

## Un albatros autour du cou des pays en développement - Clause NPF dans les conventions fiscales

Par Deepak Kapoor, IRS \*

### Résumé

L'inclusion dans les conventions en matière de double imposition d'une clause de la nation la plus favorisée (« NPF ») est une incarnation du principe fondamental de la non-discrimination et vise à permettre aux pays signataires de tirer également parti des perspectives en matière de commerce et d'investissement. L'objectif de dispositions telles que les clauses NPF et de non-discrimination dans les conventions fiscales est de favoriser l'équité entre les différents pays signataires. Dans les conventions fiscales conclues entre pays développés et pays en développement, les clauses NPF servent également d'outils de négociation pour obtenir de meilleurs taux d'imposition.

Cependant ces clauses ont aujourd'hui des effets négatifs pour les pays de source des revenus, qui sont pour la plupart des pays en développement. Lorsqu'elles sont appliquées entre deux pays également développés, les clauses NPF ne constituent pas, généralement, une source de danger potentielle, mais lorsque la convention est conclue entre un pays développé et un pays en développement, où l'un des pays reçoit plus d'investissements de l'autre qu'il n'en réalise, le danger est réel. De fait, des difficultés sont apparues récemment en raison d'interprétations divergentes de ces clauses par les tribunaux, qui ont contraint les pays source à appliquer, sur la base des termes contenus dans la clause NPF, un taux d'imposition plus avantageux que celui prévu dans la convention fiscale et à modifier son champ d'application, remettant en cause l'objectif et l'utilité même des clauses NPF.

Il ressort des procédures judiciaires intentées en Afrique du Sud et en Inde que les clauses NPF peuvent aboutir à une réduction de la fiscalité et entraîner une érosion involontaire de la base d'imposition des pays de source des revenus. Le problème réside également dans la rédaction et la formulation ambiguë des clauses NPF, qui entraînent des répercussions négatives inattendues pour les pays ayant pris des engagements dans le cadre de ces conventions. Il est aujourd'hui urgent pour les pays source de procéder à un examen approfondi des clauses NPF figurant dans les conventions fiscales existantes, de la manière dont elles s'articulent entre elles et des retombées négatives qu'elles pourraient avoir sur d'autres conventions.

\*\*\*

*The Most Favoured Nation ("MFN") clause in double taxation avoidance conventions epitomises the basic principle of non-discrimination and intends to bring parity in business and investment opportunities among treaty partner countries and jurisdictions. Inclusion of provisions like MFN and non-discrimination clauses in tax treaties are intended to promote equity among treaty partners. In the context of tax treaties between developed and developing countries, the MFN clauses also act as negotiating tools to bargain for better treaty tax rates.*

*However, lately these clauses have started demonstrating disadvantageous effects for the source countries, which are mostly developing countries. The MFN clauses generally do not appear to be creating potential risks if they are operational between two equally developed countries but when the relationship is between a developed and developing country, where one partner receives more investments from the other than it makes, such risks are inevitable. Lately, problems have started arising due to various interpretations of the MFN clauses by the courts forcing the source countries to extend benefits of reduced rates and restricted scope to treaty partner countries under the MFN rules. Such beneficial interpretations have gone beyond the basic objective and purpose of the MFN clauses.*

*In light of recent court cases in South Africa and India, it appears that the MFN clauses are creating opportunities for "reduced taxation" and leading to unintended erosion of tax base of source countries. The problem also lies with the ambiguous drafting and formulations of the MFN clauses, which eventually leads to unexpected negative outcomes for countries who have bound themselves with the future commitments.*

\* **Deepak Kapoor** appartient au groupe de l'Indian Revenue Service de 2011. Il occupe actuellement le poste de Co-commissaire de l'impôt sur le revenu au Conseil central des impôts directs (CBDT), du ministère des Finances, du gouvernement de l'Inde. Il a travaillé dans le domaine de la politique fiscale étrangère du CBDT impliquant des engagements multilatéraux et bilatéraux avec les États-Unis, les pays européens et les pays insulaires des Caraïbes dans le domaine des accords d'évitement de la double imposition (DTAA), des accords d'échange d'informations fiscales (TIEA) et des règlements des différends fiscaux transfrontaliers selon la procédure amiable (MAP). Il a également travaillé sur l'Instrument multilatéral (IML) et sur la préparation du texte synthétisé de l'IML et des conventions fiscales indiennes. Il a représenté l'Inde à plusieurs forums fiscaux internationaux, notamment le Forum sur l'administration fiscale (FTA), l'OCDE, Paris et les groupes de travail de l'OCDE sur les conventions fiscales.

Les opinions exprimées dans cet article sont les opinions personnelles de l'auteur et ne représentent en aucun cas les opinions du gouvernement de l'Inde.

*Therefore, a comprehensive review of existing MFN clauses in tax treaties, their cross connections and possible negative spill over effects to other treaties is the urgent need of the hour for the source jurisdictions.*

\*\*\*

*La cláusula de la nación más favorecida ("NMF") de los convenios para evitar la doble tributación encarna el principio básico de no discriminación y tiene por objeto aportar paridad a las oportunidades empresariales y de inversión entre los países y las jurisdicciones partes en los tratados. La incorporación de disposiciones como las cláusulas de la NMF y de no discriminación en los tratados de tributación pretende promover la equidad entre las partes en los tratados. En el contexto de los tratados de tributación entre países desarrollados y en desarrollo, las cláusulas de la NMF también actúan como herramienta de negociación para contemplar mejores tipos impositivos en los tratados.*

*Sin embargo, últimamente, estas cláusulas han empezado a manifestar unos efectos negativos en los países de origen, que en su mayor parte son países en desarrollo. Por lo general, no parece que las cláusulas de la NMF estén creando posibles riesgos si son operativas entre dos países con el mismo grado de desarrollo, pero, cuando la relación se establece entre un país desarrollado y otro en desarrollo, donde una parte recibe de la otra más inversiones de las que hace, ese tipo de riesgo es inevitable. Recientemente, se han producido problemas a raíz de diversas interpretaciones de las cláusulas de la NMF por parte de los tribunales que han obligado a los países de origen a ampliar los beneficios de los tipos reducidos y el ámbito de aplicación restringido a los países parte en el tratado con arreglo a las normas de la NMF. Esa clase de interpretaciones beneficiosas han ido más allá del objetivo y el propósito básicos de las cláusulas de la NMF.*

*A tenor de causas judiciales que han tenido lugar recientemente en Sudáfrica y la India, parece que las cláusulas de la NMF están creando oportunidades de "reducción de impuestos" y están dando lugar a una erosión involuntaria de la base imponible de los países de origen. El problema también radica en la redacción y las formulaciones ambiguas de las cláusulas de la NMF, que finalmente provocan resultados negativos inesperados para los países que están obligados por compromisos futuros. Por consiguiente, en estos momentos, las jurisdicciones de origen necesitan con urgencia un examen exhaustivo de las cláusulas de la NMF existentes en los tratados de tributación, sus relaciones cruzadas y sus posibles efectos secundarios negativos en otros tratados.*

### Résumé à l'intention des décideurs

Dernièrement, les pays sources, qui sont pour la plupart des pays en développement, ont commencé à faire face aux conséquences négatives des clauses de la nation la plus favorisée (NPF), principalement en raison des problèmes d'interprétation liés à ces dispositions dans les conventions fiscales. Si l'interprétation est conforme à l'objectif et au but de la clause NPF qu'un pays source a accepté au moment des négociations, la mise en œuvre d'un taux d'imposition bas ou d'une portée restreinte en vertu du principe NPF aurait été une conséquence naturelle. Récemment, dans l'affaire *Concentrix*, la Haute Cour de Delhi a interprété la clause NPF du traité fiscal Inde-Pays-Bas en statuant que l'État tiers doit être membre de l'Organisation de coopération et de développement économiques (OCDE) à la date d'application du traité, qu'elle soit ou non membre de l'OCDE lorsque le traité pertinent a été conclu avec l'État d'origine. Dans le contexte indien, de telles interprétations rendent les traités avec la Slovénie, la Lituanie et la Colombie vulnérables, car les taux d'imposition des dividendes inférieurs dans ces traités pourraient être très facilement importés dans d'autres traités en appliquant le principe NPF sur la base de l'interprétation selon laquelle, au moment de demander un traitement avantageux, il se trouvait que certains pays sont membres de l'OCDE, même s'ils ne l'étaient pas lorsque les traités ont été conclus avec l'Inde. Par conséquent, le besoin de l'heure pour les décideurs politiques du pays source est d'entreprendre une évaluation complète de l'impact des clauses NPF existantes au vu de ce type d'interprétations qui font apparaître des dangers potentiels pour l'assiette fiscale des pays sources. Les décideurs politiques doivent également revoir ces clauses NPF au regard de leurs formulations et de leur pertinence à l'heure actuelle afin que de telles interprétations libérales, qui vont à l'encontre de l'objectif et du but des clauses NPF, puissent être évitées. Il est également urgent de réviser les taux de retenue à la source des traités vulnérables en les portant à des niveaux optimaux, de sorte que la portée de l'interprétation des clauses NPF soit réduite et que l'avantage de taux inférieurs et de portées restreintes en vertu des règles NPF soit accordé lorsqu'il est effectivement dû.

