à la valeur ajoutée de la société principale et que par conséquent une partie du bénéfice de l'activité commerciale doit leur être attribuée²²⁵. Ainsi, il est important en pratique que le contrat conclu entre la société principale et les commissionnaires étrangers soit rédigé de manière à ce que la dépendance économique du

²²¹ Projet de Circulaire, p. 5.

²²² Circulaire no 8, p. 1-2. ; WIDMER, L'Expert-comptable suisse 10/02, p. 936.

²²³ Circulaire no 8, p. 2.

²²⁴ BERDOZ, p. 10.

²²⁵ Circulaire no 8, p. 2.

commissionnaire envers la société principale soit démontrée. Par ailleurs, il est nécessaire que la société principale en Suisse assume tous les risques liés à la vente et emploie un certain nombre de personnes clé en charge de la coordination et de la supervision des ventes²²⁶.

Ceci nous semble totalement contradictoire avec l'attitude à adopter face aux autorités fiscales étrangères car, comme nous le relevions dans le chapitre consacré au risque d'établissement stable, par rapport aux autorités fiscales étrangères, il est fondamental que ce même contrat laisse une certaine indépendance et des responsabilités au commissionnaire²²⁷.

Cette situation est très contestable puisque cela donne un argument de taille aux autorités fiscales étrangères qui peuvent se baser sur la Circulaire no 8 pour qualifier les commissionnaires d'établissement stable et ainsi taxer une partie du profit réalisé par la société principale grâce aux ventes effectuées par les commissionnaires pour son compte. Nous reviendrons sur la question de l'établissement stable dans le prochain chapitre de ce travail et nous verrons que le recours à cette notion ainsi que les différentes interprétations possibles y relatives pourraient être remises en cause par les pays étrangers²²⁸.

5.2.1.1.2 Répartition internationale

La répartition du bénéfice entre le siège de la société principale et les établissements stables situés à l'étranger ne concerne que la partie du bénéfice net qui provient de l'**activité commerciale**. La partie du bénéfice découlant de l'activité financière et des autres activités est entièrement imputée au siège de la société principale²²⁹.

Afin de procéder à la répartition, une première distinction doit être opérée quant à la fabrication des produits : si les produits finis vendus à des tiers sont fabriqués par des sociétés du groupe ou des tiers pour le compte de la société principale (« fabrication à façon »), **70%** du bénéfice net provenant de la production et du commerce sont considérés comme bénéfice de l'activité commerciale. Par conséquent, si les produits finis ont été acquis de sociétés du groupe ou de tiers, l'entier du bénéfice est réputé provenir de l'activité commerciale (sous réserve des revenus de

²²⁶ SAUVAIRE/MUELLER, p. 22.

²²⁷ Voir point 4.2.1.3.

²²⁸ Voir point 6.1.2.

²²⁹ Circulaire no 8, p. 2-3 ; WIDMER, L'Expert-comptable suisse 10/02, p. 936.

l'activité financière et des autres revenus)²³⁰. Nous notons que ce mode de répartition est valable, que la société principale agisse par contrat de *Consignment « Toll » Manufacturing* ou par *Contract Manufacturing*.

Une fois cette première distinction opérée, le bénéfice découlant de l'**activité commerciale** peut être réparti entre le siège de la société principale et les établissements stables. A des fins de simplification, puisque très souvent les établissements stables n'établissent pas de comptabilité propre, la répartition du bénéfice s'effectue sur la base d'une analyse des fonctions (répartition du bénéfice selon l'importance des fonctions). Cette analyse des fonctions se révélant très compliquée en pratique, des quotas maximums et minimums ont été fixés. Ainsi, la partie du bénéfice provenant du commerce devant être imputée aux établissements stables peut être évaluée au plus à **50%**. La partie du bénéfice provenant du commerce attribuée au siège est fixée au moins à **50%**, afin de tenir compte des risques assumés²³¹.

Au vu des explications figurant ci-dessus, le taux d'imposition sur le plan fédéral (8.5%) pour une société principale exerçant une activité de production se voit réduit de 35% (30% du bénéfice provenant de la production et du commerce imposables à 100% en Suisse et 70% à 50%). Le taux d'impôt fédéral s'élève ainsi à 5.525%. Ce dernier est réduit de 50% pour une société principale n'exerçant qu'une activité de vente (le 100% du bénéfice, sous réserve des revenus de l'activité financière et des autres revenus, est réputé provenir de l'activité commerciale et est imposable à 50% en Suisse) et s'élève ainsi à 4.25%.

5.2.1.1.3 Conséquences en cas de non respect des conditions posées par la Circulaire no 8

La pratique montre que dans certains cas, les conditions posées la Circulaire no 8 ne sont pas remplies. Par exemple, il s'avère parfois que certains groupes internationaux exercent en plus de l'activité entrant dans le cadre de la structure principale-commissionnaires, une activité de pure achat/vente à des tiers (distributeurs ordinaires). La Circulaire no 8 étant muette sur ce point, il convient de se référer à la pratique des cantons, afin de savoir si le statut de société principale peut ou non être octroyé à la société principale sise en Suisse.

²³⁰ Circulaire no 8, p. 3. La Circulaire précise qu'en cas de forme mixte (propre production et achat de produits finis), les résultats doivent être présentés de manière séparée.

²³¹ Circulaire no 8, p. 3-4 ; voir également BERDOZ, p. 19.

Par ailleurs, il est parfois arrivé que des rulings de société principale soient accordés, sur la base du Projet de Circulaire, à des sociétés principales et que les commissionnaires à l'étranger n'aient en réalité pas le pouvoir de conclure des contrats pour le compte de celles-ci. Cependant, comme nous l'avons vu, tant le Projet de Circulaire que la Circulaire no 8 exigent que les commissionnaires aient le pouvoir de conclure pour que ces derniers puissent être considérés comme des établissements stables de la société principale, afin de pouvoir bénéficier de la répartition internationale. A ce titre, nous avons constaté en pratique que les autorités fiscales étaient relativement souples et qu'elles permettaient à la société principale d'apporter des modifications aux contrats conclus avec les commissionnaires à l'étranger. Depuis la publication de la Circulaire no 8, ce cas est devenu rare en pratique puisque les autorités fiscales exigent désormais que les contrats ou projets de contrats entre les commissionnaires et la société principale leur soient remis pour examen avant de se prononcer sur une demande de ruling de société principale²³².

