

Atlas des législations minières africaines (AMLA)

BOÎTE À OUTILS SUR LA FISCALITÉ DES RESSOURCES MINIÈRES DANS LES PROJETS MINIERS

Novembre 2024



Atlas des législations minières africaines (AMLA)

BOÎTE À OUTILS SUR LA FISCALITÉ DES RESSOURCES MINIÈRES DANS LES PROJETS MINIERS

Novembre 2024

Le présent ouvrage est le fruit du travail de la Facilité africaine de soutien juridique, auquel ont contribué des personnes externes issues de l'International Senior Lawyers Project. Les constatations, interprétations et conclusions qui y sont mentionnées ne reflètent pas nécessairement les opinions de la Facilité africaine de soutien juridique, de son Conseil de gestion, de son Conseil de gouvernance, de ses membres ou de ses pays membres régionaux.

La Facilité africaine de soutien juridique ne garantit pas l'exactitude, l'exhaustivité ou l'actualité des données incluses dans le présent ouvrage et décline toute responsabilité quant aux erreurs, omissions ou discordances dans les informations ; en outre, elle ne saurait être tenue pour responsable de l'utilisation ou du défaut d'utilisation des informations, méthodes, processus ou conclusions présentés.

Rien dans le présent document ne saurait constituer, ou être interprété ou être considéré comme une restriction ou une renonciation aux privilèges et immunités de la Facilité africaine de soutien juridique, qui sont tous expressément réservés.

DROITS ET AUTORISATIONS

Le contenu de cet ouvrage est protégé par le droit d'auteur. La Facilité africaine de soutien juridique encourageant la diffusion de ses connaissances, cet ouvrage peut être reproduit, en totalité ou en partie, à des fins non commerciales, à condition d'en mentionner clairement la source.

Toute question relative aux droits et aux licences, y compris les droits subsidiaires, devrait être adressée à la Facilité africaine de soutien juridique, 01 BP 1387 Abidjan 01 Côte d'Ivoire, www.alsf.int

Atlas des législations minières africaines (AMLA)

Avant-propos

En 2014, la Facilité africaine de soutien juridique, en collaboration avec la Banque mondiale et l'Union africaine, a lancé l'Atlas des législations minières africaines (« AMLA »). La mission principale de l'AMLA est de rassembler des connaissances législatives essentielles qui contribueront à renforcer la capacité des pays africains à tirer pleinement parti des avantages de la mise en valeur des mines. Cette mission reste d'une importance capitale. L'Afrique ne peut attirer des investissements de qualité dans le secteur minier qu'avec un cadre juridique approprié et une gouvernance adéquate et stable, fondée sur une éthique de valeurs communes, marquée par la transparence et la prise en compte du climat.

L'AMLA a élaboré des outils du savoir utiles, conçus pour combler les lacunes en matière d'information et renforcer les capacités des gouvernements africains et des professionnels du secteur minier sur des questions législatives et politiques essentielles. Parmi des derniers, on peut citer la Plateforme phare et le Modèle directeur de l'AMLA.

La Plateforme de l'AMLA est un outil que les gouvernements africains et les rédacteurs de législations peuvent utiliser pour élaborer des textes législatifs, ou qui peut servir de support d'information aux parlementaires, aux organismes de réglementation du secteur minier et à la société civile afin de mieux comprendre certaines des solutions ou des systèmes juridiques envisageables pour réglementer le secteur minier. Le Modèle directeur constitue un point de départ optimisé pour ses utilisateurs en leur fournissant une base claire et pratique sur laquelle ils peuvent s'appuyer pour envisager de manière approfondie les questions d'actualité, à l'aide d'exemples de formulations, lorsqu'ils élaborent, modifient ou évaluent simplement des cadres législatifs miniers adaptés au contexte unique de chaque pays. Les différentes boîtes à outils élaborées pour compléter la Plateforme de l'AMLA et le Modèle directeur fournissent des analyses approfondies, des références et des conseils pratiques pour traiter des questions juridiques spécifiques liées au secteur minier. En conséquence, cette boîte à outils sur la fiscalité des ressources minérales est censée examiner les évolutions récentes et les défis liés à la conception et à la mise en œuvre d'un régime fiscal minier efficace, ainsi que fournir des solutions pratiques et innovantes pour garantir que les pays africains tirent le meilleur parti du secteur minier.

L'élaboration de cette boîte à outils fournira également aux pays africains des orientations spécifiques pour la définition de normes continentales visant à optimiser les recettes publiques tirées des ressources minérales, notamment en proposant des moyens de renforcer le respect des règles et de limiter les failles permettant les flux financiers illicites, entre autres.

Conformément à l'approche de partenariat qui sous-tend le projet AMLA, la présente boîte à outils a été élaborée en collaboration avec l'*International Senior Lawyers Project*, sous la supervision de la Facilité africaine de soutien juridique.

Nous tenons à adresser nos sincères remerciements aux auteurs et aux pairs relecteurs (qui, de manière bénévole, y ont consacré leur temps précieux et leur expertise) pour leur engagement dans l'élaboration de cette boîte à outils. Le processus de création de cette boîte à outils a énormément bénéficié de leur expérience, de leur dévouement, de leur persévérance et de leurs débats constructifs.

Boîte à outils sur la fiscalité des ressources minérales

Table des matières



Avant-propos	04
Contributeurs	06
Glossaire	07
Section 1. Aperçu des structures des projets miniers	11
Section 2. Questions fiscales clés	25
Section 3. Approches en matière d'incitations fiscales	41
Section 4. Impact du BEPS 1.0	47
Section 5. Impact du BEPS 2.0 – Pilier Deux	65



Atlas des législations minières africaines

Contributeurs

Auteurs contributeurs

ISLP

Michael Lebovitz	Associé fiscaliste, Eversheds Sutherland, LLP
Prof. Zach Pouga	Associé fiscaliste, EY / Professeur de droit fiscal, université de New York
Scot Anderson	Associé, Womble Bond Dickinson, LLP
Daniella Landers	Associée, Womble Bond Dickinson, LLP
Francisco Balduzzi	Associé, Womble Bond Dickinson, LLP
Noah Zedek	Collaborateur, Womble Bond Dickinson, LLP
Sandy Bhogal	Associée, Gibson Dunn Crutcher, LLP
Adam Lapidus	Associé, Gibson Dunn Crutcher, LLP

Équipe de pairs relecteurs

Nnewuoghor Okhai	Conseillère juridique principale et Cheffe du renforcement des capacités, ALSF
Akhigbe	Conseiller du Directeur, ALSF
Charles Afeku	Chargée du renforcement des capacités, Ressources naturelles et industries extractives, ALSF
Aida Mademe Sylla	Conseiller juridique, ALSF
Mamadou Ciré Diallo	Conseiller juridique, ALSF
Luyando Muloshi	Chercheur senior en fiscalité, Faculté de droit de Boston College
Stephen Shay	Chef de la politique fiscale et du développement durable, AngloAmerican
David Murray	Directrice, Fiscalité et dette publique, Institut international du développement durable (IIDD)
Alexandra Readhead	Conseillère en politiques, Fiscalité et industries extractives, FIG / IIDD
Viola Tarus	Directrice, Centre de connaissances du Bureau international de documentation fiscale, (IBFD)
Belema Obuoforibo	Chargé en chef des ressources minières, Banque africaine de développement (BAD)
Ahadjie Jerry Kwame	Analyste économique senior pour l'Afrique, NRGi
Thomas Scurfield	

Atlas des législations minières africaines

Glossaire

Abréviations

BEPS	Érosion de la base d'imposition et transfert de bénéfices
PpP	Pays par pays
IRS	Impôt sur le revenu des sociétés
PCPC	Prix comparable de pleine concurrence
DEMPE	Développement, amélioration, entretien, protection et exploitation des actifs incorporels – norme élaborée par l'OCDE dans le cadre du projet de BEPS afin de déterminer si un contribuable est en droit de tirer des bénéfices exceptionnels d'un actif incorporel
BAIDA	Bénéfice avant intérêts, impôts, dépréciation et amortissement – un indicateur utilisé pour diverses limitations des déductions fiscales
ITIE	Initiative pour la transparence dans les industries extractives
ZFI	Zone franche industrielle
TEI	Taux effectif d'imposition
UE	Union européenne
EUR	Euro, devise officielle de l'UE
DH	Dispositif hybride
AIDAV	Actifs incorporels difficiles à valoriser
FIG	Forum intergouvernemental sur l'exploitation minière, les minéraux, les métaux et le développement durable
RIR	Règle d'inclusion des revenus
CEM	Convention d'exploitation minière
MMDA	Modèle de convention d'exploitation minière
EMN	Entreprise multinationale
OCDE	Organisation de coopération et de développement économiques
APP	Accord de partage de production
ICMQL	Impôt complémentaire minimum qualifié prélevé localement
SBIE	Exclusion de bénéfices fondée sur la substance
SdE	Société d'État
MTPB	Méthode transactionnelle de partage des bénéfices
\$EU	Dollar des États-Unis
RBSI	Règle des bénéfices sous-imposés
TVA	Taxe sur la valeur ajoutée
RAS	Retenue à la source
ZRA	Administration fiscale de Zambie

Définitions	
Amortissement	désigne le processus consistant à amortir progressivement le coût initial d'un actif incorporel sur sa durée de vie utile, généralement selon une méthode systématique et rationnelle
Rapport sur l'action 4 du BEPS	s'entend du rapport final de l'OCDE sur la limitation de l'érosion de la base d'imposition liée aux déductions d'intérêts et autres paiements financiers
Prime	désigne un paiement que doit verser une société minière au gouvernement d'accueil, généralement à la signature d'un contrat ou à l'atteinte d'une étape spécifique, telle que la découverte de ressources ou le démarrage de la production
Report sur les exercices antérieurs	s'entend de la possibilité d'imputer une perte d'exploitation nette, un crédit d'impôt ou tout autre élément fiscal à une période d'imposition antérieure
Report sur les exercices ultérieurs	s'entend de la possibilité d'imputer une perte d'exploitation nette, un crédit d'impôt ou tout autre élément fiscal à une période d'imposition ultérieure
Concession	désigne une concession légale accordée par un gouvernement d'accueil à une société minière, lui conférant le droit exclusif d'explorer, d'extraire et de vendre des ressources minérales spécifiques dans une zone définie
Contrat de concession	désigne un contrat formel entre le gouvernement d'accueil et une société minière qui définit les modalités et conditions d'octroi de la concession, y compris les droits, les obligations et les conditions fiscales
État contractant	désigne un pays d'accueil qui est partie à un accord bilatéral ou multilatéral régissant les Opérations minières, la fiscalité ou d'autres aspects connexes
Opération contrôlée	s'entend d'une transaction entre deux parties liées
Recouvrement de coûts	désigne le processus par lequel une société minière récupère ses coûts d'exploration et de mise en valeur à partir des recettes générées par le projet minier avant de calculer les bénéfices à des fins fiscales ou de partage
Déduction pour épuisement	désigne une méthode comptable utilisée pour répartir le coût d'extraction des ressources naturelles, telles que les ressources minérales ou les combustibles fossiles, sur la durée de leur extraction, reflétant ainsi leur consommation progressive
Dépréciation	désigne la répartition systématique du coût d'une immobilisation corporelle sur sa durée de vie utile, afin de refléter son usure, son obsolescence ou son utilisation
Règle du ratio fixe	désigne une limitation de la déduction des charges d'intérêts à des fins fiscales, calculée comme un pourcentage fixe du BAIIA d'une société
Groupe	désigne les sociétés appartenant à la structure d'un groupe d'entreprises
Règle du ratio de groupe	désigne une règle qui permet à une entreprise de déduire ses charges d'intérêts sur la base du ratio net intérêts/BAIIA de son groupe mondial, souvent utilisée pour traiter les situations où les entreprises ont un endettement important auprès de tiers
Pays d'accueil	désigne un pays producteur de ressources minérales
Gouvernement d'accueil	désigne le gouvernement d'un pays d'accueil
Dispositif hybride	désigne un mécanisme utilisé pour exploiter les différences de traitement fiscal d'une entité ou d'un instrument en vertu des lois de deux ou plusieurs juridictions fiscales afin d'obtenir une double non-imposition
Actifs incorporels	désignent les actifs non physiques, tels que la propriété intellectuelle, les permis ou les droits, qui ont une valeur pour une société minière et sont souvent essentiels à ses opérations
Coentreprise	désigne un accord de coopération dans le cadre duquel les parties partagent les coûts et bénéfices relatifs à l'exploitation minière

Permis	désigne une autorisation officielle accordée par le gouvernement d'accueil à une société minière pour explorer, extraire ou traiter des ressources minérales dans une zone désignée ; il est généralement assorti de conditions et du paiement de redevances
Société minière	désigne une société qui investit ou exerce ses activités dans le secteur minier d'un pays d'accueil
Convention d'exploitation minière	désigne un cadre contractuel régissant le processus d'exploration et d'exploitation de ressources minérales
Établissement stable	désigne un établissement stable qui sert à l'exercice de tout ou partie de l'activité d'une entreprise sur le territoire d'un État souverain
Accord de partage de production	désigne un accord contractuel par lequel une société minière investit dans l'exploration et la mise en valeur des mines et partage les bénéfices de production en résultant avec le gouvernement d'accueil, souvent après avoir récupéré ses coûts
Bénéfice	désigne le gain financier réalisé lorsque les recettes générées par les Opérations minières dépassent les coûts connexes, y compris les dépenses d'exploration, d'extraction et de traitement
Facteur R	désigne le ratio recettes/coûts
Parties liées	désignent une situation dans laquelle une société contrôle une autre société ou est sous contrôle commun avec celle-ci (de manière directe, indirecte, par la détention d'actions, par la possession de droits de vote ou par tout autre moyen)
Cantonnement	désigne le concept selon lequel le revenu imposable ou la perte d'un secteur donné (par exemple, l'exploitation minière) est calculé et imposé isolément des autres activités du contribuable
Redevance	désigne le paiement que la société minière doit verser au gouvernement d'accueil, calculé en pourcentage des recettes ou de la valeur de la production, en guise de compensation pour l'extraction de ressources naturelles
Contrat de prestation de services	désigne une entente en vertu de laquelle le gouvernement d'accueil engage les services d'une société de prestation de services pour mener à bien ses opérations minières
Entité ad hoc	désigne une entité comptable constituée pour détenir des droits miniers, permettant à ses propriétaires de développer conjointement le projet minier et d'en partager les risques et les bénéfices par le biais d'une forme de société, parfois appelée « entité à vocation spécifique »
Société d'État	désigne une entreprise détenue en totalité ou en partie par l'État
Prix de transfert	désigne la méthode permettant de fixer un prix approprié à des fins fiscales (un montant dans des conditions de concurrence normale) lorsque des transactions sont conclues entre des parties liées
Transaction sur le marché libre	désigne une transaction entre des parties indépendantes



Atlas des législations minières africaines (AMLA)

1. Aperçu des structures des projets miniers

Les gouvernements d'accueil et les sociétés minières peuvent recourir à différents outils juridiques, réglementaires et commerciaux pour structurer des projets miniers couronnés de succès. Ces structures équilibrent la répartition des risques et les rendements économiques de différentes manières, ce qui détermine l'incidence de la fiscalité sur les projets miniers. Parmi structures clés des projets miniers, on dénombre ce qui suit :

- les contrats de prestation de services
- les permis et concessions
- les coentreprises
- le partage de la production
- Conventions d'exploitation minière

1.1. Contrat de prestation de services

Résumé : L'État conserve la propriété de la ressource. L'entreprise fournit des services à l'État en échange d'une rémunération, souvent sous la forme d'un accord à prix coûtant majoré.

1.1.1. Un contrat de prestation de services, également appelé « contrat d'exécution de travaux » ou « accord d'exploitation », désigne un accord par lequel le gouvernement d'accueil engage une société de prestation de services pour réaliser ses opérations minières.¹ Ces types d'accord étaient courants à l'époque postcoloniale, qui a vu les pays ayant nouvellement accédé à l'indépendance nationaliser des secteurs tels que celui des mines, auparavant dominées par d'autres nations ou sociétés étrangères.²

1.1.2. Une caractéristique distinctive du contrat de prestation de services réside dans le fait que la propriété du minerai revient au gouvernement d'accueil jusqu'à son extraction.³ Un contrat de prestation de services implique une relation différente entre le gouvernement d'accueil et la société minière par rapport à celle qui prévaut dans un contrat de concession.⁴ La société minière est considérée comme un entrepreneur ou un prestataire de services pour le compte du gouvernement d'accueil.⁵ Ces accords étaient courants dans les projets du secteur énergétique, où le prestataire de services fournissait le savoir-faire technique et les services en tant qu'entrepreneur général.

¹ Les contrats relatifs aux ressources naturelles comme outil de gestion du secteur minier, Ministère fédéral de la Coopération et du Développement économiques, p. 17 (*Contrat de prestation de services*).

² *Id.*

³ Consulter Smith, David Nathan et Wells, Louis T., « *Mineral agreement in developing countries: Structures and substance* », *AMERICAN JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW*, vol. 69, p. 560-590 (1975).

⁴ Voir l'analyse ci-dessous à la section 1.2

⁵ *Id.* à la page 585.

1.1.3. La société minière peut être rémunérée pour ses services en espèces ou en nature.⁶ Le paiement peut être basé sur des honoraires fixes (par exemple : trimestriels ou annuels) ; toutefois, la société minière peut recevoir le remboursement de ses coûts réels, ainsi qu'un paiement en fonction des bénéfices.⁷

1.1.4. La plupart des contrats de prestation de services exigent que la société minière supporte le risque lié à l'exploration. Le gouvernement d'accueil peut accepter qu'une partie des bénéfices de production soit utilisée pour couvrir les frais de développement initiaux.⁸

À titre d'exemple, le contrat de prestation de services conclu en 2015 entre la République démocratique du Congo et CNRMEDEA SA (une société minière) stipule que « les parties conviennent que tous les coûts liés aux activités et aux travaux à réaliser dans le cadre du présent Contrat seront supportés exclusivement par CNRMEDEA SA et que, dans le cas où le Contrat... serait conclu entre les parties, lesdits coûts seront recouvrables grâce à l'extraction de l'or ». ⁹

1.1.5. En ce qui concerne les dispositions fiscales figurant dans les contrats de prestation de service, plusieurs questions techniques peuvent être abordées lors de la négociation des accords de partage de production entre le gouvernement d'accueil et la société minière. Ces accords s'alignent sur les lois spécifiques du gouvernement d'accueil en matière fiscale. Souvent, le gouvernement d'accueil reconnaît que les retombées financières pour la région entourant le projet et pour lui-même résulteront principalement du recouvrement effectif des impôts qui lui sont dus conformément à la législation applicable.¹⁰ Le gouvernement d'accueil peut toutefois, à sa discrétion, accorder certaines incitations ou exonérations fiscales autres que celles prévues par la loi (notamment des crédits et des abattements d'impôt).¹¹

1.1.6 À titre d'illustration, on peut citer le contrat de prestation de services pétroliers conclu pour l'exploitation du pétrole dans la partie sud du lac Maracaibo entre Corporación Venezuela de Petróleo et Shell Oil Company, dans le cadre duquel le financement devait être assuré par Shell en tant que contractant.¹² En vertu du contrat, Shell conserverait 90 % du pétrole, le reste revenant à la société d'État.¹³ De plus, Shell verserait au gouvernement vénézuélien une redevance de 16 % et un impôt sur le revenu de 60 % sur la base d'un prix convenu.¹⁴ La société recevrait alors 5 % de la redevance versée au gouvernement vénézuélien, ainsi qu'une certaine partie des bénéfices après impôts de Shell.¹⁵ Comme le montre cet exemple, un gouvernement d'accueil peut faire preuve de créativité pour mettre en place des structures d'incitations fiscales appropriées dans les contrats de prestation de services, de sorte que les conditions réelles peuvent varier.

⁶ Consulter Smith, David Nathan et Wells, Louis T., « Mineral agreement in developing countries: Structures and substance », *AMERICAN JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW*, p. 585

⁷ *Id.*

⁸ Par exemple, dans le domaine minier, consulter l'Accord de prestation de services confidentiel liant le gouvernement de la République démocratique du Congo, Sokimo S.A. et CNRMEDEA SA (RDC), daté du 29 avril 2015 (concernant des services d'exploitation aurifère).

⁹ *Id.*, à la section 5.2 (*italiques ajoutés*)

¹⁰ Voir de manière générale le Contrat de délégation de service public liant la Province du Lualaba en République démocratique du Congo et la société Sud South Group S.A.R.L. (octobre 2021).

¹¹ Bostock, Mark et Harvey, Charles, « *Economic Independence and Zambian Copper* », *NATURAL RESOURCES JOURNAL*, vol. 13, n° 2 (printemps 1973).

¹² Voir Smith, David Nathan et Wells, Louis T., « Mineral agreement in developing countries: Structures and substance », *AMERICAN JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW*, p. 586.

¹³ *Id.*

¹⁴ *Id.*

¹⁵ *Id.*

1.2. Permis/Concession

Résumé : Un permis ou une concession est un droit accordé par un gouvernement d'accueil à une société minière lui conférant le droit exclusif d'exploiter des ressources minérales spécifiques en échange d'une redevance. Les conditions de la concession ou du permis peuvent également inclure le versement d'une prime lors de l'octroi de la concession ou du permis.

1.2.1. Une société qui souhaite exercer des activités minières doit détenir un droit minier, qui peut lui être accordé soit par contrat, soit par un permis.

1.2.2. Dans les régimes contractuels, les gouvernements d'accueil négocient les conditions des droits miniers pour des projets spécifiques avec chaque société minière à titre individuel,¹⁶ lesquelles sont ensuite consignées dans un permis ou un contrat de concession signé entre la société minière et le gouvernement d'accueil. Le contrat de concession est la forme la plus ancienne du contrat minier conclu entre un titulaire de droits miniers (qui est généralement le gouvernement d'accueil) et une société minière, par lequel le gouvernement d'accueil « concède » des droits sur un patrimoine national. Le principal droit accordé au titre des permis ou des concessions est le droit minier exclusif sur une certaine ressource minérale, dans une zone définie, y compris le droit d'explorer, d'exploiter et de commercialiser cette ressource.

1.2.3. Dans les régimes d'octroi de permis, le processus d'octroi des permis miniers et l'ensemble des droits et obligations connexes sont inscrits dans la législation. Selon certains commentateurs, les gouvernements d'accueil doivent s'éloigner des conventions minières,¹⁷ tandis que d'autres soutiennent que les nations dont le cadre minier est moins développé ont tendance à s'appuyer davantage sur les contrats pour combler les lacunes de la loi minière. Certains systèmes peuvent inclure un mélange de droits miniers fondés sur des lois ou des contrats.¹⁸

1.2.4. Un permis ou une concession confère à son titulaire le droit exclusif d'exploiter certains minéraux dans une zone définie, afin de mener des activités minières en échange d'une rémunération. Un tel permis ou une telle concession peut accorder à la fois des droits d'exploration et d'exploitation, ou un droit d'exploration assorti d'un droit exclusif de demander un permis d'exploitation. Le permis ou la concession a une durée qui peut être prorogée sous réserve du respect de certains paramètres d'exploration ou d'exploitation. Il convient de noter que le terme « concession » a également été utilisé dans un sens plus large pour inclure les conventions d'exploitation minière. Nous traitons les conventions d'exploitation minière séparément à la section 1.5.

¹⁶ Id., à la p. 7. Qui traite de l'Introduction.

¹⁷ Consulter le paragraphe [...] à la section 1.5 sur les conventions d'exploitation minière.

¹⁸ Id., aux pages 15-16. Consulter également « The Law and Governance of Mining and Minerals. A Global Perspective », Ana Elizabeth Bastida, *chapitre 5* sur les « Régimes contractuels », à la page 156 (« Le plus souvent, les pays recourant aux conventions minières s'appuient sur un système hybride composé de lois minières accordant le droit de mener des activités d'exploration, d'exploitation et des activités connexes, et d'accords fixant les modalités et conditions de l'exploitation minière industrielle à grande échelle. »)

1.2.5. L'une des obligations clés de la société minière consiste à verser une redevance au gouvernement d'accueil ainsi qu'une rente ou des frais supplémentaire(s), en sus d'autres droits et obligations. Les dernières conventions d'octroi de permis accessibles au public conclues par la République du Ghana¹⁹ prévoient d'autres dispositions supplémentaires telles que : les droits de tiers d'exploiter une autre ressource minérale ; le droit du gouvernement d'accueil d'exclure certaines zones du permis ; les seuils d'exploitation que la société minière doit respecter pour conserver son permis ; les droits et obligations concernant les nouvelles découvertes ; le respect des normes environnementales ; le partage des connaissances ; la production de documents financiers et le partage des documents techniques et géologiques ; et les modalités de prorogation du permis ou de la concession concerné(e) ou de restitution des zones couvertes par le permis.

1.2.6. En matière fiscale, si le contrat de concession précise généralement le montant de la redevance, il laisse toutefois le soin aux lois du gouvernement d'accueil de définir le cadre fiscal spécifique. Le contrat de bail minier ghanéen prévoit une redevance telle que prescrite par la législation, réglemente certaines exemptions en matière de retenue à la source autorisée par la Loi ghanéenne de 2006 sur les mines et les minéraux et, à l'exception de cette disposition, stipule que la société minière s'acquittera des impôts conformément à la législation ghanéenne.²⁰

1.2.7. D'autres types de conventions minières, même lorsqu'ils reconnaissent l'application du régime fiscal du gouvernement d'accueil, prévoient un cadre fiscal plus complet, soit en complétant ce régime lorsque le gouvernement d'accueil dispose d'un système juridique minier sophistiqué, soit en se substituant au régime fiscal local lorsque ce système juridique est moins développé.

1.3. Coentreprises

Résumé : Une coentreprise (« COE ») est un accord de coopération dans le cadre duquel les parties partagent les coûts et bénéfices de la mise en valeur des mines. Parmi les parties à une coentreprise, on peut citer la société d'État (« SdE »). La coentreprise peut prendre la forme d'un accord contractuel ou être constituée sous la forme d'une société - une « entité ad hoc » - détenue par les partenaires de la coentreprise (à savoir le gouvernement d'accueil, la société minière et les investisseurs du projet). L'entité ad hoc est souvent une entité intermédiaire permettant aux partenaires de la coentreprise de gérer leur propre situation fiscale.

1.3.1. Pour le financement et l'exploitation des projets miniers, il faut des capitaux conséquents. Les marchés financiers publics étant relativement difficiles d'accès pour les sociétés minières, en particulier celles de petite taille,²¹ les coentreprises constituent une solution intéressante. Parmi les avantages que procure la création d'une coentreprise, on peut citer les suivants :

- le partage des coûts dans le cadre de projets à forte intensité de capitaux ;
- le partage des risques dans les projets spéculatifs ;
- l'accès à la technologie d'un partenaire ;
- la réalisation d'économies en partageant les dépenses de recherche et développement ainsi que les coûts de production ; et
- la possibilité de tirer parti de nouveaux marchés géographiques ou techniques.

