



**Abus de convention fiscale. *Treaty Shopping*.  
Utilisation de sociétés relais. Lutte contre l'évasion fiscale. Nouveaux  
commentaires OCDE. Limitation du droit aux avantages des  
conventions fiscales. Recours à la notion de bénéficiaire effectif.  
Recours à la notion de personne admissible.  
Application des règles nationales aux abus de conventions fiscales.**

La stratégie d'implantation à l'étranger d'un groupe multinational est, dans une large mesure, guidée par des considérations économiques, financières et politiques. Pour autant, les considérations d'ordre fiscal ne sont pas complètement ignorées, l'objectif poursuivi par le groupe étant de parvenir à ce que la charge fiscale pesant in fine sur les flux notamment intragroupe soit neutre ou, à tout le moins, la plus faible possible.

À l'évidence, cette recherche de « *la voie la moins imposée* » peut passer par la mise en place d'opérations visant à obtenir le bénéfice, soit des régimes fiscaux spécifiques prévus par les législations étrangères des États potentiels d'implantation, soit des dispositions conventionnelles favorables insérées dans les conventions fiscales internationales conclues par ces mêmes États.

S'agissant de ce dernier point, l'une des principales techniques utilisées repose sur l'interposition d'une structure intermédiaire constituée sous la forme d'une personne morale, société de personnes ou d'un trust, destinée à faire transiter les revenus passifs de l'État de la source qu'elle perçoit (dividendes, intérêts ou redevances), au bénéficiaire économique, lequel ne peut bénéficier directement des dispositions de la convention conclue entre l'État de la source et l'État de résidence de l'entité intermédiaire car domicilié dans un État tiers, non partie à la convention susmentionnée.

L'entité interposée, appartenant au bénéficiaire économique du revenu et résidant dans un État ayant conclu une convention avec l'État de la source, pourra généralement, en vertu de la convention conclue entre son État de résidence et l'État de la source du revenu, réclamer l'exonération partielle ou totale de retenue à la source normalement prélevée sur les revenus bruts par l'État de la source.

Ainsi, l'impôt retenu à la source sera moins élevé (car réduit ou nul) que celui qui aurait été prélevé en l'absence d'interposition, c'est-à-dire si les revenus avaient été directement transférés de l'État de la source vers l'État de résidence du bénéficiaire économique du revenu. L'avantage fiscal s'obtient donc au détriment de l'État de la source du revenu puisque ce dernier accepte

de consentir un taux minoré de retenue à la source, renonçant par là même à son droit d'imposer, sur le fondement d'une situation apparente qui ne reflète pas la réalité économique.

Par suite, l'entité interposée, bénéficiaire apparente du revenu et faiblement imposée dans son État de résidence, pourra reverser les sommes encaissées au bénéficiaire réel du revenu.

C'est cette pratique qui consiste finalement à opérer une sélection de l'État d'implantation de l'entité relais, à la fois en fonction du réseau de conventions fiscales internationales dont cet État dispose et des dispositions avantageuses contenues dans les conventions conclues par cet État, que l'on désigne de manière traditionnelle par l'expression anglo-saxonne, propre au droit fiscal international, de « *treaty shopping* » ou par son équivalent français « abus de conventions ».

S'inspirant du Modèle de convention de l'OCDE publié en 1977 (ainsi que de ses commentaires), les États ont, de longue date, entendu réserver les avantages conventionnels au bénéficiaire effectif des revenus. En vertu de ces dispositions, une convention fiscale ne s'applique pas lorsque le bénéficiaire apparent n'est pas le bénéficiaire réel et n'agit que comme agent, mandataire ou même, pour certains États, comme personne interposée.

Soulignant, dès 1977, au travers de ses commentaires sur l'article 1 (§ 9) du Modèle de convention de l'OCDE, l'existence d'un risque inhérent à un usage incorrect des conventions fiscales par des personnes qui agiraient par l'entremise d'une société relais, le Comité des affaires fiscales de l'OCDE envisageait, à des fins préventives, de limiter le droit aux avantages des conventions fiscales. Cependant, force est de constater qu'en pratique, ces dispositions anti-abus ne paraissent pas avoir eu une importante répercussion sur les comportements des États. La preuve en est, au regard du droit français, que les rares décisions jurisprudentielles rendues en la matière, notamment les arrêts SA Diebold Courtage<sup>1</sup> et SARL Fountain Industries France<sup>2</sup>, ont admis l'application de la convention franco-néerlandaise en présence de situations susceptibles de caractériser des abus de convention.

La cinquième mise à jour du Modèle de convention OCDE, ainsi que de ses commentaires, que le Comité des affaires fiscales vient d'adopter, le 28 janvier 2003, constitue notamment l'aboutissement des travaux du Comité des affaires fiscales sur la question de la limitation du droit aux avantages des conventions fiscales dans le but de renforcer la prévention des abus de conventions fiscales et ainsi réduire l'efficacité des schémas d'interposition.

