

CHRONIQUE

DROIT FISCAL



CARINE SABOT
Associé
Ernst & Young
Société
d'avocats



AUDE MARY
Senior manager
Ernst & Young
Société
d'avocats

■ DES DÉVELOPPEMENTS RAPIDES ET CONTRASTÉS EN MATIÈRE DE RETENUE À LA SOURCE ET DE CRÉDITS D'IMPÔT AUTOUR DE LA NOTION DE BÉNÉFICIAIRE EFFECTIF QUI FAIT AUJOURD'HUI L'OBJET DE PROPOSITION DE COMMENTAIRES OCDE

Dans un contexte de plus en plus globalisé, les sujets de contestation des retenues à la source de la part du contribuable, d'un côté, et la volonté de la part des administrations fiscales de lutter contre l'utilisation abusive des conventions fiscales (imputation de crédits d'impôt, réduction des retenues à la source) n'ont cessé de se multiplier.

Les tentatives de l'administration fiscale française en la matière n'ont guère été couronnées de succès, le Juge ayant privilégié une lecture juridique des textes et de leur esprit, rejetant l'application de l'abus de droit ou de fraude à la loi, comme l'utilisation de dispositions limitant l'imputation des crédits d'impôt (règle dite « du butoir »). Au niveau européen, si la volonté de lutter contre l'évasion fiscale est grande (évolution de la Directive Épargne...), la tendance de la jurisprudence semble s'orienter vers une remise en cause dans de très nombreux cas des retenues à la source sur dividendes, au moins au sein de l'Union européenne.

Parallèlement à ces évolutions plutôt favorables aux contribuables et à l'investissement sur les marchés européens, différents États (et notamment les États-Unis dans le cadre de la loi FATCA) ont considéré la mise en œuvre de dispositions renforçant l'efficacité des retenues à la source sur les opérations de prêts de titres ou même de dérivés (*equity swaps*).

C'est dans ce contexte, et probablement avec la volonté de donner des grilles d'analyse afin d'éviter l'utilisation abusive des dispositions conventionnelles, que l'OCDE a proposé un premier projet de commentaires concernant le concept de « bénéficiaire effectif ».

Certaines interprétations jurisprudentielles plutôt favorables au contribuable, notamment en France, s'agissant du bénéfice des dispositions conventionnelles et des règles anti-abus

Au niveau international, quelques décisions afférentes à la notion de bénéficiaire effectif semblent limiter les situations abusives aux cas où l'entité n'est qu'un agent ou un conduit

La Cour Suprême néerlandaise a été la première à se prononcer clairement et favorablement sur la question de la notion de « bénéficiaire effectif », dans le cadre d'une affaire concernant un courtier action anglais¹ (cas Market Maker). Le courtier anglais avait acquis des droits à dividendes auprès d'une société luxembourgeoise qui aurait supporté une retenue à la source de 25 % sur lesdits dividendes. Le courtier résident fiscal anglais, pouvant bénéficier d'après la convention fiscale entre le Royaume-Uni et les Pays-Bas d'une retenue à la source réduite de 15 %, le prix de cession desdits dividendes intégrait la rétrocession d'une partie de la réduction de la retenue à la source. L'administration fiscale néerlandaise avait refusé la réduction à 15 % de la retenue à la source, considérant que le courtier n'était pas le bénéficiaire effectif des dividendes. Cette interprétation avait été rejetée par la Cour Suprême néerlandaise qui avait considéré que le courtier était bénéficiaire effectif de ces dividendes, dans

1. HR, 6 avril 1994, n° 28638, BNB 1994/217 c*.

la mesure où il ne ressortait pas des éléments du dossier que ce dernier ait été mandataire ou agent de la société luxembourgeoise, et qu'il avait le libre usage des dividendes et ne pouvait dès lors qu'être considéré comme le bénéficiaire effectif de ces derniers.

Dans un contexte international, la Cour canadienne² a eu récemment à se prononcer également sur la notion de « bénéficiaire effectif », les débats ayant par ailleurs évoqué le cas Market Maker. Dans le cadre de l'acquisition d'une société canadienne, les sociétés Prevost Car inc., Volvo et Henleys avaient créé une holding commune d'acquisition aux Pays-Bas. En vertu de la convention fiscale entre le Canada et les Pays-Bas, une retenue à la source de 5 % (applicable si la personne qui perçoit les dividendes est le bénéficiaire effectif) s'appliquait aux dividendes versés par la société canadienne à la société holding néerlandaise. L'administration fiscale canadienne avait contesté l'application du taux réduit de 5 % en considérant, sur la base notamment de certaines résolutions d'assemblées générales, que les bénéficiaires effectifs étaient Volvo et Henleys. Même si, à la demande d'Henleys, qui était dans une situation financière difficile, les entités canadienne et néerlandaise ont procédé à des distributions de dividendes assez rapidement, le juge a considéré que la société holding néerlandaise n'était nullement un conduit ou un agent et que si les erreurs dans les PV d'assemblée générale étaient regrettables, elles ne constituaient pas une erreur fatale et n'étaient pas de nature à établir que la société néerlandaise n'avait pas la possibilité d'utiliser les dividendes reçus. Le juge en a conclu que le « bénéficiaire effectif » est la personne qui reçoit un revenu pour son usage personnel, qui en assume à la fois le risque et le contrôle, et qu'il importe peu, à cet égard, que la société néerlandaise n'ait eu ni bureau ni employés et qu'elle n'ait détenu qu'un seul actif (ses actions dans Prevost Car), dès lors que le versement de dividendes se faisait à sa discrétion.