De même, dans l'affaire *ABC Proprietary Limited*, la Cour fiscale d'Afrique du Sud, tout en interprétant la clause NPF du traité Afrique du Sud-Suède, a estimé qu'en l'absence de référence explicite au « contrat futur » dans ladite clause NPF, le traitement avantageux peut être importé de « contrats antérieurs », ce qui allait également à l'encontre de l'objectif et du but de base de la clause NPF. Par conséquent, outre une révision des questions d'interprétation, une rédaction et des formulations sans ambiguïté des clauses NPF sont également des exigences clés pour les décideurs. Les pays source qui ont des clauses NPF dans ses traités fiscaux doivent réévaluer les effets d'entraînement négatifs de ces clauses et doivent de toute urgence les reformuler afin de lever les ambiguïtés d'interprétation. Les décideurs des pays sources qui sont en train de négocier des clauses NPF doivent être très prudents lorsqu'ils dessinent les contours de ces clauses, car les choix qu'ils font aujourd'hui peuvent restreindre leurs futurs objectifs politiques.

En outre, les décideurs doivent être extrêmement prudents face à tout changement apporté aux lois fiscales nationales et à leur interaction avec les obligations conventionnelles du pays en vertu des clauses telles que la NPF. En effet, avant toute modification envisagée de la législation fiscale nationale, ils devraient prévoir les risques potentiels issus des clauses NPF et apporter les correctifs chaque fois que cela est jugé nécessaire. Les exemples cités dans cet article sont révélateurs de la manière dont la question NPF et ses effets d'entraînement négatif ont émergé après les changements dans la législation fiscale nationale, où le système d'imposition des dividendes est passé du régime de l'impôt sur la distribution des dividendes (IDD) au système classique d'imposition des dividendes.

## 1. Introduction:

Dans le domaine du commerce international et des relations économiques internationales, le principe de la nation la plus favorisée (NPF) est le fondement d'une politique commerciale non discriminatoire. Dans le cadre de l'Organisation mondiale du commerce (OMC), le principe NPF trouve sa place à l'article 1 de l'Accord général sur les tarifs douaniers et le commerce (GATT), à l'article 2 de l'Accord général sur le commerce des services (GATS) et à l'article 4 de l'Accord sur les aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce (ADPIC).<sup>1</sup> De même, le traitement NPF est une clause courante dans divers accords commerciaux multilatéraux (par ex., l'Accord de libre-échange nord-américain - ALENA) et traités d'investissement à travers le monde. Le principe sous-jacent est que si un pays accorde un traitement favorable à un autre pays sur un sujet particulier dans le cadre d'un accord donné, il doit traiter les autres parties à l'accord sur un pied d'égalité en ce qui concerne ce sujet.

Dans le même ordre d'idées, la clause NPF dans les conventions fiscales vise également à promouvoir la non-discrimination et la parité dans les opportunités d'affaires et d'investissement entre les pays partenaires de la convention. La clause NPF ne constitue pas un article de traité autonome dans les modèles de conventions fiscales et de conventions fiscales. Le Modèle de convention fiscale sur le revenu et la fortune de l'Organisation de coopération et de développement économiques (OCDE) et le Modèle de convention des Nations Unies (ONU) concernant les doubles impositions entre pays développés et pays en développement n'ont pas de dispositions NPF standard. Ces dispositions sont généralement le résultat de négociations entre les partenaires du traité et trouvent le plus souvent leur place soit dans des articles spécifiques, soit plus généralement dans le protocole de l'accord. Par conséquent, lors de la lecture d'une convention fiscale, le protocole, qui fait partie intégrante de la convention, ne doit jamais être ignoré car les dispositions convenues dans celui-ci ont le potentiel de modifier l'intégralité de la répartition des droits d'imposition entre les États contractants. Le principe NPF garantit qu'un partenaire conventionnel dans le cadre d'un accord n'est pas soumis à un traitement moins favorable que le traitement accordé à d'autres partenaires conventionnels dans le cadre d'accords similaires. Ainsi, les clauses NPF visent généralement à assurer la parité, la non-discrimination et des règles du jeu équitables entre les partenaires du traité. Cependant, les avantages réels de la clause NPF dépendent également du fait que l'accord soit conclu entre deux pays à niveau de revenu égal ou non. Ces derniers temps, les dispositions NPF des conventions fiscales entre pays développés et pays en développement ont commencé à avoir des effets désavantageux pour les juridictions sources. Dans cet article, nous nous efforçons d'abord de donner un aperçu général des dispositions NPF, de leurs formulations et de leur application ; et deuxièmement, un accent particulier sur les dangers et les risques potentiels des clauses NPF au vu de certains jugements clés en Afrique du Sud et en Inde donnant des interprétations inquiétantes des « *clauses NPF* » pour les pays sources. De plus, avec l'accent mis sur le réseau de conventions fiscales de l'Inde, des inquiétudes se posent quant à la manière dont les clauses NPF peuvent potentiellement

créer des opportunités de « réduction d'imposition » et à la manière dont ces dispositions des conventions fiscales vont exposer les pays sources au risque d'une érosion à grande échelle de l'assiette fiscale.

## 2. Clause de la nation la plus favorisée - une exception et non un principe général

Dans le cadre des conventions d'évitement de la double imposition, la clause NPF n'est pas un principe général mais une exception. Le principe NPF ne fait pas partie des dispositions types des modèles de conventions fiscales; par conséquent, ces règles ne sont pas adoptées par les pays de manière routinière dans leurs conventions fiscales, comme c'est le cas dans les accords commerciaux. En vertu du principe NPF dans les conventions fiscales, à titre exceptionnel, un pays source s'engage généralement à fournir un traitement égal à deux contribuables non-résidents en ce qui concerne des éléments très spécifiques du revenu (le plus souvent les dividendes, les intérêts, les redevances et les frais liés aux Services techniques /FST) couverts par les conventions fiscales pertinentes. À l'heure actuelle, un grand nombre de conventions fiscales dans le monde contiennent la clause NPF sous une forme ou sous une autre. L'illustration la plus courante est lorsqu'un État contractant accorde le traitement NPF aux résidents du deuxième État, il se lie essentiellement à un engagement futur selon lequel chaque fois qu'il signe un accord similaire avec un État tiers et accorde un traitement avantageux à ce troisième État en limitant ses droits d'imposition en matière de taux d'imposition réduits/portée restreinte/déductions/dépenses, il doit accorder un traitement bénéfique similaire à la juridiction NPF.

Il existe un certain nombre de variations dans la formulation de ces clauses car elles sont des conséquences des négociations entre les partenaires du traité. Certaines clauses NPF prévoient que l'État tiers doit être un État membre de l'Union européenne, par ex. la Convention d'évitement de double imposition (DTAA) Suisse-Albanie, tandis que d'autres exigent que l'État tiers soit membre de l'OCDE, comme la DTAA Inde-Suisse. D'autres ne prescrivent aucune catégorie spécifiée d'État tiers et mentionnent simplement que l'État tiers peut être « n'importe quelle nation », indépendamment de son appartenance à l'OCDE. De même, en ce qui concerne l'application, certains traités prévoient explicitement que la clause NPF sera activée automatiquement (par ex., la DTAA Argentine-Belgique), tandis que d'autres exigent une information/consultation bilatérale entre les autorités compétentes des États contractants concernant l'applicabilité de la clause NPF (par ex., la DTAA Chili-Argentine). En outre, certaines clauses NPF exigent l'émission de notifications explicites à cet effet par l'État source (par ex., la DTAA Inde-Finlande). Ainsi, en ce qui concerne l'applicabilité de la clause NPF, les exigences procédurales suivantes les plus courantes peuvent être observées dans les conventions fiscales :

- Activation automatique de la clause NPF.
- Exigence d'information par la juridiction source.
- Obligation de notification spécifique.
- Consultation bilatérale/négociations/examen de l'article pour l'application de la clause NPF.
- Silence sur les modalités d'application de la clause NPF.

En ce qui concerne les flux de revenus assuré par la clause NPF, outre les éléments de revenu les plus courants tels que les dividendes, les intérêts, les redevances et le FTS, certaines clauses NPF couvrent d'autres aspects de la fiscalité également couverts par l'accord, tels que les dispositions permettant la déduction des dépenses au titre de l'article 7 (Bénéfices des entreprises), l'imposition des revenus des activités de transport aérien et maritime et les questions liées au seuil des établissements permanents (EP).