5.2.1.2 Exonération selon l'Arrêté Bonny

L'Arrêté Bonny a pour but l'encouragement de la réalisation de projets de l'économie privée visant à créer et à réorienter des emplois dans les zones économiques en redéploiement en accordant des cautionnements et des allègements fiscaux²³³. Des allègements fiscaux peuvent être accordés pour des projets novateurs et créateurs d'une forte valeur ajoutée émanant d'entreprises industrielles ou d'entreprises de services proches de la production, si ces projets permettent de créer de nouveaux emplois ou de maintenir à long terme des emplois existants en les adaptant aux exigences nouvelles²³⁴. Une entreprise peut bénéficier d'un allègement fiscal sur l'impôt fédéral direct pour autant que le canton dans lequel le projet est réalisé lui accorde aussi des allègements fiscaux et que l'allègement sur le plan fédéral n'excède pas ceux accordés par le canton²³⁵. Afin de bénéficier d'un allègement sur le plan fédéral, l'entreprise doit exercer son activité dans une des zones prévues par l'Arrêté Bonny²³⁶.

²³² Selon documentation interne à KPMG.

²³³ Art. 1 Loi fédérale en faveur des zones économiques en redéploiement.

²³⁴ Art. 3 Loi fédérale en faveur des zones économiques en redéploiement ; art. 4a Ordonnance du 10 juin 1996 sur l'aide en faveur des zones économiques en redéploiement (RS 951.931) : l'ampleur des investissements planifiés dans la zone économique en redéploiement, l'ampleur des achats, commandes ou demandes de prestations planifiés ou réalisés dans la zone économique en redéploiement ainsi que la collaboration avec des institutions de recherche et de formation présentant un lien avec le projet sont aussi des critères à prendre en considération.

²³⁵ Art. 6 Loi fédérale en faveur des zones économiques en redéploiement.

²³⁶ Art. 2 Loi fédérale en faveur des zones économiques en redéploiement ; art. 1 et 2 Ordonnance du 12 juin 2002 sur l'aide en faveur des zones économiques en redéploiement ; art. 6 Ordonnance concernant la détermination des zones économiques en redéploiement (RS 951.931.1).

Au vu de ce qui précède, une société principale implantée dans une zone économique en redéploiement prévue par la loi peut bénéficier d'un allégement fiscal en vertu de l'Arrêté Bonny pour autant que les conditions mentionnées ci-dessus soient remplies.

5.2.2 Impôt cantonal et communal

Les cantons et les communes ne sont pas liés par les règles posées par la Circulaire no 8²³⁷. Ils sont donc libres de choisir le traitement fiscal à appliquer aux sociétés principales. Nous verrons qu'ils peuvent accorder une exonération fiscale cantonale totale, appliquer les dispositions de la Circulaire no 8 ou alors délivrer d'autres statuts, tel le statut de société auxiliaire. Une telle liberté n'était pas accordée aux cantons sous le Projet de Circulaire²³⁸.

5.2.2.1 Exonération fiscale cantonale

En vertu de l'art. 23 al. 3 LHID, les sociétés principales nouvellement créées servant les intérêts économiques du canton peuvent bénéficier d'une exonération fiscale cantonale pouvant aller jusqu'à 10 ans au maximum.

5.2.2.2 Statuts cantonaux

Certains cantons acceptent de combiner les avantages du statut de société auxiliaire et du statut prévu par la Circulaire no 8²³⁹. Le Canton de Genève, par exemple, applique le statut de société auxiliaire, réglé par l'art. 23 LIPM, sur le plan cantonal et communal²⁴⁰. Comme le relève Berdoz, ceci peut paraître inadéquat puisque le statut de société auxiliaire, tel que défini à l'art. 28 al. 4 LHID, exige que les activités commerciales soient essentiellement orientées vers l'étranger alors que dans l'hypothèse d'une société principale, les fonctions et les risques sont regroupés en Suisse. Cependant, la pratique montre que la substance à l'étranger demeure souvent plus élevée que la substance en Suisse²⁴¹.

Par ailleurs, des cantons reconnaissent la qualité d'établissement stable des commissionnaires à l'étranger tout comme la Circulaire no 8. Certains d'entre eux vont même plus loin que la circulaire précitée et attribuent seulement 10% ou 20% des revenus à la société principale, ce qui signifie que 90% ou 80% des revenus ne sont pas taxés en Suisse. La plupart de ces cantons appliquent cette

²³⁷ SAUVAIRE/MUELLER, p. 23 ; WIDMER, L'Expert-comptable suisse 10/02, p. 938.

²³⁸ Projet de Circulaire, p. 5.

²³⁹ BERDOZ, p. 20.

²⁴⁰ Selon documentation interne à KPMG. Le pourcentage de réduction s'établit cependant de cas en cas.

²⁴¹ BERDOZ, p. 20.

répartition à l'ensemble des revenus, y compris les revenus de l'activité de fabrication et les revenus financiers²⁴².

5.3 Droits de timbre

L'implantation d'une société principale en Suisse donne lieu au prélèvement d'un droit de timbre d'émission de 1% en vertu de l'art. 8 LT. Aucun traitement particulier n'est donc accordé aux sociétés principales au niveau des droits de timbre.

5.4 Impôt à la source

Les dividendes distribués par la société principale à ses actionnaires sont frappés de l'impôt anticipé de 35%, taux qui peut être réduit en fonction des éventuelles conventions de double imposition applicables entre la Suisse et le pays de la société mère.