¹⁹ Consulter le contrat de bail minier entre le gouvernement de la République du Ghana et Adamus Resources Limited daté du 30 avril 2019 ; le bail minier entre le gouvernement de la République du Ghana et Central Ashanti Gold Limited daté du 31 décembre 2019.

²⁰ Consulter le contrat de bail minier entre le gouvernement de la République du Ghana et Central Ashanti Gold Limited daté du 31 décembre 2019.

²¹ Voir la 20^e édition du rapport 2023 de PwC intitulé « Mine : L'ère de la réinvention ».

1.3.2. Les gouvernements d'accueil peuvent également s'associer à des sociétés minières afin d'acquérir des participations opérationnelles stratégiques dans des projets situés dans des juridictions clés et d'accéder à des matières premières spécifiques. À titre d'exemple, on peut citer :

- l'accord conclu entre les Émirats arabes unis et l'entreprise publique de la République démocratique du Congo en vue de l'exploitation de quatre mines faisant l'objet de concessions pour l'étain, le tantale, le tungstène et l'or ;²² et
- l'annonce par le Fonds public d'investissement saoudien de son intention de s'associer à des sociétés minières en Namibie, en Guinée et en République démocratique du Congo afin de s'assurer un approvisionnement en minéraux stratégiques.²³

1.3.3. La composition d'une coentreprise dépendra de la taille et de la portée du projet. Au stade précoce de l'exploration, une coentreprise peut être constituée d'une petite société minière et d'un investisseur spécialisé. Pour les projets de plus grande envergure, les grandes sociétés minières peuvent s'associer à des investisseurs internationaux, à de grands opérateurs commerciaux ou à des entreprises publiques. Dans certaines juridictions, la loi minière nationale prévoit que le gouvernement d'accueil ou une société d'État doit détenir une participation minoritaire dans tout Projet minier. **Tout récemment, le gouvernement malien a annoncé des modifications de sa loi minière qui pourraient porter sa participation dans les nouveaux projets à 35 % afin de partager les bénéfices.**²⁴

1.3.4. Une fois leurs objectifs commerciaux définis, les partenaires de la coentreprise doivent envisager quelle structure juridique est la plus appropriée pour leur permettre d'atteindre efficacement leurs objectifs. Le choix de la structure dépendra de diverses considérations commerciales, juridiques, fiscales, réglementaires et comptables. Au nombre de ces structures, figurent :

- les coentreprises contractuelles ;
- les accords de partage des risques et des recettes ;
- les alliances stratégiques ; et
- les sociétés en coentreprise.

1.3.5. Les accords de partage des risques et des recettes constituent une structure appropriée lorsque des dépenses considérables de développement sont requises. Une partie minoritaire doit contribuer aux coûts de développement du projet, tandis que la partie principale reste en charge de l'ensemble de l'opération. Les recettes sont ensuite réparties après la production selon des proportions convenues.

1.3.6. Dans le cadre d'alliances stratégiques, chaque partie prend une participation minoritaire au capital de l'autre, en signe d'intérêt mutuel et afin de créer un cadre dans lequel des opportunités commerciales spécifiques peuvent être discutées et convenues pour l'avenir.

1.3.7. Les coentreprises non constituées en société et contractuelles sont couramment utilisées pour les projets d'exploration en phase initiale. Une coentreprise non constituée en société offre une plus grande efficacité fiscale, car les dépenses sont encourues directement par les partenaires de la coentreprise plutôt que par l'intermédiaire d'une entité juridique distincte ; elle garantit la confidentialité, puisqu'il n'est pas nécessaire de déposer des comptes séparés auprès d'une Autorité de réglementation ; et sa constitution implique moins de formalités ou de frais. Une diligence raisonnable ciblant la législation locale sera nécessaire pour s'assurer que des questions telles que les sanctions, les pouvoirs du gouvernement et les procédures de résolution des litiges ne compromettent pas la réussite du projet.

²² Article de Mining Technology intitulé « UAE signs \$1.9bn mining deal with the Democratic Republic of Congo. »

²³ Article du Centre d'études stratégiques internationales intitulé « Saudi Arabia has a strategic advantage in sourcing critical minerals from Africa. »

²⁴ Article de Reuters intitulé « Exclusive: New Mali mining law could boost state, local interest in projects to 35%. »

1.3.8. Pendant la phase de production, les parties préfèrent souvent que la coentreprise soit constituée sous la forme d'une société à responsabilité limitée pour que les actifs et les permis soient détenus dans le cadre d'une structure d'entreprise. Les avantages d'une société en coentreprise se déclinent comme suit :

- la limitation de la responsabilité des partenaires de la coentreprise ;
- une personnalité juridique distincte pour la conclusion de contrats avec des tiers ;
- la détention et la gestion des actifs en son propre nom, ce qui lui permet d'accorder des garanties aux bailleurs de fonds et de lever des fonds sans avoir à faire appel aux actionnaires ;
- la structure de l'actionnariat d'une société peut souvent offrir une certaine flexibilité aux investisseurs. Par exemple, une société peut émettre des actions privilégiées, permettant aux investisseurs d'obtenir un rendement prioritaire sur leurs investissements sans exercer de contrôle sur la gestion de la société. Les actionnaires privilégiés peuvent se voir accorder le droit de convertir leurs actions privilégiées en actions ordinaires ; et
- une structure claire de la gestion interne, les emplois, la comptabilité et l'établissement de rapports.

1.3.9. Une grande variété d'options de financement est disponible pour les coentreprises constituées en personnes morales, notamment :

- la souscription d'actions ordinaires (méthode la plus courante) ;
- des capitaux empruntés, provenant soit de bailleurs de fonds, soit des partenaires de la coentreprise ;
- des tiers, en recourant à des méthodes telles que le capital social privilégié ou des emprunts sur titres mobiliers convertibles en actions ;
- la contrepartie du capital social initial est toutefois généralement en espèces, mais il peut également s'agir d'une contrepartie non monétaire, telle que le transfert d'actifs à la coentreprise par les partenaires de la coentreprise, ou un accord visant à fournir des services et un savoir-faire.

1.3.10. Les droits et responsabilités des partenaires de la coentreprise en matière de gestion doivent être définis. Ces droits et responsabilités ne doivent pas nécessairement être égaux. Par exemple, une partie peut se voir attribuer des droits de gestion plus étendus en ce qui concerne les nominations ou décisions techniques. Une partie peut se voir confier l'entière responsabilité de la gestion quotidienne par le biais d'un accord de gestion conclu avec la coentreprise. Il est courant que les actionnaires majoritaires aient le droit de nommer un ou plusieurs administrateurs au conseil d'administration de la coentreprise, afin d'en conserver le contrôle. Les partenaires de la coentreprise doivent également envisager des droits de veto sur les questions stratégiques relatives à la gestion et au fonctionnement. Les règles de gouvernance prévoient des délais de préavis minimaux pour les réunions du conseil d'administration et les précisions quant au lieu, ainsi que des intervalles réglementés entre ces réunions.

1.3.11. En cas de désaccord sur des questions pour lesquelles une unanimité est requise, les dispositions relatives aux situations d'impasse doivent être clairement définies. Une impasse peut survenir dans des cas autres que ceux où les parts sont réparties à parts égales (50/50). Il en va de même au niveau du conseil d'administration lorsqu'un actionnaire minoritaire exerce son droit de veto, voire au niveau des actionnaires concernant des questions soumises aux sociétés mères par le conseil d'administration conformément soit au pacte d'actionnaires, soit aux statuts de la coentreprise. En cas d'impasse et d'impossibilité de parvenir à un accord, la société en participation peut choisir de poursuivre l'activité de la coentreprise selon les modalités convenues ou de mettre fin à l'accord.

Une solution pratique en cas d'impasse consiste à saisir le conseil d'administration des actionnaires de la société mère afin de mener des négociations raisonnables. Une impasse au niveau du conseil d'administration peut être résolue en accordant au président une voix prépondérante. Un actionnaire majoritaire peut ainsi contrôler le conseil d'administration, mais cette solution a peu de chances de fonctionner en cas d'impasse à parts égales (50/50). Une autre option consiste à confier la voix prépondérante à un tiers indépendant désigné d'un commun accord. Pour cela, le choix du tiers approprié doit être acceptable pour les deux parties.

Si les parties ne parviennent pas à régler l'impasse et que la résiliation est la seule issue réaliste, il est alors essentiel de prévoir des clauses de résiliation appropriées pour garantir un résultat commercial satisfaisant. Une option consiste à permettre à la partie dissidente de se retirer du projet en l'autorisant à céder ses parts à une nouvelle partie agréée, ce qui permettrait au projet de se poursuivre. Les parties peuvent également convenir à l'avance d'une vente forcée des parts en cas de désaccord. Si aucune de ces options ne fonctionne, les parties devront peut-être envisager la résiliation et la liquidation de la coentreprise.

1.3.12. En fonction de la juridiction du projet, les partenaires de la coentreprise devront envisager quel droit applicable régira la coentreprise, quelles juridictions devront être compétentes et si le recours à l'arbitrage serait approprié en cas de litige. Bien que cela ne soit pas nécessairement un élément clé lors de la phase de mise en place, il est essentiel de définir les paramètres convenus de toute procédure de règlement des litiges afin d'éviter tout écueil en cas de désaccord.

1.4. Accord de Partage de production

Résumé : Un accord de partage de production (« PSA ») (ou contrat de partage de production) est un type de convention minière dans lequel une société minière apporte un investissement de capitaux pour financer l'exploration, le forage et la construction d'infrastructures dans le cadre d'un projet minier. En contrepartie, la société minière reçoit une part des bénéfices générés par le projet. Le pourcentage des bénéfices attribués à la société minière est ajusté au fil du temps afin de refléter le rendement du capital et le recouvrement de l'investissement minier. Les impôts sont généralement payés sur les bénéfices nets attribués à la société minière.

Un accord de partage de production (« APP ») (ou contrat de partage de production) est un type de convention minière dans lequel une société minière apporte des investissements en capital pour financer l'exploration, le forage et la construction d'infrastructures dans le cadre d'un Projet minier. Un APP implique plusieurs parties, notamment le gouvernement d'accueil, la partie contractante (la société minière) et ses filiales ou sous-traitants, en fonction de la taille et de la nature du Projet minier. Parfois, le gouvernement d'accueil peut choisir d'exploiter lui-même le projet minier – peut-être après la découverte et la quantification des réserves minérales. Pour faciliter l'explication, cette section mettra l'accent sur les APP liant un gouvernement d'accueil et une seule société minière, où le gouvernement d'accueil n'exerce aucune fonction opérationnelle.

1.4.1. Un APP permet au gouvernement d'accueil de conserver la propriété des ressources minérales et d'en tirer des bénéfices, tout en évitant d'assumer le risque financier considérable lié à la mise en valeur de ces ressources sans garantie de succès.²⁵ En sous-traitant des services à une société minière nationale ou étrangère, le gouvernement d'accueil ouvre la voie permettant de tirer profit de ressources précieuses sans assumer de lourdes charges financières ni renoncer à la propriété des ressources minérales. De même, il conserve un certain contrôle sur la manière dont les travaux sont exécutés, par le biais des clauses contractuelles ou en proposant ses propres entreprises nationales pour fournir des services sur le site minier. Bien entendu, la société minière doit être disposée à assumer le risque financier lié au développement d'un Projet minier sans détenir la propriété de la mine et des actifs connexes. Aujourd'hui, les APP sont plus courants dans le secteur pétrolier que dans celui minier ; toutefois, la structure des APP pétroliers reflète celle des APP miniers dans leur forme de base.

²⁵ Vingt-quatrième réunion du Comité des statistiques de la balance des paiements du FMI : accords de partage de production, Banque centrale de Russie (2011).

1.4.2. Structure de base d'un APP

1.4.2.1. Dans un APP type, le gouvernement d'accueil et la société minière définissent une zone et une période pour la prospection, l'exploration et l'extraction de minéraux sur les terres appartenant à l'État. Ensuite, une fois que les parties s'entendent, la société minière verse une prime au gouvernement d'accueil en contrepartie du droit d'exploiter cette zone. Une autre prime peut être exigée lorsque des minéraux sont découverts. La société minière commercialise et vend les minéraux produits sur le site. Au moment de la production effective des ressources minérales, le gouvernement d'accueil perçoit une redevance sur les ventes. Un gouvernement d'accueil peut imposer une prime supplémentaire à une étape clé de la production, souvent liée à un volume en tonnes. Une fois les redevances versées, les recettes brutes provenant de la vente des ressources minérales par la société minière sont affectées au recouvrement des coûts et au bénéfice. Le montant du recouvrement des coûts couvrira les frais encourus par la société minière et peut varier dans sa couverture des dépenses.²⁶ Le recouvrement des coûts est un point de négociation important entre le gouvernement d'accueil et la société minière, car il garantit à cette dernière que ses dépenses seront payées. Un Projet minier plus risqué donnera souvent lieu à un recouvrement des coûts assorti d'une plus grande couverture pour la société minière, d'autant plus que celle-ci ne percevra aucun recouvrement des coûts si le projet ne produit pas de minéraux.

1.4.2.2. Une fois prélevé le montant correspondant au recouvrement des coûts de la société minière, le solde constitue le bénéfice. C'est à ce stade que le gouvernement d'accueil tire un bénéfice de la production. Ce bénéfice est réparti entre le gouvernement d'accueil et la société minière selon une proportion convenue. Le gouvernement d'accueil peut également prélever un impôt sur la part du bénéfice revenant à la société minière. Cet impôt sur les bénéfices représente la plus grande part des prélèvements fiscaux prévus dans le cadre des APP. Parmi les autres impôts appliqués aux recettes de la société minière figurent les taxes à l'exportation et à l'importation. En règle générale, un gouvernement d'accueil n'impose pas de droits d'exportation dans le cadre des accords de partage de production ; toutefois, il impose des droits d'importation, en particulier sur les biens ou services importés qui sont déjà disponibles à la vente dans le pays hôte.²⁷ Les droits d'importation sont abordés plus en détail à la section 3.2.

Compte tenu de la complexité et de l'incertitude inhérentes à un Projet minier type, il est important de mettre en place des accords de partage des bénéfices flexibles afin de trouver un équilibre entre la protection des recettes du gouvernement d'accueil et la capacité à attirer les investissements de capitaux indispensables. Ainsi, un barème dégressif pour le partage des bénéfices offre au gouvernement d'accueil et à la société minière une protection contre les facteurs imprévisibles. À mesure que la production minière augmente, ce barème penche en faveur du gouvernement d'accueil et la société minière reçoit une part de bénéfices progressivement plus faible. Autrement dit, plus la production d'une mine est importante, plus la part des bénéfices allouée au gouvernement d'accueil est élevée. Parfois, le gouvernement d'accueil fixera la redevance de production plutôt que d'utiliser une redevance dégressive, afin d'offrir davantage de certitude aux investisseurs préoccupés par une échelle dégressive de partage des bénéfices.

1.4.2.3. Le facteur R peut aider à déterminer le barème dégressif. **Il s'obtient en divisant les recettes par les coûts.** Le facteur R augmente à mesure que la production s'accroît et que les recettes progressent par rapport aux coûts. Ainsi, les APP permettent d'équilibrer le partage des recettes entre les coûts et la rentabilité.

²⁶ Yassine et al.

²⁷ Cabinet d'avocats spécialisé dans le droit de l'énergie

1.4.2.4. En règle générale, les coûts de la société minière ne seront pas dégressifs, car ils dépendent des charges et non des recettes brutes. Toutefois, le calcul intégrera les nombreuses complexités et les facteurs évoqués ci-dessus, afin de garantir que le gouvernement d'accueil ne supporte pas des coûts excessifs, tout en permettant à la société minière de récupérer ses dépenses. Les impôts et les primes de production sont également moins susceptibles d'être soumis à une échelle dégressive dans les APP.²⁸

1.4.2.5. Au nombre des autres obligations imposées par le gouvernement d'accueil, on peut citer les obligations en matière de contenu local et de marché intérieur. Au titre des obligations en matière de contenu local, la société minière est tenue d'utiliser des biens, des services ou des employés locaux pour le projet minier.²⁹ Les obligations en matière de marché intérieur prévoient notamment qu'un pourcentage des minerais produits par la société minière soit vendu au gouvernement d'accueil à un prix réduit ou à un taux convenu sur le marché international.³⁰ Les obligations en matière de marché intérieur peuvent être combinées avec des redevances ou des impôts sur les bénéfices et constituent, en substance, une autre forme d'imposition de la société minière.

1.4.3. Points de négociation

1.4.3.1. Le gouvernement d'accueil négociera l'Accord de partage de production (APP) en fonction de ses objectifs financiers. Il peut, à titre d'exemple, s'assurer une source de revenus en exigeant une prime à la signature et un pourcentage de redevance élevés, ou réclamer une part plus importante des bénéfices dans le cadre de la répartition des profits. Les négociations relatives à la part des bénéfices et au recouvrement des coûts dépendent généralement d'un certain nombre de facteurs économiques et de risques présents dès le début de l'accord, notamment :

- la taille de la concession minière ;
- l'existence ou non de réserves minérales connues ou inconnues ;
- la disponibilité d'informations relatives à la géologie ;
- l'incertitude quant à la fixation des prix des minéraux ; et
- les environnements économiques ou politiques risqués.³¹

1.4.3.2. La durée de la production constitue un autre point clé de la négociation. Un gouvernement d'accueil peut proposer une durée de production plus longue lorsque les réserves sont inconnues, ce qui laisse à la société minière plus de temps pour atteindre un niveau de production rentable. À l'inverse, si le gouvernement d'accueil dispose de réserves minérales avérées, il peut proposer une durée de production plus courte, car la société minière peut alors atteindre la rentabilité plus rapidement, sans être freinée par des coûts d'exploration élevés ni par des niveaux de production incertains.³²

1.4.3.3. Un autre moyen d'attirer les investissements dans les APP consiste à proposer un multiplicateur de recouvrement des coûts, qui offre une petite marge de manœuvre à la société minière en matière de coûts. Par exemple, un gouvernement d'accueil peut autoriser une augmentation de 10 % du recouvrement des coûts, ce qui crée un avantage supplémentaire pour la société minière.³³ Bien entendu, le recouvrement des coûts lui-même dépend de la production de minerais par la société minière, ce qui l'incite à atteindre effectivement le stade de la production.

1.4.3.4. Ainsi, dans le cadre d'un APP, le gouvernement d'accueil peut déduire toute combinaison de primes, de redevances, de bénéfices, d'impôts et de droits d'importation – avec les avantages supplémentaires liés aux obligations sur le marché intérieur et aux obligations de contenu local. Pendant ce temps, le gouvernement d'accueil conserve la propriété du terrain et des droits miniers connexes.

²⁸ Yassine et al.

²⁹ Yassine et al.

³⁰ Cabinet d'avocats spécialisé dans le droit de l'énergie.

³¹ Yassine et al.

³² Comment examiner un accord de partage de production.

³³ Yassine et al.

1.5. Conventions d'exploitation minière

Résumé : Une convention d'exploitation minière (« CEM ») fournit un cadre contractuel pour le processus d'exploration et de mise en valeur des ressources minérales. L'octroi effectif des droits miniers s'effectue généralement par le biais d'un instrument distinct, tel qu'un permis ou une concession. La CEM comporte des engagements importants et des dispositions financières qui ont une incidence sur les coûts encourus par la société minière, ainsi que sur les obligations de paiement de redevances et de primes et sur les rendements financiers. La CEM peut inclure des exonérations de droits d'importation et d'exportation, des dispositions de stabilisation ou d'exonération fiscale temporaires, ainsi que d'autres conditions pertinentes pour la détermination de la situation fiscale de la société minière.

1.5.1. De nombreux pays intègrent les conventions d'exploitation minière (CEM) dans leur dispositif juridique régissant la mise en valeur des ressources minérales. Une CEM ne confère pas le droit d'exploiter une mine ; ce droit est accordé sous la forme d'un permis ou d'une concession. La société minière titulaire du droit d'exploitation négocie et conclut la CEM avec le gouvernement d'accueil afin de jeter les bases claires et équitables du projet minier.

La CEM est un dispositif hybride à mi-chemin entre un permis d'exploitation minière (car elle contient certaines autorisations nécessaires pour l'exploitation de la mine) et une convention de mise en valeur de ressources minérales (car elle comporte des dispositions financières et des étapes clés ou critères de mise en valeur). La CEM ne fournit généralement pas toutes les permissions requises pour le projet minier, et la société minière peut devoir se faire délivrer des permis supplémentaires pour des activités spécifiques. La CEM fournit parfois une liste ou une annexe des permis supplémentaires requis dans le cadre du processus de mise en valeur des mines.

1.5.2. La CEM comporte des dispositions relatives aux éléments clés de la mise en valeur des mines, tels que les droits d'accès pour la mise en valeur des mines, les dispositions en matière de rentes et de redevances, une structure visant à faciliter le financement des opérations minières, un cadre pour l'implication des communautés et les accords de développement communautaire, des dispositions relatives au règlement des litiges, des exigences en matière de contenu local, ainsi que d'autres dispositions similaires.³⁴

1.5.3. De l'avis de certains commentateurs et responsables de l'élaboration des politiques, les gouvernements d'accueil devraient cesser de recourir aux contrats miniers tels que les CEM, pour s'orienter plutôt « vers des investissements fondés sur des codes juridiques clairs : codes miniers, codes fiscaux, lois sur l'environnement et autres dispositions juridiques d'application générale qui s'appliquent de manière égale à tous les acteurs concernés ».³⁵ Néanmoins, les CEM restent courantes et sont en effet adoptées en complément aux codes miniers ou en remplacement de ces derniers.³⁶

³⁴ Id. Voir également Association internationale du barreau, *Modèle de convention d'exploitation minière* (2011) (MMDA).

³⁵ Carlos Vilhena, Michael J. Bourassa, Luke Danielson, et Peter S. G. Leon, *The International Bar Association's Model Mining Development Agreement Project*, Rocky Mountain Mineral Law Foundation International Mining and Oil & Gas Law, Development, and Investment Paper (2011).

³⁶ Id.

1.5.4. Les CEM ont constitué un élément clé de la restructuration et de la privatisation du secteur minier en Zambie après l'avènement du Mouvement pour la démocratie multipartite en 1991.³⁷ Ces conventions comportaient des taux d'imposition préférentiels ainsi que des clauses de stabilité fiscale.³⁸ En raison de la hausse des cours du cuivre, ces conventions ont suscité une vive opposition,³⁹ et ont finalement été résiliées en 2010 afin de permettre l'instauration de nouvelles taxes plus élevées, notamment une taxe sur les bénéfices exceptionnels. Lorsque les prix du cuivre ont de nouveau baissé, l'impôt sur les bénéfices exceptionnels a été abrogé.⁴⁰

1.5.5. L'Association internationale du barreau a publié en 2011 un Modèle de convention d'exploitation minière (« MMDA »). Le MMDA présente les grandes lignes des dispositions clés d'une convention d'exploitation minière (CEM) et fournit des exemples de clauses tirées des CEM existantes, servant de modèle ou de guide pour la négociation d'un accord.⁴¹ Le MMDA offre un aperçu utile des approches standard en matière de fiscalité et d'autres aspects financiers d'une CEM.⁴²

1.5.6. En matière fiscale, le MMDA reconnaît que le code des impôts du gouvernement d'accueil définit le cadre des dispositions fiscales d'une CEM. Les dispositions fiscales types figurant dans le MMDA ne s'appliquent que dans la mesure où elles sont compatibles avec le code des impôts ou approuvées par la législation. Certains pays exigent l'approbation par le Parlement des CEM (ainsi que des concessions et autres actes octroyant des droits). Ce processus d'approbation peut garantir une plus grande flexibilité dans l'élaboration des dispositions fiscales d'une CEM.

1.5.7. L'article 7 du MMDA énonce les dispositions fiscales potentielles d'une CEM. Le MMDA reconnaît que la société minière est soumise aux politiques fiscales et à la législation du pays d'accueil, sauf disposition contraire prévue dans la CEM.⁴³

1.5.8. Le MMDA prévoit que la société minière négociera un plafond pour son taux de l'impôt sur le revenu. L'article 7.2(a) du MMDA prévoit que le taux applicable à la société minière sera le plus bas entre le taux d'imposition applicable et un pourcentage à négocier entre la société minière et le gouvernement d'accueil. La disposition relative à l'impôt sur le revenu du MMDA garantit également que l'impôt sur le revenu est limité aux revenus générés dans le pays hôte et restreint la capacité du gouvernement d'accueil à assujettir à l'impôt sur le revenu les entités situées ailleurs dans la structure organisationnelle de la société minière.⁴⁴

³⁷ Sangwani Patrick Ng'ambi, Contractual Protections Against the Resource Nationalism Cycle in Zambia, 4 Cardozo Int'l & Comp. L. Rev. 829, 841 (2021).

³⁸ Id., citant la Convention d'exploitation de la mine, de la fonderie et de la raffinerie de Mufulira, ainsi que des mines, du concentrateur et de l'usine de traitement cobalt de Nkana, <https://www.resourcecontracts.org/contract/ocds-591adf-0639959550/view#>.

³⁹ Id. à la page. 844.

⁴⁰ Id.

⁴¹ Peter S. G. Leon, Le projet de Modèle de convention d'exploitation minière de l'Association internationale du barreau, International Mining and Oil & Gas Law, Development, and Investment, 2011 NO. 3 RMMLF-INST PAPER n° 9B (2011).

⁴² MMDA, art. 7

⁴³ MMDA 7.1(c)

⁴⁴ MMDA 7.2

1.5.9. Le MMDA prévoit également une série de déductions de l'impôt sur le revenu liée aux coûts de mise en valeur et d'exploitation d'une mine. Ces déductions comprennent :

- les redevances et les taxes versées par la société minière en vertu de la CEM, y compris les paiements aux communautés locales ;
- les coûts d'exploration ;
- la conception, l'aménagement et la construction de la mine ;
- les opérations minières ;
- la fusion, le traitement et la commercialisation ;
- la remise en état et la réhabilitation de la mine ;
- les intérêts sur les emprunts ;
- l'amortissement des équipements, des installations et autres dépenses d'investissement, assorti du droit de reporter toutes pertes correspondantes sur les exercices ultérieurs.