### 3. La clause NPF crée-t-elle une opportunité de réduction d'imposition et d'érosion de l'assiette fiscale ?

Les clauses NPF dans les conventions fiscales conçues dans le but d'une politique non discriminatoire entre les partenaires de la convention, ont commencé à déclencher leurs effets d'entraînement négatifs inattendus exposant les juridictions sources à un risque de réduction d'imposition et d'érosion de leur assiette fiscale. Les dangers des clauses NPF ont été exposés dans une affaire d'imposition des dividendes entre l'Afrique du Sud et les Pays-Bas en 2019. De même, en 2021, ces dangers ont à nouveau été démontrés dans une affaire d'imposition des dividendes entre l'Inde et les Pays-Bas. Les détails des deux cas sont brièvement discutés dans les paragraphes suivants.

#### 3.1 L'expérience sud-africaine :

La Cour des impôts d'Afrique du Sud a rendu un jugement le 12 juin 2019 interprétant la clause NPF prévue dans le cadre de la DTAA Afrique du Sud-Pays-Bas en faveur du contribuable et ordonnant au South African Revenue Service (SARS) de rembourser la totalité de l'impôt retenu sur les revenus de dividendes des actionnaires néerlandais au cours de la période pertinente, y compris les intérêts accumulés depuis le 1er avril 2012. L'affaire jugée, *ABC (Pty) Ltd. Vs C:SARS* (Affaire n° 14287)<sup>2</sup> était entre *ABC Proprietary Limited* (ABC), un résident fiscal de l'Afrique du Sud dont les actions étaient détenues par une société résidente néerlandaise, et le Commissaire pour le SARS. En avril 2012, la société ABC a déclaré des dividendes et payé une retenue à la source (RAS) au taux de 5 % sur ces versements conformément aux dispositions de la DTAA Afrique du Sud-Pays-Bas (modifiée par un protocole en 2008). Cependant, au cours des années suivantes, ABC et ses actionnaires néerlandais ont estimé que leur assujettissement à l'impôt sur les revenus de dividendes était de 0% en Afrique du Sud conformément à l'application du paragraphe 10 (clause NPF) de l'article 10 (Dividendes) de la DTAA Afrique-Pays-Bas. En conséquence, le contribuable a demandé au SARS le remboursement de tous les impôts payés (y compris le montant des intérêts). Cette interprétation de la clause NPF par le contribuable était sur le point d'avoir des conséquences inattendues pour le SARS. Bien que le SARS ait rejeté les objections du contribuable en 2016, en 2019, la Cour fiscale d'Afrique du Sud a interprété la clause NPF en faveur du contribuable et a ordonné au SARS de rembourser tous les impôts retenus ainsi que le montant des intérêts au contribuable. Ainsi, le déclenchement de la clause NPF a privé l'Afrique du Sud de son droit d'imposer les dividendes déclarés par une société résidente aux actionnaires néerlandais. Il est probable que le SARS aurait fait appel de ce

jugement devant les juridictions supérieures du pays.

Afin de comprendre comment la clause NPF a été déclenchée et comment son effet d'entraînement a conduit à une issue désastreuse pour le SARS, il est important d'aller plus loin dans les détails. La présente affaire est un rappel classique aux négociateurs que la présence ou l'absence d'un seul mot ou d'une seule phrase dans les conventions fiscales, en particulier dans les clauses sensibles telles que NPF (qui lie votre politique fiscale pour l'avenir) peut entraîner des résultats inattendus et désastreux. Les décisions prises aujourd'hui peuvent limiter les futures options de politique fiscale pour les pays. Dans ce cas, trois DTAA que l'Afrique du Sud avait conclus avec les Pays-Bas, la Suède et le Koweït ont créé un réseau d'interprétations pour la clause NPF. Vers 2006, l'Afrique du Sud a pris la décision de substituer le système d'impôt sur les dividendes payé par les sociétés résidentes à un système dans lequel l'obligation de payer l'impôt sur les revenus de dividendes était transférée au bénéficiaire (actionnaire). Au cours de ce processus, l'Afrique du Sud a identifié un certain nombre de partenaires de traités afin de réviser les DTAA existants, notamment les Pays-Bas, la Suède et le Koweït. Avec les Pays-Bas et la Suède, les négociations d'amendement du protocole ont été conclues et l'accord révisé prévoyait 5 % d'impôt RAS pour le dividende participatif et 15 % pour les autres catégories de dividende, à compter respectivement du 28 décembre 2008 et du 18 mars 2012. Considérant que le protocole d'amendement de la DTAA Afrique du Sud-Koweït (signé en 2004 et entré en vigueur en 2006) n'a pas pu entrer en vigueur tant que la présente affaire était jugée par la Cour fiscale d'Afrique du Sud. En fait, selon la base de données IBFD, ledit protocole d'amendement avec le Koweït est toujours en attente d'entrée en vigueur.<sup>3</sup> L'actuelle DTAA<sup>4</sup> Afrique du Sud-Koweït de 2006 exonère l'imposition dans le pays source des dividendes en vertu du paragraphe 1 de l'article 10 :

« Les dividendes payés par une société qui est un résident d'un État contractant à un résident de l'autre État contractant qui est le bénéficiaire effectif de ces dividendes ne sont imposables que dans cet autre État contractant... »

Cela signifie qu'il y aura 0% d'imposition en Afrique du Sud si une société qui est un résident d'Afrique du Sud verse des dividendes à des actionnaires résidant au Koweït.

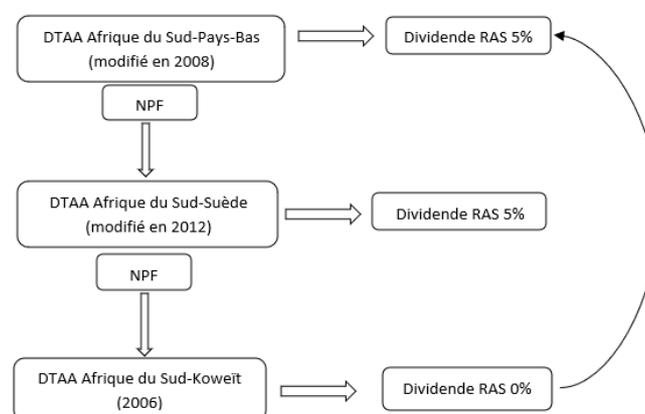
#### Interaction des clauses NPF dans le cas d'ABC Proprietary Limited :

Dans ce cas, le contribuable a estimé que la clause NPF prévue dans deux des DTAA de l'Afrique du Sud avec les Pays-Bas et la Suède devait être lue conjointement, ce qui lui donne droit au traitement le plus favorable documenté dans le DTAA Afrique du Sud-Pays-Bas (la convention pertinente), réduisant ainsi son impôt à payer pour les paiements de dividendes en Afrique du Sud à zéro.

<i>La clause NPF</i>	
<i>DTAA Afrique du Sud-Pays-Bas<sup>5</sup></i>	<i>DTAA Afrique du Sud-Suède<sup>6</sup></i>
<i>Article 10 (10)</i>	<i>Article 10, paragraphe 6</i>
<p><i>Si, en vertu d'une convention tendant à éviter les doubles impositions conclue <b>après la date de conclusion de la présente Convention</b> entre la République d'Afrique du Sud et un pays tiers, l'Afrique du Sud limite son imposition sur les dividendes visée à l'alinéa a) du paragraphe 2 du présent article à un taux inférieur, y compris l'exonération d'imposition ou l'imposition sur une base d'imposition réduite, au taux prévu à l'alinéa a) du paragraphe 2 du présent article, le même taux, la même exonération ou la même base d'imposition réduite que ceux prévus au convention avec cet État tiers s'appliquera automatiquement dans les deux États contractants en vertu de la présente Convention à compter de la date d'entrée en vigueur de la convention avec cet État tiers.</i></p>	<p><i>Si un accord ou une convention entre l'Afrique du Sud et un État tiers prévoit que l'Afrique du Sud exonère d'impôt les dividendes (soit de manière générale, soit à l'égard de catégories spécifiques de dividendes) provenant d'Afrique du Sud, ou limite l'impôt prélevé en Afrique du Sud sur ces dividendes ( soit de manière générale, soit à l'égard de catégories spécifiques de dividendes) à un taux inférieur à celui prévu à l'alinéa a) du paragraphe 2, cette exonération ou ce taux inférieur s'applique automatiquement aux dividendes (soit de manière générale, soit à l'égard de ces catégories spécifiques de dividendes ) provenant d'Afrique du Sud et détenues en propriété effective par un résident de Suède et les dividendes (soit généralement, soit au titre de ces catégories spécifiques de dividendes) provenant de Suède et détenus en propriété effective par un résident d'Afrique du Sud, dans les mêmes conditions que si cette exonération ou taux inférieur avait été spécifié dans ce paragraphe.</i></p>