Quant à l'impôt à la source étranger sur les distributions faites à la société principale, il peut en général être partiellement crédité sur les impôts suisses pour autant qu'il existe une convention de double imposition entre la Suisse et le pays de la source des revenus. Les règles suisses sur le crédit d'impôt sont alors applicables²⁴³.

5.5 Réduction de la charge fiscale totale

La combinaison des avantages fiscaux accordés aux sociétés principales localisées en Suisse, tant sur le plan fédéral que cantonal et communal, fait de la Suisse un endroit souvent choisi pour l'implantation de sociétés principales. En effet, la charge fiscale totale de la société principale suisse peut généralement être limitée à environ 6%-7%. De plus, si les investissements en Suisse sont considérables, une exemption fédérale et/ou cantonale est également envisageable²⁴⁴.

²⁴² SAUVAIRE/MUELLER, p. 23.

²⁴³ A ce titre, nous relevons également que les règles anti-abus prévues par l'Arrêté du Conseil fédéral du 14 décembre 1962 instituant des mesures contre l'utilisation sans cause légitime des conventions conclues par la Confédération en vue d'éviter les doubles impositions (RS 672.02), complétées par la Circulaire de l'Administration fédérale des contributions du 17 décembre 1998 (Circ. 1999) concernant l'application des dispositions anti-abus sur les sociétés actives, cotées en bourse et holding sont applicables.

²⁴⁴ SAUVAIRE/MUELLER, p. 23.

6 Le statut principal-commissionnaires face aux pays étrangers

Le présent travail ne serait à notre sens pas complet sans mentionner le fait que le statut privilégié accordé par la Suisse aux sociétés principales est vivement critiqué et remis en cause. Pour exposer ce problème, nous avons divisé ce chapitre en deux volets. D'une part, nous avons jugé utile d'analyser les points sensibles du statut principal-commissionnaires, tel que prévu par la Circulaire no 8. D'autre part, nous souhaitons procéder à une analyse dudit statut au regard de la concurrence fiscale dommageable, car comme nous le verrons, notre pays s'est parfois fait accuser de pratiquer une concurrence fiscale dommageable, notamment lors de la délocalisation²⁴⁵ de Colgate.

6.1 Les critiques

Le statut défini par la Circulaire no 8 présente à notre sens deux éléments objets de critiques. Il s'agit de la répartition internationale des bénéfices entre la société principale et l'établissement stable sur une base forfaitaire et les différentes interprétations possibles sur la notion d'établissement stable.

6.1.1 L'attribution forfaitaire

Comme exposé précédemment, la répartition internationale des profits entre la société principale et les établissements stables à l'étranger est opérée sur une base forfaitaire, en fixant des quotas maximums et minimums, ceci à des fins de simplification.

Les pays étrangers pourraient donc considérer cette manière de faire comme diminuant arbitrairement les profits attribuables à la Suisse, afin de réduire la base d'imposition dans le but d'attirer des entreprises étrangères. Ils pourraient alors invoquer le fait que cette manière de procéder n'est pas conforme aux principes posés par l'art. 7 Modèle OCDE, complété par le Commentaire OCDE²⁴⁶. Dès lors, ils pourraient notamment arguer que la répartition devrait pouvoir être justifiée économiquement et par conséquent être opérée sur la base de formules spécifiques, telles que prévues par l'art. 7 par. 4 Modèle OCDE²⁴⁷. L'avantage d'une telle répartition par rapport à une répartition forfaitaire, alors basée sur de véritables facteurs économiques, serait la prise en compte des particularités de chaque cas d'espèce. A ce titre, Berdoz relève que la répartition prévue

²⁴⁵ Nous estimons que ce terme, souvent utilisé lors de critiques à l'égard de la Suisse, n'est pas approprié dans le cas de Colgate puisqu'à notre connaissance, seules les fonctions de *headquarter* ont été transférées en Suisse. En effet, ni le personnel, ni les sociétés de production n'ont été transférées.

²⁴⁶ Commentaires OCDE ad art. 7.

²⁴⁷ Commentaires OCDE nos 25 à 27 ad art. 7.

par la Circulaire no 8 peut manquer de souplesse²⁴⁸. S'agissant de la répartition forfaitaire entre l'activité de fabrication et l'activité commerciale, l'auteur précité propose que la répartition forfaitaire de 30/70 ne constitue qu'une règle de base à laquelle on puisse déroger par une analyse par type d'activité²⁴⁹.

A notre avis, la répartition forfaitaire, telle que prévue par la Circulaire no 8, peut être justifiable dans la mesure où les groupes internationaux ayant recours à la structure principale-commissionnaires sont souvent des groupes dont le but est la commercialisation de produits de masse (Colgate, Procter&Gamble, etc.). Dès lors qu'il s'agit presque toujours du même type de produits concernés, il ne nous paraît pas choquant que les mêmes pourcentages de répartition soient utilisés.

Par ailleurs, nous estimons que les pays étrangers qui se sentiraient lésés par cette méthode de répartition forfaitaire et qui considéreraient qu'une allocation des profits selon des facteurs économiques conduirait à une allocation différente en vertu de laquelle la part des profits attribuables à la Suisse serait plus élevée, doivent garder à l'esprit que ce mode de répartition peut également être défavorable à notre pays. En effet, nous rejoignons Berdoz quand il mentionne que l'attribution d'une quote-part de 50% maximum sur le bénéfice commercial aux établissements stables étrangers manque de souplesse et que la société principale devrait pouvoir négocier une solution plus favorable si la preuve peut être apportée par cette dernière que les activités à l'étranger sont plus importantes que celles exercées en Suisse²⁵⁰. Cependant, cet argument n'est valable que dans l'hypothèse où les pays étrangers ne reconnaissent pas la qualité d'établissement stable aux commissionnaires situés dans leurs pays. Ceci montre l'ambiguïté du statut principal-commissionnaires suisse tel que prévu par la Circulaire no 8 puisque cette dernière reconnaît la qualité d'établissement stable aux commissionnaires étrangers²⁵¹.