En France, l'administration fiscale n'a pas utilisé la notion de bénéficiaire effectif, mais plutôt les notions d'abus de droit ou de fraude à la loi qui rejoignent en partie le concept de bénéficiaire effectif mais y ajoutent l'utilisation abusive de la loi, en en contredisant l'esprit

À cet égard, la jurisprudence a plutôt eu tendance à rendre des décisions favorables au contribuable, concernant des opérations d'achat à réméré ou d'achat revente de titres.

Dans les décisions AXA et SA Henri Goldfarb³, le Conseil d'État avait à trancher la question de savoir si l'aller-retour sur un titre autour du détachement de coupon, dans le but de bénéficier du crédit d'impôt, pouvait être critiqué sur le fondement de la fraude à la loi. L'administration soutenait notamment que la banque n'avait acquis la qualité d'actionnaire que dans le but de bénéficier du crédit

d'impôt. Dans la mesure où la fraude à la loi requiert la démonstration de la poursuite d'un objectif contraire à l'intention des auteurs des textes, le Conseil d'État procède à une analyse objective du but poursuivi par les textes en cause sur la base des travaux parlementaires.

Selon le raisonnement tenu par la Haute Juridiction, l'avoir fiscal a pour objectif d'éviter une double imposition de principe, compte tenu de l'imposition des résultats, puis de celle des dividendes entre les mains de l'actionnaire. En outre, d'après le Conseil d'État, le droit à l'avoir fiscal est reconnu à tout actionnaire ; or en l'espèce, la banque était bien actionnaire dès lors qu'elle était propriétaire des titres. L'effectivité de cette qualité résulte, en effet, du transfert de propriété des titres et des risques y afférents.

Par deux arrêts *Lacil*⁴, la cour administrative d'appel de Paris a repris la solution du Conseil d'État dégagée dans les arrêts *Axa* et *Goldfarb*. Une société d'un groupe avait acheté des titres d'autres filiales du groupe qui lui avaient versé une importante distribution de dividendes. Ces titres ont, quelques jours plus tard, été revendus en générant une moins-value. L'administration avait alors entendu remettre en cause le bénéfice de l'avoir fiscal attaché à ces dividendes sur le fondement de l'abus de droit au motif que les dividendes perçus n'avaient subi aucune imposition, dès lors que leur montant avait été exactement neutralisé par la moins-value réalisée sur les titres au moment de leur revente. Les juges parisiens poursuivent le même raisonnement que dans la jurisprudence *Axa* : l'administration n'apporte pas la preuve, s'agissant d'une opération qui s'est traduite par l'élimination de la double imposition telle que prévue par le législateur, que celle-ci revêtait un caractère artificiel. En effet, la société avait bien acquis la qualité d'actionnaire, peu important que ce fut pour une brève période. La cour administrative d'appel de Paris a utilisé ce même argumentaire dans une autre affaire⁵ récente, confirmant son interprétation des textes.

L'administration fiscale française s'était également heurtée à un avis défavorable du Conseil d'État⁶ dans sa tentative de limiter le bénéfice des avantages conventionnels dans le cadre de l'application de la règle du butoir.

L'administration fiscale avait interrogé le Conseil d'État sur les solutions qui pourraient être mises en œuvre pour éviter que des établissements n'utilisent abusivement le dispositif d'imputation d'un crédit d'impôt correspondant à une retenue à la source acquittée à l'étranger sur des revenus de capitaux mobiliers. Saisie d'une demande de l'administration fiscale, la Haute Juridiction a ainsi rendu un avis concernant les conditions d'imputation des crédits d'impôt étranger sur l'impôt sur les sociétés français et la règle dite « du butoir » (limitant le montant du crédit d'impôt imputable à l'impôt français dû sur le revenu net de charges y afférent), à l'occasion des opérations réalisées autour du détachement du coupon (i. e.,

2. Cour d'appel fédérale 26 février 2009, *Prevost Car Inc.*

3. CE 7 septembre 2009, *Axa*, n° 305586, publié au Recueil Lebon ; CE 7 septembre 2009, *SA Henri Goldfarb*, n° 305596.

4. CAA Paris 29 avril 2011, *Min c/ Société Lacil*, n° 09PA06100 et 09PA06101.

5. CAA Paris 10 juin 2011, *Société PNDA*, n° 09PA06361.

6. CE 31 mars 2009, avis n° 382545.

« Repo », prêt de titres). Selon l'avis rendu, la règle dite « du butoir » ne peut être interprétée de manière autonome sur la base d'une « approche économique globale ». Par conséquent, seules les dépenses nécessaires à l'acquisition ou à la conservation du revenu en cause peuvent être déduites pour la détermination d'un éventuel revenu net venant limiter l'imputation du crédit d'impôt. Partant, le Conseil d'État a considéré que, ni les intérêts d'un emprunt contracté pour acquérir les titres, ni les sommes payées par le bénéficiaire du crédit d'impôt au titre d'une stipulation contractuelle prévoyant le partage de l'économie d'impôt ne devraient être déduits des revenus de source étrangère pour la détermination de l'impôt français sur lequel le crédit d'impôt peut s'imputer. De même, selon la Haute Juridiction, la moins-value constatée lors de la revente du titre suite au détachement du coupon n'est pas, en principe, déductible des revenus perçus.