En vertu de la clause NPF présente dans le DTAA Afrique du Sud-Pays-Bas, les taux de dividende prévus au En vertu de la clause NPF présente dans le DTAA Afrique du Sud-Pays-Bas, les taux de dividende prévus au titre du DTAA Afrique du Sud-Suède sont devenus applicables ici puisque l'accord modifié avec la Suède a été conclu **après la date de conclusion** du DTAA Afrique du Sud-Pays-Bas. Cette interprétation était juste en ce qui concerne la formulation de la clause NPF. Considérant que le contribuable, dans ce cas, est allé plus loin en lisant la clause NPF pour l'imposition des dividendes de la DTAA Afrique du Sud-Suède qui prévoyait que si un accord entre l'Afrique du Sud et un État tiers prévoit une exonération ou un taux inférieur pour l'imposition à la source des dividendes, le même traitement bénéfique s'appliquera automatiquement à la DTAA Afrique du Sud-Suède. Ainsi, en appliquant ladite clause NPF, le contribuable a demandé un traitement avantageux prévu par la DTAA Afrique du Sud-Koweït qui prévoyait une exonération de l'impôt à la source sur les revenus de dividendes. Le fait est que la DTAA du Koweït est entrée en vigueur en 2006, par ex. bien avant la DTAA de la Suède (2012). Cependant, une différence cruciale entre la clause NPF dans la DTAA néerlandaise et la DTAA suédoise était l'absence des mots « **après la date de conclusion de cette convention** » dans la DTAA suédoise. Ainsi, l'interprétation était - en ce qui concerne la clause NPF avec la Suède - si un autre État contractant bénéficie d'un traitement avantageux (**qu'il soit existant ou dans l'avenir**), alors ces avantages s'appliqueront également à la Suède. Finalement, dans cette affaire, ladite interprétation a été confirmée par la Cour fiscale d'Afrique du Sud et elle a statué en faveur du contribuable. *Le SARS a fait valoir devant la Cour que le contribuable exploite maintenant ce qui est un événement tout à fait imprévu, non anticipé et malheureux pour refuser de payer des impôts en Afrique du Sud malgré le fait que les parties contractantes (Afrique du Sud et Pays-Bas) n'ont jamais voulu que cela se produise. Les conséquences sont poten-*

*tiellement financièrement désastreuses pour l'Afrique du Sud.<sup>7</sup> Néanmoins, ce désastre pour l'Afrique du Sud s'est produit.*



*Ainsi, dans l'affaire ci-dessus, le tribunal fiscal sud-africain, tout en interprétant la clause NPF de la DTAA Afrique du Sud-Suède, a estimé que les résidents de la Suède devraient recevoir le même traitement préférentiel que toute autre partie contractante avec l'Afrique du Sud s'applique **indépendamment du moment** où les résidents de cet autre État ont obtenu cette préférence, par ex. **que ce soit avant ou après la conclusion de l'accord avec la Suède**. Lorsque l'accord a été conclu avec la Suède, les résidents du Koweït bénéficiaient déjà d'un traitement préférentiel et, par conséquent, les résidents de la Suède avaient droit au même traitement<sup>8</sup> (illustration ajoutée). En conséquence, le même traitement serait également disponible pour les résidents des Pays-Bas en vertu de la clause NPF de la DTAA Afrique du Sud-Pays-Bas. Il est intéressant de noter que lorsque l'Afrique du Sud avait négocié la clause NPF avec ses contreparties néerlandaises, ils l'auraient sûrement pensé pour un futur contrat. De même, lorsque la clause NPF avec la Suède a été conclue, l'intention devait être un engagement futur en fa-*

veur d'un traitement préférentiel, sinon ils auraient déjà accepté des taux avantageux disponibles dans la DTAA du Koweït, qui existait déjà lorsque la DTAA de la Suède était en train d'être négocié. Probablement, ce qui suit était la clause NPF prévue dans la DTAA de la Suède<sup>9</sup> (texte en gras ajouté à titre d'illustration) :

« Si, à l'avenir, un accord ou une convention entre l'Afrique du Sud et un État tiers prévoit que l'Afrique du Sud exonère d'impôt les dividendes (soit de manière générale, soit à l'égard de catégories spécifiques de dividendes) provenant d'Afrique du Sud, ou limite l'impôt prélevé en Afrique du Sud sur ces dividendes (soit de manière générale, soit pour des catégories spécifiques de dividendes) à un taux inférieur à celui prévu à l'alinéa (a) du paragraphe 2, cette exonération ou ce taux inférieur s'appliquera automatiquement aux dividendes (soit de manière générale, soit au titre de ces catégories spécifiques de dividendes) provenant d'Afrique du Sud et détenues en propriété effective par un résident de la Suède et les dividendes (soit généralement, soit au titre de ces catégories spécifiques de dividendes) provenant de la Suède et détenus en propriété effective par un résident de l'Afrique du Sud, dans les mêmes conditions comme si cette exonération ou ce taux inférieur avait été spécifié dans cet alinéa. »

Si l'affaire avait été mentionnée ci-dessus, par ex. que la clause NPF de la DTAA Afrique du Sud-Suède avait inclus ces trois mots « à l'avenir », la situation aurait été différente. Le traitement préférentiel dont bénéficiaient les résidents du Koweït n'aurait pas été appliqué aux résidents de la Suède et, par conséquent, les résidents néerlandais n'auraient pas non plus eu droit à un traitement préférentiel via l'application de la clause NPF dans la DTAA Afrique du Sud-Pays-Bas. D'un autre côté, si le SARS avait réussi à conclure le protocole d'amendement avec le Koweït (suppression de l'exonération fiscale à la source sur les dividendes) et à rendre le protocole effectif avant que le problème ci-dessus ne les confronte, cet effet d'entraînement financièrement désastreux de la clause NPF aurait pu être évité. Par conséquent, la question fondamentale est de savoir dans quelle mesure les clauses NPF sont utiles pour les juridictions sources ? Ils ont peut-être eu une pertinence en tant qu'outil de négociation dans le passé, mais à l'heure actuelle, de tels engagements futurs au titre des clauses NPF s'avèrent être des forces puissantes entraînant les pays sources dans les eaux profondes.

### 3.2 L'expérience indienne :

Le 22 avril 2021, la Haute Cour de Delhi a rendu un jugement, considéré comme le premier du genre, dans l'affaire *Concentrix Services Netherlands BV WP (C) 9051/2020 et Optum Global Solutions International BV WP (C) 882/ 2021*<sup>10</sup> (« affaire *Concentrix* ») et a estimé que le dividende versé par une société indienne à ses actionnaires néerlandais est imposable à un taux de retenue à la source de 5% en important un taux d'imposition des dividendes inférieur disponible dans la DTAA Inde-Slovénie en vertu de la clause NPF présente dans la DTAA Inde-Pays-Bas (qui prévoit par ailleurs une retenue à la source de 10 % sur les paiements de dividendes en vertu de l'article 10 dudit traité).

Le service fiscal indien s'est fortement opposé à l'invocation de la clause NPF disponible dans la DTAA Inde-Pays-Bas en se fondant sur le fait que tous les critères de ladite clause NPF ne sont pas remplis dans ledit cas. Selon le département des impôts, la condition de base qu'un État tiers (Slovénie) « soit membre de l'OCDE » doit être remplie non seulement au moment de l'application dudit traité, mais également au moment où l'Inde a signé le traité avec la Slovénie. L'administration fiscale a donc soutenu que la Slovénie n'étant pas membre de l'OCDE au moment de la signature de la convention avec l'Inde, la clause NPF de la DTAA Inde-Pays-Bas n'est pas applicable en l'espèce. Cela a été annulé par le tribunal et une décision a été rendue en faveur du contribuable en statuant que la condition d'État tiers étant membre de l'OCDE doit être remplie au moment de réclamer l'avantage NPF et non au moment de la signature du traité avec le ledit troisième état. Cette interprétation ambulatoire de la clause NPF, qui semble aller au-delà de l'intention fondamentale de la clause NPF dans ledit traité, va apporter de la musique aux oreilles des investisseurs étrangers, en particulier pour les investisseurs néerlandais et de nombreux autres ayant droit au traitement NPF en vertu des traités indiens où des interprétations similaires sont possibles.