Par conséquent, bien que la méthode du forfait semble correcte, il conviendrait de garder une possibilité de l'adapter dans des cas très particuliers.

²⁴⁸ BERDOZ, p. 18-19.

²⁴⁹ BERDOZ, p. 19.

²⁵⁰ BERDOZ, p. 19.

²⁵¹ Nous relevons toutefois que dans l'hypothèse où les pays étrangers reconnaîtraient la qualité d'établissement stable aux commissionnaires et que l'ensemble des profits attribuables à l'étranger dépasseraient les profits qui seraient attribués à l'étranger selon la méthode forfaitaire suisse, la société principale en Suisse pourrait être imposée sur un bénéfice supérieur à 100%, ce qui serait désavantageux.

6.1.2 La notion d'établissement stable

Nous avons déjà vu dans le chapitre consacré à la fiscalité des sociétés principales en Suisse qu'une des conditions-clé pour que le statut principal-commissionnaires s'applique est qu'il y ait un établissement stable à l'étranger, constitué par la présence du commissionnaire (à la vente)²⁵². Comme déjà exposé, le recours à cette notion permet à notre pays de justifier une base d'imposition réduite sur le plan fédéral. La pratique montre que la structure principale-commissionnaires est particulièrement efficace grâce aux différentes interprétations de la notion d'établissement stable. Malgré les dispositions de la Circulaire no 8, les commissionnaires ne sont pas qualifiés d'établissements stables à l'étranger.

En effet, d'un point de vue suisse, on considère que le commissionnaire constitue un établissement stable à l'étranger dès qu'il agit pour le compte de la société principale et qu'il dispose de pouvoirs, qu'il exerce habituellement, lui permettant de conclure des contrats, conformément à l'art. 5 par. 5 Modèle OCDE. La réalité est que, souvent, les pays étrangers dans lesquels sont localisés les commissionnaires ne leur reconnaissent pas automatiquement cette qualité, puisqu'ils utilisent d'autres critères pour juger de la présence d'un établissement stable²⁵³. Par ailleurs, si les autorités fiscales étrangères venaient à considérer qu'il y a tout de même établissement stable, les groupes internationaux pourraient encore avancer que la base d'imposition à l'étranger est faible au vu des risques et fonctions assumés par la société principale en Suisse.

6.2 Le statut principal-commissionnaires est-il un outil favorisant la concurrence fiscale dommageable?

Bien que la notion de concurrence fiscale dommageable ne soit pas définie avec précision, on entend généralement par là « ... des mesures fiscales adoptées par un Etat qui ont une influence sensible sur la localisation d'une activité économique »²⁵⁴.

6.2.1 Le contexte

Comme mentionné en introduction du présent chapitre, des reproches ont été faits à la Suisse lors de la délocalisation de Colgate, qui a quitté la France pour venir s'installer à Genève en 2005 et qui

²⁵² Voir point 5.2.1.1.1.

²⁵³ Sur la question de l'établissement stable, voir point 4.2.1.3.

²⁵⁴ OBERSON no 43, p. 14.

bénéficie d'un statut de société principale²⁵⁵. La Suisse s'est alors vue accusée de concurrence déloyale par ses voisins européens, gênés par les conditions favorables octroyées aux entreprises basées dans l'Union européenne²⁵⁶.

Ce cas de figure nous a incités à nous pencher sur la question de la validité du statut principal-commissionnaires, tel que défini par la Circulaire no 8, au regard de la concurrence fiscale dommageable et des travaux de l'OCDE conduits en la matière s'agissant plus particulièrement des régimes fiscaux préférentiels²⁵⁷. Plusieurs facteurs, dont quatre essentiels, ont été posés par l'OCDE permettant d'identifier les régimes fiscaux préférentiels dommageables dans un premier rapport de 1998, intitulé : « Concurrence fiscale dommageable, un problème mondial » (ci après : rapport de 1998). Afin de déterminer si un régime fiscal particulier est dommageable, l'ensemble des facteurs doit être évalué²⁵⁸.

A ce stade, il est intéressant de noter que, même si la notion de concurrence fiscale dommageable a notamment été soulevée lors de la délocalisation de Colgate, le statut principal-commissionnaires ne figure, à notre connaissance, pas sur les listes des régimes préférentiels jugés dommageables par l'OCDE.

²⁵⁵ GARCIA, p. 1.

²⁵⁶ WAUTERS, p. 1.

²⁵⁷ Le Comité des affaires fiscales de l'OCDE a publié un rapport en 1998, intitulé : « Concurrence fiscale dommageable, un problème mondial ». Ce rapport a été suivi par des Rapports d'étapes, disponibles à l'adresse <http://www.oecd.org>, en 2000 (« Vers une coopération fiscale globale, Rapport pour la réunion du conseil au niveau des ministres de 2000 et recommandations du comité des affaires fiscales, Progrès dans l'identification et l'élimination des pratiques fiscales dommageables »), 2001 (« Projet de l'OCDE sur les pratiques fiscales dommageables : rapport d'étape 2001 »), 2004 (« Projet de l'OCDE sur les pratiques fiscales dommageables : rapport d'étape 2004 » et 2006 (« Projet de l'OCDE sur les pratiques fiscales dommageables : mise à jour 2006 sur le progrès dans les pays membres ») ; OBERSON no 43 , p. 14: le rapport de 1998 identifie deux types de concurrence fiscale dommageable : « les paradis fiscaux, d'une part, soit des pays qui ne prélèvent généralement aucun impôt, ou un impôt insignifiant sur les revenus d'activité géographiquement mobiles ; les pays avec des régimes fiscaux préférentiels (RFP), d'autre part, qui tirent certes des recettes importantes de l'impôt sur le revenu, mais dont le système fiscal présente des caractéristiques préférentielles qui permettent au revenu en question d'être imposé à un taux réduit ou de n'être pas imposé du tout (rapport OCDE n. 40, p. 21) ».