À cette fin, ces nouveaux commentaires apportent, dans un premier temps, un certain nombre d'éclaircissements quant à la notion de bénéficiaire effectif (insérée dans les articles relatifs à certaines catégories de revenus spécifiques), l'idée étant principalement de laisser les États libres d'interpréter le plus largement possible ce concept afin de couvrir le maximum de situations révélant une potentialité d'abus. Ces éclaircissements présentent une importance concrète considérable dans la mesure où, n'obligeant pas les États à renégocier leurs conventions (en vue d'insérer une référence à la notion de « bénéficiaire effectif »), ils peuvent faire l'objet d'une « application immédiate » aux abus de convention auxquels sont confrontés les États (1).

Toutefois, conscient de la difficulté rencontrée en pratique par les États dans l'appréhension du bénéficiaire effectif d'un revenu, le Comité des affaires fiscales a entendu donner d'autres moyens d'action aux États. Ainsi, s'inspirant, dans une large mesure de la clause anti-abus américaine, dite clause de « *limitation of benefits* », le Comité des affaires fiscales de l'OCDE préconise aux États de prévenir les abus de conventions, en subordonnant le bénéfice des dispositions conventionnelles à la qualité de « personne admissible » du résident d'un État partie à une convention. Cependant, la mise en œuvre de cette partie des commentaires ne se révèle pas, pour le moment, évidente car suppose, au préalable, que les États insèrent une telle référence, dans les conventions qu'ils ont déjà signées. Enfin, résolvant la problématique du conflit dispositions nationales anti-abus et dispositions conventionnelles, le Comité des affaires fiscales autorise les États à remettre en cause les schémas d'abus de conventions sur le fondement de leur législation interne anti-abus. Dès lors, les États qui le souhaitent n'auront pas nécessairement besoin d'insérer dans leurs conventions de nouvelles dispositions (2).

## **1. Renforcement à caractère particulier du dispositif anti-abus : imposition à la source des catégories de revenus spécifiques**

### **1.1 Une référence classique au concept de bénéficiaire effectif**

Afin d'empêcher que des sociétés relais puissent bénéficier, lors de la perception de revenus passifs (en provenance d'un État ayant conclu une convention avec leur État de résidence), des taux conventionnels de rete-

nue à la source, les commentaires OCDE avaient introduit, dans le corps même du texte des articles 10, 11 et 12 du Modèle de convention OCDE (visant respectivement l'imposition des dividendes, l'imposition des intérêts et l'imposition des redevances), la référence à la notion de bénéficiaire effectif.

Ainsi, à titre d'exemple, l'article 10-2 de la Convention modèle OCDE était rédigé de la manière suivante: « *Toutefois, ces dividendes sont aussi imposables dans l'État contractant dont la société qui paie les dividendes est un résident, et selon la législation de cet État, mais si le bénéficiaire effectif des dividendes est un résident de l'autre État contractant, l'impôt ainsi établi ne peut excéder: [...]* ». Il convient de préciser que cette formulation est la même pour les articles 11-2 (relatif aux intérêts) et 12-2 (relatif aux redevances) de la Convention modèle OCDE.

### **1.2 Un concept élargi pour une lutte anti-abus renforcée**

En vue de réduire encore davantage toute forme d'usage abusif des conventions, le Comité des affaires fiscales vient d'apporter de nouvelles précisions quant à la notion de « bénéficiaire effectif ».

#### **1.2.1 Un concept conçu comme une condition supplémentaire à part entière**

1.2.1.1. Des avantages conventionnels subordonnés à une double exigence: résidence et bénéficiaire effectif

Le Comité des affaires fiscales souligne ainsi que la notion de « bénéficiaire effectif » a été introduite aux articles 10-2, 11-2 et 12-2 de la Convention modèle OCDE en vue de déterminer avec plus grande précision quelles sont les personnes pouvant bénéficier des avantages conventionnels prévus par ces mêmes articles. A la lecture de ces commentaires, peuvent bénéficier desdits avantages conventionnels les personnes auxquelles sont versés des dividendes, intérêts ou redevances à la condition: d'une part, qu'elles résident fiscalement dans l'État ayant conclu une convention de double imposition avec l'État de la source et, d'autre part, qu'elles soient le bénéficiaire effectif des revenus qui leur sont versés.

La notion de bénéficiaire effectif doit donc être interprétée, par les administrations fiscales, en ce sens qu'elle constitue une exigence supplémentaire à la condition de résidence.

1.2.1.2. Liberté reconnue aux États en matière d'octroi des avantages conventionnels

Le Comité des affaires fiscales de l'OCDE a pris soin de préciser que les États n'étaient nullement obligés d'accorder les taux conventionnels de retenue à la source prévus par les articles 10, 11 et 12 du Modèle de Convention OCDE et, par-là même, renoncer à leur droit d'imposer des revenus uniquement parce que ces revenus ont été immédiatement perçus par le résident d'un État avec l'État de la source a conclu une convention<sup>3</sup>.