1.5.10. Le MMDA comprend également une disposition protégeant la société minière contre toute augmentation des impôts locaux non conforme à la CEM,⁴⁵ ainsi qu'une interdiction générale d'exiger des impôts non prévus par la CEM.⁴⁶

1.5.11. L'article 5 du MMDA traite des droits de douane et des droits d'importation. En vertu du MMDA, « les fournitures, marchandises, matériaux, carburants, machines, équipements et biens de consommation nécessaires à la bonne exécution du projet » sont exemptés de tout droit de douane, et tout autre droit d'importation est remboursable.⁴⁷ La société minière pourrait avoir à payer des frais destinés à couvrir le coût de l'inspection gouvernementale des matériaux importés.⁴⁸ L'exportation de minerais et de produits connexes est également exonérée de droits d'exportation.⁴⁹ Le MMDA exonère également la société minière de toute taxe sur la valeur ajoutée (« TVA »).⁵⁰

1.5.12. En mars 2023, le gouvernement du Malawi a conclu une CEM avec Globe Metals and Mining (Africa) Limited concernant le projet de niobium de Kanyika.⁵¹ La CEM relative au niobium de Kanyika au Malawi reprend certaines des, mais pas toutes, dispositions fiscales prévues dans le MMDA. Elle se réfère à la loi fiscale du Malawi dans de nombreuses dispositions, plutôt que d'inclure une disposition spécifique à la CEM. Des éléments tels que la rente tirée de l'exploitation des ressources, le cantonnement, les coûts et dettes déductibles, ainsi que la retenue à la source sont tous régis par la loi fiscale du Malawi. Le cantonnement des projets miniers a été ajouté à la loi fiscale suite à un amendement apporté en 2016.⁵²

1.5.13. Le taux d'imposition applicable aux sociétés exerçant des opérations minières est de 30 % du revenu imposable, avec une taxe supplémentaire de 5 % du revenu imposable appliquée aux sociétés non constituées en personne morale au Malawi. Les rentes tirées de l'exploitation des ressources sont assujetties à un supplément de 10 % des bénéfices après impôt si le taux de rendement de la société minière dépasse 20 % (voir l'Annexe 11 de la loi fiscale du Malawi). Outre d'autres déductions, la société minière peut déduire de son revenu imposable les contributions versées à un fonds de fermeture de la mine ; toutefois, lorsque ces fonds ont été versés, les répartitions sont considérées comme des revenus.⁵³

⁴⁵ MMDA 7.10

⁴⁶ MMDA 7.9

⁴⁷ MMDA, art. 5.

⁴⁸ MMDA 5.1.

⁴⁹ MMDA 5.1(c)

⁵⁰ MMDA 7.4

⁵¹ <https://resourcecontracts.org/contract/ocds-591adf-4540340150/view#/pdf>.

⁵² Administration fiscale du Malawi, « Publication au Journal officiel des nouvelles mesures fiscales pour 2016/17 » (7 octobre 2016) (<https://www.mra.mw/press-releases/new-tax-measures-for-201617-gazetted>)

⁵³ Article 21.4 de la CEM du projet de Kanyika.

1.5.14. La CEM de Kanyika prévoit une stabilisation fondée sur la législation fiscale en vigueur. La durée de cette stabilisation est de dix ans, et la société minière peut déterminer la date à laquelle cette période de dix ans commence.⁵⁴

1.5.15. L'administration fiscale du Malawi a également mis en place des mesures incitatives concernant les droits de douane et la TVA : « Exonération des droits de douane et de la TVA sur l'importation de biens spécialisés destinés à l'exploitation minière, tels que les machines, les installations et les équipements d'exploration. »⁵⁵ L'exonération des droits de douane n'est soumise à aucune limite de durée.⁵⁶

⁵⁴ Article 21.10 de la CEM du projet de Kanyika.

⁵⁵ Administration fiscale du Malawi, Incitations fiscales au Malawi, p. 9 (juin 2022)

⁵⁶ Article 21.9 de la CEM du projet de Kanyika.



Atlas des législations minières africaines (AMLA)

2. Questions fiscales clés

2.1. Assiette de l'impôt sur le revenu

Le champ d'application de l'impôt sur le revenu applicable à un projet minier dépend directement de la structure du projet, telle que résumée dans le tableau 2.1, qui identifie les questions fiscales clés liées aux différents modes de structuration d'un projet minier (il existe souvent des recoupements entre les différentes structures) :

Forme du projet minier	Propriété des ressources	Assiette de l'impôt sur le revenu	Questions clés liées à l'impôt sur le revenu
Contrat de prestation de services	Gouvernement d'accueil	Bénéfice net attribuable à la prestation de services parfois calculé selon la méthode du prix de revient majoré sur les services fournis dans le pays ou potentiellement à l'étranger	• Retenue à la source • Prix de transfert
Permis et Concessions	Société minière (pendant la durée de la concession)	Bénéfice net tiré de l'extraction des ressources (déduction faite des redevances versées aux gouvernement d'accueil)	• Déductions pour amortissement • Prix de transfert • Retenue à la source sur les intérêts
Accord de partage de production	Gouvernement d'accueil	Bénéfice net tiré de l'extraction des ressources	• Déductions pour amortissement • Prix de transfert • Retenue à la source sur les intérêts
Co-entreprise	Gouvernement d'accueil et société minière	Bénéfice net attribuable à la participation de la société minière dans la coentreprise (selon la forme de la coentreprise)	• Déductions pour amortissement • Prix de transfert • Retenue à la source sur les intérêts
Conventions d'exploitation minière	Gouvernement d'accueil (mais variable selon le contrat)	Bénéfice net tiré de l'extraction / exploitation des ressources	• Déductions pour amortissement • Prix de transfert • Retenue à la source sur les intérêts

Il ressort du tableau ci-dessus que la situation fiscale de la société minière varie en fonction de la nature du projet. Par exemple, les questions relatives aux prix de transfert (examinées plus en détail ci-dessous) sont moins prégnantes dans le cadre d'une coentreprise que dans celles relatives aux permis, concessions et accords de partage de production, dans la mesure où le gouvernement d'accueil peut agir, dans le cadre de la coentreprise, comme un tiers garantissant que les transactions entre l'entité coentreprise et la société minière sont effectuées dans des conditions de pleine concurrence.⁵⁷

Le « cantonnement » constitue un enjeu majeur qui influe sur l'assiette fiscale d'un projet minier. Compte tenu de la spécificité de l'industrie minière, les bénéfices tirés des projets miniers par les sociétés minières sont, dans certains pays, cantonnés et imposés séparément de ceux provenant de leurs autres activités. Les gouvernements d'accueil ont recours au cantonnement afin d'éviter les pertes fiscales dès les premières phases d'un projet minier, en empêchant la société minière de compenser ses bénéfices non miniers par ceux provenant d'autres activités menées dans le pays. Certains pays appliquent le cantonnement au cas par cas afin d'imposer chaque projet minier séparément, empêchant ainsi que les pertes d'un projet ne viennent compenser les bénéfices d'un autre.

2.2. Taux de l'impôt sur le revenu

Le taux de l'impôt sur le revenu applicable à une société minière correspondra en général au taux de l'impôt sur les sociétés (« IS ») en vigueur dans le pays concerné. Ce taux s'applique aux bénéfices nets générés par le projet, en tenant compte des déductions et abattements applicables.

Le taux moyen de l'impôt sur le revenu des sociétés en Afrique est d'environ 27 %.⁵⁸ Dans certains pays, le taux de l'impôt sur le revenu applicable à une société minière diffère du taux de l'impôt sur les sociétés applicable aux entreprises ou au secteur d'activité en général. Par ailleurs, quelques pays imposent aux sociétés minières des taxes supplémentaires sur l'exploitation minière, les bénéfices exceptionnels ou les bénéfices excédentaires, soit en complément de l'impôt général sur le revenu des sociétés, soit dans le cadre d'un régime fiscal distinct. Ces taxes distinctes ou supplémentaires visent à tenir compte de certaines caractéristiques propres au secteur minier.

2.3. Retenue à la source

Un projet minier donne lieu à de nombreux flux sortants. Il s'agit notamment des intérêts liés au financement du projet, des redevances pour l'accès aux technologies et à d'autres droits de propriété intellectuelle, des honoraires pour les services, y compris les services techniques, ainsi que des dividendes ou autres rapatriements du bénéfice net.

Les retenues à la source constituent un moyen de percevoir l'impôt sur le revenu applicable aux flux sortants. Ces derniers sont soumis à une retenue à la source s'ils ont « leur source » dans le pays d'accueil. Les règles de détermination de la source dépendent généralement du type de flux sortant. Par exemple, la source des intérêts est déterminée en fonction du lieu où se trouve l'emprunteur. Si celui-ci a sa résidence fiscale dans un pays, le paiement d'intérêts qu'il effectue à un prêteur étranger sera soumis à une retenue à la source.

La source d'une redevance est déterminée en fonction du lieu où la propriété intellectuelle est utilisée. À titre d'exemple, si une société minière résidente utilise une technologie d'exploration exclusive dans le cadre d'un projet minier local pour lequel elle a obtenu un permis auprès d'une partie à l'étranger, cette redevance sera soumise à une retenue à la source.

La source des services est établie au lieu où ils sont effectivement fournis. Si les services sont

⁵⁷ La question de savoir si un paiement entre parties liées est effectué selon les conditions de pleine concurrence n'est qu'un des aspects liés aux paiements sortants entre parties liées. Les pays peuvent imposer des restrictions supplémentaires sur ces paiements, même s'il est établi qu'ils sont effectués selon les conditions de pleine concurrence.

⁵⁸ Taux de l'impôt sur les sociétés par pays | Tendances en matière d'impôt sur les sociétés | Tax Foundation

fournis dans le pays d'accueil, une retenue à la source pourrait s'appliquer au paiement de ces services. Certains pays estiment que les services fournis en dehors du territoire national sont soumis à une retenue à la source si le bénéficiaire de ces services se trouve dans le pays d'accueil. La plupart des pays appliquent aux flux sortants des taux de retenue à la source prescrits par la loi. Les conventions fiscales peuvent réduire ou exonérer les retenues à la source sur les dividendes, les intérêts et les redevances.

Les conventions relatives à l'impôt sur le revenu peuvent en outre limiter les retenues à la source applicables aux honoraires de prestation de services, sauf si le prestataire de services dispose d'un lien fiscal (un « établissement stable ») dans le pays d'accueil. De plus en plus, les conventions relatives à l'impôt sur le revenu conclues avec certains pays (généralement en développement) ont élargi le champ d'application des retenues à la source afin d'intégrer les « frais pour services inclus » dans la définition des redevances soumises à la retenue à la source.⁵⁹ Cette mesure vise à intégrer et soumettre à la retenue à la source les services techniques liés à la propriété intellectuelle faisant l'objet d'un permis.

2.4. Déductions pour amortissement

2.4.1. Les déductions pour amortissement encouragent les investissements en capital.⁶⁰ Les projets miniers sont à forte intensité de capital et les abattements d'impôt pour dépenses d'investissement permettent à un investisseur d'étaler le coût de ces dépenses d'investissement sur toute la durée de vie de l'actif. Ces déductions prennent la forme d'une dépréciation, d'une déduction pour épuisement et d'un amortissement. De plus, les pays autorisent souvent une déduction immédiate pouvant aller jusqu'à 100 % de certaines dépenses d'investissement afin d'encourager davantage les investissements en capital.

2.4.2. Le montant d'une déduction pour amortissement dépend généralement de deux facteurs :

Durée de vie utile : la durée de vie utile d'un actif immobilisé détermine la période pendant laquelle la dépréciation et l'amortissement peuvent être comptabilisés. Les durées de vie utiles peuvent être prescrites en fonction du type d'actif, du secteur d'activité ou d'autres facteurs.

Méthode : une fois la durée de vie utile de l'actif immobilisé déterminée, celui-ci fait l'objet d'une dépréciation ou d'un amortissement sur toute sa durée de vie selon la méthode de la dépréciation ou de l'amortissement. Les deux méthodes les plus courantes sont la méthode linéaire et la méthode d'amortissement accélérée.

2.4.3. Selon la méthode linéaire, l'actif fait l'objet d'un amortissement à un taux annuel sur toute sa durée de vie. À titre d'exemple, une foreuse minière d'une valeur de 10 millions de dollars EU (déduction faite de la valeur résiduelle) et dont la durée de vie utile est de cinq ans serait amorti selon la méthode linéaire à raison de 2 millions de dollars EU par an.

Amortissement linéaire = (Prix d'achat – Valeur de récupération) / Durée de vie utile où :

- Prix d'achat : coût total de l'actif, y compris les dépenses en capital
- Valeur de récupération : valeur estimée de l'actif à la fin de sa durée de vie utile
- Durée de vie utile : nombre d'années pendant lesquelles l'actif est censé être utile

2.4.4. L'amortissement accéléré permet au contribuable de demander un multiple de l'amortissement linéaire (par exemple 150 % ou 200 % de l'amortissement linéaire). Cette méthode a pour effet de concentrer les déductions pour amortissement sur les premières années du projet, ce qui encourage davantage les investissements en capital.

⁵⁹ Voir l'article 12A du Modèle de convention fiscale des Nations Unies. UN Model_2021.pdf

⁶⁰ Il convient de noter qu'une part importante des investissements en capital est réalisée bien avant qu'un projet ne génère des revenus. De ce fait, les déductions pour amortissement sont indissociables d'autres questions fiscales, notamment les limitations des charges d'intérêts et le report des pertes d'exploitation nettes

2.5. Limitations des charges d'intérêt

2.5.1. Contexte

Le recours aux charges d'intérêts pour obtenir des déductions excessives constitue un phénomène largement répandu, qui a conduit à l'adoption d'un ensemble de règles visant à limiter le montant des intérêts pouvant être déduits à des fins fiscales. Le 19 juillet 2013, l'Organisation de coopération et de développement économiques (« OCDE ») a publié un plan d'action concernant l'érosion de la base d'imposition et le transfert de bénéfices (« BEPS »). Comme indiqué plus en détail à la section 4 ci-dessous, l'action 4 du plan d'action du BEPS préconisait des recommandations concernant les meilleures pratiques en matière d'élaboration de règles visant à prévenir l'érosion de la base d'imposition par le recours aux charges d'intérêts à des fins de déductions excessives. Le 5 octobre 2015, l'OCDE a publié son rapport final intitulé « Limiter l'érosion de la base d'imposition faisant intervenir les déductions d'intérêts et d'autres frais financiers », qui a ensuite été mis à jour en 2016.⁶¹ Le « Rapport sur l'action 4 du BEPS » prévoit globalement deux ensembles de règles clés : la règle du ratio fixe et la règle du ratio de groupe. Avant d'aborder brièvement ces deux règles, il convient de noter que, dans le secteur minier, la légitimité du financement intragroupe est généralement réglementée par la participation dans les structures de groupe d'investisseurs minoritaires, de partenaires de coentreprise ou d'actionnaires du gouvernement d'accueil.

La règle du ratio fixe limite la déduction nette effectuée par une société au titre des intérêts, ainsi que de tout paiement économiquement équivalent à des intérêts, à un pourcentage de son bénéfice avant intérêts, impôts, dépréciation et amortissement (« BAIIIDA »). Les ratios recommandés par l'OCDE se situent entre 10 et 30 % du BAIIIDA d'une société, ce qui vise à trouver un équilibre entre la lutte contre le BEPS et la prise en compte des positions divergentes des différentes juridictions. La règle du ratio de groupe a été introduite pour traiter les cas où des entreprises au sein d'une structure de groupe sont fortement endettées auprès de tiers pour des raisons autres que fiscales. La règle du ratio de groupe permet à une entreprise dont les charges d'intérêts nettes dépassent le ratio fixe du pays d'accueil de déduire des intérêts à concurrence du ratio intérêts nets/BAIIIDA du groupe mondial, et prévoit donc un seuil plus élevé en vertu duquel seules les charges d'intérêts nettes qui dépassent le ratio du groupe mondial seraient rejetées.

À la suite de la publication du Rapport sur l'action 4 du BEPS, plusieurs juridictions ont désormais adopté des règles qui limitent le montant des intérêts qu'une société ou un groupe peut déduire de ses bénéfices à des fins fiscales, sur la base d'un pourcentage du BAIIIDA. Après avoir présenté brièvement l'action 4 du Plan d'action du BEPS, la section suivante se focalise sur la limitation des charges d'intérêts dans le contexte des différentes structures des projets miniers évoquées dans la section 1 ci-dessus.

2.5.2. Contrats de prestation de services

Comme indiqué à la section 1.1, un contrat de prestation de services dans le cadre du secteur minier désigne un accord en vertu duquel le gouvernement d'accueil fait appel à une société minière pour mener à bien ses opérations minières en tant que sous-traitant ou prestataire de services. La société minière pourrait être rémunérée en espèces pour ses services ; toutefois, elle percevra le plus souvent un remboursement de ses coûts réels ainsi qu'une rémunération calculée sur la base des bénéfices. Étant donné que les coûts encourus par la société minière sont susceptibles d'être remboursés et qu'un gouvernement d'accueil est davantage enclin à traiter avec une société minière jouissant d'une stabilité financière et capable de financer de telles opérations minières, cette dernière est susceptible de moins dépendre du financement par emprunt externe dans le cadre de cet accord commercial. Toutefois, les prêts intra-groupes présentent toujours le risque qu'ils soient utilisés pour générer des déductions d'intérêts excessives.

⁶¹ OCDE (2016), Limiter l'érosion de la base d'imposition faisant intervenir les déductions d'intérêts et d'autres frais financiers, Action 4 – Version actualisée 2016, Éditions de l'OCDE.
https://www.oecd.org/content/dam/oecd/fr/publications/reports/2016/12/limiting-base-erosion-involving-interest-deductions-and-other-financial-payments-action-4-2016-update_g1g745d0/9789264268357-fr.pdf

2.5.3. Permis et concessions

Les concessions et les permis accordent aux sociétés minières des droits miniers exclusifs sur certains minéraux dans une zone définie, y compris le droit d'explorer, d'exploiter et de commercialiser lesdits minéraux. Les paiements effectués par les sociétés minières au titre des contrats de concession et des permis ne constituent en aucun cas des paiements d'intérêts et ne sont, par conséquent, pas soumis aux limites applicables aux charges d'intérêts. À titre d'exemple, les redevances et autres droits ne sont pas considérés comme des charges d'intérêts aux fins de ces limitations ; toutefois, ces paiements réduiraient les bénéfices avant impôts, ce qui pourrait être pertinent pour le calcul global de la restriction relative aux intérêts. Tout emprunt externe contracté par la société minière pour financer ces paiements à ce stade du projet serait susceptible de porter intérêt, et cet intérêt pourrait être déduit par la société minière sous réserve des limitations et restrictions en vigueur dans la juridiction concernée.

L'exploration est une composante essentielle de l'industrie minière. À cette occasion, des équipes spécialisées analysent le relief et la géologie d'un pays à la recherche d'indices de présence de gîtes minéraux. Cette phase est considérée comme étant « à haut risque mais très lucrative » ; à ce stade, les sociétés minières peinent à obtenir des emprunts auprès de sources externes, car elles ne génèrent pas encore de revenus. Dans ce contexte, les déductions excessives sur le revenu présentent donc moins de risques. En revanche, lors des phases de mise en valeur et d'extraction, les emprunts externes sont plus faciles à obtenir. Cette situation, associée à d'importants besoins de financement, peut accroître le risque de transferts agressifs de bénéfices entre les sociétés d'un même groupe afin d'obtenir des déductions d'intérêts excessives. Toutefois, le recours accru au financement par emprunt à ce stade est indispensable à la structuration du capital et ne devrait être perçu avec suspicion. Pour obtenir des déductions d'intérêts excessives, une société détenant des droits miniers exclusifs aurait tendance à recourir à la dette externe pour répondre à ses besoins de financement. Elle pourrait ainsi réinvestir le montant emprunté sous la forme d'un prêt intragroupe à une filiale située dans une juridiction appliquant de forts taux d'imposition, ce qui lui permettrait de bénéficier de déductions d'intérêts plus importantes à des fins fiscales. Elle pourrait en outre facturer à la filiale un taux d'intérêt supérieur à celui appliqué à la dette externe dans le but d'augmenter le montant des déductions d'intérêts disponibles (voir section 2.7 (Prix de transfert)).

Il convient de noter que les taux de financement obtenus par la fonction de trésorerie centrale d'un groupe d'entreprises multinationales (« EMN ») sont parfois plus avantageux que les taux disponibles sur un marché local, par exemple dans un pays africain. Une société assurant une fonction de trésorerie centrale peut également être mieux placée pour équilibrer un portefeuille d'actifs et gérer le risque de change. À ce titre, un groupe peut avoir des raisons commerciales légitimes de structurer son financement de cette manière. Toutefois, lorsque cette structuration n'est pas motivée par de véritables raisons commerciales, les règles limitant le recours aux déductions d'intérêts par un groupe dans la juridiction concernée, conformément à l'action 4 du Plan d'action du BEPS (et examinées en détail à la section 4 ci-dessous), ainsi que les règles relatives au prix de transfert, limiteraient autrement l'ampleur de l'érosion de la base d'imposition.

2.5.4. Coentreprise

Les coentreprises sont de plus en plus fréquentes dans le secteur minier pour plusieurs raisons, notamment la nécessité de partager les risques liés au projet ainsi que les coûts. Les partenaires de la coentreprise conviennent généralement d'un plan de financement pour l'ensemble des opérations minières, depuis les premiers forages jusqu'à la construction complète.

Dans le cadre des sociétés en coentreprise, on a tendance à recourir à des souscriptions de capital social et à des prêts d'actionnaires pour le financement. L'on pourra dès lors déduire les intérêts sur ces prêts des bénéfices à des fins fiscales, sous réserve des règles en vigueur dans la juridiction concernée limitant les déductions d'intérêts conformément à l'action 4 du plan d'action du BEPS.



Si une société minière est déjà soumise à une restriction relative aux intérêts en raison du montant élevé des intérêts dus sur sa dette externe, il est peu probable que les intérêts sur la dette envers les actionnaires soient fiscalement déductibles. Il convient également de noter que les actionnaires peuvent retirer des bénéfices de la coentreprise par le biais de versements de dividendes, y compris des dividendes sur des actions privilégiées qui présentent, sur le plan économique, un caractère similaire à celui des intérêts. Les dividendes et les paiements sur des instruments présentant des caractéristiques proches des capitaux propres ne sont généralement pas fiscalement déductibles.

Il convient de noter que, dans le cadre de la règle du ratio du groupe, une société en coentreprise est intégrée dans les comptes consolidés du groupe du partenaire de la coentreprise qui exerce le contrôle, c'est-à-dire lorsqu'un des partenaires détient une participation de 50 % plus une action dans la coentreprise. Toutefois, lorsqu'aucun partenaire n'exerce le contrôle global d'une coentreprise, aucun d'entre eux n'intégrera cette coentreprise dans ses états financiers consolidés selon la méthode de la mise en équivalence. L'absence de partenaire de la coentreprise exerçant un contrôle, et le fait que la coentreprise soit donc traitée comme une entité distincte, aurait probablement pour effet de réduire le ratio intérêt net/BALIDA du groupe et, par conséquent, d'abaisser le seuil applicable aux fins de la limitation des déductions d'intérêts relatives aux emprunts que la coentreprise pourrait contracter pour financer ses activités minières.

2.5.5. Accord de partage de production

Dans le cadre de projets miniers qui ont recours à un accord de partage de production (APP), la société minière peut contracter des emprunts externes afin de réaliser ses activités de production et ainsi rendre les intérêts déductibles, sous réserve des restrictions applicables dans la juridiction concernée. Toutefois, un soutien au crédit est souvent requis au titre de l'accord de partage de production en ce qui concerne les obligations de la société minière, compte tenu de l'importance des investissements. Lorsque la société minière présente une cote de crédit insuffisante, ce soutien prendra la forme d'une lettre de crédit ou d'une garantie de la société mère correspondant à la valeur indiquée (à savoir la proportion des dépenses contractuelles sur une période déterminée) et sera généralement ajusté chaque année en fonction du montant des dépenses d'investissement engagées au cours de la période concernée. Par ailleurs, il est à noter que l'accord de partage de production fixera une part prédéterminée de la production revenant à la société minière, à partir de laquelle celle-ci pourra récupérer ses coûts d'exploration et de production pour une année donnée. Comme indiqué précédemment, plus le projet est risqué, plus le recouvrement des coûts pour la société minière est important.

2.5.6. Conventions d'exploitation minière

Pour qu'une société minière puisse conclure un contrat avec un gouvernement d'accueil en vertu d'une convention d'exploitation minière (CEM),⁶² plusieurs conditions doivent être remplies, notamment la confirmation, par le biais d'une diligence raisonnable, que la société minière dispose des capacités financières nécessaires pour mener à bien le projet minier proposé (par exemple, en Tanzanie, les dépenses d'investissement d'un projet minier doivent s'élever à au moins 100 millions de dollars EU). Cependant, dans la mesure où la plupart des coûts de développement sont financés au moyen de dettes, le risque d'érosion de la base d'imposition résultant de déductions d'intérêts excessives dans le cadre des CEM constitue un sujet de préoccupation.

Le Modèle de convention d'exploitation minière (MMDA) prévoit une clause de stabilité qui protège la société minière contre toute augmentation des taxes locales non conforme à la convention, ainsi qu'une interdiction générale d'imposer des taxes non prévues par celle-ci.⁶³

⁶² MMDA 7.10

⁶³ MMDA 7.9

Dans ce contexte, si des dispositions nationales limitant le recours à la déduction d'intérêts venaient à entrer en vigueur après la signature d'une CEM comportant de telles clauses, la société minière pourrait être protégée contre d'éventuelles hausses d'imposition résultant de ces restrictions sur les déductions d'intérêts. Toutefois, cette protection dépend de la nature de la clause de stabilité en question. En outre, on reconnaît de plus en plus, y compris au sein du Fonds monétaire international, que les clauses de stabilité devraient avoir une portée et une durée limitées et, en particulier, ne devraient pas restreindre l'applicabilité des dispositions visant à lutter contre l'évasion fiscale.

2.6. Pertes d'exploitation nettes

2.6.1. Dans la plupart des pays, il est possible de faire un report sur un exercice ultérieur (et, dans certains cas, un report sur un exercice antérieur) des pertes d'exploitation nettes. L'objectif général de la déduction des pertes d'exploitation nettes consiste à lisser l'imposition sur une période marquée par des fluctuations importantes du compte de résultat, un phénomène assez courant dans le secteur minier.

2.6.2. Les projets miniers occasionnent généralement des pertes pendant de nombreuses années, jusqu'à ce que la mine soit mise en valeur et entre en production. Les dépenses d'investissement importantes, qui sont généralement financées par l'endettement, se traduisent par des déductions substantielles au titre de la dépréciation, de l'amortissement et des charges d'intérêt. Elles entraînent naturellement des pertes imposables. Les reports sur l'exercice ultérieur et les reports sur l'exercice antérieur représentent des actifs d'impôts différés qui reproduisent les déductions qui seraient normalement effectuées au cours des années où la mine est en production et génère des revenus. Les reports de pertes d'exploitation nettes ne constituent pas des incitations fiscales, mais des ajustements temporels qui neutralisent les différences de rentabilité entre les différents secteurs d'activité.

2.6.3. La compensation des pertes d'exploitation nettes varie d'un pays à l'autre en ce qui concerne la durée du report sur les exercices ultérieurs et le montant du revenu imposable pouvant être imputé sur ce report. De nombreux pays ont opté pour un report sur les exercices ultérieurs d'une durée illimitée. Ils ont toutefois fixé des limites au montant du revenu imposable pouvant être imputé sur une perte d'exploitation nette. Ces limites varient entre 50 et 90 % et reviennent, en substance, à imposer un impôt minimum.