²⁵⁸ Rapport OCDE de 1998 no 60, p. 29.

6.2.2 Analyse du statut principal-commissionnaires au regard des critères posés par l'OCDE

6.2.2.1 Les facteurs essentiels

Premièrement, le point de départ pour examiner si un régime fiscal préférentiel est dommageable consiste à analyser le taux d'imposition. En effet, un régime fiscal préférentiel dommageable se caractérise par la conjonction d'un taux d'imposition effectif peu élevé ou nul et d'un ou plusieurs autres facteurs (facteurs essentiels et autres facteurs), que nous analyserons ci-après²⁵⁹.

S'il est indéniable que, dans les faits, le régime d'imposition des sociétés principales localisées en Suisse conduit à un taux d'imposition peu élevé pour ces dernières grâce à la manière dont la Suisse définit l'assiette d'imposition à laquelle les taux d'impôts sont appliqués, nous rappelons que le taux d'impôt appliqué est le taux plein et que seule la base d'imposition est réduite, suite à la répartition internationale qui est opérée. Le taux d'imposition réduit pourrait donc être défendable puisqu'il découle de l'application de principes du droit fiscal international reconnus²⁶⁰.

De plus, nous sommes d'avis qu'il est possible de débattre sur les autres critères posés par l'OCDE.

Premièrement, le rapport OCDE de 1998 fait mention du critère du cantonnement des régimes, qui consiste pour un régime à interdire, explicitement ou implicitement, aux contribuables résidents d'en bénéficier ou alors d'interdire aux entreprises qui bénéficient d'un tel régime d'opérer sur le marché national²⁶¹. Si l'on reprend la Circulaire no 8, il n'existe pas d'interdiction pour les sociétés principales d'opérer en Suisse. A ce titre, la pratique montre que des groupes internationaux déploient leurs activités par l'intermédiaire de commissionnaires localisés à l'étranger et en Suisse et que bien que le statut ne soit pas valable à l'égard des commissionnaires en Suisse, cela n'empêche pas qu'il soit applicable à l'égard des commissionnaires étrangers²⁶². Une difficulté provient cependant du fait que le statut ne soit pas applicable sur le plan intercantonal. Il n'est en effet pas imaginable d'avoir un tel mécanisme dans les relations entre cantons étant donné que ces

²⁵⁹ Rapport OCDE de 1998, p. 30.

²⁶⁰ Voir point 6.1.1.

²⁶¹ Rapport OCDE de 1998, p. 30.

²⁶² Selon documentation interne à KPMG. Sur la non application de la Circulaire no 8 à des commissionnaires suisses, voir Circulaire no 8, p. 2 et point 5.2.1.1.1: une convention de double imposition doit être conclue entre la Suisse et le pays de résidence des commissionnaires pour que la Circulaire no 8 soit applicable.

derniers utilisent d'autres méthodes de répartition que sur le plan international et qu'ils pratiquent l'échange de renseignements.

Nous sommes donc d'avis que le statut principal-commissionnaires pourrait être remis en cause sur la base du critère du cantonnement des régimes puisque le rapport OCDE de 1998 précise que : « L'accès au marché peut être refusé de facto par la non-application des privilèges fiscaux ou par la neutralisation de ces privilèges dans la mesure où les entreprises exercent des activités sur le marché national du pays qui applique le régime »²⁶³. Ainsi, puisque la Circulaire no 8 n'est pas applicable à l'égard des commissionnaires localisés en Suisse, nous estimons que *de facto*, le facteur du cantonnement des régimes est rempli.

Deuxièmement, l'absence de transparence dans le fonctionnement d'un régime fiscal peut signifier qu'un tel régime est dommageable²⁶⁴. Nous estimons qu'en étant publiée sur Internet, la Circulaire no 8 remplit le critère de transparence. En effet, l'OCDE mentionne que pour qu'un régime soit jugé transparent, ce dernier doit être disponible pour les autorités fiscales étrangères et énoncer clairement les conditions d'applicabilité aux contribuables²⁶⁵.

Le dernier facteur essentiel est celui de l'absence de véritable échange de renseignements²⁶⁶. La Suisse ne donnant des renseignements aux autorités fiscales étrangères que dans le cadre limité de l'application des traités²⁶⁷, le statut principal-commissionnaires pourrait être remis en cause sur la base de ce quatrième facteur. Cependant, nous rappelons que même si les autorités fiscales suisses ne sont pas autorisées à donner des renseignements, les commissionnaires étrangers sont quant à eux autorisés à fournir des informations sur leurs relations avec la société principale aux autorités fiscales de leurs pays. Par ailleurs, la Circulaire no 8 étant librement disponible, le traitement fiscal de la société principale en Suisse, du moins sur le plan fédéral, peut être connu.

6.2.2.2 Autres facteurs

Nous avons relevé deux autres facteurs, cités par le rapport OCDE de 1998 permettant d'identifier les régimes fiscaux préférentiels dommageables, sur lesquels il pourrait être discuté dans le cas du statut principal-commissionnaires.

²⁶³ Rapport OCDE de 1998 no 62, p. 31.

²⁶⁴ Rapport OCDE de 1998, p. 30.

²⁶⁵ Rapport OCDE de 1998 no 63, p. 32.

²⁶⁶ Rapport OCDE de 1998 no 64, p. 33.

²⁶⁷ Commentaire OCDE ad art. 26 : voir la position de la Suisse sur l'art. 26 Modèle OCDE.