Deux jugements rendus par le Tribunal administratif de Montreuil⁷ reprennent le raisonnement posé par le Conseil d'État dans l'avis précité.

Une tendance européenne également favorable s'agissant des exonérations de retenues à la source au sein de l'Union européenne

Si la volonté de l'Union européenne est de poursuivre la lutte contre l'évasion fiscale, via notamment le renforcement des dispositions prises dans le cadre de la Directive Épargne, la Cour de Justice de l'Union européenne (CJUE) réaffirme néanmoins de manière constante que les retenues à la source sur dividendes ne doivent pas constituer un frein à la liberté d'établissement ou à la liberté de circulation des capitaux.

Ainsi, la CJUE⁸ a considéré que les articles 43 DE et 48 CE s'opposent à la législation d'un État membre qui exonère de retenue à la source les dividendes distribués par une filiale résidente de cet État à une société anonyme établie dans le même État, mais qui soumet à cette retenue à la source des dividendes similaires versés à une SICAV résidente d'un autre État membre.

Il est intéressant de noter que dans cette décision, la situation de la SICAV luxembourgeoise n'avait pas tout à fait d'équivalent en droit interne Finlandais, ce type de structure n'existant pas. La CJCE a néanmoins répondu à cet argument en considérant qu'en l'absence d'harmonisation au niveau européen des droits des sociétés des différents États membres, l'inexistence de structure comparable ne pouvait être avancée dès lors que cela aurait pour conséquence de priver d'effet la liberté d'établissement. De même, la CJCE a précisé que le fait que la SICAV luxembourgeoise ne soit pas imposée sur les dividendes ne rendait pas sa situation totalement distincte de celle d'une société anonyme finlandaise, dès lors que cette dernière ne comprend pas les dividendes dans sa base imposable. Enfin, la CJCE a rejeté comme non opérants, en l'espèce, tous les arguments qui étaient développés

pour justifier de la différence de traitement, sur le fondement de la lutte contre l'évasion fiscale, ou de la cohérence du régime fiscal.

À la suite de cette décision, de nombreux fonds européens ont introduit des demandes de remboursement des retenues à la source sur dividendes français auprès de l'administration fiscale française. Celles-ci ayant été rejetées, dix affaires (dont certaines afférentes à des fonds d'investissements américains) ne constituant qu'un échantillon des réclamations posées, ont été soumises au Tribunal administratif de Montreuil qui, compte tenu du nombre de litiges (15 000 introduites au 31 décembre 2009 représentant un enjeu financier de l'ordre de 1,9 milliard d'euros), de la difficulté de la question technique et de sa nouveauté, a transmis les requêtes au Conseil d'État pour avis le 1^{er} décembre 2010⁹, en application de l'article L113-1 du Code de justice administratif.

Le 23 mai dernier, le Conseil d'État¹⁰ a rendu son avis en renvoyant, à titre préjudiciel, la question de la compatibilité de la retenue à la source sur dividendes versés aux fonds d'investissements étrangers à l'analyse de la CJUE. La question posée à la CJUE porte essentiellement sur le point de savoir si l'analyse de la différence de traitement et donc la compatibilité avec la liberté de circulation des capitaux doit être appréciée au niveau des fonds ou en tenant compte de la situation des porteurs de parts. En effet, si la CJUE considère que la question doit s'analyser au niveau des fonds, l'incompatibilité de la retenue à la source avec la liberté de circulation des capitaux paraît évidente dès lors que les fonds d'investissements étrangers subissent une retenue à la source que les OPCVM français, qui sont dans une situation équivalente, ne subissent pas, sans que l'efficacité des contrôles fiscaux ou la répartition équilibrée du droit d'imposer ne puissent utilement venir justifier une telle différence de traitement.

Cet avis s'inscrit par ailleurs dans un contexte européen particulier, puisque la Commission a saisi la CJUE d'une action en manquement contre la France le 19 mai 2011, au motif que la non-imposition des dividendes versés à des OPCVM français, alors que ces mêmes dividendes subissent une retenue à la source lorsqu'ils sont versés à des fonds d'investissements établis dans l'Union européenne ou l'EEE, serait contraire à la libre circulation des capitaux.

7. TA Montreuil 27 mai 2010, CIC, n° 0105910 et 3 février 2011, *Société Générale*, n° 0905895.

8. CJCE 18 juin 2009, *Aberdeen Property Fininvest Alpha Oy*, C-303/07.

9. TA Montreuil, décisions du 1^{er} décembre 2010.

10. CE 23 mai 2011, avis n° 344678.

Cette évolution favorable aux contribuables, a connu certaines exceptions et se heurte néanmoins à de nombreux mouvements de durcissement des politiques fiscales cherchant à assurer l'effectivité des retenues à la source, ou la non-utilisation abusive des mécanismes conventionnels de crédits d'impôt

Quelques jurisprudences peu favorables aux contribuables, en Suisse et au Royaume-Uni

Dans une affaire VPB 65.86¹¹, la Commission fédérale de recours en matière de contributions suisse a eu à se prononcer sur le bénéfice de la convention entre la Suisse et le Luxembourg. Une société luxembourgeoise avait acquis les titres d'une société Suisse, cette acquisition ayant été essentiellement financée via un prêt actionnaire de la part d'une société britannique. L'administration fiscale Suisse avait rejeté la demande de remboursement de l'essentiel de la retenue à la source sur les dividendes que la société luxembourgeoise sollicitait, sur la base de la convention entre la Suisse et le Luxembourg (la retenue à la source étant réduite à 5 % du fait de ce traité), au motif que la société luxembourgeoise n'avait pas répondu aux demandes qui lui avaient été formulées en vue d'établir qu'elle était le bénéficiaire effectif de ces revenus.