2.6.4. En principe, il n'existe aucune différence entre le report sur les exercices antérieurs et le report sur les exercices ultérieurs d'une perte d'exploitation nette, dans la mesure où les deux permettent de lisser les fluctuations du revenu imposable et des pertes. Cependant, de nombreux pays ont supprimé le report sur les exercices antérieurs au profit d'un report sur les exercices ultérieurs à durée indéterminée. Il convient de noter que les avantages du report sur les exercices antérieurs ou ultérieurs d'une perte d'exploitation nette dépendent également du stade d'avancement du projet minier. Les reports sur l'exercice ultérieur des pertes d'exploitation nettes sont plus avantageux en début de projet, tandis que ceux sur l'exercice antérieur ne le sont davantage qu'à la fin du cycle de vie du projet en général.

2.7. Prix de transfert

2.7.1. Introduction

Le prix de transfert désigne la méthode consistant à établir un prix approprié à des fins fiscales (un montant conforme au principe de pleine concurrence) lorsque des transactions sont effectuées entre des « parties liées ». Cette méthode s'applique aux cas où une société en contrôle une autre (soit directement, soit indirectement, par le biais de la détention d'actions, de droits de vote ou par tout autre moyen). Lorsque des parties indépendantes effectuent une transaction, les conditions commerciales de celle-ci sont normalement déterminées par les forces du marché. Toutefois, lorsque des parties liées réalisent une transaction entre elles, les conditions de celle-ci peuvent ne pas être influencées par les forces du marché de la même manière que si elles étaient indépendantes l'une de l'autre. La transaction entre les parties liées est appelée « transaction contrôlée » tandis que la transaction entre parties indépendantes est appelée « transaction non contrôlée ».

En vertu des règles relatives aux prix de transfert, les bénéfices des parties liées peuvent être ajustés si nécessaire afin que les transactions contrôlées soient considérées comme s'effectuant « dans des conditions de pleine concurrence », c'est-à-dire selon les conditions qui auraient prévalu si ces parties avaient été indépendantes les unes des autres.

De nombreux pays disposent de règles relatives au prix de transfert qui prévoient les circonstances dans lesquelles le prix effectivement pratiqué entre parties liées doit être remplacé par un montant dans des conditions de concurrence normale, ainsi que la manière dont ce montant doit être calculé. Bon nombre de ces règles s'articulent autour du « principe de pleine concurrence », issu des Principes de l'OCDE applicables en matière de prix de transfert, dont la dernière version a été publiée le 20 janvier 2022.⁶⁴

Les prix de transfert ont également fait l'objet d'une attention particulière dans le cadre du projet de BEPS de l'OCDE, notamment les Actions 8 à 10 du plan d'action du BEPS, qui sont examinées plus en détail à la section 4 ci-dessous. Outre les Principes de l'OCDE applicables en matière de prix de transfert, il est important de se référer également au Manuel pratique des Nations Unies sur les prix de transfert à l'intention des pays en développement, qui constitue une ressource utile pour fournir des orientations sur les aspects politiques et administratifs de l'application d'une analyse des prix de transfert, bien que les sections ci-après se concentrent sur les Principes de l'OCDE applicables en matière de prix de transfert.

Il existe cinq méthodes de prix de transfert décrites dans les Principes de l'OCDE applicables en matière de prix de transfert, à savoir : la méthode du prix comparable sur le marché libre (« PCPC ») ; la méthode du prix de revente ; la méthode du coût majoré ; la méthode transactionnelle de partage des bénéfices ; et la méthode transactionnelle de la marge nette. Toutefois, avant d'aborder les différentes méthodes de prix de transfert, il convient d'examiner brièvement la manière dont il convient de délimiter la transaction appropriée à laquelle chaque méthode peut s'appliquer.

Pour définir avec précision une transaction, il convient d'évaluer le comportement réel des parties liées par rapport aux termes écrits du contrat de transaction, afin de prendre en compte les contributions réelles des parties à la création de valeur, par rapport à leurs obligations contractuelles dont le contenu peut ne pas refléter la réalité. Le chapitre 1 des Principes de l'OCDE applicables en matière de prix de transfert précise que si les caractéristiques économiquement pertinentes de la transaction ne correspondent pas au contrat écrit entre les parties liées, la transaction réelle doit alors être définie aux fins de l'analyse des prix de transfert conformément aux caractéristiques de la transaction telles qu'elles se reflètent dans le comportement des parties. Les principes indiquent en outre que lorsqu'il existe des différences notables entre les clauses contractuelles et : le comportement des parties liées ; les fonctions qu'elles exercent effectivement ; les actifs qu'elles utilisent effectivement ; les risques qu'elles assument effectivement, considérés dans le contexte des clauses contractuelles, ces différences notables doivent servir à définir avec précision la transaction. Une fois que la transaction appropriée a été identifiée, on peut appliquer les méthodes de prix de transfert à cette transaction afin d'établir le prix de pleine concurrence.

2.7.2. Méthode du prix comparable sur le marché libre

La méthode du prix comparable de pleine concurrence consiste à comparer le prix utilisé dans la transaction contrôlée avec celui appliqué dans une transaction non contrôlée comparable. Lorsque ces prix diffèrent, le prix de la transaction non contrôlée peut se substituer à celui de la transaction contrôlée. Cette méthode est réputée être la méthode de prix de transfert la plus directe et la plus précise, sous réserve de la disponibilité des données appropriées (c'est-à-dire de transactions comparables pertinentes) nécessaires à son application.

⁶⁴ Principes de l'OCDE applicables en matière de prix de transfert à l'intention des entreprises multinationales et des administrations fiscales 2022, Éditions de l'OCDE, https://www.oecd.org/fr/publications/principes-de-l-ocde-applicables-en-matiere-de-prix-de-transfert-a-l-intention-des-entreprises-multinationales-et-des-administrations-fiscales-2022_5357f003-fr.html

2.7.3. Méthode du prix de revente

La méthode du prix de revente a pour point de départ le prix auquel un produit acheté auprès d'une partie liée est revendu à un tiers (le prix de revente). Ce prix de revente est ensuite réduit d'une marge brute appropriée (la marge sur le prix de revente). Cette marge correspond au montant qu'un revendeur facturerait pour réaliser un bénéfice approprié (en tenant compte des actifs utilisés et des risques supportés) après avoir déduit ses coûts d'exploitation. Cette méthode est sans doute la plus appropriée pour déterminer le prix de transfert applicable aux opérations de commercialisation.

2.7.4. Méthode du coût majoré

L'application de la méthode du prix de revient majoré consiste à déterminer les coûts supportés par un fournisseur de biens ou de services et à y ajouter un pourcentage afin de refléter une marge bénéficiaire appropriée pour ce fournisseur, compte tenu de ses fonctions et des conditions du marché dans lequel il exerce ses activités. Pour calculer le bénéfice, on doit comparer les bénéfices réalisés par le fournisseur dans le cadre de transactions comparables avec des tiers ou, en l'absence de telles données comparables internes, le fournisseur peut comparer le bénéfice qu'aurait réalisé un fournisseur indépendant dans une transaction comparable. Les Principes de l'OCDE applicables aux prix de transfert indiquent que la méthode du coût majoré est particulièrement utile dans le cadre de transferts de biens non finis entre parties liées (dans le contexte minier, cela pourrait inclure le transfert de matières premières extraites en vue d'un traitement ultérieur) ou lorsque la transaction contrôlée consiste en la fourniture de services.

2.7.5. Méthode transactionnelle de partage des bénéfices

La méthode transactionnelle de partage des bénéfices (« MTPB ») est applicable dans le cadre d'une analyse des prix de transfert portant sur des activités fortement intégrées, pour lesquelles l'évaluation séparée des transactions s'avère complexe. La MTPB identifie les bénéfices pertinents à répartir entre les parties liées à partir d'une transaction contrôlée, puis répartit ces bénéfices entre les parties liées en se basant sur des critères économiquement valables qui se rapprochent de la répartition des bénéfices qui aurait été convenue dans des conditions de pleine concurrence. Il est fourni de plus amples informations sur cette méthode à la section 4.4.

2.7.6. Méthode transactionnelle de la marge nette

La méthode transactionnelle de la marge nette est moins couramment utilisée que les autres méthodes. Conformément aux Principes de l'OCDE applicables en matière de prix de transfert, cette méthode consiste à comparer la marge nette que la partie testée réalise sur une transaction contrôlée au regard de la marge nette qu'elle réalise sur une transaction non contrôlée. En l'absence de transactions avec des parties non liées, la marge nette correspond à celle qui aurait été obtenue dans le cadre d'une transaction comparable entre parties indépendantes.

2.7.7. Prix de transfert et établissements stables

Il convient d'expliquer brièvement en quoi les principes de prix de transfert décrits ci-dessus s'appliquent également dans le contexte des établissements stables et de l'attribution de bénéfices. Un établissement stable est un lieu de travail fixe par le biais duquel l'activité d'une entreprise est exercée en totalité ou en partie (tel que défini par le Modèle de convention fiscale de l'OCDE concernant le revenu et la fortune (le « Modèle de convention fiscale de l'OCDE ») et le Modèle de convention des Nations Unies contre la double imposition (le « Modèle de convention des Nations Unies »)⁶⁵). Un établissement stable constitue une présence imposable distincte dans la juridiction où il est situé.

⁶⁵ OCDE (2017), Modèle de convention fiscale de l'OCDE concernant le revenu et la fortune, Éditions de l'OCDE, https://www.oecd.org/fr/publications/modele-de-convention-fiscale-concernant-le-revenu-et-la-fortune-2017-version-complete_0faf9b6c-fr.html



Aux termes du Modèle de convention fiscale de l'OCDE et du Modèle de convention des Nations Unies, la notion d'établissement stable englobe un bureau, une succursale ou une usine. Ces définitions incluent également une mine, un puits de pétrole ou de gaz, une carrière ou tout autre lieu d'extraction de ressources naturelles. Par conséquent, dans le contexte de l'industrie minière, même en l'absence d'une entité juridique dans une juridiction donnée, l'existence d'une mine ou de tout autre lieu d'extraction de ressources naturelles est susceptible de constituer un établissement stable, ce qui entraîne une présence imposable pour un groupe minier.

Les bénéfices doivent être imputés à un établissement stable comme s'il s'agissait d'une entité distincte et indépendante. Cela signifie que toute transaction entre l'établissement stable et l'entité juridique dont il fait partie (par exemple, une entité basée dans une juridiction et détenant une mine située dans une autre) est traitée comme s'effectuant dans des conditions de pleine concurrence, comme entre deux entités distinctes. Pour déterminer le prix de pleine concurrence de la transaction concernée, il y a lieu d'appliquer les principes de prix de transfert prévus par le droit national applicable.

Cette opération peut également nécessiter la prise en compte des méthodes de prix de transfert décrites dans les Principes de l'OCDE applicables en matière de prix de transfert mentionnés ci-dessus. À ce titre, les groupes miniers doivent tenir compte du fait que les principes de prix de transfert devront être appliqués afin de déterminer les bénéfices imposables imputables à leurs établissements stables (par exemple, une mine située sur un territoire où ce groupe ne serait autrement pas imposable).

2.7.8. Prix de transfert et contrats de prestation de services

Après avoir présenté brièvement le fonctionnement type des règles de prix de transfert, les sections ci-après portent sur les prix de transfert dans le contexte minier et, plus particulièrement, sur les contrats de prestations de services.

Dans la mesure où un contrat de prestation de services est conclu entre un gouvernement d'accueil et une société minière tierce, ce contrat sera, par nature, conclu entre des parties non liées, de sorte que l'accord lui-même est peu susceptible de soulever des considérations en matière de prix de transfert. Toutefois, certains contrats peuvent également être conclus entre des parties liées, et les prix de transfert seront alors pertinents dans le cadre de ces contrats.

Comme indiqué ci-dessus, des contrats de prestation de services seront conclus entre l'entité détenant la mine (en général le gouvernement d'accueil) et un prestataire de services à différentes étapes du projet minier. Parmi les services fournis dans le cadre d'un contrat de prestation de services figurent les études de faisabilité (visant à évaluer la viabilité économique d'un projet minier potentiel), la fourniture d'équipements miniers et la prise en charge des coûts de main-d'œuvre (pour la construction de la mine et la mise en œuvre du processus d'extraction), ainsi que les services de gestion.

Dans le cadre des contrats de prestation de services, des transactions entre parties liées sont susceptibles de se produire dans le contexte des services d'achat (lorsqu'une société achète des biens et des services miniers pour le compte de sa filiale) et des services de gestion (lorsqu'une filiale verse des honoraires à une partie liée en contrepartie de certains services administratifs, techniques et de conseil). Les parties liées concluront un contrat de prestation de services relatif à ces services, en vertu duquel des honoraires seront facturés.

La question qui se pose est la suivante : comment les groupes miniers qui concluent de tels contrats de prestation de services intragroupes s'assurent-ils que les honoraires facturés reflètent un montant dans des conditions de concurrence normale, et atténuent ainsi le risque qu'une autorité fiscale ajuste le montant facturé en vertu des règles locales en matière de prix de transfert, ce qui aurait une incidence sur les bénéfices imposables du groupe ?

i. Contrats de prestation de services : Services d'achat

Tel que mentionné ci-dessus, la méthode du coût majoré est utile pour établir des conditions de pleine concurrence dans le cadre d'opérations contrôlées liées à la prestation de services. Elle constitue une présence fiscale distincte dans la juridiction où elle est implantée. La marge appropriée selon la méthode du coût majoré dépendra de la question de savoir si l'entité qui fournit les services d'achat dispose d'une justification réelle : à titre d'exemple, la partie liée dispose-t-elle d'une réelle expertise en matière d'achat (telle que des employés suffisamment qualifiés dans le domaine concerné) ? ; d'autres entités du groupe minier ont-elles cessé d'exercer les fonctions désormais assumées par une partie liée ? ; et la partie liée assume-t-elle des risques liés à l'acquisition des biens ou services concernés (tels que le risque de retard de livraison ou de mauvaise qualité des biens ou services) ? En l'absence de justification suffisante, une majoration est peu susceptible d'être appropriée et le fournisseur lié pourrait alors simplement répercuter sur le destinataire lié les coûts de tiers qu'il a engagés pour fournir les services intragroupes concernés.

Si le critère de la justification est rempli, l'étape suivante consistera à fixer une marge du coût de revient majoré appropriée. Cette marge dépendra du degré d'implication du fournisseur lié : par exemple, la préparation des documents d'appel d'offres et toute participation de cette partie liée aux efforts visant à résoudre les litiges liés à la mauvaise qualité des biens ou des services acquis sont des facteurs qui justifieraient une marge plus élevée. À l'inverse, dans les cas où l'implication de la partie liée se limite à la réception des articles achetés ou à la fourniture de services de facturation et à la gestion des paiements pour les biens et services, une marge inférieure s'appliquerait.

ii. Contrats de prestation de services : services de gestion

Dans le secteur minier, les services de gestion peuvent inclure des services liés aux ressources humaines, à la comptabilité et au droit, ainsi que certains services techniques. Dans ce contexte également, il semble que la méthode du coût majoré soit la plus appropriée et il s'avérera nécessaire à cet effet d'identifier des transactions comparables adaptées. Ce faisant, il convient de prendre en considération la nature des services et les risques supportés, notamment si les services de gestion impliquent une sous-traitance à un tiers, une fourniture subséquente à une partie liée et la répercussion des coûts de ce tiers.

Dans ce cas de figure, il ne serait pas approprié d'appliquer une majoration. À l'inverse, pour les services techniques nécessitant des connaissances spécialisées, telles que l'expertise géologique ou l'utilisation d'équipements spécialisés, une majoration plus élevée peut se justifier (à condition que ces services soient fournis par la partie liée elle-même et non sous-traités à un tiers). Parmi les services pour lesquels on s'attendrait à une majoration moins élevée figurent les services juridiques, des ressources humaines et de comptabilité.

2.7.9 Permis et concessions

Bien qu'un contrat de concession ou d'octroi de permis soit susceptible d'être conclu entre le groupe minier et un tiers (le gouvernement d'accueil), il pourrait soulever des questions en matière de prix de transfert dans la mesure où, une fois obtenu, le groupe minier devra entamer la phase d'exploration du projet minier, pour laquelle il aura probablement besoin d'un financement externe.

Les transactions financières entre parties liées sont courantes au sein des grands groupes miniers, qui organisent souvent ce financement de manière centralisée par l'intermédiaire d'une entité assurant la fonction de trésorerie du groupe. L'entité de trésorerie du groupe devra accorder des prêts aux parties liées afin de répondre à leurs besoins de financement, y compris au stade de l'exploration du Projet minier.

Du point de vue des prix de transfert, il faudra déterminer si le capital prêté aurait pu être obtenu auprès d'un prêteur tiers et si le taux d'intérêt appliqué correspond aux conditions normales de concurrence. La question est de savoir si le prêt aurait dû être accordé en l'absence de relation entre parties liées et, dans le cas contraire, quel montant (le cas échéant) aurait été fourni par un tiers. Ensuite, en supposant qu'un tiers aurait fourni une partie, voire la totalité, du montant du capital, on doit envisager le taux d'intérêt qui aurait été convenu avec un prêteur tiers.

Afin de déterminer le prix applicable dans des conditions de pleine concurrence, la méthode du prix comparable de pleine concurrence est appropriée et s'appliquerait dans le cadre des règles nationales applicables en matière de prix de transfert de la juridiction concernée. La méthode du prix comparable de pleine concurrence consiste à comparer le coût de la dette dans une opération contrôlée à celui d'une opération non contrôlée. Des ajustements peuvent s'avérer nécessaires au montant des intérêts de pleine concurrence pour tenir compte de certaines caractéristiques de la transaction contrôlée, à savoir le risque de crédit de l'emprunteur et les conditions du prêt intragroupe (par exemple, la durée du prêt, la subordination et la constitution de toute garantie).

Outre le fait que la conclusion d'un contrat de concession ou d'octroi de permis est susceptible de déclencher certaines exigences de financement (y compris le financement intragroupe), étant donné que de tels accords seront, par nature, conclus entre des parties non liées (c'est-à-dire la société minière et le gouvernement d'accueil), le contrat de concession ou d'octroi de permis lui-même ne devrait pas donner lieu à d'autres considérations en matière de prix de transfert.

2.7.10. Coentreprises

Comme indiqué ci-dessus, les coentreprises peuvent revêtir différentes formes, notamment des coentreprises contractuelles (par exemple, des accords de partage des risques et des revenus), des alliances stratégiques, des sociétés en nom collectif, des sociétés en coentreprise et des structures de double société. Lorsqu'une coentreprise est constituée, l'apport de fonds et/ou de services à cette coentreprise par une partie à la coentreprise (étant un investisseur dans la coentreprise) peut soulever des questions liées au prix de transfert.

Les règles relatives au prix de transfert s'appliqueront à la fourniture de services et/ou de financements à une société en coentreprise lorsque le partenaire de la coentreprise est suffisamment lié à cette dernière, en fonction de sa participation dans la société. Les règles nationales relatives au prix de transfert détermineront le seuil de lien suffisant, mais, de manière générale, un lien suffisant sera établi lorsqu'un partenaire de la coentreprise contrôle directement la société en coentreprise (par exemple, par la détention d'actions ou de droits de vote, ou par d'autres moyens tels que les pouvoirs qui lui sont conférés par les statuts de la société en coentreprise contrôlée). Certaines juridictions peuvent appliquer leurs règles relatives au prix de transfert lorsqu'un partenaire de la coentreprise (que nous désignerons par « A ») fournit des services et/ou un financement à une société en coentreprise et atteint un seuil particulier de participation dans cette entité (par exemple 40 %) et que, conjointement avec un autre partenaire de la coentreprise qui atteint également ce seuil minimum de participation, le partenaire A contrôle la société en coentreprise.

Certaines juridictions appliquent également les règles relatives au prix de transfert dans le cadre d'opérations de financement entre des sociétés en coentreprise et leurs propriétaires lorsque ces derniers agissent de concert avec d'autres personnes en ce qui concerne le financement de la société en coentreprise et que, considérées dans leur ensemble, ces personnes seraient en mesure de contrôler la société en coentreprise si leurs droits de contrôle étaient cumulés. Le point essentiel ici est que les règles relatives au prix de transfert peuvent s'appliquer même lorsqu'une partie ne contrôle pas l'autre partie.

2.7.11. Accords de partage de production

La conclusion d'un accord de partage de production peut nécessiter un financement externe pour les activités d'exploration et de construction, lequel peut être rétrocédé à des parties liées au sein du groupe minier, ce qui rendrait alors nécessaire une analyse des prix de transfert concernant ce financement intragroupe. Cet accord lui-même ne devrait pas soulever de questions directes en matière de prix de transfert, étant donné que les accords de partage de production sont conclus entre des parties non liées ; toute redevance payable au titre de cet accord serait donc fixée selon le principe de pleine concurrence.

Toutefois, il convient de noter qu'il existe des risques indirects en matière de prix de transfert qui peuvent avoir une incidence sur un gouvernement d'accueil ayant conclu un accord de partage de production, car tout accord entre la société minière partie à cet accord et ses parties liées, qui ne respecterait pas les principes de prix de transfert, est susceptible d'éroder les recettes du gouvernement d'accueil.

2.7.12. Conventions d'exploitation minière

Les conventions d'exploitation minière (CEM) sont des accords d'investissement à long terme conclus entre les gouvernements d'accueil et les sociétés minières en vue de l'exploration et de l'exploitation de gisements minéraux spécifiques. Elles sont donc conclues entre des parties non liées et sont donc peu susceptibles de donner lieu à des considérations en matière de prix de transfert.

2.8. Taxes et droits de douane

2.8.1. Le gouvernement d'accueil impose systématiquement des taxes et des droits sur l'importation de biens et de matériaux dans le pays, ainsi que sur l'exportation de biens, de matériaux et de produits hors du pays. Outre le fait de générer des recettes pour le gouvernement d'accueil, les taxes à l'importation et à l'exportation peuvent être utilisées pour inciter à prendre des décisions commerciales et promouvoir des objectifs politiques.

2.8.2. En ce qui concerne les projets miniers, il arrive souvent que la société minière doive importer du matériel destiné à la construction et à l'exploitation de la mine, ainsi que des matériaux et des fournitures nécessaires au fonctionnement de celle-ci. Les contractants et les employés de la société minière devront également importer des biens professionnels et personnels en cas de déménagement dans le pays d'accueil.

2.8.3. Les droits d'exportation auront principalement un impact sur les exportations de produits issus de la mine. Dans de nombreux pays en développement, la mine exportera du minerai traité ; le montant des droits d'exportation reflétera donc les coûts encourus pour transformer le minerai en un produit fini prêt à l'exportation

2.8.4. Droits d'importation

2.8.5. Les droits d'importation sont des taxes perçues sur les marchandises importées, généralement sous la forme d'un pourcentage de la valeur de l'article importé.⁶⁶ Comme nous le verrons plus en détail à la section 3, les projets miniers bénéficient souvent d'exonérations de certains droits d'importation.

Le traitement fiscal du coût des droits d'importation varie également : parfois, les droits d'importation peuvent être déductibles en tant que coût, tandis que dans d'autres cas, le code fiscal peut ne pas autoriser leur déduction.

2.8.6. La création de zones de libre-échange et d'autres accords sous forme de traités peuvent avoir une incidence sur l'application des droits d'importation. Par exemple, la zone de libre-échange continentale africaine proposée créerait une zone de libre-échange panafricaine et réduirait les droits de douane entre les pays africains.⁶⁷ L'Union européenne (« UE ») cherche également à conclure un accord commercial avec un certain nombre de pays d'Afrique de l'Ouest.⁶⁸

En attendant l'approbation finale de l'accord de partenariat économique plus large, l'UE a conclu des accords « transitoires » avec le Ghana et la Côte d'Ivoire. En vertu de l'accord relais avec le Ghana, à titre d'exemple, les marchandises en provenance du Ghana peuvent être exportées vers l'UE en franchise de droits immédiatement, tandis que les droits d'importation ghanéens seront maintenus ou supprimés sur une période de 15 ans.⁶⁹

2.8.7. Si les droits d'importation peuvent faire l'objet d'assouplissements ou d'exonérations, cette facilité s'applique moins couramment aux droits d'exportation. La plupart des minéraux extraits sont exportés, généralement sous forme de minerai ou de produit intermédiaire, destinés à être transformés en dehors du pays d'accueil.

Les gouvernements d'accueil reconnaissent les avantages liés au traitement et à l'enrichissement des minéraux dans le pays, dans la mesure où ils permettent d'obtenir un produit à plus forte valeur ajoutée, de créer des emplois et des opportunités économiques, et de favoriser la croissance du secteur manufacturier et d'autres industries qui utilisent le produit final enrichi.

2.8.8. S'il est courant que les projets miniers bénéficient d'allègements sur les droits d'importation et les taxes à l'exportation, ces montants constituent néanmoins un élément important du régime fiscal du pays d'accueil. En 2019, par exemple, les taxes sur les biens et les échanges des sociétés minières (droits d'accise, droits de douane et taxes d'exportation) représentaient plus de 15 % du total des recettes fiscales au Burkina Faso, en Guinée, au Mali et en Zambie.⁷⁰

⁶⁶ FIG et OCDE, « Incitations fiscales dans le secteur minier : limiter les risques pour les recettes », p. 35 (2018)

⁶⁷ Voir Banque mondiale, « La Zone de libre-échange continentale africaine : effets économiques et distributifs » (2022).

⁶⁸ https://policy.trade.ec.europa.eu/eu-trade-relationships-country-and-region/countries-and-regions/west-africa_en

⁶⁹ Summary: Ghana-EU economic partnership agreement (https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/LSU/?uri=uriserv:OJ.L_.2016.287.01.0003.01.ENG).

⁷⁰ Fonds monétaire international, « Combattre l'évasion fiscale dans le secteur minier en Afrique subsaharienne », p. 8 (2020). Le FMI souligne que le fait de solliciter des incitations fiscales n'est en aucun cas illégal, mais peut néanmoins susciter des inquiétudes.

2.8.9. Le Zimbabwe a tenté de recourir aux droits d'exportation sur le platine pour encourager la valorisation du minerai sur son territoire. Le pays a d'abord instauré une taxe à l'exportation de 15 % sur le platine non valorisé, mais ces droits d'exportation ont conduit les producteurs de platine à réduire leurs activités.⁷¹ La taxe à l'exportation de 15 % a été ramenée à 5 %, puis suspendue. Cette suspension est toujours en vigueur, et la Chambre des mines du Zimbabwe a demandé que la taxe de 5 % reste suspendue au moins jusqu'en 2025.⁷²

2.8.10. Les droits d'importation remplissent deux fonctions essentielles. Premièrement, l'imposition d'un droit d'importation peut favoriser la consommation de produits locaux. Deuxièmement, les droits d'importation constituent une source de recettes pour le gouvernement d'accueil.⁷³ En 2020, vingt pays d'Afrique appliquaient des droits d'importation supérieurs à 10 %, et dans cinq pays – la Gambie, Djibouti, la République centrafricaine, le Tchad et la Guinée équatoriale – ces droits dépassaient 15 %.⁷⁴

⁷¹ Cecilia Jamasmie, Zimbabwe platinum export tax shelved for now, mining.com (10 août 2015)

⁷² Godfrey Marawanyika, Zimbabwe Platinum Miners Ask Government to Defer Export Tax, Bloomberg (14 novembre 2023)

⁷³ Mining Policy and Research, Import Duty on Mining Machinery and Mobile Equipment (27 janvier 2020)

⁷⁴ Emmanuel Abara Benson, 20 African countries with the highest import tariffs, Business Insider Africa (4 juillet 2022)



Atlas des législations minières africaines (AMLA)

3. Approches en matière d'incitations fiscales

3.1. Examen général

Les projets miniers sont des projets à haut risque, à forte intensité de capitaux et de longue durée, qui nécessitent des moyens financiers et une expertise technique dont le pays d'accueil ne dispose pas nécessairement. Les pays d'accueil pourraient offrir des incitations fiscales afin d'attirer la participation étrangère au projet. Comme indiqué ci-dessous, ces mesures peuvent prendre diverses formes, notamment : des exonérations fiscales temporaires ou des réductions de taux d'imposition ; des incitations fiscales ciblant des investissements spécifiques, par exemple des amortissements fiscaux incitatifs ; et des crédits d'impôt visant à encourager les investissements en capital. De même, les pays d'accueil sont susceptibles de réduire ou de supprimer les droits de douane ou les autres taxes et redevances indirectes sur l'importation de biens d'équipement destinés à être utilisés dans le cadre du projet.