En premier lieu, le rapport OCDE de 1998 fait mention de la définition artificielle de la base d'imposition. Bien qu'à première vue, la méthode de répartition internationale pratiquée par la Suisse (forfait) puisse être un élément négatif dans notre analyse, nous soulignons que les méthodes de répartition ne font pas partie des exemples cités dans le rapport OCDE de 1998²⁶⁸. Nous tenons également à mentionner que, contrairement au statut dit du 50/50, la méthode de répartition prévue par la Circulaire no 8 n'enlève aucune substance imposable globale. A ce titre, le statut suisse dit du 50/50 qui prévoyait la possibilité de faire valoir une couverture forfaitaire des charges (sans justification) pour les affaires étranger-étranger et donc par conséquent de transférer une partie des revenus à l'étranger sans justification avait été qualifié de régime fiscal préférentiel dommageable par l'OCDE et a été modifié par la Suisse²⁶⁹. La Circulaire no 8 permet elle une réduction de la base imposable en Suisse sur la base d'une répartition internationale alors que le statut dit du 50/50 permettait une réduction de la base imposable au sein même de la société.

En deuxième lieu, nous pensons que le statut principal-commissionnaires pourrait être disputé à cause de la possibilité de négocier le taux ou l'assiette d'imposition²⁷⁰. En effet, comme nous l'avons vu, les autorités fiscales cantonales admettent parfois l'attribution de seulement 10%-20% des revenus à la société principale, sur le plan cantonal et communal.

6.3 Perspectives d'avenir

Le présent chapitre montre que le traitement fiscal des sociétés principales en Suisse peut faire l'objet de beaucoup de critiques de la part des pays étrangers. Nous estimons cependant que, comme nous l'avons exposé, il est défendable sur plusieurs points. Nous gardons toutefois à l'esprit que le statut principal-commissionnaires, tel qu'il est aujourd'hui établi, est compromis. En effet, bien qu'à notre avis, les pays étrangers aillent parfois loin dans leurs critiques, certains points portent malheureusement pour notre pays à discussion, notamment en ce qui concerne la question de l'établissement stable et de la concurrence fiscale dommageable.

²⁶⁸ Rapport OCDE de 1998 no 69, p. 34.

²⁶⁹ Voir les rapports d'étapes de l'OCDE. Sur la pratique du 50/50, voir Circulaire de l'Administration fédérale des contributions no 9 sur la pratique 50/50 en matière d'impôt anticipé et d'impôt fédéral direct, du 19 décembre 2001 et la Circulaire de l'Administration fédérale des contributions no 9 sur la preuve de la justification commerciale des charges lors d'affaires étranger-étranger, du 22 juin 2005.

²⁷⁰ Rapport OCDE de 1998 no 74, p. 36.

Les sociétés principales et leur traitement fiscal

Ainsi, le jour où les pays étrangers décident de taxer les profits alloués par la Suisse aux commissionnaires à l'étranger, le statut prévu par la Suisse perdra tout son intérêt pour les groupes internationaux.

Par ailleurs, au vu des récents développements en relation avec les reproches faits à la Suisse par l'Union européenne au sujet des statuts cantonaux, le statut principal-commissionnaires risque fortement de disparaître. En effet, bien qu'à notre connaissance la Circulaire no 8 n'ait pas été expressément visée par l'Union européenne, nous pouvons donc raisonnablement imaginer une remise en cause du statut principal-commissionnaires dans le futur.

7 Conclusion

Le présent travail montre que les implications fiscales dans le cadre d'une structure principale-commissionnaires sont très nombreuses. En effet, tant lors de sa mise en place que durant son existence, aucune des questions évoquées ne doit être minimisée. Nous avons en effet constaté au cours des lectures qui nous ont permis de réaliser le présent travail que la question de la structure principale-commissionnaires était souvent abordée dans le cadre de la problématique de l'établissement stable au sens de l'art. 5 par. 5 Modèle OCDE, cet aspect apparaissant comme être le principal problème pouvant être rencontré dans ce genre de structure. Cependant, les nombreuses discussions avec des praticiens nous ont permis de nous rendre compte que si, certes, le problème de l'établissement stable est un problème central, les autres questions ont également une grande importance. Par ailleurs, nous avons constaté qu'en pratique, le traitement fiscal au niveau des prix de transfert était étroitement lié avec la question de l'établissement stable et que pour certains praticiens la question des prix de transfert était même plus importante que celle de l'établissement stable.

Par conséquent, d'un point de vue pratique, une étude approfondie tant des aspects liés à la fiscalité directe (transfert de goodwill, établissement stable et prix de transfert) qu'à la fiscalité indirecte (TVA) se révèle indispensable pour les groupes internationaux désireux de recourir à un tel mode d'organisation. De plus, il est parfois nécessaire de conduire une négociation (ruling) sur les retombées fiscales avec les autorités fiscales des pays dans lesquels les commissionnaires, distributeurs à risques limités ou sociétés de production sont situés, dans la mesure où ces dernières prévoient une telle possibilité.

Au vu de l'importance des aspects fiscaux évoqués tout au long du présent travail, il résulte des discussions avec les praticiens qu'il doit exister une véritable motivation commerciale des groupes internationaux avant de se lancer dans la mise en place d'une telle structure.

Quant à la fiscalité des sociétés principales en tant que telles, nous avons vu que la Suisse était particulièrement attrayante. En effet, le statut principal-commissionnaires permet d'atteindre des taux d'imposition relativement faibles, d'où l'implantation de beaucoup de sociétés principales de grands groupes internationaux dans notre pays. Ceci déplaît donc à certains pays étrangers, dont nos voisins européens, adressant des critiques à la Suisse.

Les sociétés principales et leur traitement fiscal

L'étude des points sensibles du statut principal-commissionnaires, l'analyse dudit statut au regard de la concurrence fiscale dommageable, les critiques ayant déjà été formulées à l'encontre de la Suisse lors de la délocalisation de Colgate, ainsi que les travaux actuels menés par l'Union européenne laissent à penser que le statut principal-commissionnaires risque de disparaître. En effet, bien que nous soyons d'avis que ledit statut est défendable sur plusieurs points, il ressort des discussions menées avec plusieurs spécialistes de la question, certains étant plus positifs que d'autres, que les jours du statut principal-commissionnaires sont comptés.