L'imposition des dividendes a occupé le devant de la scène en Inde après que la loi de finances de 2020 a aboli l'impôt sur la distribution des dividendes (DDT) en vertu de l'article 115-O de la loi de 1961 sur l'impôt sur le revenu sur les dividendes déclarés, distribués ou payés par une société nationale avec effet à partir du 1er avril 2020. Maintenant, en Inde, le système classique d'imposition des dividendes a été réintroduit en vertu duquel les sociétés nationales ne sont pas tenues de payer le DDT et les revenus de dividendes sont désormais imposables entre les mains des bénéficiaires (actionnaires) à leurs taux d'imposition applicables. Cela a conduit à divers cas, où les contribuables explorent maintenant les voies et moyens d'obtenir les taux d'imposition les plus avantageux en vertu des conventions fiscales indiennes en empruntant la voie des clauses NPF, partout où elles sont disponibles. Cet article n'est pas entré dans les détails de l'affaire *Concentrix*. La Haute Cour de Delhi (HC) aurait dû examiner d'autres aspects de l'interprétation de la clause NPF avant de statuer sur l'affaire. Ces aspects, à savoir, l'interprétation de l'expression « qui est membre de l'OCDE » par la Cour entraînant une application rétrospective et discriminatoire des dispositions NPF ; le recours par la Cour à un décret unilatéral émis par le gouvernement des Pays-Bas ; application du principe d'interprétation commune en s'appuyant sur l'interprétation unilatérale donnée par le décret néerlandais ; et la violation du principe de bonne foi, sont traités par l'auteur dans un article séparé intitulé « *Applicabilité de la clause NPF sur les dividendes : est-ce que la HC de Delhi règle la poussière ?* » publié le 5 mai 2021.<sup>11</sup> Cependant, l'accent est mis ici sur la façon dont les dispositions NPF deviennent de plus en plus une bombe à retardement pour les pays en développement.

### Interaction de la clause NPF dans l'affaire *Concentrix* :

La clause NPF présente au sous-paragraphe 2 du paragraphe IV du protocole à la DTAA Inde-Pays-Bas (1988) couvre les dividendes, les intérêts, les redevances, les frais pour les services techniques ou les paiements pour l'utilisation de l'équipement et stipule comme ci-dessous<sup>12</sup>:

« Si, après la signature de la présente convention en vertu d'une convention ou d'un accord entre l'Inde et un **État tiers membre de l'OCDE**, l'Inde doit limiter son imposition à la source sur les dividendes, intérêts, redevances, honoraires pour services techniques ou paiements pour l'utilisation de équipements à un taux inférieur ou d'une portée plus restreinte que le taux ou le champ d'application prévu dans la présente Convention sur lesdits éléments de revenu, puis à compter de la date d'entrée en vigueur de la Convention ou de l'Accord indien pertinent le même taux ou le même champ d'application que celui prévu car dans cette Convention ou Accord sur lesdits éléments de revenu s'appliquent également en vertu de la présente Convention. »

(Illustration ajoutée)

La disposition citée ci-dessus est la formulation la plus courante de la clause NPF disponible dans les conventions fiscales indiennes. C'est un fait qu'après la signature de la DTAA Inde-Pays-Bas en 1988, l'Inde avait conclu une DTAA avec la Slovaquie qui est entrée en vigueur en 2005 (prévoyant un taux d'imposition inférieur à 5 % pour les distributions de dividendes). La Slovaquie n'était pas membre de l'OCDE à l'époque et est ensuite devenue membre de l'OCDE en 2010. Dans ladite affaire, la Haute Cour de Delhi a statué que, puisque la Slovaquie est membre de l'OCDE au moment de l'application du traité, les avantages le traitement relatif à l'imposition des dividendes qui est disponible pour les résidents de Slovaquie dans le cadre de la DTAA Inde-Slovaquie devrait également être disponible pour les résidents néerlandais en vertu de la clause NPF de la DTAA Inde-Pays-Bas. La Cour a statué que la clause NPF deviendrait applicable à compter de la date à laquelle l'État tiers deviendra membre de l'OCDE, ce qui constitue une interprétation erronée des dispositions prescrites dans la clause NPF qui dit que le traitement avantageux sera effectif à compter de la date à laquelle le traité avec l'État tiers entre en vigueur. La question clé dans ladite affaire qui a été débattue devant le tribunal était de savoir si l'État tiers doit être membre de l'OCDE lorsque le traité pertinent a été conclu ou s'il doit simplement être membre de l'OCDE à la date d'application du traité. Si l'on examine l'objectif et le but de la clause et l'intention des négociateurs à ce moment-là, si la Slovaquie avait été membre de l'OCDE au moment de la signature du traité, il est très peu probable que l'Inde aurait accepté un taux de 5%. L'Inde aurait opté pour des taux similaires à ceux convenus avec d'autres pays membres de l'OCDE à l'époque. Ainsi, l'accord sur un taux inférieur avec la Slovaquie était une décision consciente de l'Inde prise après avoir dûment pris en considération les clauses NPF existantes (ainsi que leur objectif et leur but) dans d'autres traités indiens. Par conséquent, une telle interprétation et une portée plus large par la Haute Cour de Delhi vont au-delà de l'objectif et du but fondamentaux de la clause NPF, violent le principe de bonne foi de « *Pacta sunt servanda* »<sup>13</sup> tel qu'énoncé à l'article 26 de la Convention de Vienne sur le droit des traités et entraîne une application discriminatoire des dispositions. C'est un principe d'interprétation communément accepté que les traités doivent être interprétés de manière libérale, mais une telle interprétation libérale ne doit pas aller à l'encontre de l'objectif et du but fondamentaux des dispositions NPF.

Sans aller plus loin dans les arguments et contre-arguments sur l'affaire *Concentrix* devant la Haute Cour de Delhi, il est impératif de mentionner que l'expression « **État tiers membre de l'OCDE** » dans les dispositions NPF indiennes va sûrement créer de nombreux litiges et débats à l'avenir. En plus de cela, le recours essentiellement à un décret néerlandais unilatéral<sup>14</sup> par la Haute Cour de Delhi dans son jugement est un autre précédent judiciaire qui encouragera d'autres partenaires de traité de l'Inde à publier de tels décrets/interprétations unilatéraux des clauses NPF. Notamment, en dehors des Pays-Bas, le gouvernement français a également mis en place un décret unilatéral similaire. Le bulletin officiel français des finances publiques-impôts<sup>15</sup> publié par la Direction Générale des Finances Publiques (DGFiP), Ministère des Finances, France le 4 novembre 2016 fait référence au traité de l'Inde avec la Slovaquie pour une interprétation similaire de la clause NPF dans la DTAA Inde-France. Ces décrets sont des interprétations unilatérales et ne constituent pas une compréhension partagée entre les partenaires du traité. Ici, il est important de s'appuyer sur l'article 31 de la Convention de Vienne sur le droit des traités (VCLT) qui énonce la règle générale d'interprétation et stipule qu'un traité doit être interprété de bonne foi selon le sens ordinaire à aux termes du traité dans leur contexte et à la lumière de son objet et de son but. Le paragraphe 2 de l'article 31 de la Convention (reproduit ci-dessous), tout en expliquant le « contexte » aux fins d'interprétation, souligne très clairement qu'une explication ou des instruments unilatéraux ne peuvent être utilisés pour l'interprétation des traités que s'ils ont été acceptés par l'autre partie:<sup>16</sup>

« 2. *Le contexte aux fins de l'interprétation d'un traité comprend, outre le texte, y compris son préambule et ses annexes :*

(a) *tout accord relatif au traité qui a été conclu entre toutes les parties à l'occasion de la conclusion du traité ;*

(b) *tout instrument établi par une ou plusieurs parties à l'occasion de la conclusion du traité et accepté par les autres parties en tant qu'instrument se rapportant au traité. »*

(Illustration ajoutés)

Ainsi, les interprétations et explications unilatérales sur la clause NPF sous la forme des décrets susmentionnés qui n'ont pas été expressément acceptées par le partenaire du traité ne devraient pas être utilisées à des fins d'interprétation des traités. Par conséquent, ces décrets unilatéraux n'ont aucune valeur contraignante en ce qui concerne l'interprétation des traités, à moins qu'ils n'aient été acceptés par l'autre partenaire du traité. Mais une question qui mérite d'être examinée est la suivante : si une Haute Cour indienne peut s'appuyer sur une interprétation unilatérale de la partie néerlandaise dans son jugement, ne serait-il pas souhaitable que l'Inde publie également une circulaire ou une clarification exprimant sa compréhension et son interprétation de la clause NPF ? Cela ne règlera peut-être pas la question, mais cela découragera au moins les tribunaux de s'appuyer sur des interprétations unilatérales et pourrait les forcer à voir les deux faces de la pièce. Pour l'instant, l'arrêt HC de Delhi va rester ici et les investisseurs étrangers vont essayer d'en tirer profit en interprétant favorablement les clauses NPF. Il reste à voir si le service fiscal indien a contesté cette décision devant la Cour suprême de l'Inde et comment cette question

sera finalement résolue.