La Commission a donné raison à l'administration dans la mesure où la société luxembourgeoise avait elle-même reconnu qu'elle avait assez peu de rôle et responsabilité quant aux revenus en cause. L'importance des charges financières, permettant de remonter effectivement les revenus (dividendes) à l'actionnaire britannique, a été révélatrice en la matière.

Dans une autre affaire (*Indofood*¹²), le juge britannique a considéré qu'une société néerlandaise interposée ne pouvait être regardée comme bénéficiaire effectif de paiement d'intérêts faits à son profit dans la mesure où cette société était contractuellement contrainte d'utiliser ces revenus pour satisfaire à ses propres obligations à l'égard de ses créanciers. Les juges ont souligné qu'il ne convenait pas, s'agissant de la notion de bénéficiaire effectif, de se limiter à déterminer si l'entité interposée était agent ou mandataire, mais qu'il convenait d'analyser si économiquement, bien que bénéficiaire juridique des titres et des revenus, elle en avait le plein usage. Cette interprétation économique renvoyait implicitement aux commentaires OCDE qui précisent qu'« une société relais ne peut pas être considérée normalement comme le bénéficiaire effectif si, bien qu'étant le propriétaire du revenu dans la forme, elle ne dispose dans la pratique que de pouvoirs très limités qui font d'elle un simple fiduciaire ou un simple administrateur agissant pour le compte des parties intéressées ».

L'exemple de la France, s'agissant de l'utilisation des crédits d'impôt dans le cadre de certaines opérations sur titres

À cet égard, suite aux décisions favorables au contribuable (et notamment l'avis du Conseil d'État en date du 31 mars 2009), l'administration fiscale française a incité le gouvernement à introduire dans le projet de loi de finances pour 2011 une mesure visant à limiter le calcul du crédit d'impôt imputable. Ainsi, la loi de finances pour 2011¹³ a en effet modifié les règles d'imputation du crédit d'impôt étranger en cas de cession temporaire de titres. Désormais, lorsque les revenus perçus le sont à raison de droits acquis auprès de personnes ayant vocation à en retrouver la détention, le revenu net est déterminé en prenant en compte les moins-values de cession et les montants, autres que le prix d'acquisition, ayant été versés au cédant ou à des sociétés liées à ce dernier. Néanmoins, une clause de sauvegarde admet la non-prise en compte des charges pour lesquelles le contribuable peut démontrer qu'elles auraient été engagées même en l'absence d'imputation du crédit d'impôt.

Ce texte qui introduit une limitation dans l'imputation du crédit d'impôt doit néanmoins être analysé de manière stricte. Ainsi, cette modalité de calcul du crédit d'impôt imputable (limitée compte tenu d'un calcul de revenus nets prenant en compte la moins-value de cession des titres ainsi que les sommes reversées à la personne auprès de laquelle les titres ont été acquis), devrait être limitée aux cas visés par la loi.

Il nous semble que ce texte, de par sa rédaction, vise des cas particuliers, jugés abusifs et au titre desquels l'administration fiscale, suivie en cela par le législateur, considère que la personne recevant les revenus n'en est pas le bénéficiaire effectif. Si cette notion n'est pas évoquée, elle reste toutefois implicite. La particularité de ce texte réside dans ce qu'il semble présumer que le récipiendaire des dividendes n'est pas le bénéficiaire effectif de ces dividendes, dans les cas où les dispositions contractuelles prévoient la cession des titres à la contrepartie qui les a cédés initialement. Cette présomption implicite est intéressante à lire à la lumière des commentaires OCDE sur la notion de bénéficiaire effectif. En effet, l'on pourrait considérer que les cas de figure visés par le texte sont ceux dans lesquels le récipiendaire des dividendes n'en a pas la disposition effective ni la jouissance, dans la mesure où les dispositions contractuelles lui impose de les reverser à la personne qui a cédé initialement les titres. Le législateur a peut-être ainsi voulu sanctionner les situations dans lesquelles, même si l'abus de droit ou la fraude à la loi sont à écarter notamment au vu des décisions jurisprudentielles récentes, la personne recevant les dividendes n'en a pas la disposition effective, économiquement, et pourrait être considérée, dans une vision plus fine envisagée par les commentaires OCDE en cours d'élaboration, comme n'étant pas le bénéficiaire effectif de ces revenus.

Toutefois, les commentaires OCDE sont encore au stade de discussion et n'ont par ailleurs pas de valeur contraignante en droit français. Ainsi, le texte de l'article 220 I du CGI doit s'interpréter en tout état de cause de manière stricte.

11. Commission fédérale de recours en matière de contributions 28 février 2001, aff. VPB 65.86.

12. Cour d'appel EWCA Civ 158, 2 mars 2006, *Indofood International Finance Limited c/ JP Morgan Chase Bank N.A., London Branch*.

13. Loi de finances n° 2010-1657 du 29 décembre 2010, article 14.

Au-delà de la question de son champ d'application, l'effectivité de cet article n'est pas sans poser question, s'agissant des cas où la convention ne fait pas elle-même référence à la notion de revenu net s'agissant de la limitation de l'imputation du crédit d'impôt à l'impôt dû en France au titre de ces revenus. En effet, dans un tel cas, les dispositions conventionnelles prévalant sur le droit interne, les dispositions de l'article 220 I du CGI ne devraient-elles pas être écartées ?