En partant du principe qu'une incitation fiscale est nécessaire pour attirer les investissements, celle-ci représente un compromis entre la perte de recettes fiscales pour le gouvernement d'accueil et le potentiel de croissance économique du pays d'accueil grâce à la création d'emplois, aux investissements et (si le projet est couronné de succès) à une part dans les bénéfices générés par le projet.

L'utilité des mesures incitatives fait l'objet d'un débat de longue date, bien avant l'émergence de l'initiative du BEPS de l'OCDE. Comme nous l'avons vu à la section 4, la relation entre les incitations fiscales et le Pilier 2 du BEPS ne fera que raviver ce débat.

3.2. Exonérations de l'impôt sur le revenu

3.2.1. Une trêve fiscale est une période d'exonération fiscale dont la durée peut varier d'un an à la durée totale du projet, et qui peut prendre la forme d'une exonération totale de l'impôt sur les bénéfices, d'un taux réduit, ou d'une combinaison des deux.⁷⁵ Un congé fiscal peut être mis en place pour garantir un allègement fiscal au cours des premières phases de la mise en valeur d'une mine, lorsqu'il y a des contraintes de trésorerie, puis prendre fin une fois que la mine est opérationnelle et génère des recettes.

3.2.2. Les trêves fiscales sont courantes dans les projets miniers des économies en développement. Une étude réalisée en 2019 portant sur 21 pays a révélé que plus de la moitié d'entre eux accordaient des exonérations de l'impôt sur le revenu des sociétés pour une durée moyenne de neuf ans.⁷⁶ Bien que ces congés fiscaux puissent attirer les investissements, ils sont également considérés comme inefficaces. Certes, une exonération fiscale peut rendre viable un projet à la limite de la rentabilité, mais son impact économique est bien plus important sur les projets rentables, dans la mesure où ceux-ci génèrent davantage de revenus non imposés.⁷⁷

⁷⁵ FIG et OCDE, Incitations fiscales dans le secteur minier : Réduire au minimum les risques liés aux recettes fiscales, p. 20 (2018) (citant Zolt, E. (2013). Incitations fiscales et questions relatives à la protection de l'assiette fiscale. Nations Unies. Extrait de : http://www.un.org/esa/ffd/wp-content/uploads/2014/10/20140604_Paper3_Zolt.pdf).

⁷⁶ Forum intergouvernemental sur l'exploitation minière, les minéraux, les métaux et le développement durable (FIG) : les exonérations fiscales menacent la prospérité économique des pays en développement riches en ressources (24 juillet 2019).

⁷⁷ FIG, Insights on Incentives: Tax Competition in Mining at, p. 8 (2019)

3.2.3. Si les exonérations fiscales temporaires peuvent attirer les investissements, elles peuvent toutefois créer également des incitations qui empêchent des investissements plus durables dans l'économie au sens plus large.

3.2.4. En dépit de leur prévalence, les incitations fiscales ne constituent généralement pas le facteur déterminant dans la décision de réaliser un investissement. Lorsque les pays d'accueil proposent des exonérations fiscales temporaires ou d'autres mesures incitatives liées à l'investissement, ils augmentent le risque que toutes les entreprises – qu'elles soient multinationales ou nationales – cherchent à conclure des accords leur permettant de tirer le meilleur parti de ces incitations, ce qui peut ou non stimuler l'activité économique souhaitée. Lorsque les entreprises d'un secteur de l'économie (par exemple, l'industrie minière) bénéficient d'une exonération fiscale, cette mesure incite davantage à transférer les bénéfices nationaux vers ce secteur, au détriment des secteurs soumis à l'impôt. Ces incitations renforcent également les pressions concurrentielles en matière fiscale dans la région.⁷⁸

3.2.5. Les trêves fiscales peuvent également encourager des comportements susceptibles de réduire la valeur économique d'un projet minier pour le pays d'accueil. À l'approche de la fin de la trêve fiscale, par exemple, la mine peut accélérer sa production afin de tirer le meilleur parti de cette trêve. Si l'exploitation minière s'était déroulée à un rythme normal, une partie de cette production aurait été assujettie à l'impôt et aurait créé une valeur ajoutée pour le gouvernement d'accueil.⁷⁹ Une trêve fiscale peut également accroître le risque de problèmes liés aux prix de transfert, étant donné que la société minière peut affecter des coûts et des recettes à la Partie liée bénéficiant de l'exonération fiscale limitée.⁸⁰

3.2.6. Afin d'éviter les litiges et l'évasion fiscale, une exonération fiscale temporaire devrait être conçue de manière à atteindre l'objectif consistant à encourager les investissements dans le secteur minier et à couvrir les coûts d'investissement initiaux liés à la mise en valeur des mines. Les trêves fiscales peuvent être accordées pendant une durée déterminée, mais elles peuvent également être liées à un niveau de production : une fois cette cible de production atteinte, le congé fiscal prendra fin. La cible de production peut être définie sous la forme d'un « tonnage cumulé spécifique extrait à une teneur donnée ; ou sur la base d'une production cumulée exprimée en termes de métal contenu ».⁸¹

3.3. Déduction pour épuisement, dépréciation et amortissement accélérés

3.3.1. Les déductions pour amortissement peuvent être encouragées par une accélération du taux auquel l'actif immobilisé est déprécié ou amorti, par exemple en fixant des durées de vie utile plus courtes ou en autorisant une déduction plus importante à des fins de dépréciation ou d'amortissement. Dans bon nombre de pays, l'amortissement peut être calculé à un taux de 150 ou 200 % de l'amortissement linéaire pour encourager les investissements en capital.

3.3.2. Une autre mesure visant à encourager les investissements en capital consiste à autoriser une déduction immédiate de 100 % pour l'acquisition d'actifs immobilisés. Cet outil est souvent utilisé pour favoriser l'acquisition d'actifs moins coûteux, qui peuvent être fabriqués au niveau local, afin de stimuler les investissements dans l'industrie manufacturière locale.

⁷⁸ Fonds monétaire international : Combattre l'évasion fiscale dans le secteur minier en Afrique subsaharienne, p.30 (date)

⁷⁹ FIG et OCDE, Incitations fiscales dans l'industrie minière : limiter les risques pour les recettes, p. 3, 15 (2018)

⁸⁰ Id. at 21.

⁸¹ Pietro Guj, Boubacar Bocoum, James Limerick, Murray Meaton, et Bryan Maybee, How to Improve Mining Tax Administration and Collection Frameworks: A Sourcebook at 72 (2013)

3.4. Crédits d'impôt pour investissement

3.4.1. Un crédit d'impôt permet de déduire, en totalité ou en partie, le coût de l'actif de l'impôt sur le revenu dû. Les crédits d'impôt pour investissement visent à stimuler les investissements en capital et sont souvent utilisés pour encourager les investissements dans des secteurs spécifiques.

3.4.2. Les crédits d'impôt pour investissement ne doivent pas nécessairement se limiter aux investissements en capital. Ils peuvent servir à encourager les investissements dans des activités spécifiques, par exemple la recherche et développement au niveau local, l'emploi de main-d'œuvre ciblée ou d'autres objectifs similaires du pays d'accueil.

3.5. Exonération des droits d'importation et d'exportation

3.5.1. Les projets miniers bénéficient souvent d'exonérations de droits d'importation.⁸² En général, cette exonération s'applique à l'importation de machines, d'équipements et de fournitures destinés aux opérations minières. Elle est parfois étendue aux biens personnels des employés et des sous-traitants travaillant pour le compte de la société minière.⁸³

3.5.2. L'exonération des droits d'importation n'est pas systématique. À titre d'exemple, l'administration fiscale de Zambie « ZRA » a réclamé une pénalité de près de 8 milliards de dollars EU à First Quantum Minerals Limited (« First Quantum ») pour des droits d'importation prétendument sous-payés. Toutefois, seuls 150 millions de dollars EU correspondaient à des droits d'importation effectivement impayés, le reste étant constitué de pénalités et d'intérêts.⁸⁴ First Quantum a finalement réglé le litige l'opposant à la ZRA, en partie en s'engageant à réaliser des investissements supplémentaires dans le secteur minier zambien.⁸⁵

3.5.3. Droits d'exportation et zones franches industrielles

Les droits d'exportation peuvent prendre la forme d'une taxe *ad valorem* (calculée sur la valeur du bien soumis à l'impôt), d'un prix forfaitaire par tonne ou par autre unité de production. Le pourcentage *ad valorem* ou le prix forfaitaire peut être revu à la hausse ou à la baisse au fur et à mesure que le projet minier avance.⁸⁶ L'exonération totale des droits d'exportation pour les projets miniers est moins courante que l'exonération des droits d'importation, mais elle peut être accordée. La MMDA comprend une disposition proposée prévoyant une exonération des droits d'exportation.⁸⁷ Une zone franche industrielle (« ZFI ») prévoit l'octroi d'incitations spéciales afin d'attirer les investissements, principalement étrangers, pour la production destinée à l'exportation, telles que des exonérations fiscales temporaires l'exportation et l'importation en franchise de droits, et le rapatriement libre des bénéfices.⁸⁸

L'Administration fiscale de Tanzanie définit une zone franche industrielle comme étant une zone douanière où il est permis d'importer, sous contrôle douanier et en franchise de droits, des installations, des machines, des équipements et des matériaux destinés à la fabrication de biens destinés à l'exportation. Les biens importés sont soumis à un contrôle douanier dès leur importation, tout au long du processus de fabrication, jusqu'au moment de leur vente ou de leur exportation, ou jusqu'au paiement des droits de douane en cas de consommation sur le marché intérieur.

Approches en matière d'incitations fiscales

⁸² FIG et OCDE, Incitations fiscales dans l'industrie minière : limiter les risques pour les recettes, p.35 (2018)

⁸³ Voir, par exemple, MMDA § 5.1

⁸⁴ AfricanNews, Zambia slaps Canadian mining giant with \$8bn bill for unpaid import duties (12 septembre 2019).

⁸⁵ Gladys Lwizi, FQM, ZRA mute over US\$8 billion tax dispute final settlement deal, *Zambian Business Times* (10 août 2019); Sullivan and Cromwell, S&C Advises First Quantum in Resolving Disputes and Expanding Operations in Zambia (17 juin 2022)

⁸⁶ Roberta Piermartini, Le rôle des taxes à l'exportation dans le secteur des produits de base, Organisation mondiale du commerce (2004)

⁸⁷ MMDA § 5.1(c).

⁸⁸ FIG et OCDE, Incitations fiscales dans l'industrie minière : limiter les risques pour les recettes, p.32 (2018)

Parmi les autres avantages liés à l'exploitation de telles entreprises, on peut citer : des conditions de libre-échange, une simplification des formalités administratives permettant un guichet unique pour l'enregistrement et l'octroi de permis, ainsi que des facilités d'allègement fiscal à long terme.⁸⁹ Une entreprise enregistrée dans la zone franche industrielle tanzanienne doit déposer une caution si les marchandises sortent de la zone franche industrielle et deviennent alors imposables.⁹⁰

En ce qui concerne le secteur minier, cette structure est conçue pour promouvoir la transformation dans le pays d'accueil. Une zone franche industrielle peut s'avérer particulièrement attractive pour une économie en développement, car les investissements en infrastructures peuvent se focaliser sur une zone géographique limitée.⁹¹

À l'instar d'autres incitations fiscales, la zone franche industrielle peut conduire à une évasion fiscale imprévue par le biais d'ententes commerciales. Par exemple, si la structure fiscale applicable aux matériaux transformés est plus favorable que le régime fiscal applicable aux produits miniers, la société minière pourrait transférer ses bénéfices vers les matériaux transformés.⁹²

Au Mozambique, une société minière a pu transférer ses bénéfices à une partie liée exonérée d'impôt opérant dans une zone franche industrielle. La société minière a contracté un emprunt auprès de la partie liée exonérée d'impôt, créant ainsi des déductions fiscales pour la société minière et des revenus en intérêts non soumis à l'impôt pour la partie liée exonérée d'impôt dans la zone franche industrielle.⁹³

3.6. Stabilisation fiscale

3.6.1. L'instabilité budgétaire est l'un des risques clés pris en compte par un investisseur dans le secteur minier. Les modifications du régime fiscal peuvent engendrer des risques supplémentaires susceptibles d'affecter non seulement le retour sur investissement de l'investisseur, mais aussi sa capacité à obtenir des financements. Afin d'atténuer ce risque, les gouvernements d'accueil s'engagent à maintenir un régime fiscal stable pendant une certaine période.

3.6.2. La stabilisation fiscale est souvent mise en place au moyen d'un accord entre la société minière et le gouvernement d'accueil. Dans certains cas, cet accord prend la forme d'une clause de stabilisation fiscale intégrée à la convention minière, ou d'un accord distinct portant sur la stabilité juridique ou les investissements. Bien que cette pratique soit peu courante, certains pays prévoient la stabilisation fiscale dans leur législation nationale.

3.6.3. La stabilisation fiscale peut prendre deux formes. Premièrement, une forme qui exempte la société minière de l'obligation de se conformer à de nouvelles lois ou réglementations susceptibles d'avoir un impact négatif sur ses droits et obligations au titre de l'accord conclu avec le gouvernement d'accueil.⁹⁴

⁸⁹ <https://www.tra.go.tz/index.php/export-processing-zones-epz>

⁹⁰ <https://www.tra.go.tz/index.php/export-processing-zones-epz>

⁹¹ Peter L. Watson, *Export Processing Zones: Has Africa Missed the Boat? Not Yet*, World Bank Africa Region Working Paper Series No. 17 at 9 (2001)

⁹² FIG et OCDE, *Incitations fiscales dans l'industrie minière : limiter les risques pour les recettes*, p. 32 (2018)

⁹³ Fonds monétaire international : *l'évasion fiscale dans le secteur minier en Afrique subsaharienne*, p.30 (2020)

⁹⁴ Les contrats relatifs aux ressources naturelles comme outil de gestion du secteur minier, Ministère fédéral de la Coopération et du Développement économiques, p. 21.

Un exemple caractéristique de ce type de clause figure dans la convention-cadre conclue entre la République de Guinée et BSG Resources (Guinea Limited) ainsi que BSG Resources (Guinea) SARL, en date du 16 décembre 2009, relative à l'exploitation des gisements de minerai de fer de Zogota/N'zérékoré :

« Le gouvernement garantit à la société, à compter de la date d'octroi de la concession et pendant toute sa durée, la stabilisation de la législation en vigueur et de toutes les dispositions, notamment fiscales et relatives aux droits de douane et d'accise, stipulées dans le présent accord. En conséquence, toute modification apportée à la législation en vigueur, notamment en matière fiscale et/ou douanière, postérieure à la date d'octroi de la concession et qui aurait pour effet d'accroître, directement ou indirectement, les charges fiscales et/ou douanières de la société, ne lui serait pas applicable. En revanche, la société peut valablement tirer parti de ces modifications si celles-ci ont pour effet de réduire ses charges fiscales et/ou droits de douane ou d'accise ».⁹⁵

3.6.4. Même si ce premier type de clause de stabilisation fiscale constituera une incitation pour les investisseurs, certains gouvernements d'accueil pourraient y voir une entrave à leur capacité à élaborer et à adopter des lois.

3.6.5. La seconde forme est un type de clause de stabilisation qui vise à instaurer un équilibre économique. Elle n'exempte pas la société minière de l'application des nouvelles lois et réglementations, mais lui donne droit à une indemnisation de la part du gouvernement d'accueil pour tout préjudice financier grave subi de ce fait.⁹⁶

3.6.6. Les clauses de stabilisation créent une corrélation entre la période de stabilisation fiscale spécifique et le délai permettant à la société minière de s'acquitter de ses obligations financières. Tel est le cas de la Guinée, qui prévoit une période maximale de stabilisation du régime fiscal et douanier de 15 ans à compter de la date d'octroi du droit minier,⁹⁷ et du Burkina Faso, qui garantit une stabilisation fiscale au titulaire d'un droit minier pendant toute la durée de vie de la mine (telle qu'indiquée dans l'étude de faisabilité), dans la limite de 20 ans.⁹⁸

⁹⁵ Id, p. 22.

⁹⁶ Id, p. 22.

⁹⁷ Code minier de la République de Guinée, 2011

⁹⁸ Code minier du Burkina Faso. Journal officiel n°44 du 29 octobre 2015



Atlas des législations minières africaines (AMLA)

4. Impact du BEPS 1.0

4.1. Contexte

Ce chapitre donne un aperçu de l'érosion de la base d'imposition et du transfert de bénéfices (« BEPS ») au niveau national, ainsi que des mesures spécifiques de lutte contre le BEPS liées à la lutte contre les dispositifs hybrides, aux plafonds dette/fonds propres, au prix de transfert et à la déclaration entre pays, avant d'examiner l'impact de ces mesures sur le secteur minier.

L'érosion de la base d'imposition et le transfert de bénéfices au niveau national désignent les stratégies de planification fiscale mises en œuvre par les entreprises multinationales pour exploiter les failles de la législation fiscale afin de transférer artificiellement leurs bénéfices vers des juridictions où le fardeau fiscal est faible, voire inexistant, dans le but d'échapper à l'impôt.⁹⁹ Le 19 juillet 2013, l'OCDE a publié un plan d'action concernant l'érosion de la base d'imposition et le transfert de bénéfices (« BEPS »), qui a ensuite été approuvé par les dirigeants des pays du G20 en septembre 2013. Ce plan d'action identifie 15 mesures spécifiques s'articulant autour des trois piliers suivants :

1. assurer la cohérence dans les réglementations nationales ayant une incidence sur les activités transfrontalières ;
2. renforcer les exigences relatives aux substances prévues par les normes internationales en vigueur ; et
3. améliorer la transparence ainsi que la sécurité.

Depuis lors, les pays du G20 et de l'OCDE ont travaillé sur l'élaboration des 15 mesures et ont continué à collaborer avec les pays en développement par le biais de divers mécanismes, notamment par leur participation directe au Comité des affaires fiscales de l'OCDE. Les organisations fiscales régionales, notamment le Forum africain des administrations fiscales, le Centre de rencontre des administrations fiscales et le Centre interaméricain des administrations fiscales, ont contribué à ce projet aux côtés du Fonds monétaire international, de la Banque mondiale, des Nations Unies et d'autres organisations internationales. Après deux années de travaux approfondis, l'OCDE a présenté le 5 octobre 2015 la version finale de son Plan d'action global concernant l'érosion de la base d'imposition et le transfert de bénéfices (BEPS), qui constitue la première refonte substantielle des règles fiscales internationales depuis près d'un siècle.

L'érosion de la base d'imposition et le transfert de bénéfices revêtent une importance particulière pour les juridictions fiscales riches en ressources. Le Forum intergouvernemental sur l'exploitation minière, les minéraux, les métaux et le développement durable (« FIG ») et l'OCDE reconnaissent que l'industrie minière est confrontée à des défis spécifiques qui peuvent empêcher une fiscalité efficace du secteur minier et priver les administrations fiscales des pays d'accueil de recettes. Par conséquent, les deux institutions ont mis en commun leur expertise minière et fiscale afin d'élaborer le programme BEPS dans le secteur minier, qui vise à apporter à ce secteur des solutions spécifiques aux défis auxquels sont confrontés les pays riches en ressources, notamment (entre autres) les déductions d'intérêts excessives et les prix de transfert. La conjugaison de leurs efforts a abouti à la publication de documents, notamment celui intitulé « Limiter l'impact des déductions d'intérêts excessives sur les recettes minières (octobre 2018) » (le « Rapport de 2018 »), examiné plus en détail.

⁹⁹ Érosion de la base d'imposition et transfert de bénéfices (« BEPS ») <https://www.oecd.org/en/topics/base-erosion-and-profit-shifting-beps.html>

4.2. Action 2 du BEPS : Règles anti-dispositifs hybrides

L'Action 2 du Plan d'action du BEPS prévoit l'élaboration de dispositions conventionnelles types et de recommandations concernant la mise en place de règles nationales pour neutraliser les effets des dispositifs hybrides (« DH »), qui sont des mécanismes utilisés dans le cadre d'une planification fiscale agressive pour exploiter les différences dans le traitement fiscal d'une entité ou d'un instrument en vertu des législations de deux ou plusieurs juridictions fiscales afin d'obtenir une double non-imposition. Les dispositifs hybrides, qui peuvent entraîner une érosion substantielle des bases imposables des juridictions concernées, constituaient auparavant un problème très répandu. Les travaux menés par l'OCDE ont abouti à la publication, le 5 octobre 2015, de son rapport final sur l'Action 2 : Neutraliser l'effet des dispositifs hybrides (le « Rapport sur l'action 2 du BEPS »). Ce rapport, qui remplace le rapport intermédiaire publié en septembre 2014, contient des recommandations sur les règles de droit interne visant à faire face aux dispositifs hybrides, ainsi que des propositions de modifications du Modèle de convention fiscale de l'OCDE afin de garantir que les instruments et dispositifs hybrides ne soient pas utilisés pour obtenir des avantages au titre des conventions fiscales.

4.2.1. Dispositifs hybrides

Un dispositif hybride est un dispositif qui exploite une différence de traitement fiscal d'une entité ou d'un instrument en vertu des lois de deux ou plusieurs juridictions fiscales en vue de bénéficier de résultats fiscaux asymétriques, ce qui a pour effet de réduire le fardeau fiscal global des parties au dispositif. Le Rapport sur l'action 2 du BEPS met l'accent sur les dispositifs qui exploitent les différences de traitement fiscal des modes de paiements transfrontaliers dans les juridictions du payeur et du bénéficiaire, dans la mesure où ces différences entraînent une asymétrie. L'ampleur de cette asymétrie est déterminée en comparant le traitement fiscal du paiement en vertu des législations locales de chaque juridiction.

Les règles relatives aux dispositifs hybrides recommandées indiquées dans le Rapport sur l'action 2 du BEPS visent à cibler les dispositifs qui cherchent à produire les trois effets suivants :

- i. les paiements qui sont déductibles selon les règles en vigueur dans la juridiction du payeur sans qu'ils ne soient inclus dans le calcul du revenu ordinaire dans la juridiction du bénéficiaire ou de l'investisseur lié (appelés effet de déduction/non inclusion (effet D/NI) ;
- ii. les paiements donnant lieu à une double déduction pour un même paiement (appelés effet de double déduction (« effet DD »)) ; et
- iii. les paiements qui génèrent un effet indirect de déduction/non-inclusion, au moyen desquels l'effet de l'asymétrie est répercuté sur une troisième juridiction (par exemple, en recourant à un prêt ordinaire)

Il convient de noter que les différences dans l'estimation de la valeur des fonds entre les différentes juridictions pertinentes ne relèvent pas du champ d'application des règles relatives aux dispositifs hybrides.

Les différences dans le traitement d'une entité hybride impliquent généralement une contradiction entre différentes juridictions quant à la transparence fiscale de l'entité en ce qui concerne des paiements particuliers. En raison de cette situation, ces paiements peuvent être traités différemment sur le plan fiscal dans chaque juridiction pertinente à un même stade d'un projet.

Il existe une différence entre les dispositifs liés à un actif pour lequel des contribuables relevant de juridictions différentes adoptent des positions incompatibles quant aux droits de propriété sur cet actif, et les instruments financiers hybrides (c'est-à-dire les instruments qui poussent les contribuables à adopter des positions incompatibles quant au traitement d'un même paiement effectué au titre de cet instrument).

L'exemple suivant, tel qu'il figure dans le Rapport de 2018, illustre la manière dont les instruments financiers hybrides pourraient être utilisés dans le secteur minier afin de générer un effet fiscal favorable :

- la société A et la société B sont des parties liées, et la société B exploite une mine dans le pays B ;
- la société A s'endette auprès de bailleurs de fonds tiers dans le pays A dans le but de fournir ces fonds à la société B dans le pays B. Plutôt que de prêter en aval ces fonds à la société B aux mêmes conditions que celles obtenues auprès de ses bailleurs de fonds, la société A crée pour la société B un produit financier hybride présentant à la fois des caractéristiques de dette et de capitaux propres ; et
- la société A a conçu un produit financier plus complexe que ce dont la société B a besoin, afin qu'elle puisse tirer parti des différences de traitement de l'instrument hybride entre le pays A et le pays B ; en effet, cet instrument est classé comme étant une dette dans le pays B (et donne donc droit à des paiements d'intérêts déductibles d'impôt) mais comme des capitaux propres dans le pays A (ce qui peut exonérer les revenus perçus en dividendes).

Il convient de noter qu'il existe de nombreuses façons pour un instrument financier d'entraîner un traitement asymétrique, et que la description de chacune d'entre elles serait une tâche ardue. C'est pourquoi le Rapport sur l'action 2 du BEPS vise principalement à harmoniser le traitement des paiements transfrontaliers effectués dans le cadre d'un instrument financier, de sorte que les montants considérés comme des dépenses de financement par la juridiction de l'émetteur soient traités comme des revenus ordinaires dans la juridiction du détenteur.

Avant d'aborder les recommandations formulées dans le Rapport sur l'action 2 du BEPS, il convient de noter que lorsque l'actionnaire d'une société minière et la société minière elle-même appliquent tous deux une déduction, ce qui entraîne une double déduction, mais que chacun paie l'impôt sur les mêmes bénéfices, cette double déduction est autorisée. Cette situation se présenterait lorsque la société minière est considérée comme fiscalement transparente dans la juridiction où réside l'actionnaire, mais comme opaque dans la juridiction où elle est constituée.

4.2.2. Recommandations

Les règles relatives aux dispositifs hybrides visent à aligner le traitement fiscal d'un instrument ou d'une entité sur les effets fiscaux dans la juridiction de la contrepartie ; toutefois, ces règles ne modifient pas pour autant les effets fiscaux ou commerciaux du dispositif. Le Rapport sur l'action 2 du BEPS classe les règles en deux catégories : une réponse principale et une réponse défensive, afin d'éviter la double imposition et de veiller à éliminer l'asymétrie dans les cas où ce ne sont pas toutes les juridictions impliquées dans le dispositif pertinent qui adoptent ces règles. Les règles défensives s'appliquent lorsque la juridiction du payeur n'a pas mis en œuvre de règles nationales relatives aux dispositifs hybrides, ou lorsque ces dernières ne s'appliquent pas à l'entité ou au dispositif pertinent.