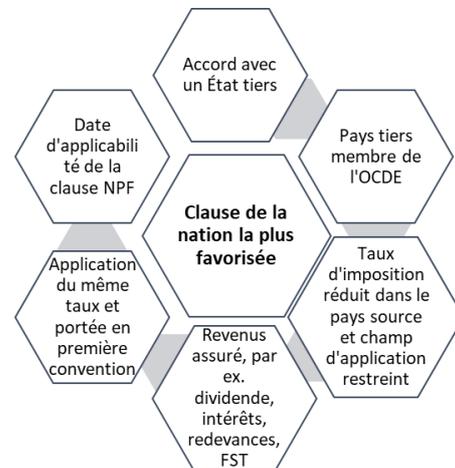
Cependant, créant le précédent de l'affaire *Concentrix*, la Haute Cour de Delhi le 4 juin 2021 dans *Nestlé SA W.P. (C) 3243/2021*<sup>17</sup> a de nouveau invoqué la clause NPF en vertu de la DTAA Inde-Suisse et a statué que la question à l'examen est couverte par l'arrêt *Concentrix* de la Haute Cour et en vertu de la clause NPF, le résident suisse est soumis à 5% de dividende (non 10 % comme prévu à l'article 10 de la DTAA Inde-Suisse). Il est intéressant de souligner qu'en statuant dans l'affaire *Concentrix*, la Haute Cour, *inter alia*, s'est fortement appuyée sur l'interprétation unilatérale donnée par le gouvernement des Pays-Bas dans son décret et a fondé son jugement sur le principe de l'interprétation commune. Considérant que, dans le cas présent, aucun décret de ce type n'a été publié par le gouvernement suisse et qu'il n'est pas disponible dans le domaine public quant à la façon dont le partenaire du traité de l'Inde interprète l'applicabilité de la clause NPF présente dans le cadre de la DTAA Inde-Suisse. Dans ce contexte, il est surprenant de noter comment la Haute Cour a conclu que la question est couverte par l'arrêt *Concentrix* et que le principe d'interprétation commune est donc applicable dans ce cas également.

Ainsi, sur la base de ces jugements, en l'état, et si une interprétation similaire est suivie par d'autres tribunaux, l'Inde et d'autres juridictions sources avec des clauses NPF identiques seront en danger et perdront beaucoup de recettes fiscales en raison de la présence de dispositions NPF dans leurs conventions fiscales.

#### 4. Doit-on attendre que la catastrophe se produise ?

Avec les exemples ci-dessus de résultats involontaires et inattendus des clauses NPF en Afrique du Sud et en Inde, il est évident que les clauses NPF dans les conventions fiscales des pays importateurs de capitaux ne sont que des catastrophes en attente. Les clauses NPF ne créeront généralement pas de risques potentiels si elles sont entre deux pays également développés, mais lorsque la relation est entre un pays développé et un pays en développement, où un partenaire (par ex., l'Inde et l'Afrique du Sud dans ce cas) reçoit plus d'investissements de l'autre qu'il n'en fait, de tels dangers sont inévitables. Si l'Afrique du Sud avait pu conclure le protocole avec le Koweït (et supprimer l'exonération fiscale à la source sur les versements de dividendes) et le rendre effectif bien avant que la question d'*ABC Proprietary Limited* ne les confronte, l'Afrique du Sud aurait pu éviter la perte de son assiette fiscale. Cependant, il est entendu que ledit protocole a été conclu du côté sud-africain, mais le même était en attente de ratification du côté du Koweït. Dans le cas de l'Afrique du Sud, il y aura sûrement d'autres partenaires conventionnels (pays développés) qui souhaiteraient rechercher un traitement avantageux similaire de l'impôt « Nil » sur les dividendes pour leurs investissements en Afrique du Sud en appliquant les dispositions NPF existantes comme les Pays-Bas l'ont fait en se référant aux traités comme la Suède où la clause NPF est censée (telle qu'interprétée par la Cour des impôts) s'applique à la fois aux contrats existants et futurs et à la DTAA du Koweït qui exonère l'imposition à la source des revenus de dividendes.

Dans le cadre des conventions fiscales indiennes, les dangers potentiels des clauses NPF se sont multipliés après l'arrêt *Concentrix*. Afin de comprendre les clauses NPF et leurs risques potentiels dans le vaste réseau de traités indiens, la formulation la plus courante de ladite clause dans les conventions fiscales indiennes peut être examinée en premier :



[Pour illustrer, dans le cas de la convention fiscale des pays A-B, la formulation ci-dessus de la clause NPF prescrit des conditions ; que le pays A aurait dû conclure une convention, un accord ou un protocole visant à éviter la double imposition avec un État tiers (pays C) après la signature de l'accord avec le pays B. Le pays C aurait dû être membre de l'OCDE (la condition envisagée est le pays C aurait dû être membre de l'OCDE au moment de la signature du traité). Si ces deux conditions sont remplies, et si le Pays A avait réduit son imposition à la source sur les dividendes, intérêts, redevances ou honoraires pour services techniques à un taux inférieur à celui prévu par la convention fiscale A-B et restreint de la même manière le champ de ces revenus, le même taux réduit et la même portée restreinte que ceux prévus dans la convention fiscale A-C s'appliqueraient à la convention fiscale A-B à la date à laquelle la convention fiscale A-C était entrée en vigueur.]

En analysant le vaste réseau de conventions fiscales de l'Inde, le tableau général suivant semble englober les clauses NPF dans 13 conventions fiscales, dont 9 reposent sur la condition que l'État tiers soit membre de l'OCDE. La plupart des clauses NPF sont muettes sur les exigences procédurales de leur application (clauses NPF autonomes). Alors que certains exigent des exigences en matière d'information/notification/examen/renégociation avant d'étendre le traitement NPF au partenaire du traité.

S. n°	Pays	Clause NPF	Revenu assuré	Avantages assurés	Conditions de l'Etat tiers	Critères procéduraux pour la requête
1.	Belgique	Paragraphe I du Protocole	Redevance et FST	Taux inférieur et portée restreinte	Membre de l'OCDE	Muet
2.	Finlande	Paragraphe II du Protocole de l'Accord	Dividende, intérêts, redevances et FST	Exonération ou taux inférieur	Membre de l'OCDE	Intimation & obligation de notification
3.	France	Paragraphe 7 du Protocole de l'Accord	Dividende, intérêts, redevances et FST	Taux inférieur et portée restreinte	Membre de l'OCDE	Muet
4.	Hongrie	Protocole de l'Accord	Dividende, intérêts, redevances et FST	Taux inférieur et portée restreinte	Membre de l'OCDE	Muet
5.	Israël*	Paragraphe 2 & 3 du Protocole*	Dividende, intérêts, redevance, FST et impôt sur les EP.	Taux inférieur et portée restreinte	Tous les états	<i>*Les clauses NPF ont été supprimées lors de la notification de 2017.</i>
6.	Kazakhstan	Protocole de l'Accord	Dividende, intérêts, redevances et FST	Taux inférieur et portée restreinte	Tous les états	Muet
7.	Pays-Bas	Paragraphe IV du Protocole de l'Accord	Dividende, intérêts, redevances et FST	Taux inférieur et portée restreinte	Membre de l'OCDE	Muet
8.	Philippines	Paragraphe 4 du Protocole de l'Accord	Entreprise de transport aérien et maritime	Taux inférieur/néant	Tous les états	Consultation et examen bilatéraux
9.	Arabie Saoudite	Paragraphe 9 du Protocole de l'Accord	Admissibilité à la déduction des dépenses en vertu de l'article 7	Suppression des restrictions	Tous les états	Examen bilatéral
10.	Espagne	Paragraphe 7 du Protocole de l'Accord	Redevance et FST	Taux inférieur et portée restreinte	Membre de l'OCDE	Muet
11.	Suède	Paragraphe 3 du Protocole de l'Accord	Dividende, intérêts, redevances et FST	Taux inférieur et portée restreinte	Membre de l'OCDE	Muet
12.	Suisse	Paragraphe 4 du Protocole de l'Accord	Dividende, intérêts, redevances et FST	Taux inférieur et portée restreinte	Membre de l'OCDE	Renégociation requise pour la portée restreinte de la redevance et du FST
13.	Royaume-Uni	Article 7, paragraphe 6, de l'Accord	Admissibilité à la déduction des dépenses en vertu de l'article 7	Suppression des restrictions	Membre de l'OCDE ou État à un stade de développement comparable	Consultation bilatérale

Source: [www.incometaxindia.gov.in](http://www.incometaxindia.gov.in)

**Potentiels dangers des clauses NPF pour l'Inde (et d'autres pays en développement) :**

La condition que l'État tiers soit membre de l'OCDE dans la clause NPF et son interprétation ambulatoire (comme dans l'affaire *Concentrix*) selon laquelle le pays tiers n'a pas besoin d'être membre de l'OCDE à la date de signature du traité, conduira en outre à une situation où les partenaires de la convention avec des taux d'imposition des dividendes plus élevés essaieront de bénéficier de taux d'imposition réduits en important des taux d'imposition inférieurs des trois pays mentionnés ci-dessous qui n'étaient pas membres de l'OCDE lorsqu'ils ont signé des DTAA avec l'Inde mais sont devenus membres de l'OCDE par la suite.