Une démarche plus systématique aux États-Unis, via la modification de la notion de revenus de source américaine pour inclure tout équivalent de dividendes sur titres américains

Le 18 mars 2010, les États-Unis ont adopté dans le cadre de l'HIRE Act (*Hiring Incentives to Restore Employment Act*) un certain nombre de mesures ayant pour objectif de lutter contre l'évasion fiscale, et notamment celles imposant aux établissements financiers non américains de déclarer les comptes détenus par des personnes américaines dans leurs livres.

L'application de la Notice 97-66 qui avait pour objet d'éviter les cas de surtaxation (« *overwithholding* ») à la source des « équivalents dividendes » (« *dividend equivalent payment* ») reversés dans le cadre d'opérations de prêts de titres, de repo ou d'autres *equity swaps* entre institutions étrangères conduisaient en pratique à l'absence de retenue à la source sur ces « équivalents dividendes », alors même que si les dividendes sur titres américains avaient été perçus par la contrepartie cédante, lesdits titres auraient été soumis à une retenue à la source de 30 %. Dans un rapport du 11 septembre 2008 (baptisé « *Dividend tax abuse* »), l'administration fiscale américaine soulignait l'usage abusif fait par les entités étrangères des mesures posées par la Notice 97-66.

Dans le cadre de l'HIRE Act, l'administration Obama a entendu mettre un terme à ces pratiques et éviter que, dans le cadre d'opérations de cessions temporaires de titres (ou équivalent) autour de la date de détachement du coupon, des personnes étrangères, notamment celles ne bénéficiant pas de dispositions conventionnelles car résidents d'États n'ayant pas conclu de convention fiscale avec les États-Unis, puissent bénéficier d'une exonération de retenue à la source à raison des dividendes reçus (ou équivalents dividendes). Ainsi, un article 871 a été introduit avec pour date d'application 180 jours après l'adoption de la loi HIRE Act, soit le 14 septembre 2010.

Cet article prévoit que les « équivalents dividendes » versés dans le cadre de repo ou de prêts de titres portant sur des titres américains sont soumis à la retenue à la source applicable aux dividendes eux-mêmes, soit 30 %, sauf dans l'hypothèse où le bénéficiaire de l'« équivalent dividende » pourrait se prévaloir de dispositions conventionnelles plus favorables. Les « équivalents dividendes » sont traités comme des revenus de source américaine pour les besoins de la loi fiscale américaine. Il convient de noter que cette retenue à la source s'applique à un champ réduit d'opérations jusqu'au 18 mars 2012, c'est-à-dire aux opérations de prêts de titres, de repo ou aux opérations d'*equity swap* remplissant certaines conditions bien précises. À compter

du 18 mars 2012, soit la fin de la période transitoire, toutes les opérations d'*equity swap* semblent visées par le texte. La volonté du renforcement des finances publiques et de lutte contre la fraude fiscale ont clairement été les moteurs de l'introduction de ces dispositions. L'impact que ces règles pourraient avoir sur les marchés et les investisseurs reste encore néanmoins à mesurer.

Cette tendance au durcissement des dispositions législatives afférentes aux retenues à la source ou aux crédits d'impôt semble se développer, au-delà de ces deux exemples américains, dans d'autres pays (comme, par exemple, la Suisse et l'Italie). L'environnement économique et politique (accroissement des dettes publiques dans un contexte de spéculation accrue contre certains États) et les résolutions prises par le G20 de mettre la transparence et la lutte contre l'évasion fiscale en tête de ses priorités expliquent largement ces évolutions et probablement également le regain d'intérêt pour le concept de bénéficiaire effectif en vue de restreindre le bénéfice des dispositions conventionnelles.

Évolution de la définition de bénéficiaire effectif – OCDE

Un contexte favorable à une précision des dispositions conventionnelles afin de limiter les cas d'abus

L'utilisation de la notion de bénéficiaire effectif n'a cessé de croître ces dernières années, aussi bien dans le cadre de la mise en place de dispositifs légaux de lutte contre le blanchiment¹⁴ que dans l'environnement fiscal international, du fait de tentatives de la part d'administrations nationales de lutter contre certains schémas perçus comme abusifs sur le plan fiscal (et notamment ce qu'il est commun d'appeler le « *treaty shopping* »). Les situations combattues se manifestent classiquement par l'interposition d'une société établie dans un État B entre deux sociétés établies respectivement dans un État A et un État C, afin de bénéficier des avantages conférés par le réseau conventionnel des États A et C de cet État B. La structuration des investissements internationaux s'effectue en effet en vue de bénéficier de retenues à la source les plus faibles possibles et dans l'optique d'utilisation des crédits d'impôt octroyés dans le cadre conventionnel à raison de ces retenues à la source.

Afin de lutter contre ces situations, les conventions internationales ont introduit, au-delà de clauses générales anti-abus, la notion de bénéficiaire effectif dans le cadre des clauses concernant les dividendes, intérêts et redevances.

Toutefois, là encore, l'interprétation des traités revenant aux juges nationaux, des différences de vue ont pu voir le jour, comme en témoignent les quelques exemples de jurisprudence cités précédemment.