Dans les situations où les dispositifs ont un effet « D/Nl », que ce soit par le biais d'un paiement effectué au titre d'un instrument financier hybride ou par une entité hybride, le Rapport sur l'action 2 du BEPS recommande que la déduction soit refusée dans la juridiction du payeur. Si la juridiction du payeur ne réagit pas à cette asymétrie, il est recommandé que les juridictions adoptent une règle défensive exigeant que le paiement soit inclus dans le revenu ordinaire dans la juridiction du bénéficiaire.

En ce qui concerne les dispositifs donnant lieu à des effets « DD », le Rapport sur l'action 2 du BEPS préconise comme réponse principale de refuser la double déduction dans la juridiction de la société mère ; en revanche, la règle défensive devrait exiger le refus de la déduction dans la juridiction du payeur (ce qui, pour éviter toute ambiguïté, s'appliquerait dans les cas où la juridiction de la société mère n'aurait pas adopté la réponse principale).

Dans les cas où l'effet « D/Nl » est répercuté sur une troisième juridiction, le Rapport sur l'action 2 du BEPS recommande que la juridiction du payeur refuse une déduction à un bénéficiaire lorsque ce dernier impute le paiement sur des dépenses au titre d'un dispositif hybride (c'est-à-dire lorsque le paiement est effectué dans le cadre d'un dispositif hybride importé qui entraîne un effet « D/Nl » indirect). Il convient de noter que la coordination de la mise en œuvre et de l'application des règles entre les différentes juridictions est essentielle pour garantir le partage des informations pertinentes entre celles-ci, ainsi que la capacité des contribuables à identifier la possibilité d'asymétries et la réponse requise en vertu des règles relatives aux dispositifs hybrides. Les règles proposées par le Rapport sur l'action 2 du BEPS visent à réduire au minimum le fardeau administratif tant pour les contribuables que pour les administrations fiscales, et, en particulier, reconnaissent la nécessité de règles qui s'appliquent automatiquement sans qu'il soit nécessaire d'identifier quelle juridiction a subi une perte de recettes fiscales au titre du dispositif hybride en question.

4.2.3. Modèle de convention fiscale de l'OCDE

La Partie II du Rapport sur l'action 2 du BEPS examine plusieurs modifications proposées au Modèle de convention fiscale de l'OCDE afin de s'assurer que les instruments et entités hybrides (ainsi que les entités à double résidence) ne soient pas utilisés pour bénéficier indûment des avantages des traités. Le Rapport sur l'action 2 du BEPS examine également l'interaction entre les modifications recommandées à la législation nationale et les dispositions du Modèle de convention fiscale de l'OCDE.

La préoccupation générale portait sur le fait que, bien que le Rapport de l'OCDE de 1999 sur l'application du Modèle de convention fiscale de l'OCDE aux sociétés en nom collectif (le « Rapport sur les sociétés en nom collectif ») comporte une analyse approfondie de l'application des dispositions conventionnelles aux sociétés en nom collectif, y compris dans les circonstances impliquant une asymétrie dans le traitement fiscal de ces dernières, il n'aborde pas expressément l'application des conventions fiscales aux entités transparentes autres que les sociétés en nom collectif. À ce titre, le Rapport sur l'action 2 du BEPS a proposé d'inclure une disposition supplémentaire dans le Modèle de convention fiscale de l'OCDE afin de s'assurer que les revenus des entités transparentes soient traités conformément aux principes du Rapport sur les sociétés en nom collectif, et plus précisément, que les avantages des conventions fiscales soient accordés selon que de besoin et qu'ils ne le soient pas lorsque aucune des deux juridictions ne traite les revenus d'une entité comme les revenus de l'un de ses résidents en vertu de son droit interne.

Le Modèle de convention fiscale de l'OCDE a été actualisé en septembre 2017 afin de refléter les modifications approuvées dans le cadre de la version finale du Plan d'action du BEPS. L'ajout d'un nouveau paragraphe 2 à l'article 1^{er} du Modèle de convention fiscale de l'OCDE, qui reflète les modifications décrites ci-dessus telles qu'elles figurent dans le Rapport sur l'action 2 du BEPS, stipule de manière générale que les revenus obtenus par une entité ou un dispositif hybride ou par leur intermédiaire qui sont considérés comme totalement ou partiellement transparents sur le plan fiscal en vertu de la législation fiscale de l'un ou l'autre État contractant doivent être considérés comme des revenus d'un résident d'un État contractant, mais uniquement dans la mesure où ces revenus sont traités, à des fins d'imposition par cet État contractant, comme des revenus d'un résident de cet État contractant. Il convient également de noter que cette position est reprise au paragraphe 2 de l'article 1^{er} de la Convention type des Nations Unies.

La Partie II du Rapport sur l'action 2 du BEPS aborde également les potentielles questions de nature conventionnelle qui pourraient découler des recommandations contenues dans la Partie I. Elle examine notamment la question de savoir si la règle recommandée, qui prévoit que la juridiction du payeur devrait refuser la déduction d'un paiement dans la mesure où celui-ci donne lieu à un effet « D/Nl », pourrait être incompatible avec les dispositions conventionnelles.

Le Rapport sur l'action 2 du BEPS a souligné qu'à l'exception de l'article 7 (Bénéfices d'entreprise) et de l'article 24 (Non-discrimination) du Modèle de convention fiscale de l'OCDE, ce dernier ne régit pas la question de savoir si les paiements sont déductibles ou imposables, précisant que ces questions relèvent du droit interne.

Le Rapport sur l'action 2 du BEPS examine également si les recommandations de la Partie I pourraient être incompatibles avec les dispositions de l'article 24 (Non-discrimination) du Modèle de convention fiscale de l'OCDE, qui prévoit que les ressortissants d'un État contractant ne doivent pas être soumis, dans l'autre État contractant, à une imposition ou à une obligation connexe plus lourde que l'imposition et les obligations auxquelles sont soumis, dans les mêmes circonstances, les ressortissants de cet autre État contractant. Toutefois, le Rapport sur l'action 2 du BEPS a conclu que, sous réserve de la formulation précise des règles nationales, les recommandations de l'Action 2 ne semblent pas entrer en conflit avec les dispositions de l'article 24.

4.3. Limites en matière de dette/capitaux propres

Cette section donne un aperçu d'un point de vue supérieur de l'action 4 du Plan d'action du BEPS, qui prévoit un ensemble de règles visant à limiter l'érosion de la base d'imposition liée aux déductions d'intérêts, ainsi qu'une analyse de la manière dont certaines de ces questions pourraient s'appliquer au secteur minier.

L'action 4 du Plan d'action du BEPS préconisait des recommandations concernant les meilleures pratiques en matière d'élaboration de règles visant à prévenir l'érosion de la base d'imposition résultant de l'utilisation des charges d'intérêts pour obtenir des déductions d'intérêts excessives ou pour financer la production de revenus exonérés. Les groupes multinationaux peuvent obtenir des résultats fiscaux favorables dans ce contexte selon trois scénarios :

1. les groupes qui font peser une dette plus importante sur leurs filiales situées dans des pays à forte imposition ;
2. les groupes qui recourent à des prêts intragroupes pour générer des déductions d'intérêts supérieures aux dépenses réelles engagées par des tiers du groupe ; et
3. les groupes ayant recours à un financement par des tierces parties ou intra-groupe pour financer la génération de revenus exonérés d'impôt.

Afin de résoudre ces problèmes, l'OCDE a publié, le 5 octobre 2015, son rapport final intitulé : « Limiter l'érosion de la base d'imposition faisant intervenir les déductions d'intérêts et d'autres frais financiers » (« Rapport sur l'action 4 du BEPS »), dans le cadre d'un ensemble plus large comprenant les rapports finaux sur l'ensemble des 15 actions du BEPS. Ce rapport propose une approche à deux piliers comportant une règle du ratio fixe et une règle du ratio de groupe, ainsi que certaines modifications et améliorations en fonction de la nature du groupe et de considérations spécifiques au secteur.

Il convient de noter que l'un des axes prioritaires de l'initiative du BEPS est la préoccupation selon laquelle les entreprises multinationales ont recours « de manière excessive » à la dette dans les pays d'accueil. Ce domaine a également été identifié comme étant une priorité absolue pour les pays en développement lors d'un atelier informel sur la mobilisation des ressources nationales tirées de l'exploitation minière, organisé par l'OCDE en octobre 2016. À ce titre, le rapport de 2018 a été élaboré dans le cadre d'un programme de coopération entre l'OCDE et le FIG, lequel s'inscrit dans une initiative plus large visant à relever certains des défis auxquels sont confrontés les pays en développement pour générer des recettes provenant de leurs secteurs miniers.

Le Rapport de 2018 vise à permettre aux responsables de l'élaboration des politiques de comprendre comment les sociétés minières peuvent recourir de manière légitime au financement par l'endettement au sein de leurs entreprises, ainsi que de contribuer à l'élaboration d'un ensemble approprié de restrictions que les pays en développement devraient adopter afin d'atténuer les pratiques agressives de transfert des bénéfices dans le secteur minier. En particulier, le Rapport de 2018 identifie un certain nombre de préoccupations, notamment l'allocation de montants exorbitants disproportionnés de dette au pays d'accueil, ce qui soulève alors des questions quant à sa capacité à assurer le service de cette dette (et à réaliser des bénéfices au niveau local), ainsi que l'application de taux d'intérêt entre parties liées qui ne correspondent pas aux taux qui seraient appliqués entre parties non liées.



4.3.1. Règle du ratio fixe

La règle du ratio fixe, dont le Rapport sur l'action 4 du BEPS recommande l'adoption par toutes les juridictions, limite les déductions nettes d'une entité au titre des intérêts et des paiements économiquement équivalents à des intérêts à un pourcentage de son BAIIA. La conception de cette règle vise à établir le lien le plus efficace possible entre les déductions d'intérêts nettes d'un groupe et ses activités génératrices de revenus. L'application de la règle du ratio fixe est présentée comme suit :

1. détermination du BAIIA de l'entité pertinente par le calcul du revenu imposable de l'entité tel que déterminé en vertu de la législation nationale en vigueur, en réintégrant les charges d'intérêts nettes, les paiements nets équivalents à des intérêts, ainsi que les dépréciations et les amortissements ;
2. détermination du montant maximal admissible des charges d'intérêts en appliquant le ratio de référence légal (qui doit se situer entre 10 et 30%) au chiffre du BAIIA ; et
3. détermination de la déduction d'intérêts nette admissible comme étant le montant le moins élevé entre les charges d'intérêts nettes réelles et le montant maximal calculé au point (2).

Les ratios recommandés varient entre 10 et 30 % afin de s'assurer que le ratio est suffisamment bas pour lutter contre le BEPS, tout en reconnaissant que tous les pays ne sont pas logés à la même enseigne. En particulier, le Rapport sur l'action 4 du BEPS indique que, sur la base des chiffres moyens pour la période allant de 2009 à 2013, la moitié des groupes multinationaux cotés en bourse dont le BAIIA est positif ont un ratio du BAIIA de 5 % ou moins, alors que 62 % de ces groupes sont en mesure de déduire la totalité de leurs charges d'intérêts nettes versées à des tiers au taux de référence de 10 % et 87 % d'entre eux peuvent le faire au taux de référence de 30 %.

Le Rapport sur l'action 4 du BEPS souligne qu'un certain nombre de facteurs devraient être pris en compte par une juridiction afin de fixer un ratio approprié. À titre d'exemple, les juridictions qui n'adoptent pas non plus une règle du ratio de groupe (abordée plus en détail ci-dessous), celles qui n'autorisent pas les entités à reporter sur les exercices ultérieurs les charges d'intérêts non admises et/ou leur capacité d'intérêt inutilisée pour les exercices ultérieurs (c'est-à-dire lorsque les déductions nettes d'intérêts réelles d'une entité sont inférieures au maximum autorisé), ainsi que celles qui disposent d'un système de règles ciblées, afin de faire face aux activités de BEPS relatives aux intérêts, devraient chacune envisager d'adopter un ratio de référence situé dans la partie supérieure de la fourchette.

Le Rapport sur l'action 4 du BEPS souligne également quelques problèmes liés à la règle du ratio fixe, le principal étant que les bénéfices du groupe peuvent être volatils et donc difficiles à prévoir. Dans ces circonstances, il est recommandé aux pays d'envisager d'utiliser un pourcentage du BAIIA moyen compris entre 10 et 30 %.

4.3.2. Règle du ratio de groupe

Le Rapport sur l'action 4 du BEPS admet que certains groupes ont un niveau d'endettement élevé auprès de tiers pour des raisons non fiscales ; il propose donc, parallèlement à la règle du ratio fixe, une règle du ratio de groupe que les juridictions peuvent adopter pour remédier à ces situations.

La règle du ratio de groupe permet à une entité dont les charges d'intérêts nettes excèdent le ratio fixe d'un pays de déduire des intérêts à hauteur du ratio intérêts nets/BAIIA de son groupe à l'échelle mondiale ; par conséquent, seules les charges d'intérêts nettes excédant à la fois le ratio fixe de référence et le ratio de groupe ne seraient pas admises. Le Rapport sur l'action 4 du BEPS recommande de recourir aux états financiers consolidés pour déterminer le ratio intérêts/BAIIA d'un groupe à l'échelle mondiale. Toutefois, étant donné qu'une administration fiscale nationale n'est généralement pas en mesure de confirmer l'exactitude des données financières du groupe, il est recommandé que ces états financiers consolidés soient vérifiés par un expert-comptable indépendant agréé.

Le Rapport sur l'action 4 du BEPS recommande également d'apporter des ajustements afin d'exclure les éléments qui ne sont pas considérés à juste titre comme des intérêts, notamment les dividendes, les plus-values et moins-values résultant de la cession d'instruments financiers, ainsi que les montants d'intérêts théoriques. Lorsqu'un pays choisit de ne pas introduire la règle du ratio de groupe, il devrait appliquer la règle du ratio fixe aux entités appartenant à des groupes multinationaux et nationaux sans discrimination induite.

4.3.3. Définition de la charge d'intérêts

Il convient de noter que les juridictions devraient intégrer les éléments économiquement équivalents à des intérêts dans le champ d'application de la règle du ratio fixe et de la règle du ratio de groupe. Au nombre des éléments pouvant être considérés comme économiquement équivalents à des intérêts aux fins de ces règles figurent notamment les prêts avec participation aux bénéfices, les intérêts imputés sur divers instruments tels que les obligations convertibles et les obligations à coupon zéro, les montants à payer au titre de mécanismes de financement alternatifs, les intérêts capitalisés, les intérêts théoriques sur les instruments dérivés ou les couvertures de la dette d'une entité, ainsi que certains gains et pertes de change sur les titres de créance. Certaines dépenses engagées en rapport avec l'emprunt devraient également entrer dans le champ d'application des règles proposées, notamment les commissions de garantie et les frais d'émission de dette.

4.3.4. Reports sur les exercices ultérieurs et les exercices antérieurs

Le Rapport sur l'action 4 du BEPS reconnaît que la volatilité des bénéfices pose un défi aux groupes lors de la planification à long terme, tandis que la non-déductibilité permanente des charges d'intérêts pourrait entraîner une double imposition, le prêteur concerné étant susceptible d'être imposé sur les revenus en intérêts. À ce titre, le Rapport sur l'action 4 du BEPS recommande que les juridictions autorisent les entités à reporter sur les exercices ultérieurs la capacité d'intérêt inutilisée et à reporter sur les exercices ultérieurs et/ou antérieurs les charges d'intérêts non déductibles (à savoir les charges d'intérêts non déductibles en vertu des règles du ratio fixe et du ratio de groupe, et non en vertu d'autres règles ciblées, étant donné que toute non-déductibilité relative à ces dernières est présumée résulter des dispositifs de BEPS).

Il convient de noter que les reports sur les exercices ultérieurs et antérieurs revêtent une importance particulière dans le secteur minier, où les projets se caractérisent généralement par des phases initiales d'investissements intenses, suivies de longues périodes de non-rentabilité pendant la phase de construction et de dépréciation importantes pesant sur les recettes. Le Rapport sur l'action 4 du BEPS propose également que les juridictions imposent des limites à tous les reports sur les exercices ultérieurs et antérieurs, notamment en ce qui concerne le nombre d'années au cours desquelles des charges d'intérêts non déductibles ont été engagées ou le montant de la capacité d'intérêt non utilisée.

4.3.5. Règles ciblées et règles spéciales pour certains secteurs

Le Rapport sur l'action 4 du BEPS recommande que l'approche évoquée ci-dessus soit étayée par des règles ciblées afin d'empêcher toute modification artificielle de l'effet de la règle du ratio fixe et de la règle du ratio de groupe. À titre d'illustration, des entités pourraient tenter de convertir les charges d'intérêts en une autre forme de charges déductibles afin de réduire artificiellement le niveau des charges d'intérêts nettes. Le Rapport sur l'action 4 du BEPS propose que les juridictions devraient envisager d'introduire des règles pour lutter contre les risques spécifiques de BEPS qui ne sont pas couverts par l'approche recommandée, par exemple pour faire face aux situations dans lesquelles une entité sans charges d'intérêts nettes met à l'abri ses revenus en intérêts.

L'approche recommandée encourage également les pays à compléter la règle du ratio fixe et la règle du ratio de groupe par d'autres dispositions visant à réduire l'impact de ces règles pertinentes sur les entités ou les dispositifs qui présentent un risque moindre de BEPS. Les exclusions de l'approche prescrite comprennent un seuil *minimal* qui prévoit une exception pour les entités ayant un faible niveau de charges d'intérêts nettes, en notant que dans le cas des groupes multinationaux, il est recommandé d'appliquer ce seuil au total des charges d'intérêts nettes du groupe local dans une juridiction donnée.

Le Rapport sur l'action 4 du BEPS décrit une exclusion pour les intérêts versés à des prêteurs tiers au titre de prêts destinés à financer des projets d'intérêt public, au motif que, dans de telles circonstances, une entité peut présenter un niveau d'endettement élevé, mais que, compte tenu de la nature des projets et du lien avec le secteur public, le risque de BEPS est très faible. Toutefois, pour que cette exclusion s'applique et que les bénéfices ainsi que les charges d'intérêts correspondantes de l'opérateur et de son groupe soient exclus de la règle du ratio fixe et de la règle du ratio de groupe, plusieurs conditions doivent être remplies :

1. le prêt de la tierce partie en question concerne des projets dans le cadre desquels l'opérateur s'engage à fournir, exploiter et/ou entretenir les actifs pendant au moins dix ans ;
2. le projet présente un intérêt public général et l'opérateur conclut un contrat avec un organisme du secteur public pour la fourniture des biens ou des services concernés ;
3. le prêt est sans recours et n'est garanti que par les actifs du projet ;
4. chacun des opérateurs, les participations, les actifs du projet et les revenus générés par celui-ci relèvent tous de la même juridiction ; et
5. la dette des tiers du projet n'excède pas la dette de tierces parties attribuable à d'autres projets similaires entrepris par l'opérateur ou son groupe.

Il convient également de noter que le Rapport sur l'action 4 du BEPS reconnaît que les secteurs bancaires et des assurances présentent des caractéristiques spécifiques dont il convient de tenir compte et que, par conséquent, des règles spécifiques visant à faire face aux risques propres à ces secteurs devront être élaborées. Par exemple, les règles du ratio fixe et du ratio de groupe pourraient ne pas être efficaces dans le contexte des banques et des compagnies d'assurance, étant donné que ces entités enregistrent généralement des revenus en intérêts nets plutôt que des charges d'intérêts nettes.

4.3.6. Action 4 du BEPS et secteur minier

Le Rapport de 2018 examine la question de savoir si une règle spécifique au secteur minier est nécessaire dans le cadre de l'action 4 du Plan d'action du BEPS. Il reconnaît que les politiques fiscales mises en œuvre secteur par secteur ne sont généralement pas encouragées ; toutefois, lorsque les industries extractives représentent une part importante de l'économie d'un pays, cela pourrait justifier l'application d'une règle spéciale de limitation des intérêts pour ce secteur (en particulier lorsqu'il existe des preuves suffisantes d'une érosion accrue de la base d'imposition). Il convient également de noter que, dans de nombreuses juridictions fiscales, les sociétés minières font face à des conventions fiscales distinctes et à un cantonnement, et que, par conséquent, la décision d'appliquer des règles sectorielles a déjà été prise.

L'application d'une règle spécifique au secteur minier nécessiterait la prise en compte de certains éléments, notamment la question de savoir si des restrictions supplémentaires s'appliqueraient à chaque entreprise multinationale en fonction des projets, ou plutôt à l'ensemble du groupe d'entités locales. Il convient également de tenir compte des fluctuations des prix des produits miniers, car celles-ci peuvent modifier considérablement la situation économique des entités minières au sein d'un groupe. Par exemple, lorsque le prix des produits miniers baisse, la valeur comptable de la société minière peut diminuer et le niveau des déductions d'intérêts à des fins fiscales peut augmenter sans que le groupe d'entreprises multinationales ne prenne aucune mesure pour accroître son niveau d'endettement, tandis que, dans le cas d'une hausse des cours des matières premières, les bénéfices augmentent et les charges d'intérêts peuvent diminuer, ce qui accroît le niveau d'endettement admissible. Toute limitation prescrite devrait donc tenir compte de cette volatilité afin de garantir que les règles fonctionnent efficacement à long terme.

Le rapport de 2018 reconnaît également que le ratio fixe prescrit devrait refléter la diversité des entreprises minières multinationales et, par conséquent, être adapté à la structure réelle du secteur minier dans chaque pays d'accueil (tout en tenant compte de certains des facteurs supplémentaires évoqués ci-dessus). Le rapport note également que les entreprises multinationales intervenant dans le secteur minier n'ont généralement pas des niveaux d'emprunt élevés auprès de parties externes par rapport à d'autres secteurs, et qu'une approche simplifiée sans règle du ratio de groupe pourrait donc suffire pour les pays en développement dotés d'une industrie minière importante et qui sont confrontés à de graves contraintes de capacité.

La capacité à reporter les déductions excédentaires sur les exercices ultérieurs a été reconnue comme étant une mesure importante visant à garantir que les sociétés minières puissent déduire leurs dépenses légitimes à des fins fiscales. Par exemple, les asymétries temporelles entre la construction d'une mine et le début de la production (et donc la perception des recettes) peuvent faire que des entités affichent un BALIDA négatif ou nul ; par conséquent, le fait de permettre à ces entités de reporter les charges d'intérêts excédentaires sur les exercices ultérieurs constituerait la réponse la plus appropriée. De plus, comme indiqué précédemment, la possibilité de reporter les déductions excédentaires répond aux préoccupations liées à la fluctuation des bénéfices des sociétés minières en lien avec les fluctuations des cours des matières premières.

En fin de compte, il convient de noter que le financement par emprunt constitue une source importante de fonds pour la construction des mines ainsi que pour le financement de leur exploitation et de leur expansion ; par conséquent, toute restriction imposée par les pays en développement devra trouver un juste équilibre entre la capacité à continuer d'attirer un niveau approprié d'investissements étrangers dans le pays d'accueil et la nécessité de garantir une protection suffisante de l'assiette fiscale de ce pays.

4.4 Prix de transfert et DEMPE

Cette section présente un aperçu de haut niveau des orientations supplémentaires en matière de prix de transfert prévues par les Actions 8 à 10 du Plan d'action du BEPS¹⁰⁰ et expose la pertinence de cette question dans le contexte du secteur minier.

Les principes relatifs au prix de transfert sont pertinents dans le cadre de l'attribution de bénéfices imposables aux établissements stables. L'OCDE a publié des instructions sur ce sujet : « Instructions supplémentaires sur l'attribution de bénéfices aux établissements stables dans le cadre de l'Action 7 du Plan d'action BEPS » (les « Instructions supplémentaires »). Ces instructions supplémentaires renferment un certain nombre d'exemples illustrant l'attribution des bénéfices aux établissements stables en vertu de l'article 5 du Modèle de convention fiscale de l'OCDE. Dans chaque exemple, les instructions de l'OCDE en matière de prix de transfert sont appliquées par analogie pour déterminer le prix de pleine concurrence de la transaction interne entre l'établissement stable et sa partie liée.

Les instructions supplémentaires revêtiront une importance particulière pour les groupes miniers opérant dans des juridictions dont la définition de l'établissement stable s'aligne étroitement sur celle du Modèle de convention fiscale de l'OCDE. Elles permettront à ces groupes d'attribuer les bénéfices imposables (et de calculer les obligations fiscales éventuelles) à leur(s) établissement(s) stable(s) sur un territoire donné.

4.4.1. Actions 8-10 du BEPS : Prix de transfert

Les règles relatives aux prix de transfert ont pour objectif de déterminer les conditions, notamment le prix, des transactions au sein d'un groupe multinational. Les règles en matière de prix de transfert reposent sur le principe de pleine concurrence, selon lequel les transactions entre parties liées doivent être tarifées comme si ces entités étaient indépendantes et opéraient dans des conditions de pleine concurrence. Le prix de transfert prend en compte le prix qui s'appliquerait à une transaction contrôlée entre parties liées, sur la base de transactions comparables réalisées dans des conditions et un contexte économique similaires.

¹⁰⁰ OCDE (2015), Aligner les prix de transfert calculés sur la création de valeur, Actions 8-10 – Rapports finaux 2015, Éditions de l'OCDE, https://www.oecd.org/content/dam/oecd/fr/publications/reports/2015/10/aligning-transfer-pricing-outcomes-with-value-creation-actions-8-10-2015-final-reports_g1g58cea/9789264249202-fr.pdf

Il existe de nombreuses transactions contrôlées potentielles dans la chaîne de valeur du secteur minier, qui peuvent être classées en deux catégories, à savoir : la vente et l'achat de minéraux ou de droits miniers entre parties liées ; et la vente et l'achat de divers biens, services et actifs auprès de parties liées. Vous trouverez ci-dessous quelques exemples :

- la vente de minerais à une partie liée en vue d'une transformation ultérieure ;
- une société mère qui achète du matériel minier pour le compte de sa filiale ;
- une société mère qui prête de l'argent à sa filiale pour financer des coûts d'exploration ou de développement ; et
- une filiale versant une rémunération à une partie liée en échange de certains services de soutien, notamment des fonctions administratives et de conseil.

Les Actions 8-10 du BEPS traitent des principes applicables en matière de prix de transfert afin de garantir que les résultats en la matière correspondent mieux à la création de valeur des groupes multinationaux. Les éléments suivants découlent des travaux de l'OCDE relatifs aux Actions 8-10 (chacune d'entre elles étant examinée de manière distincte plus en détail ci-dessous) :

i. Instructions révisées sur la méthode transactionnelle de partage des bénéfices

Ces instructions révisées de l'OCDE (*Instructions révisées sur l'application de la méthode transactionnelle du partage des bénéfices*) clarifient et élargissent considérablement les orientations relatives aux cas dans lesquels la méthode transactionnelle du partage des bénéfices (MTPB) peut constituer la méthode la plus appropriée pour déterminer le prix de transfert. Ces instructions décrivent la MTPB comme une méthode qui identifie les bénéfices pertinents à partager entre les parties liées à la suite d'une transaction contrôlée, puis partage ces bénéfices selon une base économiquement valable qui se rapproche du partage des bénéfices qui aurait été convenu dans des conditions de pleine concurrence.