Pays	Date d'entrée en vigueur	Membre de l'OCDE	Dividende RAS
DTAA Inde-Slovénie	17 février 2005	21 juillet 2010	5%, 15% (double taux)
DTAA Inde-Lituanie	10 juillet 2012	5 juillet 2018	5%, 15% (double taux)
DTAA Inde-Colombie	7 juillet 2014	28 avril 2020	5% (taux unique)

La DTAA de la Slovénie et la Lituanie prévoient un impôt sur les dividendes de 5% sur les dividendes de participation et le traité avec la Colombie prévoit une imposition sur tous les dividendes au taux de 5%. Ainsi, ces trois traités avec des taux d'imposition des dividendes inférieurs, couplés au fait que tous sont devenus membres de l'OCDE après la signature de la DTAA avec l'Inde, les rendent vulnérables car le traitement avantageux sous la forme de taux d'imposition inférieurs dans ces traités pourrait être recherchés par des investisseurs/actionnaires situés non seulement aux Pays-Bas mais aussi en Finlande, en France, en Hongrie, en Suède et en Suisse en vertu de clauses NPF similaires dans ces traités. Dans le cas des DTAA avec la Belgique et l'Espagne, les dividendes ne font pas partie des flux de revenus assuré en vertu de la clause NPF, mais ils couvrent les redevances et les frais pour les services techniques (FTS). Un autre point important est que l'application de la clause NPF de la DTAA Finlande nécessite l'émission d'une notification spécifique à cet effet par l'Inde. Le reste des dispositions NPF dans les DTAA susmentionnées semblent fonctionner d'elles-mêmes avec des formulations différentes, par conséquent, un examen au cas par cas serait nécessaire. Dans ce contexte, il est également pertinent de mentionner que le service fiscal indien soutient que les clauses NPF ne sont pas de nature autonome, mais qu'une notification spécifique en vertu de l'article 90 de la loi de 1961 sur l'impôt sur le revenu est nécessaire pour leur donner effet. Cependant, dans l'affaire *Steria (Inde) Limited contre CIT*<sup>18</sup>, dans laquelle un contribuable invoquait la clause NPF dans la DTAA Inde-France et cherchait à bénéficier du champ d'application restreint du FTS en important la clause de « mise à dis-

position » de la DTAA Inde-Royaume-Uni, la Haute Cour de Delhi avait jugé que l'application de la clause NPF prévue dans le protocole du traité est automatique et aucune notification séparée n'est requise. Le département des impôts n'a pas accepté ce jugement et a fait appel devant la Cour suprême de l'Inde, la plus haute juridiction du pays.

Ainsi, l'interprétation de la clause NPF d'une manière où l'appartenance à l'OCDE de l'État tiers est prise en compte à la date d'application du traité plutôt qu'à la date de signature du traité, va créer des opportunités pour une « imposition réduite » et comme l'Inde, d'autres pays d'origine sont également susceptibles d'être en mesure de renoncer à leur part substantielle des revenus qu'ils auraient autrement taxés à juste titre. Cette perte d'assiette fiscale est inévitable si des mesures rapides ne sont pas prises pour limiter les effets d'entraînement négatifs des clauses NPF dans les conventions fiscales.

Un autre aspect qui mérite réflexion est, compte tenu des interprétations de la Cour fiscale d'Afrique du Sud et de la Haute Cour de Delhi dans les affaires susmentionnées, s'il pouvait y avoir une possibilité où les investisseurs mondiaux pourraient planifier leurs affaires commerciales et gérer/localiser leur structure de holding dans de telles juridictions où ils peuvent utiliser les clauses NPF pour payer des impôts sensiblement inférieurs dans les pays en développement. Avec l'introduction du « système classique » d'imposition des dividendes en Inde, les investisseurs étrangers seront attirés par les clauses NPF pour profiter du taux d'imposition avantageux pour les paiements de dividendes disponible dans les traités indiens avec la Slovénie, la Lituanie et la Colombie. D'un autre côté, c'est aussi un fait que si les entreprises multinationales (EMN) se lancent dans ce type de planification fiscale internationale dans le seul but d'obtenir des avantages fiscaux, elles devront réussir le test « Forme » contre « Substance » et obtenir par le biais des règles nationales anti-abus (telles que les règles générales anti-évitement/GAAR) et les règles anti-abus conventionnelles (telles que le test de l'objectif principal/PPT et la limitation des avantages/LOB).

La question principale est de savoir pourquoi les dispositions NPF conduisent à des situations aussi désastreuses pour les pays en développement ? Et doivent-ils attendre que la catastrophe se produise ? Les deux cas discutés ci-dessus montrent que le risque des clauses NPF dans les conventions fiscales surpassent les bénéfices pour les pays en développement. Cependant, si toutes ces dispositions sont nécessaires, les pays en développement qui négocient les clauses NPF devraient prendre le plus grand soin dans la rédaction de ces clauses et entreprendre une évaluation approfondie de l'impact des règles proposées sur leur réseau de conventions fiscales avant de les adopter. Par ex., l'absence de trois mots - « à l'avenir » dans la clause NPF de la DTAA Afrique du Sud-Suède a conduit la Cour fiscale d'Afrique du Sud à statuer en faveur du contribuable et à renoncer à une exonération fiscale complète sur les paiements de dividendes pour les investisseurs néerlandais, en Afrique du Sud dans ladite

affaire. En ce qui concerne l'Inde, pour éviter les retombées négatives des clauses NPF, il est impératif de négocier immédiatement des protocoles d'amendement avec la Slovénie, la Lituanie et la Colombie portant le taux d'imposition des dividendes de 5% à des limites raisonnables (disons 10%), conformément à la politique fiscale en vigueur en Inde, afin que l'Inde ne perde pas son assiette fiscale en raison de l'application des dispositions NPF.

Une analyse complète de toutes les clauses NPF dans les conventions fiscales et l'examen de leurs liens croisés et de leurs effets négatifs sur les autres conventions s'impose de toute urgence. En fait, à long terme, les pays en développement devraient supprimer les clauses NPF existantes en renégociant les conventions fiscales pertinentes. En outre, une analyse minutieuse des modifications apportées aux lois fiscales nationales et de leur impact sur les conventions fiscales est très importante. Dans les exemples ci-dessus, la problématique NPF et son effet négatif sont apparus après les modifications apportées à la législation fiscale nationale lorsque le système d'imposition des dividendes est passé de l'impôt sur la distribution des dividendes au système classique d'imposition des dividendes.

### 5. L'instrument multilatéral (IM) changera-t-il quelque chose ?

Les dispositions NPF n'étant pas des articles de traité autonomes, l'IML n'aura aucun impact direct sur elles, mis à part le fait que certains éléments de revenu couverts par les clauses NPF seront impactés par l'IML à condition qu'un pays ait opté pour ces dispositions. Par ex., l'article 8 de l'IML introduira une règle anti-abus en prescrivant un seuil temporel supplémentaire de « 365 jours de période de détention minimale » pour que les actionnaires puissent bénéficier de taux avantageux en vertu du traité. L'Inde a opté pour cette disposition dans le cadre de l'IML et ce qui sera d'une grande importance étant donné qu'elle a récemment aboli le régime fiscal de distribution de dividendes et introduit un système classique d'imposition des dividendes.

Cependant, en ce qui concerne la possibilité d'abus des traités, par ex. les actionnaires/investisseurs restructurant leurs avoirs et déplaçant et acheminant leurs investissements à travers des pays où ils peuvent essayer de profiter des clauses NPF et si une telle restructuration est effectuée dans le seul but d'obtenir des impôts avantages, l'IML à travers un nouveau texte de préambule et un test des objectifs principaux (PPT) sera certainement un instrument anti-abus majeur pour lutter contre de telles pratiques en dehors des règles générales anti-évitement disponibles dans le droit fiscal national. Le nouveau texte du préambule et le PPT sont les mesures anti-abus prévues aux articles 6 et 7 de l'IM en tant que normes minimales. En outre, l'impact de l'IML dépendra de la signature de l'IML par la juridiction, et le cas échéant, si elle a notifié à un autre partenaire de la convention en vertu de ses conventions fiscales assurés (CFA). Par ex., l'Inde et la Suisse sont

toutes deux signataires de l'IML et ont toutes deux ratifié l'instrument, mais la Suisse n'a pas notifié à l'Inde au titre de ses CFA alors que l'Inde l'a fait. Par conséquent, dans ce cas, même pour que les normes minimales s'appliquent, la négociation bilatérale d'un protocole est obligatoire.