Ainsi que rappelé plus haut, l'administration fiscale et le juge de l'impôt français semble davantage enclins à

14. 3^e Directive de lutte contre le blanchiment des capitaux et de financement du terrorisme transposée en droit français.

porter ce type de question sur le terrain de l'abus de droit ou de la fraude à la loi. Néanmoins, le Conseil d'État¹⁵ a utilisé la notion de bénéficiaire effectif dans le cas d'une affaire très particulière d'opérations de cessions d'usufruit. Dans cette affaire *Bank of Scotland*, une société américaine avait opéré une cession temporaire de l'usufruit d'actions françaises auprès d'une banque britannique. L'administration française avait refusé l'application de la convention franco-britannique au motif que la banque n'était pas le bénéficiaire effectif des dividendes, l'opération déguisant selon elle un prêt consenti par la banque au cédant de l'usufruit, prêt rémunéré par le remboursement de l'avois fiscal. Le Conseil d'État a fait droit aux prétentions de l'administration en considérant que le bénéficiaire effectif des dividendes était la société américaine, qui avait seulement délégué sa filiale française pour rembourser à sa place l'emprunt contracté auprès de la banque britannique¹⁶.

Cette lecture de la notion de bénéficiaire effectif semble néanmoins s'attacher à une conception juridique du terme et ne viser que les cas réellement abusifs où un intermédiaire s'interpose entre l'État de la source et celui qui est créancier du revenu. Or, aujourd'hui, dans l'esprit des rédacteurs du modèle OCDE, le concept de bénéficiaire effectif doit englober les situations dans lesquelles l'intermédiaire est économique et non seulement juridique. Il convient alors de considérer comme bénéficiaire effectif celui qui jouit réellement du revenu, quel que soit son statut juridique ou fiscal. La nouvelle définition tente d'ailleurs de traiter la question des trusts.

Les divergences de lecture de cette notion de « bénéficiaire effectif » tiennent, d'une part, dans le nombre assez limité de commentaires en la matière et, d'autre part, dans les différences fondamentales des règles d'interprétation existant suivant les droits nationaux. Certains États adoptent généralement une lecture juridique de la notion (par exemple l'arrêt *Prevost*¹⁷ au Canada) alors que d'autres font prévaloir la substance et les faits une approche économique (par exemple l'arrêt *Indofood*¹⁸ au Royaume-Uni).

Par ailleurs, si les premiers commentaires apportés par l'OCDE s'agissant de la notion de bénéficiaire effectif semblaient assez limités, le contexte actuel a probablement pesé sur la volonté de l'OCDE d'apporter certains éclairages à la notion de bénéficiaire effectif afin de donner peut-être davantage d'armes aux États tentant de lutter contre l'évasion fiscale et l'utilisation abusive des conventions fiscales.

Au-delà des questions que ne manque pas de susciter cette tentative de clarification, ces commentaires ne pourront régler l'ensemble des sujets d'incertitude en la matière, dans la mesure où, d'une part, certaines conventions (les plus anciennes notamment) ne font pas référence à la notion de bénéficiaire effectif, et où, d'autre part, les commentaires OCDE n'ont pas toujours de valeur contraignante pour le juge de l'impôt (valeur interprétative possible mais non obligatoire dans de nombreux États).

Petit rappel historique de la notion de bénéficiaire effectif

Le terme de bénéficiaire effectif renvoie à une notion de *common law*, qui est apparue en droit interne anglais dans les années 1950 et a été insérée dans les conventions fiscales conclues par le Royaume-Uni à compter des années 1960¹⁹.

Dans les pays de *common-law*, le concept provient du droit des trusts qui autorise la division du droit de propriété entre droit légal et droit de « bénéficiaire ». Le droit donne des droits équitables de bénéfice et de propriété au trustee, qui détient la propriété du trust. À strictement parler, le bénéficiaire ne détient pas la propriété du trust mais dispose des droits d'exécution du contrat de trust, qui peuvent prévoir que le bénéficiaire deviendra l'ultime propriétaire du trust.

L'OCDE utilise également cette notion, sans la définir précisément, dès le modèle de convention de 1977 dans les articles 10, 11 et 12 du modèle, relatifs respectivement aux dividendes, intérêts et redevances, afin d'éviter une utilisation abusive du bénéfice de ces dispositions par des personnes non fondées à s'en prévaloir (personnes de type « conduit »). En 2003, l'OCDE a apporté certaines précisions quant au terme « bénéficiaire effectif ». Toutefois, les cas que l'OCDE met en évidence et pour lesquels le caractère de « bénéficiaire effectif » doit selon elle être contesté paraissent assez limités. En effet, même s'il était précisé que ce concept ne devait pas être utilisé dans une acceptation étroite du terme, mais devait être entendu dans son contexte et à la lumière de l'objet de la Convention (i. e., éviter les double impositions et prévenir la fraude et l'évasion fiscale), les paragraphes qui suivaient pouvaient être interprétés comme n'évoquant que des cas assez spécifiques de situations critiquables.

En effet, les commentaires précisait que ne pouvait être regardé comme le bénéficiaire des revenus :

- le résident d'un État contractant agissant en sa qualité d'agent ou de mandataire (celui-ci n'étant pas d'un point de vue juridique et fiscal, le bénéficiaire des revenus dans son État de résidence) ;
- le résident d'un État contractant agissant comme entité relais (« conduit ») pour le compte d'une autre entité qui bénéficie réellement des revenus. En effet, l'OCDE souligne que « bien qu'étant le propriétaire officiel du revenu dans la forme », la société agissant comme entité relais « ne dis-

15. CE 29 décembre 2006, *Bank of Scotland*, n° 283314.

16. Ce raisonnement fondé sur la reconnaissance du caractère abusif d'un tel montage a depuis été réaffirmé par la cour administrative d'appel de Paris dans un arrêt *Abbey National Treasury Services* (CAA Paris, 3 juin 2010, *Abbey National Treasury Services*, n° 07PA00233).