A ce titre, nous nous permettons de conclure ce mémoire avec une question à laquelle nous n'avons pas trouvé de réponse précise. Nous nous demandons pourquoi les autorités fiscales étrangères n'ont pas saisi systématiquement la possibilité de taxer les profits réalisés par l'intermédiaire de l'établissement stable, constitué par les commissionnaires, distributeurs à risques limités ou sociétés de production. En effet, malgré le fait que les groupes internationaux disposent généralement d'arguments forts pour prouver qu'il n'y a pas d'établissement stable à l'étranger, la Circulaire no 8 est accessible aux autorités fiscales étrangères et semble être à notre sens un argument de taille pour ces dernières afin de procéder à la taxation.

Par ailleurs, le statut principal-commissionnaires ne figure pas sur la liste des régimes préférentiels visés par l'OCDE.

Dès lors, nous nous demandons si groupes internationaux et autorités fiscales n'y trouvent en définitive pas leur compte. La question reste ouverte...

Table des matières

Remerciements	2
Résumé	3
Liste des principales abréviations	5
Plan sommaire	6
1 Introduction	7
2 La structure principale-commissionnaires	9
2.1 Evolution des modèles de distribution	9
2.2 Les fonctions de la société principale	10
2.2.1 La fabrication	10
2.2.2 La distribution	11
2.2.3 Autres fonctions	12
2.3 Le commissionnaire	12
2.3.1 Généralités	12
2.3.2 Les pays de tradition de droit civil.....	14
2.3.2.1 La représentation directe.....	14
2.3.2.2 La représentation indirecte.....	15
2.3.3 Les pays de common law	15
2.3.4 Comparaison avec la notion de distributeur et de distributeur à risques limités.....	16
3 Les raisons d’être de la structure et les risques encourus	17
3.1 Aspects commerciaux, légaux et comptables	17
3.1.1 Avantages.....	17
3.1.2 Implications pratiques	17
3.1.2.1 Sur le plan commercial	17
3.1.2.2 Sur le plan juridique.....	18
3.1.2.3 Sur le plan comptable.....	18
3.2 Aspects fiscaux	19
3.2.1 Réduction de la charge fiscale	19
3.2.2 Autres avantages	20
3.2.3 Le cas particulier des Etats-Unis.....	21
3.2.3.1 Brève présentation des règles relatives aux <i>Subpart F Income</i>	21
3.2.3.2 Application des règles relatives aux <i>Subpart F Income</i> dans le cadre de la structure principale-commissionnaires	22

3.2.4	Risques encourus.....	24
4	Les implications fiscales.....	25
4.1	Les problèmes pouvant survenir lors de la mise en place d'une structure principale-commissionnaires	25
4.1.1	Le transfert du goodwill.....	25
4.1.1.1	Le contexte.....	25
4.1.1.2	Aspects pratiques	27
4.1.1.3	Conclusion intermédiaire	29
4.1.2	Le report des pertes	29
4.2	Les problèmes pouvant survenir après la mise en place de la structure principale-commissionnaires	30
4.2.1	Le risque d'établissement stable	30
4.2.1.1	Le contexte.....	30
4.2.1.2	L'établissement stable selon l'art. 5 Modèle OCDE.....	30
4.2.1.2.1	La notion	30
4.2.1.2.2	Le cas particulier de l'agent.....	31
4.2.1.2.3	Conséquences fiscales.....	33
4.2.1.3	Evaluation du risque d'établissement stable au niveau du commissionnaire	33
4.2.1.4	Répartition du bénéfice entre la société principale et l'établissement stable.....	38
4.2.1.5	Evaluation du risque d'établissement stable au niveau des sociétés de production....	39
4.2.1.6	Conclusion intermédiaire	40
4.2.2	Les problèmes liés aux prix de transfert	40
4.2.2.1	Le contexte.....	40
4.2.2.2	La rémunération du commissionnaire.....	41
4.2.2.3	Aspects pratiques	42
4.2.2.3.1	Détermination du prix de pleine concurrence	42
4.2.2.3.2	Documentation	44
4.2.2.3.3	Constance dans la politique de prix de transfert	45
4.2.2.3.4	Activité de la société principale.....	45
4.2.2.3.5	Ruling.....	45
4.2.2.4	Conséquences fiscales (pro memoria).....	45
4.2.2.5	Conclusion intermédiaire	46
4.3	Le traitement du commissionnaire au niveau des impôts indirects	47
4.3.1	Le contexte.....	47
4.3.2	Cas d'application.....	48

4.3.2.1	Cas no 1.....	48
4.3.2.2	Cas no 2.....	50
4.3.2.3	Cas no 3.....	51
4.3.3	Conclusion intermédiaire	53
5	Fiscalité des sociétés principales en Suisse.....	54
5.1	Historique.....	54
5.2	Le traitement fiscal au niveau des impôts directs	55
5.2.1	Impôt fédéral direct.....	55
5.2.1.1	Application de la Circulaire no 8	56
5.2.1.1.1	Conditions d'application	56
5.2.1.1.2	Répartition internationale.....	57
5.2.1.1.3	Conséquences en cas de non respect des conditions posées par la Circulaire no 8.....	58
5.2.1.2	Exonération selon l'Arrêté Bonny	59
5.2.2	Impôt cantonal et communal.....	60
5.2.2.1	Exonération fiscale cantonale	60
5.2.2.2	Statuts cantonaux	60
5.3	Droits de timbre.....	61
5.4	Impôt à la source	61
5.5	Réduction de la charge fiscale totale	61
6	Le statut principal-commissionnaires face aux pays étrangers.....	62
6.1	Les critiques.....	62
6.1.1	L'attribution forfaitaire	62
6.1.2	La notion d'établissement stable.....	64
6.2	Le statut principal-commissionnaires est-il un outil favorisant la concurrence fiscale dommageable?	64
6.2.1	Le contexte.....	64
6.2.2	Analyse du statut principal-commissionnaires au regard des critères posés par l'OCDE	66
6.2.2.1	Les facteurs essentiels.....	66
6.2.2.2	Autres facteurs	67
6.3	Perspectives d'avenir	68
7	Conclusion	70
	Bibliographie	75