Le nouveau texte du préambule<sup>19</sup> de l'IM prescrivant l'objet d'une convention fiscale comme suit : « *L'intention d'éliminer la double imposition en ce qui concerne les impôts assurés par la présente convention sans créer de possibilités de non-imposition ou de réduction d'imposition par la fraude ou l'évasion fiscale (y compris les arrangements commerciaux visant à l'obtention d'allègements prévus dans le présent accord au profit indirect de résidents de juridictions tierces)* », auront un effet dissuasif sur les pratiques d'évasion fiscale créant des opportunités de « non-imposition » et de « réduction d'imposition » (illustration ajoutée). De même, en vertu du PPT, si le service fiscal conclut raisonnablement que l'obtention d'avantages fiscaux était l'un des principaux objectifs d'une telle restructuration ou planification fiscale, l'avantage conventionnel d'un taux inférieur et d'une portée restreinte en vertu des dispositions NPF peut être refusé. Cela dit, à l'heure actuelle, ce niveau de planification fiscale internationale par les entreprises mondiales ne serait pas si facile compte tenu du fait que pour créer une telle structure ou un tel arrangement, elles devront remplir des exigences de « substance » et de « propriété effective ». Ainsi, les possibilités semblent rares pour une entreprise d'utiliser une juridiction NPF comme intermédiaire pour acheminer ses investissements, mais ce sont des situations que les pays sources ne devraient pas manquer d'anticiper.

### 6. Conclusion :

L'expérience sud-africaine et indienne des questions concernant l'imposition des dividendes en vertu des conventions fiscales, leurs interactions avec les dispositions NPF et les interprétations défavorables par les tribunaux, discutées dans les paragraphes ci-dessus, n'est qu'un exemple et une indication de la façon dont les clauses NPF s'avèrent être un albatros autour du cou des pays source. Le plus tôt ils s'en débarrasseront, mieux ce sera!

#### Notes:

<sup>1</sup> Disponible sur [www.wto.org](http://www.wto.org).

<sup>2</sup> *ABC (Pty) Ltd. Vs C:SARS (Affaire n° 14287)*. Cf. <https://www.sars.gov.za/wp-content/uploads/Legal/Judgments/TC/LAPD-DRJ-TC-2019-04-TCIT-14287-CPT-12-June-2019.pdf>.

<sup>3</sup> Plateforme de recherche fiscale IBFD. Disponible sur [https://research.ibfd.org/#/doc?url=/data/treaty/docs/html/tt\\_kw-za\\_01\\_eng\\_2004\\_tt\\_ad1.html](https://research.ibfd.org/#/doc?url=/data/treaty/docs/html/tt_kw-za_01_eng_2004_tt_ad1.html).

<sup>4</sup> DTAA Afrique du Sud-Koweït. Disponible sur <https://www.sars.gov.za/wp-content/uploads/Legal/Agreements/LAPD-IntA-DTA-2012-52-DTA-Kuwait-GG-29815.pdf>.

<sup>5</sup> DTAA Afrique du Sud-Pays-Bas. Disponible sur <https://www.sars.gov.za/wp-content/uploads/Legal/Agreements/LAPD-IntA-DTA-2012-59-DTA-Protocol-Netherlands-GG-31795.pdf>.

<sup>6</sup> DTAA Afrique du Sud-Suède. Disponible sur <https://www.sars.gov.za/wp-content/uploads/Legal/Agreements/LAPD-IntA-DTA-2012-73-DTA-Protocol-Sweden-GG-35268.pdf>.

<sup>7</sup> Cf. ABC (Pty) Ltd. Vs C:SARS, note ci-dessus. 2.

<sup>8</sup> Cf. ABC (Pty) Ltd. Vs C:SARS, note 2 ci-dessus.

<sup>9</sup> Cf. Convention fiscale Afrique du Sud-Suède, note 6 pré-cité.

<sup>10</sup> *Concentrix Services Netherlands B.V v. ITO (TDS)*, [2021] 127 *taxmann.com* 43 (Delhi HC)

<sup>11</sup> Disponible sur <https://www.taxsutra.com/dt/experts-corner/applicability-mfn-clause-dividends-does-delhi-hc-settle-dust>.

<sup>12</sup> Disponible sur <https://www.incometaxindia.gov.in/Pages/international-taxation/dtaa.aspx>.

<sup>13</sup> Convention de Vienne sur le Droit des traités, 1969. Disponible sur [https://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/conventions/1\\_1\\_1969.pdf](https://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/conventions/1_1_1969.pdf).

<sup>14</sup> Décret du 28 février 2012 [N° IFZ 2012/54M, Tax Treaties, India] publié le 13 mars 2012.

<sup>15</sup> Bulletin officiel des finances publiques - impôts [Identifiant légal : BOI-INT-CVB-IND-20161104] publié par la Direction Générale Des Finances Publiques (DGFIP), France le 4 novembre 2016.

<sup>16</sup> Cf. Convention de Vienne sur le droit des traités, 1969, note 13 ci-dessus.

<sup>17</sup> Copie du jugement *Nestlé SA contre Assessing Officer Circle (fiscalité internationale)-2(2)(2)*, New Delhi disponible sur <https://delhihighcourt.nic.in>.

<sup>18</sup> *Steria (Inde) Ltd. contre CIT* [2016] 72 *taxmann.com* 1 (Delhi HC).

<sup>19</sup> Texte de IML disponible sur <https://www.oecd.org/tax/treaties/multilateral-convention-to-implement-tax-treaty-related-measures-to-prevent-BEPS.pdf>.



*Le South Centre est l'organisation intergouvernementale des pays en développement qui les aide à combiner leurs efforts et leur expertise pour promouvoir leurs intérêts communs sur la scène internationale. Le South Centre a été créé par un accord intergouvernemental qui est entré en vigueur le 31 juillet 1995. Son siège est à Genève, en Suisse.*

Le contenu de ce Rapport sur les politiques peut être cité ou reproduit pour un usage personnel à condition qu'il soit clairement indiqué que la source est le South Centre. Les opinions exprimées dans ce document sont celles des auteurs et ne représentent pas les vues institutionnelles du South Centre ou de ses États membres. Toute erreur ou omission dans ce document relève de la seule responsabilité de son ou ses auteurs. Pour tout commentaire sur cette publication, veuillez contacter :

Le South Centre  
International Environment House 2  
Chemin de Balxert 7-9  
CP 228, 1211 Genève 19  
Suisse  
Téléphone: (4122) 791 8050  
[south@southcentre.int](mailto:south@southcentre.int)  
<https://www.southcentre.int>

Suivez le South Centre sur Twitter: [South\\_Centre](https://twitter.com/South_Centre)



## Rapports sur les politiques en matière de coopération fiscale précédents du South Centre

No. 6, January 2019 – Illicit Financial Flows: Conceptual and Practical Issues by Hon. Irene Ovonji-Odida and Algresia Akwi-Ogojo

No. 7, February 2019 – Developing Countries and the Contemporary International Tax System: BEPS and other issues by Marcos Aurélio Pereira Valadão

No. 8, July 2019 – Improving Transfer Pricing Audit Challenges in Africa through Modern Legislation and Regulations by Thulani Shongwe

No. 9, September 2019 – Gender, Tax Reform and Taxation Cooperation Issues: Navigating Equity and Efficiency under Policy Constraints by Mariama Williams

No. 10, November 2019 – Addressing Developing Countries' Tax Challenges of the Digitalization of the Economy by Monica Victor

No. 11, February 2020 – The Role of South-South Cooperation in Combatting Illicit Financial Flows by Manuel F Montes

No. 12, September 2020 – Base Erosion and Profit Shifting in the Extractive Industries by Danish and Daniel Uribe

No. 13, February 2021 – Making the UN Tax Committee more effective for developing countries by Abdul Muheet Chowdhary

No. 14, June 2021 – The Tax Sovereignty Principle and Its Peaceful Coexistence with Article 12B of the UN Model Tax Convention by Kuldeep Sharma, ADIT (CIOT, UK)

No. 15, Juin 2021 – Conceptualisation d'un instrument multilatéral des Nations Unies (IML des NU) par Radhakishan Rawal

No. 16, Juillet 2021 – Article 12B - Une solution de convention fiscale par le Comité fiscal des NU pour taxer les revenus numériques par Rajat Bansal