17. Cour d'appel fédérale 26 février 2009, *Prevost Car Inc.*

18. Cour d'appel d'Angleterre 2 mars 2006, *Indofood International Finance Limited c/ JP Morgan Bank NA et al.* Pour statuer, la cour d'appel anglaise s'est référée aux commentaires OCDE et a indiqué que la notion de « bénéficiaire effectif » devait se comprendre non pas au sens technique et étroit des lois nationales, mais au sens fiscal et international du terme. Le bénéficiaire effectif serait par suite celui qui a l'entier privilège de jouir directement des revenus qu'il reçoit et qui profite de tous les avantages y étant attachés.

19. Protocole de 1966 de la convention de 1945 avec États-Unis, convention de 1967 avec les Pays-Bas.

pose dans la pratique que de pouvoirs très limités qui font d'elle une simple fiduciaire ou un simple administrateur agissant pour le compte des parties intéressées ».

Le contenu du projet de définition

Le projet semble vouloir consacrer une définition harmonisée de la notion de bénéficiaire effectif au sens du modèle OCDE et semble vouloir élargir les situations considérées comme abusives, c'est-à-dire dans lesquelles le récipiendaire du revenu ne serait pas au sens de ces nouveaux commentaires bénéficiaire effectif, sans pour autant être dans l'un des cas classiques visés précédemment (i. e., agent, mandataire ou entité relais).

Si cette volonté de clarification est louable, compte tenu de la restriction apportée aux dispositions conventionnelles dans les situations où le résident d'un État contractant recevant ces revenus, n'en est pas le bénéficiaire effectif, les commentaires semblent très généraux et soulèvent ainsi de nombreuses questions, notamment dans les États comme la France, fonctionnant sur les principes du droit civil et où les situations abusives se trouvent sanctionner non par des dispositions spécifiques mais via les concepts d'abus de droit ou de fraude à la loi.

L'OCDE souligne que les commentaires ont pour objet d'apporter une définition de la notion de bénéficiaire effectif indépendante de celles pouvant exister dans les droits nationaux, même si celles-ci ne sont pas exclues dès lors qu'elles restent conformes auxdits commentaires²⁰. Néanmoins, les tribunaux nationaux resteront seuls juges et ne sont pas nécessairement tenus par les commentaires OCDE, ce qui pourrait conduire à des vues et interprétations toujours aussi variées. Au-delà même de la question de l'application par les tribunaux nationaux des commentaires OCDE, ces derniers restent à ce stade très généraux et semblent plus assimilables de ce fait à des dispositions anti-abus dont l'interprétation peut difficilement être uniforme.

Les questions d'interprétation sont rendues plus délicates par les trois paragraphes ajoutés à la suite des commentaires anciens (légèrement amendés), ces paragraphes étant peu ou prou identiques pour les différents articles (dividendes, intérêts et redevances).

Le projet indique en effet, en premier lieu que « dans ces divers exemples (agent, mandataire, société relais agissant comme fiduciaire ou administrateur), le récipiendaire du dividende n'est pas le "bénéficiaire effectif" parce qu'il n'a pas pleinement le droit d'utiliser le dividende qu'il perçoit et d'en jouir, et que ce dividende n'est pas le sien ; de fait, les pouvoirs du récipiendaire sur ce dividende sont limités par l'obligation qui lui est impartie (cette obligation étant contractuelle, fiduciaire ou autre) de transférer le paiement reçu à une tierce personne ». Il ajoute ensuite que « le récipiendaire d'un dividende n'en est le "bénéficiaire effectif" qu'à condition de pouvoir l'utiliser et d'en jouir pleinement sans être tenu par une obligation contractuelle ou légale de transférer

le paiement reçu à une tierce personne », et précise ce qui doit être entendu par là. À cet égard, on peut légitimement s'interroger sur le point de savoir si les rédacteurs de ce projet de commentaires entendent uniquement illustrer les cas où le récipiendaire est un agent mandataire ou une entité relais, auquel cas la portée de ces commentaires et les situations visées resteraient encadrées et claires à envisager, ou si, au contraire, ces cas précédents ne sont que des exemples et leur volonté est au contraire de donner au concept de bénéficiaire effectif une dimension plus large que celle à laquelle les commentaires précédents semblaient le limiter.

La lecture de ces paragraphes risque fortement d'être influencée par la vision juridique ou économique du juge national qui aura à juger des situations litigieuses. En effet, les États adoptant traditionnellement une lecture juridique risque d'interpréter ces commentaires comme des clarifications des cas visés en exemple et en tout état de cause, limiter les situations de remise en cause du caractère de bénéficiaire effectif aux cas où l'obligation de transmettre le revenu à un tiers relève de dispositions contractuelles ou juridiques impératives. Les commentateurs ou juges de pays ayant des approches plus économiques (« substance over form ») risquent au contraire de trouver dans certains paragraphes – comme ceux précisant les circonstances où une obligation s'impose au récipiendaire des revenus, et qui précisent par exemple, s'agissant des dividendes, qu'« une telle obligation résulte généralement des documents juridiques pertinents, mais peut aussi découler de faits et de circonstances qui attestent que, en substance, le récipiendaire ne dispose pas de toute évidence du plein droit d'utiliser le dividende et d'en jouir » un moyen de limiter fortement les exonérations ou réductions des retenues à la source. Or, il est vrai que ces commentaires ne peuvent que laisser perplexe au vu des objectifs de clarification du concept. En effet, la marge d'appréciation et d'interprétation sera nécessairement importante s'agissant de la preuve de la non-disposition effective du droit d'utiliser ou de jouir d'un revenu. Quelle approche et quelle ligne de conduite adopter pour s'assurer que les sociétés sont bien bénéficiaires effectifs des revenus ? La question pourrait notamment se poser pour les opérations de financement d'acquisition. Peut-on considérer qu'une société d'acquisition, consacrant une part importante voire la totalité des dividendes et intérêts qu'elle reçoit au service de la dette d'acquisition, dispose de la jouissance de ces revenus ? Faudra-t-il considérer au contraire dans ce cas que les établissements bancaires en seraient les bénéficiaires effectifs ?