Toutefois, s'il existe des cas où la MTPB peut s'avérer la plus appropriée, il convient de souligner que, dans de nombreux cas, il s'agit de la méthode de prix comparable de pleine concurrence qui constitue la méthode la plus appropriée pour les prix de transfert des transactions portant sur des matières premières telles que les minéraux, étant donné qu'elle représente le moyen le plus direct et le plus fiable d'appliquer le principe de pleine concurrence dans un tel contexte. Ce point est clairement établi dans les Principes de l'OCDE applicables en matière de prix de transfert ainsi que dans les instructions publiées par l'OCDE et le FIG.¹⁰¹ Ainsi, dans de nombreuses transactions entre parties liées conclues par des sociétés minières, la méthode de prix comparable sur le marché libre sera privilégiée par rapport aux autres méthodes. Cette préférence ne signifie pas pour autant que les autres méthodes de prix de transfert devraient être ignorées et, dans les circonstances décrites ci-dessous, on peut accorder la priorité à la méthode transactionnelle de partage des bénéfices.

Lors du choix d'une méthode de prix de transfert, l'objectif est de déterminer la méthode la plus appropriée pour la transaction en question. L'OCDE fournit des instructions non contraignantes sur la manière de déterminer si la MTPB est susceptible d'être la méthode la plus appropriée. Afin d'évaluer la pertinence du recours à la MTPB, la présence des indicateurs ci-après est pertinente :

- chaque partie apporte des contributions uniques et de valeur (par exemple, en apportant des immobilisations incorporelles uniques et de valeur) à la transaction en question. Les contributions (par exemple, les fonctions exercées ou les actifs utilisés ou apportés) seront « uniques et de valeur » dans les cas où i) elles ne sont pas comparables aux contributions apportées par des parties non contrôlées dans des circonstances comparables ; et ii) elles constituent une source essentielle d'avantages économiques réels ou potentiels dans le cadre des activités commerciales ;
- les activités commerciales sont fortement intégrées, de sorte que les contributions des parties ne peuvent être évaluées de manière fiable indépendamment les unes des autres.

¹⁰¹ OCDE/FIG (2023), Détermination du prix des minerais : un cadre pour les prix de transfert

Un degré élevé d'intégration signifie que la manière dont une partie à la transaction exerce ses fonctions, utilise ses actifs et assume ses risques est étroitement liée à la manière dont une autre partie à la transaction exerce ses fonctions, utilise ses actifs et assume ses risques, et ne peut être évaluée de manière fiable indépendamment de celle-ci. Dans certains cas, les parties peuvent exercer des fonctions conjointement, utiliser des actifs conjointement et/ou partager l'acceptation des risques à un point tel qu'il est impossible d'évaluer leurs contributions respectives indépendamment de celles des autres ;

- les parties partagent la prise de risques économiquement significatifs, ou assument séparément des risques économiquement significatifs étroitement liés. La MTPB peut s'avérer la plus appropriée lorsque chaque partie à l'opération contrôlée partage l'acceptation d'un ou plusieurs risque(s) économiquement significatif(s) lié(s) à cette transaction. La pertinence de ce facteur en tant qu'indicateur pour la MTPB dépendra de la mesure dans laquelle les risques concernés sont économiquement significatifs, de sorte qu'une part des bénéfices pertinents serait justifiée pour chaque partie. L'importance économique des risques devrait être analysée par rapport à leur incidence sur les bénéfices pertinents réels ou anticipés de la ou des transaction(s) contrôlée(s), plutôt qu'en fonction de leur importance pour l'une quelconque des parties liées dont les activités commerciales peuvent s'étendre au-delà de celles couvertes par les bénéfices pertinents.

ii. Instructions supplémentaires sur l'application de l'Approche relative aux actifs incorporels difficiles à valoriser (« AIDAV ») (Action 8)

Bien que les actifs incorporels difficiles à valoriser (AIDAV) jouent généralement un rôle moins important dans ce secteur que dans d'autres (par exemple, l'industrie pharmaceutique), comme l'ont souligné le FIG et le Forum des administrations fiscales africaines, le secteur minier connaît à ce jour une transition technologique majeure, notamment avec l'utilisation d'outils d'optimisation tels que l'apprentissage automatique et l'intelligence artificielle.¹⁰² Ils examinent la manière dont le rôle des nouvelles technologies entraînera une hausse significative de la valeur des actifs incorporels liés à l'exploitation minière, tels que les brevets et les algorithmes, en pourcentage de la chaîne de valeur minière.¹⁰³ Ainsi, les sociétés minières seront tenues de s'acquitter de redevances de licence relatives à de nouveaux actifs incorporels, notamment auprès des sociétés du groupe. Par conséquent, l'analyse ci-après concernant l'approche élaborée par l'OCDE pour l'évaluation des AIDAV présentera un intérêt pour les groupes opérant dans le secteur minier.

Les instructions à l'intention des administrations fiscales concernant l'application de l'approche des AIDAV ont été intégrées dans les Principes de l'OCDE applicables en matière de prix de transfert à l'intention des entreprises multinationales et des administrations fiscales de 2022, à la section D.4 du chapitre VI. Ces instructions ont pour objectif de fournir une approche que les administrations fiscales peuvent utiliser pour déterminer si les accords de tarification des contribuables relatifs aux AIDAV sont conformes au principe de pleine concurrence.

Conformément à la définition des Principes applicables en matière de prix de transfert, les AIDAV constituent des actifs incorporels pour lesquels, au moment de leur transfert entre parties liées, i) il n'existe aucun comparable fiable ; et ii) au moment de la conclusion de la transaction, les prévisions des flux de trésorerie ou des revenus futurs susceptibles d'être tirés de l'actif incorporel transféré, ou les hypothèses utilisées pour évaluer cet actif, sont très incertaines, ce qui rend difficile de prédire le niveau de réussite financière finale de l'actif incorporel au moment du transfert.

¹⁰² Fiscalité minière du futur : une feuille de route (octobre 2020)

¹⁰³ Id

Les instructions précisent ensuite que les éléments ci-après caractérisent les AIDAV :

- au moment du transfert, l'actif incorporel n'a été que partiellement développé ;
- il n'est pas prévu de l'exploiter commercialement avant plusieurs années après la transaction ;
- lorsque l'actif incorporel ne rentre pas lui-même dans le cadre de la définition de l'AIDAV telle qu'énoncée dans les Principes applicables en matière de prix de transfert, il ne reste pas moins essentiel à la mise au point ou à l'amélioration d'autres AIDAV qui rentrent dans le champ d'application de cette définition ;
- il est prévu d'exploiter l'actif incorporel d'une manière qui est nouvelle et il n'existe aucun antécédent de développement ou d'exploitation d'actifs incorporels similaires, ce qui rend les prévisions très incertaines ;
- l'AIDAV a été transféré à une entreprise associée en échange d'une somme forfaitaire ; et
- l'AIDAV est utilisé ou développé dans le cadre d'un accord de répartition des coûts ou d'un accord similaire.

Les instructions tiennent compte du fait que, dans le cas des AIDAV, il peut exister une importante asymétrie des informations entre le contribuable et l'administration fiscale. Il sera souvent difficile pour une administration fiscale de déterminer si un prix de pleine concurrence a été utilisé avant plusieurs années après le transfert, c'est-à-dire une fois que les résultats financiers réels (désignés dans les instructions comme des résultats *ex post*) relatifs aux AIDAV sont connus. Dans ces circonstances, les instructions indiquent que les administrations fiscales peuvent considérer les résultats financiers réels comme des éléments probants relatifs au bien-fondé des résultats financiers prévisionnels initialement utilisés par le contribuable pour fixer les prix de transfert et procéder à un ajustement le cas échéant.

Un contribuable peut éviter les ajustements des prix de transfert fondés sur les résultats financiers *ex post* en s'assurant de prendre les mesures ci-dessous :

- fournir des précisions sur les prévisions utilisées au moment du transfert de l'AIDAV pour déterminer les accords de prix, notamment y compris les modalités de prise en compte des risques dans les calculs pour déterminer le prix ;
- démontrer qu'elle a dûment pris en compte la probabilité de réalisation de tout événement et risque raisonnablement prévisible ; et
- fournir la preuve que toute différence significative entre les prévisions financières et les résultats réels est dû soit : i) à des développements ou événements imprévisibles survenant après la détermination du prix du transfert, qui n'auraient pas pu être anticipés à ce moment-là ; soit ii) à la survenue de résultats prévisibles, dont la probabilité n'a pas été surestimée ou sous-estimée de manière significative au moment du transfert de l'AIDAV.

iii. Développement, amélioration, entretien, protection et exploitation des actifs incorporels (« DEMPE »)

Les actifs incorporels revêtent une importance croissante pour l'industrie minière, compte tenu de l'omniprésence des solutions technologiques au sein du secteur. À titre d'exemple, le savoir-faire minier développé ou exploité au cours de la phase de développement de la mine peut donner lieu à des considérations en matière de prix de transfert concernant la facturation ou la perception de redevances auprès de parties liées pour l'utilisation de cette propriété intellectuelle ou d'autres actifs incorporels.

L'OCDE a publié des orientations sur la manière de répartir les revenus entre le propriétaire légal d'un actif incorporel et les autres membres de son groupe multinational. En particulier, le Rapport de l'OCDE sur les Actions 8-10 du BEPS souligne que, bien que le propriétaire légal d'un actif incorporel puisse percevoir les produits tirés de son exploitation, d'autres membres du groupe multinational de ce propriétaire légal peuvent avoir exercé des fonctions, utilisé des actifs ou assumé des risques susceptibles de contribuer à la valeur de cet actif incorporel et doivent être rémunérés pour ces contributions conformément au principe de pleine concurrence.

Le partage des bénéfices tirés par un groupe multinational de l'exploitation d'actifs incorporels, ainsi que la répartition des coûts y afférents, s'effectue en rémunérant les entités du groupe pour les fonctions exercées, les actifs utilisés et les risques supportés dans le cadre du développement, de l'amélioration, de l'entretien, de la protection et de l'exploitation des actifs incorporels (« DEMPE »). Dans le secteur minier, de nombreuses fonctions DEMPE sont exercées par la société mère, qui doit alors être rémunérée de manière adéquate, en appliquant des méthodes de prix de transfert appropriées, pour l'exercice de ces fonctions (par exemple, le développement d'actifs incorporels) qui sont ensuite utilisées par ses filiales en exploitation.

Le rapport sur les Actions 8-10 du BEPS indique que les contribuables devraient effectuer une analyse DEMPE afin de s'assurer qu'ils se conforment aux orientations de l'OCDE sur le BEPS concernant la détermination d'une rémunération de pleine concurrence appropriée pour les contributions fonctionnelles aux actifs incorporels. Avant l'introduction du principe du DEMPE, tous les revenus générés par un actif incorporel pouvaient être considérés comme appartenant à son propriétaire légal. Ce principe permettait aux groupes multinationaux opérant dans des juridictions à forte imposition de détenir la propriété intellectuelle dans des juridictions à faible imposition et de facturer des redevances aux autres membres du groupe situés dans des juridictions à forte imposition, réduisant ainsi les bénéfices imposables dans ces dernières et transférant ces bénéfices vers des juridictions à faible imposition par le biais de paiements intra-groupe de redevances, bien que les revenus de redevances aient été effectivement générés dans des juridictions à forte imposition.

Désormais, toutefois, tout revenu généré par cet actif incorporel appartient à l'ensemble des parties qui exercent les fonctions DEMPE. Ainsi, au lieu que le propriétaire légal de l'actif incorporel perçoive l'intégralité des revenus générés par celui-ci, ceux-ci seront répartis entre les parties concernées, proportionnellement à la contribution de chaque entité à la valeur de l'actif incorporel. Par conséquent, même si un actif incorporel peut être enregistré dans une juridiction à faible imposition, cela ne signifie pas que les bénéfices liés à cet actif incorporel sont considérés comme situés dans cette juridiction. Cela dépendra plutôt de l'étendue des fonctions DEMPE (le cas échéant) exercées dans la juridiction du propriétaire légal.

Comme l'indique clairement le rapport sur les Actions 8-10 du BEPS, aux fins de la détermination des prix de transfert, la propriété légale des actifs incorporels ne confère pas en soi le droit de conserver, en dernier ressort, les revenus tirés par le groupe multinational de l'exploitation de l'actif incorporel, même si ces revenus peuvent initialement revenir au propriétaire légal en raison de son droit légal et contractuel d'exploiter l'actif incorporel. Si le propriétaire légal n'exerce aucune fonction pertinente, n'utilise aucun actif pertinent et n'assume aucun risque pertinent, mais agit uniquement en tant qu'entité détenant le titre de propriété, il n'aura droit, aux fins de la détermination des prix de transfert, à aucune part des bénéfices, à l'exception de la rémunération de pleine concurrence (le cas échéant) pour la détention du titre.

iv. Nouvelles Instructions sur les prix de transfert relatives aux transactions financières (Actions 4 et 8-10)

L'OCDE a publié en février 2020 les Instructions sur les prix de transfert relatives aux transactions financières : Cadre inclusif sur le BEPS : Actions 4, 8-10. Le rapport fournit des principes permettant de déterminer si les conditions de certaines transactions financières entre parties liées sont conformes au principe de pleine concurrence. Il convient toutefois de noter que ce rapport, qui figure également au chapitre X des Principes de l'OCDE applicables en matière de prix de transfert, autorise les pays à adopter une approche différente en vertu de leur législation nationale : ils ne sont pas tenus de suivre le principe de pleine concurrence tel qu'il est décrit dans le rapport. ■

Le rapport fournit des orientations sur l'application des principes énoncés à la section D.1 du chapitre I des Principes de l'OCDE applicables en matière de prix de transfert, notamment en précisant si un prêt devrait être considéré comme tel aux fins de la détermination des prix de transfert. Le rapport aborde également des questions spécifiques relatives à la tarification des transactions financières, par exemple les fonctions de trésorerie, les prêts intragroupes, les garanties et les opérations de couverture, ainsi

que des instructions sur la manière de déterminer un taux de rendement sans risque et un taux de rendement ajusté au risque, dans chaque cas dans le contexte des transactions financières entre parties liées.

Les transactions financières entre parties liées sont courantes au sein des grands groupes miniers, qui organisent souvent ces opérations de manière centralisée par l'intermédiaire d'une entité assurant la fonction de trésorerie du groupe. L'entité chargée de la trésorerie du groupe établit généralement des accords de mise en commun de trésoreries, c'est-à-dire un dispositif centralisé de gestion de trésorerie à court terme entre les entités du groupe, qui facilite l'utilisation efficace des capitaux au sein du groupe. Les excédents de trésorerie sont régulièrement transférés vers un fonds commun de trésorerie afin de pouvoir être utilisés par d'autres entités du groupe à court terme. Les accords de mise en commun de trésorerie sont mis en œuvre par une entité qui exerce généralement une fonction de coordination et qui doit être rémunérée de manière appropriée. Les autres entités du groupe déposent des liquidités dans le fond commun ou empruntent auprès de celui-ci, et perçoivent ou versent des intérêts à un taux de pleine concurrence. Pour chacune des transactions financières entre parties liées mentionnées dans cette section, les principes décrits ci-dessous sont essentiels en vue d'établir un principe de pleine concurrence approprié.

Comme indiqué ci-dessus, le rapport de l'OCDE sur les Actions 4, 8, 9 et 10 précise comment déterminer si un prêt présumé entre entreprises associées devrait être considéré comme un prêt à des fins fiscales. Le rapport indique clairement que la délimitation précise des transactions financières nécessite la prise en compte de facteurs spécifiques qui influencent les performances des entreprises du secteur dans lequel le groupe d'entreprises multinationales opère, par exemple le stade du cycle économique ou du cycle de vie du produit, l'effet des réglementations publiques ainsi que les niveaux différents d'intensité capitalistique entre les secteurs.

Le point de départ d'une délimitation précise de la transaction financière effective consiste à identifier ses caractéristiques économiquement pertinentes, c'est-à-dire les conditions contractuelles de la transaction : les fonctions exercées, les actifs utilisés et les risques supportés par les parties à la transaction contrôlée ; les caractéristiques des instruments financiers concernés ; les circonstances économiques des parties et du marché ; et les stratégies commerciales adoptées par les parties.

Une fois cette étape franchie, l'étape suivante consiste à examiner les conditions que des parties indépendantes auraient convenues dans des circonstances comparables. Le rapport souligne que, dans un scénario idéal, des transactions financières comparables entre parties indépendantes correspondraient en tous points à la transaction soumise à examen. Lorsque les comparables diffèrent de la transaction contrôlée (ce qui est le plus souvent le cas), des ajustements de comparabilité doivent être effectués afin d'améliorer la fiabilité des comparables dans la mesure où ces différences ont une incidence considérable sur le prix.

4.5. Déclaration pays par pays

Cette section donne un aperçu général de la déclaration pays par pays prévue au titre de l'Action 13 du plan d'action du BEPS, avant d'exposer la pertinence de cette question dans le contexte du secteur minier.

L'Action 13 du plan d'action du BEPS concernant la déclaration pays par pays (« PpP ») et la documentation relative aux prix de transfert prévoit que la société mère d'un groupe multinational dont le chiffre d'affaires consolidé est d'au moins 750 millions d'euros devrait déposer chaque année une déclaration pays par pays auprès de l'administration fiscale de la juridiction dans laquelle la société mère est résidente fiscale. La déclaration pays par pays diffère de la déclaration financière classique en ce sens que les entreprises doivent publier des informations pour chaque pays dans lequel elles exercent leurs activités, au lieu de produire un ensemble unique d'informations au niveau mondial, c'est-à-dire sur une base consolidée.

Les pays d'Afrique, du Moyen-Orient et d'Amérique latine suivants ont mis en place une règle de déclaration pays par pays destinée aux entreprises multinationales dont le chiffre d'affaires consolidé excède le seuil applicable : Afrique du Sud, Arabie saoudite, Argentine, Aruba, Bahreïn, Belize, Brésil, Cabo Verde, Chili, Colombie, Costa Rica, Côte d'Ivoire, Curaçao, Égypte, Émirats arabes unis, Gabon, Israël, Jordanie, Maurice, Mexique, Maroc, Nigéria, Oman, Panama, Pérou, Qatar, Sénégal, Seychelles, Tunisie, Uruguay et Zambie.

La déclaration pays par pays doit donner un aperçu clair de la localisation des bénéfices, du chiffre d'affaires, des effectifs et des actifs, ainsi que des lieux où les impôts sont payés. Ces informations doivent être présentées pour chaque juridiction dans laquelle le groupe multinational exerce ses activités. Les entités qui sont incluses dans le périmètre de consolidation aux fins de l'information financière devraient être incluses dans la déclaration pays par pays.

L'administration fiscale de la juridiction de la société mère échangera ces informations avec les autres administrations fiscales situées dans les territoires où le groupe multinational exerce ses activités (à condition qu'un accord entre autorités compétentes (qui constitue une forme d'accord intergouvernemental) soit en vigueur entre la juridiction de la société mère et la juridiction fiscale destinataire, et que certaines conditions soient remplies en matière de confidentialité, de cohérence et d'utilisation appropriée). L'idée est qu'une déclaration pays par pays aide les administrations fiscales à mener à bien les évaluations des prix de transfert ou les contrôles fiscaux que l'OCDE a identifiés comme étant des domaines clés de difficulté pour les administrations fiscales dans le contexte des entreprises mondiales.

Les obligations de déclaration pays par pays ont été mises en œuvre pour les exercices fiscaux commençant le 1^{er} janvier 2016 ou après cette date ; la déclaration pays par pays annuelle, en tant que norme minimale du BEPS, doit être mise en œuvre par tous les pays membres du Cadre inclusif sur le BEPS de l'OCDE/G20 (y compris de nombreux pays d'Afrique, du Moyen-Orient et d'Amérique latine).¹⁰⁴

4.5.1. Modèle pour les déclarations pays par pays

Un modèle pour les déclarations pays par pays au format électronique figure dans le rapport final de 2015 ainsi que dans l'annexe C du document de l'OCDE intitulé « Schéma XML pour la déclaration pays par pays : guide d'utilisation pour les administrations fiscales ».

Le modèle pour les déclarations pays par pays est scindé en trois tableaux. Le Tableau 1 du modèle de déclaration doit comporter les informations ci-après :

- la somme du bénéfice (ou de la perte) avant impôt sur le revenu pour toutes les entités constitutives qui résident à des fins fiscales dans la juridiction fiscale concernée ;
- l'impôt sur le revenu payé au cours de l'exercice fiscal pertinent par toutes les entités constitutives qui résident à des fins fiscales dans la juridiction fiscale concernée (ce qui inclut les impôts payés dans la juridiction de résidence ainsi que dans d'autres juridictions), ainsi que les retenues à la source sur les paiements effectués aux entités constitutives ;
- la charge d'impôt actuelle à payer au titre de l'exercice de référence pour toutes les entités constitutives qui résident à des fins fiscales dans la juridiction fiscale concernée à la fin de l'exercice. Ce montant ne devrait pas inclure les impôts différés ni les provisions pour dettes fiscales incertaines ;
- le capital déclaré de toutes les entités constitutives qui résident à des fins fiscales dans la juridiction fiscale concernée à la fin de l'exercice. Le capital déclaré des établissements stables devrait être déclaré par l'entité juridique dont il est un établissement stable, sauf si la juridiction fiscale de l'établissement stable impose une exigence de capital définie à des fins réglementaires ;

¹⁰⁴ Le Cadre inclusif est le nom donné au groupe de plus de 140 pays qui ont adhéré aux principes du BEPS.

- les résultats cumulés de toutes les entités constitutives qui résident à des fins fiscales dans la juridiction fiscale concernée à la fin de l'exercice. Les résultats cumulés des établissements stables devraient être déclarés par l'entité juridique dont ils constituent un établissement stable ;
- le nombre d'employés en équivalent temps plein de toutes les entités constitutives qui résident à des fins fiscales dans la juridiction concernée. Le nombre d'employés peut être déclaré à la fin de l'exercice, sur la base des niveaux d'emploi moyens pour l'année, ou sur toute autre base, à condition que celle-ci soit appliquée de manière cohérente entre les juridictions fiscales et d'une année à l'autre. Les entrepreneurs indépendants participant aux activités d'exploitation courantes de la partie liée peuvent être déclarés comme des employés ; et
- les valeurs comptables nettes des immobilisations corporelles de toutes les entités constitutives qui résident à des fins fiscales dans la juridiction fiscale concernée. Les immobilisations corporelles des établissements stables devraient être déclarées en fonction de la juridiction fiscale dans laquelle l'établissement stable est situé. Les immobilisations corporelles n'incluent pas la trésorerie ou les équivalents de trésorerie, les immobilisations incorporelles ou les actifs financiers.

Le Tableau 2 du modèle de rapport pays par pays doit inclure toutes les entités constitutives du groupe d'entreprises multinationales sur une base fiscale pays par pays et préciser leurs raisons sociales. Les établissements stables devraient être répertoriés en fonction de la juridiction fiscale dans laquelle ils sont situés, et la raison sociale de l'entité dont ils constituent un établissement stable devrait être indiquée. La déclaration doit également mentionner la juridiction fiscale de constitution d'une partie liée donnée si celle-ci diffère de sa juridiction fiscale de résidence. Enfin, le Tableau 2 doit préciser les principales activités commerciales de chaque partie liée en cochant la description pertinente dans une liste prédéfinie. Cette liste prédéfinie comporte, (entre autres), la recherche et développement, la détention ou la gestion de propriété intellectuelle, les achats ou la passation de marchés, ainsi que la fabrication ou la production.

Le Tableau 3 du modèle de rapport pays par pays est une section facultative qui invite à inclure (en quelques mots) toute information ou explication supplémentaire jugée nécessaire ou susceptible de faciliter la compréhension des informations obligatoires fournies dans les Tableaux 1 et 2 du rapport pays par pays. En ce qui concerne l'obtention des données requises pour établir une déclaration pays par pays, l'OCDE tient compte du fait que les groupes disposent de systèmes financiers, de méthodes comptables et d'approches de gestion fiscale et de déclarations qui varient d'un groupe à l'autre. À ce titre, l'OCDE autorise une certaine souplesse dans le choix de la source des données pour la déclaration pays par pays. Bien qu'une approche cohérente doive être suivie entre les entités et les pays, ainsi qu'en glissement annuel, des modifications peuvent être apportées si les raisons et les implications de celles-ci sont expliquées (par exemple, une explication peut être incluse dans le Tableau 3). Les groupes multinationaux devraient décider de l'approche qu'ils privilégient dans leur situation particulière, ce qui peut impliquer un choix entre les principes comptables localement reconnus et ceux généralement reconnus au niveau du groupe.

Certes, l'OCDE a fourni des instructions sur les éléments à inclure pour chaque donnée requise dans une déclaration pays par pays, mais ces dernières ne sont pas détaillées, ce qui laisse une certaine marge de manœuvre dans l'élaboration de ces déclarations, à condition que les méthodes utilisées (par exemple, les hypothèses retenues) soient clairement documentées et que les sources des données y soient mentionnées (dans le Tableau 3). Malgré cette marge de manœuvre, comme indiqué ci-dessus, on attend néanmoins une application cohérente des instructions pour l'ensemble des données, des pays et dans le temps.

4.5.2. Pertinence de la déclaration pays par pays pour le secteur minier

L'une des implications de cette déclaration pour le secteur minier réside dans sa capacité à présenter clairement au fisc les paramètres clés liés aux prix de transfert utilisés par les grands groupes miniers multinationaux. L'Action 13 impose à ces derniers de communiquer à toutes les administrations fiscales concernées des informations sur la répartition de leurs bénéfices au niveau mondial, de leurs résultats, de leur activité économique (notamment l'effectif et la valeur comptable nette des actifs corporels) et des impôts sur le revenu acquittés dans chaque pays.

La déclaration de ces informations donne aux administrations fiscales un tableau plus net de la chaîne de valeur mondiale d'un groupe minier et met en évidence tout décalage entre la répartition des revenus et la création de valeur, y compris, par exemple, une structure de financement excessivement endettée ou une entité qui n'exerce que des fonctions administratives limitées mais affiche des bénéfices excessifs et dispose de peu d'employés et/ou d'actifs. Par conséquent, l'obligation faite à certains grands groupes miniers de soumettre une déclaration pays par pays exerce une certaine pression pour qu'ils consacrent les ressources appropriées à l'évaluation de leurs risques en matière de prix de transfert et de leur situation en matière de conformité.

Il convient de noter brièvement que l'Action 13 du plan d'action du BEPS n'est pas le seul système de déclaration pays par pays pertinent pour le secteur minier. L'Initiative pour la transparence dans les industries extractives (ITIE) est largement considérée comme étant un moteur essentiel de la transparence mondiale en matière de ressources naturelles dans le secteur extractif. Les pays peuvent adhérer volontairement à l'ITIE et plus de 50 pays l'ont fait à ce jour, y compris un certain nombre de juridictions minières clés en Afrique et en Amérique latine (par exemple, le Burkina Faso, le Pérou, la Tanzanie et la Zambie).