Bibliographie

Ouvrages

MORE Patricia/STRAUB Olivier/ THOMAS Stéphanie, *Guide de la TVA intracommunautaire*, 1^{ère} éd., Paris 2004

(Cité : MORE/STRAUB/THOMAS)

OBERSON Xavier, *Précis de droit fiscal international*, 2^{ème} éd., Berne 2004

(Cité : OBERSON)

Articles de revue

BRODERSEN Christian/ VON KOLCZYNSKI Helga, « The Commissionnaire : A Tax-Focused Evaluation from Germany », *Intertax*, Volume 25, No 5, May 1993, p. 201

(Cité : BRODERSEN/ VON KOLCZYNSKI)

DIETER Endres, « Die Vertreterbetriebsstätte im Konzern », *Internationales Steuerrecht* 1/1996, p. 1.

(Cité : DIETER)

GELIN Stéphane, « Death of a Salesman, or the French commissionnaire under attack », *Tax Planning International Review*, May 2007, p. 19.

(Cité: GELIN)

HENSHALL John, « The Status of « Commissionnaire » in U.K. Tax Law », *Tax Planning International Review*, January 2007, p. 3

(Cité : HENSHALL)

KROPPE Heins-Klaus /HÜFFMEIER Stephan, « The German Commissionnaire as a Permanent Establishment Under the OECD Model Treaty », *Intertax*, Volume 24, No 4, April 1996, p. 133

(Cité : KROPPE/ HÜFFMEIER)

PERSICO Giuseppe, « Agency Permanent Establishment under Article 5 of the OECD Model Convention », *Intertax*, Volume 28, No 2, February 2000, p. 66

(Cité : PERSICO)

PIJL Hans/ WILLEME Peter, « Permanent Agent – With Particular Reference to Dutch Case Law », *Bulletin of Fiscal Documentation*, January 1998, p.12

(Cité : PIJL/WILLEME)

PLEIJSIER Arthur, « The Agency Permanent Establishment : The Current Definition – Part One », *Intertax*, Volume 29, No 5, May 2001, p.167

(Cité: PLEIJSIER, The Current Definition)

PLEIJSIER Arthur, « The Agency Permanent Establishment : Practical Applications – Part Two », *Intertax*, Volume 29, No 6/7, June/July 2001, 218

(Cité: PLEIJSIER, Practical Applications)

PLEIJSIER Arthur, « The Agency Permanent Establishment Under Revision ? : « Acting in the name of », or « what's in a name ? » !, *Intertax*, Volume 25, No 6/7, June/July 1997, 247
(Cité: PLEIJSIER: The Agency Permanent Establishment Under Revision)

SAUVAIRE Thierry/MUELLER Andreas, « How Switzerland attracts international headquarters ? », *International Tax Review*, Avril 2006, p. 21
(Cité: SAUVAIRE/MUELLER)

VILLA Esther, « Multinational Groups and PE Issues », *The Bureau of National Affairs*, November 2005, p. 22
(Cité: VILLA)

WIDMER Stefan G, « Die Vertreterbetriebsst tte im Internationalen Steuerrecht der Schweiz », *Archives* 72, p. 97
(Cité : WIDMER, Archives 72)

WIDMER Stefan G, « Steuerplanungsm glichkeiten mittels Principal-Strukturen », *L'Expert-comptable suisse* 10/02, p. 935.
(Cité : WIDMER, L'Expert-comptable suisse 10/02)

Conférence

BERDOZ Denis, *Structures internationales de distribution dans les groupes suisses et étrangers*, Séminaire de l'Ordre romand des experts fiscaux diplômés sur la fiscalité internationale des 4 et 5 octobre 2004
(Cité : BERDOZ)

Publications de l'OCDE

OCDE, *Concurrence fiscale dommageable : un problème mondial*, Paris 1998
(Cité : Rapport OCDE de 1998)

OCDE, *Modèle de convention fiscale concernant le revenu et la fortune et son Commentaire*, Paris 2003
(Cités : Modèle OCDE/Commentaire OCDE)

OCDE, *Principes applicables en matière de prix de transfert à l'intention des entreprises multinationales et des administrations fiscales*, Paris 1995-1999
(Cité : Principes OCDE applicables en matière de prix de transfert)

OCDE, Rapport sur l'attribution des bénéfices aux établissements stables, Partie I : (Considérations générales). II (Banques) et III (Transactions mondialisées), Décembre 2006, disponible à l'adresse www.oecd.org
(Cité : Rapport OCDE sur l'attribution des bénéfices aux établissements stables)

Circulaires

Circulaire de la Conférence des fonctionnaires fiscaux d'Etat sur la répartition fiscale internationale des sociétés principales, du 21 juin 2000
(Cité : Projet de Circulaire)

Circulaire no 8 de l'Administration fédérale des contributions sur la répartition fiscale internationale des sociétés principales, du 18 décembre 2001
(Cité : Circulaire no 8)

Autres sources

GARCIA David, *Colgate délocalise ses bénéfices*, disponible à l'adresse : <http://www.terra-economica.info>
(Cité : GARCIA)

WAUTERS Corentin, *L'UE et la Suisse à couteaux tirés*, disponible à l'adresse : <http://fr.makeeurope.com>
(Cité : WAUTERS)

Publication KPMG de février 2006, *Swiss Principal Company*, disponible à l'adresse : <http://www.kpmg.ch/library/publikationen/fr>
(Cité : Publication KPMG de février 2006)

Publication KPMG de juillet 2006, *Federal Law on Tax Holidays*, disponible à l'adresse : <http://www.kpmg.ch/library/publikationen/fr>
(Cité : Publication KPMG de juillet 2006).