Il nous semble que de telles interprétations iraient sans doute au-delà des objectifs recherchés par les rédacteurs de ces commentaires. La question ne pourrait se poser, le cas échéant, que si la documentation contractuelle afférente à la dette conduit à un transfert définitif et certain des flux reçus.

Un certain nombre d'éléments, au-delà des arguments de logique, compte tenu de l'objectif de clarification recherché, semblent militer pour ne pas donner aux commentaires proposés une dimension trop large.

20. Les commentaires précisent en effet que « toutefois, cela ne veut pas dire que la signification donnée à l'expression "bénéficiaire effectif" par la législation nationale soit automatiquement à exclure pour l'interprétation de cette expression dans le contexte de l'article : la signification de la législation nationale s'applique dans la mesure où elle est conforme aux indications générales figurant dans ces Commentaires ».

i. En effet, les commentaires précisent que la notion de bénéficiaire effectif n'est pas le seul moyen qu'ont les États de lutter contre une utilisation induite des dispositions conventionnelles et que les clauses anti-abus qui peuvent être introduites dans les conventions permettent de couvrir de nombreuses situations. Les commentaires précisent en effet que « bien que le concept de "bénéficiaire effectif" empêche certaines formes d'évasion fiscales (c'est-à-dire celles qui impliquent l'intervention d'un bénéficiaire tenu de transmettre le dividende à une tierce personne), il n'empêche pas d'autres formes de chalandage fiscal et, par conséquent, ne doit pas être considéré comme limitant d'une quelconque manière l'application d'autres approches pour contrecarrer ces pratiques ». Une lecture *a contrario* de cette phrase laisse, en effet, entendre que le concept de bénéficiaire effectif n'a pas pour vocation de remplacer les autres dispositions anti-abus plus générales et ne devrait viser que les cas où le bénéficiaire du revenu est tenu de manière contraignante et forte à reverser ledit revenu à une tierce personne. Ainsi, un bénéficiaire qui reçoit ces revenus, et qui, dans le cadre de son activité, utilise lesdits revenus (ou plus généralement certains des revenus qu'il perçoit) pour payer certaines charges ou satisfaire certaines de ses obligations, devrait sans doute rester bénéficiaire effectif, dès lors qu'il ne serait pas contraint d'un point de vue juridique ou par des éléments factuels, de reverser obligatoirement ces mêmes revenus.

ii. De même, le projet de commentaires précise qu'il convient de distinguer la notion de bénéficiaire effectif de celle de bénéficiaire final (*i. e.*, personnes qui exercent en dernier ressort le contrôle effectif sur une personne morale ou une structure juridique).

Pour concilier l'ensemble de ces éléments, on pourrait considérer que les cas de remise en cause de la notion de bénéficiaire effectif doivent rester encadrés et limités à

des situations de mandataires ou de sociétés relais, des interprétations plus larges relevant plus des dispositions anti-abus visées par ailleurs par les dispositions conventionnelles. Dans une telle approche, il convient en premier lieu d'écarter les personnes agissant, d'un point de vue juridique, comme des agents ou mandataires ou entités relais ; et en second lieu, d'aller au-delà des apparences juridiques, afin de déterminer si la personne est ou non dans une situation semblable à celle d'un agent ou mandataire, et surtout d'une entité relais car étant dans l'obligation juridique, ou dans une situation d'obligation économique équivalente, la contraignant à reverser de manière obligatoire le revenu en cause. On peut regretter que, sur ce dernier point, le projet de commentaires ne donne pas plus de détail sur les situations qui seraient susceptibles de conduire l'État de la source à considérer, d'un point de vue économique, que le bénéficiaire des revenus n'en est pas le bénéficiaire effectif. Ainsi, il aurait été à notre sens bienvenu que l'OCDE précise davantage dans quels cas une société, pourrait être, ou ne pas être, considérée comme étant le bénéficiaire effectif des revenus qu'elle perçoit. En effet, à vouloir faire une interprétation trop extensive des dispositifs anti-abus, on risque de priver des bénéficiaires conventionnels un grand nombre de contribuables, alors même que l'OCDE note par ailleurs « qu'on ne doit pas présumer à la légère qu'un contribuable recourt au type de transactions abusives évoquées précédemment ».

Au vu des questions soulevées, notamment par l'utilisation de notions relevant d'une approche de « *substance over form* » (faits et circonstances), il est fort probable que ces premiers commentaires fassent l'objet de nombreuses réponses demandant des précisions sur les situations visées, afin que cette volonté de précision du concept ne reste pas plus source de confusion que de clarté. ■