L'ITIE impose l'obligation de déclarer les paiements effectués par les groupes miniers aux gouvernements hôtes. Les paiements qui doivent être divulgués sont les suivants : les impôts sur les bénéfices, les redevances, les dividendes et les droits liés aux permis (entre autres), ainsi que tout autre paiement significatif et avantage substantiel versé à un gouvernement d'accueil. Le gouvernement d'accueil utilisera ces informations pour publier un rapport qui sera mis à la disposition du public. Bien qu'il existe un certain chevauchement entre les informations requises au titre de l'ITIE et de l'Action 13 du BEPS, la déclaration pays par pays du BEPS exige un partage de données comparativement plus important que l'ITIE et, comme indiqué ci-dessus, peut avoir des implications en matière de conformité des groupes aux règles relatives aux prix de transfert, étant donné que les administrations fiscales qui y ont accès peuvent alors examiner de plus en profondeur les méthodologies de prix de transfert utilisées par les grands groupes miniers.



Atlas de la législation minière africaine (AMLA)

5. Impact du BEPS 2.0 – Pilier Deux

Nous examinons ci-dessous la hiérarchie et le fonctionnement du Pilier 2 ; son impact sur les incitations fiscales ; le rôle des exonérations fiscales dans le contexte post-Pilier 2 ; et nous formulons des recommandations préliminaires.

5.1. Dans le but de lutter contre l'érosion de la base d'imposition et le transfert de bénéfices, exacerbés par la numérisation de l'économie,¹⁰⁵ l'OCDE s'est engagée et continue de travailler sur une solution à deux piliers visant à réattribuer les droits d'imposition et à garantir un niveau minimum d'imposition effective pour les entreprises multinationales.¹⁰⁶ Comme indiqué ci-dessus, le Pilier 1, qui permettrait notamment aux juridictions de marché de revendiquer une part plus importante des bénéfices des multinationales, a progressé plus lentement jusqu'à présent et fait toujours l'objet d'un débat de fond au sein de l'OCDE.¹⁰⁷

5.2. Le Pilier Deux, qui vise à garantir un niveau minimal d'imposition effective dans chaque juridiction, progresse à un rythme soutenu vers sa mise en œuvre, ses principaux éléments constitutifs ayant désormais été approuvés.¹⁰⁸ Le Pilier Deux s'est matérialisé par plusieurs documents, notamment des plans directeurs, des règles types, de multiples versions des instructions et des textes législatifs de mise en œuvre adoptés par divers pays.¹⁰⁹ L'une des caractéristiques notables du Pilier Deux est qu'il offre aux pays une occasion unique de réviser leur politique fiscale à l'aune des changements majeurs qu'il apporte au paysage fiscal international. On peut soutenir que le Pilier Deux met en jeu une nouvelle source de recettes et, selon la réponse apportée par un pays, celui-ci pourrait se retrouver à céder inutilement cette nouvelle source de recettes aux administrations fiscales d'autres juridictions. Dans le secteur minier en particulier, le recours généralisé aux incitations fiscales devrait être réexaminé et réévalué. Aujourd'hui, toute conception de politique en matière de fiscalité minière devrait examiner de manière approfondie l'impact du Pilier Deux. La conception de la politique devrait répondre, dès le départ, à la question de savoir comment les changements majeurs induits par le Pilier Deux affectent cette politique.

¹⁰⁵ OCDE (2013), Plan d'action concernant l'érosion de la base d'imposition et le transfert de bénéfices, Éditions de l'OCDE, <http://dx.doi.org/10.1787/9789264202719-en>.

¹⁰⁶ OCDE (2021), Déclaration sur une solution reposant sur deux piliers pour résoudre les défis fiscaux soulevés par la numérisation de l'économie, Éditions de l'OCDE, 8 octobre 2021, <https://www.oecd.org/content/dam/oecd/fr/topics/policy-issues/beps/declaration-sur-une-solution-reposant-sur-deux-piliers-pour-resoudre-les-defis-fiscaux-soulevés-par-la-numerisation-de-l-economie-octobre-2021.pdf>.

¹⁰⁷ OCDE (2020), Les défis fiscaux soulevés par la numérisation – Rapport sur le plan directeur du Pilier Un : Cadre inclusif sur le BEPS, Projet OCDE/G20 sur l'érosion de la base d'imposition et le transfert de bénéfices, Éditions de l'OCDE, Paris, https://www.oecd.org/fr/publications/les-defis-fiscaux-soulevés-par-la-numerisation-rapport-sur-le-blueprint-du-pilier-un_3585df0b-fr.html

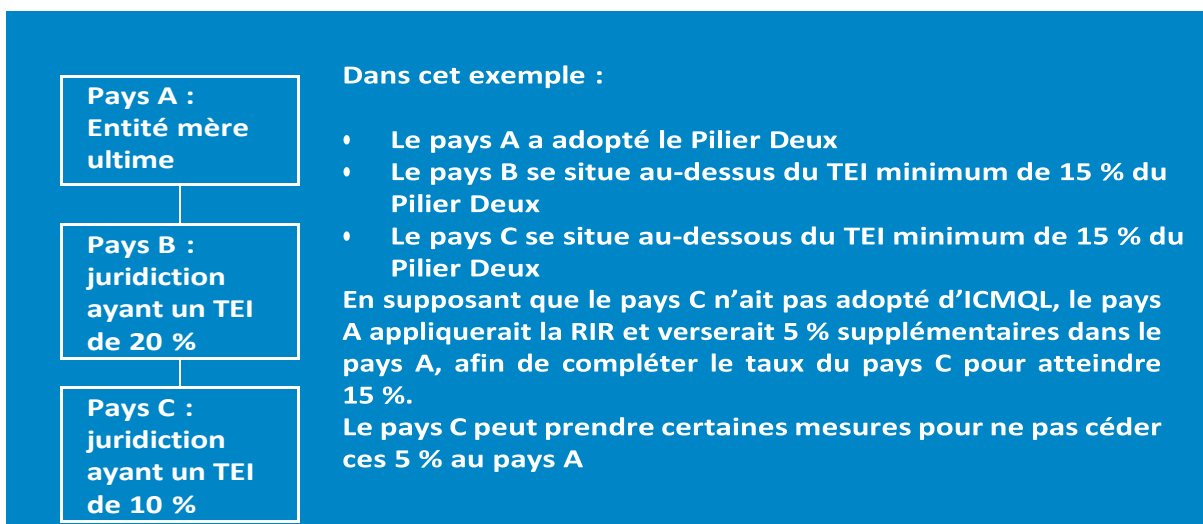
¹⁰⁸ OCDE (2021), Défis fiscaux soulevés par la numérisation de l'économie – Règles globales anti-érosion de la base d'imposition (Pilier Deux) : Cadre inclusif sur le BEPS, Éditions de l'OCDE, Paris, https://www.oecd.org/fr/publications/les-defis-fiscaux-soulevés-par-la-numerisation-de-l-economie-regles-globales-anti-erosion-de-la-base-d-imposition-pilier-deux_9464d0c4-fr.html

¹⁰⁹ OCDE (2021), Défis fiscaux soulevés par la numérisation de l'économie – Règles globales anti-érosion de la base d'imposition (Pilier Deux) : Cadre inclusif sur le BEPS, Éditions de l'OCDE, Paris, <https://doi.org/10.1787/782bac33-en> ; OCDE (2022), Défis fiscaux soulevés par la numérisation de l'économie – Commentaire sur les règles globales anti-érosion de la base d'imposition (Pilier Deux), première édition : Cadre inclusif sur le BEPS, Éditions de l'OCDE, Paris, <https://doi.org/10.1787/1e0e9cd8-en> ; OCDE (2023), Défis fiscaux soulevés par la numérisation de l'économie – Lignes directrices administratives relatives aux règles globales anti-érosion de la base d'imposition (Pilier Deux), juillet 2023, Cadre inclusif OCDE/G20 sur le BEPS, OCDE, Paris, www.oecd.org/tax/beps/administrative-guidance-global-anti-base-erosion-rules-pillar-two-july-2023.pdf.

5.3. Le Pilier Deux propose un ensemble de règles interdépendantes qui attribuent le droit d'imposer un impôt complémentaire sur les revenus faiblement imposés des groupes multinationaux dans différentes juridictions, selon un ordre de priorité d'imposition. La pierre angulaire du Pilier Deux est la règle d'inclusion des revenus (« RIR »), qui est soutenue par la règle des bénéfices sous-imposés (« RBSI ») ; à leur tour, ces deux règles peuvent être supplantées par un impôt complémentaire minimum qualifié prélevé localement (« ICMQL »). Chaque règle énoncée dans le Pilier Deux est conçue pour servir de filet de sécurité à l'autre, de manière à ce qu'elles ramènent collectivement le taux effectif d'imposition (« TEI ») d'un groupe multinational à un minimum de 15 % sur les revenus relevant du Pilier Deux qui excèdent le seuil fixé par l'exclusion de bénéfices fondée sur la substance (« SBIE »). Afin d'appliquer l'impôt minimum sur une assiette fiscale globalement équivalente d'un pays à l'autre, les revenus relevant du Pilier Deux sont calculés sur la base des revenus figurant dans les états financiers d'un groupe multinational, en tenant compte des ajustements pour chaque partie liée. Nous abordons ci-dessous les principales règles énoncées dans le Pilier Deux et leur hiérarchie, en incluant quelques exemples simples.

5.4. Règle d'inclusion des revenus

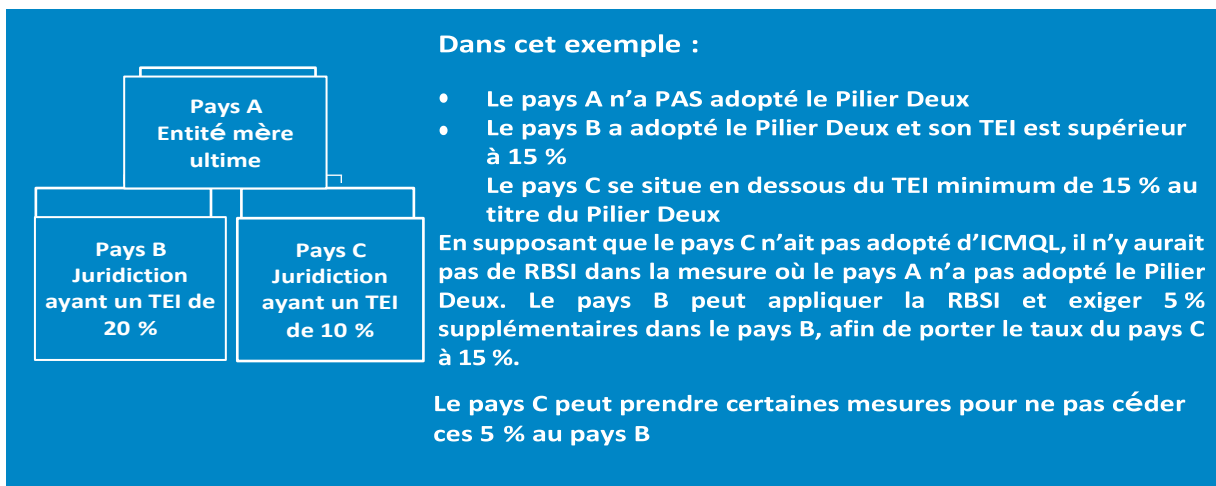
5.4.1. Dans le cadre du Pilier Deux, la règle d'inclusion des revenus (RIR) est en fait une règle qui s'applique de manière descendante afin de garantir que l'entité mère ultime paie un impôt complémentaire pour chacune de ses filiales dont le TEI est inférieur à 15 %. En dehors de l'ICMQL (abordé ci-dessous), la RIR est la première règle à appliquer afin de garantir que chaque juridiction dans laquelle la société multinationale est présente soit soumise à un TEI minimum de 15 %. Le principe général de la RIR est illustré ci-dessous :



5.5. Règle des bénéfices sous-imposés

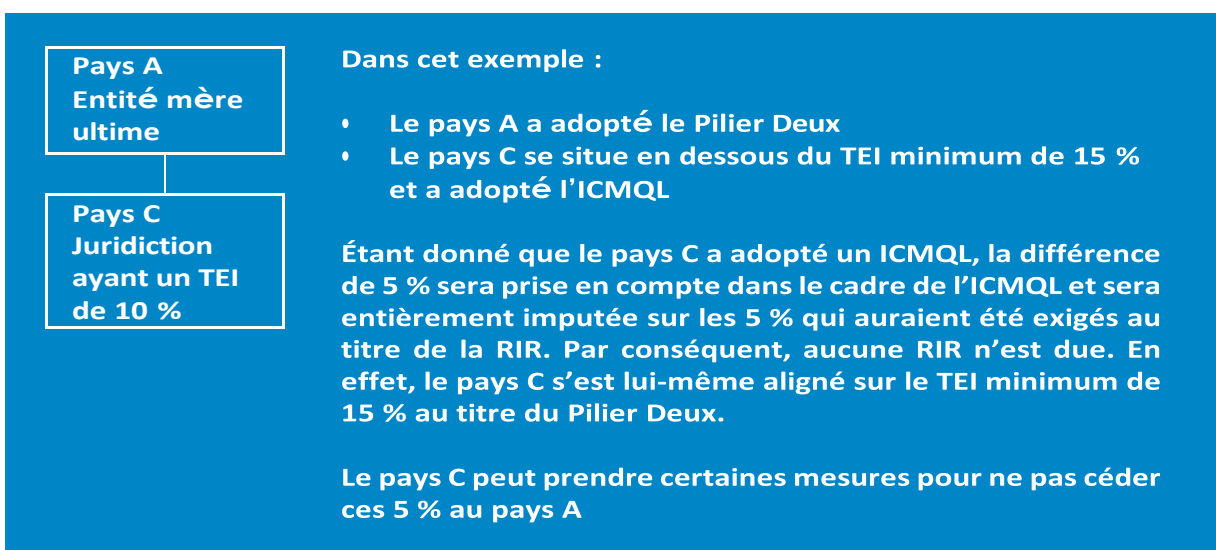
5.5.1. La RBSI est une règle de sécurité qui ne s'applique que lorsqu'aucune RIR ni aucun ICMQL ne permet d'atteindre le TEI minimum de 15 % au titre du Pilier Deux. La RBSI est conçue dans le but d'ajuster le revenu d'une ou plusieurs parties liées afin de produire un impôt équivalent au montant de l'impôt complémentaire qui a été calculé mais non perçu au titre d'une partie liée sous-imposée ailleurs dans le groupe (notamment si l'entité mère ultime est elle-même une partie liée faiblement imposée).

5.5.2. Lorsque plusieurs juridictions accueillant une partie liée du groupe multinational adoptent une RBSI, chacune de ces juridictions se voit attribuer une part du montant de l'impôt complémentaire selon une clé de répartition fondée sur le nombre d'employés et la valeur comptable nette des actifs corporels dans chaque pays. Le montant de la RBSI peut être perçu auprès de la partie liée locale de pratiquement n'importe quelle manière, notamment en refusant des déductions, en ajoutant des montants présumés au revenu, en imposant une surtaxe ou une taxe d'accise, ou par tout autre moyen. Le fonctionnement de base de la RBSI est illustré ci-dessous.



5.6. Impôt complémentaire minimum qualifié prélevé localement

5.6.1. Le dispositif contenu dans le Pilier Deux favorise l'adoption d'impôts minimaux prélevés localement. Un impôt minimal prélevé localement préserve le droit d'imposition prioritaire du pays d'origine, ce qui fait passer le pays chargé de percevoir l'impôt complémentaire au titre du Pilier Deux pour un pays appliquant le principe de la RIR ou de la RBSI au pays où le revenu est généré. Il est important de noter que l'ICMQL est entièrement imputable aux impôts du Pilier Deux et qu'elle prime sur les impôts des actionnaires, y compris les divers impôts sur les sociétés étrangères contrôlées prélevés dans la juridiction de l'actionnaire. Le principe de l'ICMQL est illustré ci-dessous.



5.7. Règle d'assujettissement à l'impôt

5.7.1. Le Pilier Deux a également adopté la Règle d'assujettissement à l'impôt (« STTR »), qui modifie les effets des conventions fiscales existantes en permettant aux pays source d'appliquer un taux d'imposition complémentaire en complément du taux conventionnel applicable lorsque le revenu brut versé est imposé dans le pays du bénéficiaire à un taux légal inférieur à 9 %. Telle qu'elle est actuellement proposée, la STTR ne s'appliquerait qu'à un ensemble défini de paiements déductibles entre parties liées, notamment les intérêts, les redevances et les frais de service ; elle ne modifierait pas le taux d'imposition applicable à d'autres paiements, tels que ceux relatifs aux plus-values ou aux transferts indirects offshore.

5.7.2. À l'instar d'autres retenues à la source, la STTR s'applique aux paiements bruts plutôt qu'au revenu net. Selon la conception actuelle, les paiements déjà soumis à un taux légal d'au moins 9 % dans le pays bénéficiaire ne seraient pas soumis à la STTR, mais resteraient soumis à d'autres taxes complémentaires relevant du Pilier Deux si le taux effectif d'imposition global de l'entité tombait en dessous de 15 %. En conséquence, une juridiction adoptant une STTR l'appliquerait indépendamment du fait qu'une autre juridiction ait imposé des impôts complémentaires par le biais d'une RIR ou d'une RBSI. Les impôts applicables au titre de la STTR sont pris en compte dans le calcul du TEI d'une juridiction aux fins de déterminer l'application des autres règles relatives au Pilier Deux.

5.8. Impact des mesures d'incitation au titre du Pilier Deux de l'OCDE sur le BEPS

5.8.1. Le Pilier Deux s'applique sur une base pays par pays et veille à ce que l'entreprise multinationale soit soumise à un TEI minimal de 15 % dans chaque juridiction où elle exerce ses activités. Dans la conception du Pilier Deux, le calcul du TEI de 15 % repose sur le revenu réalisé dans la juridiction et les impôts payés au titre de ce revenu. En termes simples, le TEI correspond au ratio des impôts payés ou dus par un groupe multinational sur le revenu relevant du Pilier Deux dans un pays par rapport au revenu relevant du Pilier Deux de la multinationale issue de ce pays.

5.8.2. Dans le secteur minier, comme dans de nombreux autres secteurs, on recourt largement à des incitations en vue de promouvoir des activités et des investissements socialement utiles. Il importe de noter que la conception du Pilier Deux ne tient pas spécifiquement compte de ces considérations et que, souvent, l'existence de ces incitations conduit à un taux effectif d'imposition au titre du Pilier Deux inférieur à 15 %. Les incitations fiscales et autres allègements fiscaux peuvent donc constituer un moyen important pour un pays de céder des recettes à d'autres pays par le biais du mécanisme des impôts complémentaires du Pilier Deux. Plus précisément, une incitation fiscale prévue dans le cadre d'une convention minière peut conduire à considérer que la société minière est faiblement imposée dans la juridiction où la convention minière est en vigueur.

5.8.3. Par exemple, une grande multinationale minière, X, dont le siège social est sis en Angleterre, peut conclure une convention d'exploitation minière (CEM) avec le Cameroun afin d'y exercer ses activités. Cette convention peut prévoir que la société X bénéficie d'une trêve fiscale pendant les cinq premières années de ses activités, dans le but d'attirer les investissements et de stimuler le développement de l'industrie minière au Cameroun. Au cours de sa première année d'activité, la société X génère 100 dollars EU de bénéfices et est exonérée d'impôt au Cameroun en vertu de cet avantage fiscal. Toutefois, du point de vue du Pilier Deux, la société X peut être considérée comme ayant 100 dollars EU de revenus et 0 dollar EU d'impôts au Cameroun. Par conséquent, la société X pourrait être considérée comme ayant une entité faiblement imposée au sein de sa structure et, à condition que l'Angleterre ait adopté les règles relatives au Pilier Deux, la société mère en Angleterre serait tenue d'appliquer la RIR et de payer 15 dollars EU d'impôts en Angleterre, afin de compléter le revenu de l'entité camerounaise jusqu'au taux effectif d'imposition minimum au titre du Pilier Deux de 15 %. En effet, du point de vue du Cameroun, 15 dollars EU de recettes auraient été inutilement cédés à l'Angleterre et les objectifs politiques des incitations n'auraient pas été atteints, dans la mesure où la société X ne bénéficierait finalement pas de la trêve fiscale et paierait l'impôt ailleurs (en Angleterre). Du point de vue de la société X, l'incitation n'a aucun sens, étant donné que l'impôt est finalement payé, indépendamment de la trêve fiscale accordée dans le pays d'implantation (le Cameroun).

5.8.4. Toutes les mesures incitatives n'ont toutefois pas le même impact sur le Pilier Deux. Le Tableau 5.8.4¹¹⁰ présente un résumé des mesures incitatives courantes et de leur impact sur le Pilier Deux, ainsi qu'une évaluation du niveau de risque qu'elles présentent quant à la possibilité de faire baisser le taux effectif d'imposition en dessous du taux minimum de 15 % prévu par le Pilier Deux.

¹¹⁰ RÉFÉRENCE AU GUIDE DE L'ISLP ET DE L'IIDD

Incitations fiscales Impact probable du Pilier Deux**Incitations liées aux bénéfices**

Exonérations de l'impôt sur le revenu, y compris dans les zones franches d'exportation	Élevé : réduiront considérablement le taux effectif d'imposition au titre du Pilier Deux pour les périodes où elles s'appliquent et entraîneront probablement le paiement d'un impôt complémentaire, en fonction de l'ampleur de l'exclusion applicable aux salaires et aux actifs corporels.
Crédits d'impôt des entreprises	Modéré à élevé : la distinction entre les crédits d'impôt remboursables et non remboursables, ainsi que leur incidence différente sur le calcul du TEI au titre du Pilier Deux — sans oublier la distinction supplémentaire entre les crédits d'impôt remboursables admissibles et non admissibles — déterminera le risque lié aux crédits d'impôt des entreprises.
Allègement de la retenue à la source (RAS)	Modéré à élevé : la retenue à la source sur les paiements de revenus (autres que les répartitions aux propriétaires) est considérée comme un impôt couvert dans le pays du bénéficiaire et non dans le pays source, tandis que les retenues à la source sur les répartitions aux propriétaires sont attribuées au pays source. En conséquence, les réductions de la retenue à la source imposées par un pays d'origine sur les répartitions, à titre d'incitation à l'investissement, sont affectées par l'application du Pilier Deux dans le pays d'origine si la réduction du taux effectif se traduit par un TEI pour l'entité distributrice inférieur au taux d'imposition minimum.

Incitations fondées sur les coûts

Taux d'imposition réduit, déductions supplémentaires pour les dépenses éligibles	Modéré : réduira, dans bien des cas, le TEI au titre du Pilier Deux, mais cette réduction du TEI n'entraînera pas toujours le paiement d'un impôt complémentaire.
Report d'imposition, abattements pour investissement, prorogation des délais de report des pertes, traitement préférentiel des plus-values à long terme	Limité : ne devrait pas réduire le TEI au titre du Pilier Deux et entraîner le paiement d'un complément d'impôt.
Incitations fiscales sur les salaires, réductions de l'impôt foncier, exonérations d'impôts indirects	Aucun impact : les charges sociales et autres impôts liés à l'emploi, ainsi que les cotisations de sécurité sociale, ne constituent pas des impôts visés par les règles relatives au Pilier Deux. Les impôts fondés sur la détention de biens ou de catégories de biens spécifiques se distinguent des impôts fondés sur les capitaux propres d'une société et ne devraient pas être considérés comme des impôts visés par les règles relatives au Pilier Deux. Les impôts sur la consommation, tels que les taxes sur les ventes et les taxes sur la valeur ajoutée, ne constituent pas des impôts visés par les règles relatives au Pilier Deux.

5.9. Rôle des exonérations fiscales temporaires post-Pilier Deux

5.9.1. Il semble irréaliste de croire que les gouvernements d'accueil abandonneraient purement et simplement les incitations fiscales et les allègements fiscaux en raison de leur impact négatif sur le Pilier Deux. Il est raisonnable de supposer que les incitations fiscales se maintiendront, car dans certains cas, elles constituent un outil politique puissant à la disposition des gouvernements d'accueil. Toutefois, il est raisonnable de s'attendre à ce que le recours aux incitations et les types d'incitations utilisés puissent évoluer de manière significative dans le contexte postérieur à la mise en œuvre du Pilier Deux.

5.9.2. Premièrement, en ce qui concerne les groupes dont le chiffre d'affaires mondial est inférieur au seuil visé par le Pilier Deux, fixé à 750 millions d'euros, le Pilier Deux n'est pas applicable et le risque qu'un taux effectif d'imposition faible déclenche un impôt complémentaire n'existe tout simplement pas. S'agissant de ces groupes, les incitations fiscales pourraient donc demeurer inchangées dans le contexte antérieur au Pilier Deux.

5.9.3. Deuxièmement, s'agissant des grandes entreprises relevant du champ d'application du Pilier Deux, la négociation des incitations fiscales devrait tenir compte de leur impact dans le cadre du Pilier Deux. Les entreprises multinationales s'appuieraient fortement sur la modélisation pour évaluer l'utilité des incitations qui leur sont proposées dans divers pays d'origine. En fin de compte, les entreprises multinationales devraient s'assurer, en fonction de leur empreinte globale, qu'une incitation accordée dans le pays X ne serait pas récupérée dans le pays Y en vertu du fonctionnement du Pilier Deux, et plus particulièrement des règles relatives aux RIR et RBSI.

5.9.4. Enfin, d'un point de vue national, les incitations devraient être minutieusement sélectionnées et conçues de manière à ne pas faire descendre le taux effectif d'imposition en dessous du taux minimum du Pilier Deux, fixé à 15 %. Les pays d'accueil devraient s'assurer que l'investisseur tire effectivement parti de toute mesure incitative fiscale adoptée et que les revenus générés dans le pays d'accueil ne soient pas reversés à des autorités publiques étrangères. Plus précisément, les pays d'accueil devraient prêter une attention particulière au tableau des incitations ci-dessus et évaluer soigneusement les incitations qui présentent un risque élevé de faire passer le TEI en dessous du taux minimum du Pilier Deux.

5.9.5. La recommandation générale est que toute réflexion sur une mesure d'incitation fiscale dans le secteur minier doit tenir compte de l'impact du Pilier Deux de l'initiative BEPS de l'OCDE et en faire une analyse minutieuse. La question principale à laquelle il convient de répondre avant de mettre en place ou d'approuver une mesure d'incitation fiscale est de savoir si celle-ci offre réellement le traitement favorable souhaité, ou si elle sert simplement à générer des recettes fiscales pour les administrations fiscales d'autres pays en raison du Pilier Deux.

Atlas des législations minières africaines (AMLA)

**BOÎTE À OUTILS SUR
LA FISCALITÉ DES
RESSOURCES
MINÉRALES DANS LES
PROJETS MINIERS**