L'objectif de ces nouveaux commentaires est à l'évidence d'éviter que les États dans lesquels les revenus sont

1 Conseil d'État, 13 octobre 1999, n° 191191, 8<sup>e</sup> et 9<sup>e</sup> sous-sections, Ministre c/SA Diebold Courtage, RJF 12/99, n° 1492.

2 Tribunal administratif de Lille, 18 mars 1999, n° 95-5403 et 96-738, 4<sup>e</sup> ch., SARL Fountain Industries, RJF 8-9/99, n° 961.

3 Modèle de Convention fiscale concernant le revenu et la fortune, OCDE, janvier 2003, § 12 de l'article 10 relatif aux dividendes, § 8 de l'article 11 relatif aux intérêts et § 4 de l'article 12 relatif aux redevances.

générés soient lésés par des schémas de « *treaty shopping* » et qu'ils soient libres d'apprécier s'ils accordent ou non les avantages prévus par les conventions qu'ils ont conclues.

### 1.2.2 Un concept laissé à la libre interprétation des États

Si les nouveaux commentaires ne précisent pas avec exactitude ce qu'il convient d'entendre par « *bénéficiaire effectif* », ils indiquent néanmoins que cette notion ne doit pas être entendue « *dans une acception étroite et technique* », mais au contraire doit être interprétée par les administrations fiscales nationales conformément aux objectifs de la convention fiscale et tout particulièrement à celui visant à prévenir l'évasion et la fraude internationales<sup>4</sup>.

Il résulte donc de ces commentaires que la notion de « *bénéficiaire effectif* » est une notion dont le contenu n'est pas, à dessein, précisément défini et ce, afin de déjouer les risques de contournement inhérents à une définition préalablement définie du « *bénéficiaire effectif* ».

Toutefois, un risque de divergence d'interprétation entre les différents États est susceptible de naître, certains États adoptant une conception plus étroite de la notion de « *bénéficiaire effectif* » que d'autres. D'où l'importance de se livrer à une analyse précise de l'étendue donnée, par l'État de la source des revenus, au concept de « *bénéficiaire effectif* ».

### 1.2.3 Des dispositions expresses à l'encontre des schémas d'interposition

Afin d'orienter les interprétations des différentes administrations fiscales nationales vers un « *minima commun* », les nouveaux commentaires indiquent qu'il serait contraire aux objectifs d'une convention d'accorder une exonération conventionnelle totale ou partielle de l'impôt retenu à la source lorsque le revenu est perçu par un résident d'un État parti à la convention susmentionnée agissant comme simple relais pour le compte d'un tiers (ii); ils rappellent qu'il en serait de même si ce résident était un agent ou un mandataire (i).

i) Résident agissant en qualité d'agent ou autre mandataire : une solution classique précisée

Le seul fait que cette personne soit résident de l'État ayant conclu une convention de double imposition avec l'État de la source du revenu est insuffisant à justifier de l'exonération : il convient effectivement d'observer si ce résident est en outre bénéficiaire effectif du revenu. Classiquement, les commentaires en vigueur considéraient que la limitation prélevée dans l'État de la source n'avait pas lieu de jouer en présence d'un intermédiaire (agent ou autre mandataire) s'interposant entre le créancier et le débiteur, hors le cas où le bénéficiaire effectif était résident de l'État d'implantation de l'intermédiaire<sup>5</sup>.

Au cas particulier, la seule précision apportée par les nouveaux commentaires est que la qualité d'agent ou de mandataire reconnu à ce résident encaissant les reve-

nus empêche, d'un point de vue fiscal, de regarder ce résident, d'après les termes mêmes des commentaires, « *comme le propriétaire du revenu dans l'État de résidence* »<sup>6</sup> (cette précision ne fait finalement que conforter une solution déjà admise). En outre, le Comité des affaires fiscales a pris soin d'ajouter que, compte tenu de la qualification fiscale réservée à cet intermédiaire, il n'existait pas de risque de double imposition dans les États parties à la convention (l'intermédiaire n'étant pas imposable dans son État de résidence) et que, dès lors, la convention fiscale (y compris ces avantages) n'avait pas lieu de s'appliquer<sup>7</sup>.

ii) Résident agissant comme simple relais pour le compte d'un tiers, bénéficiaire réel du revenu : l'exclusion nouvelle des sociétés relais

Les nouveaux commentaires indiquent, en effet, que : « *le rapport du Comité des affaires fiscales intitulé « les conventions préventives de double imposition et l'utilisation des sociétés relais » conclut qu'une société relais ne peut pas être considérée normalement comme le bénéficiaire effectif [...] »*<sup>8</sup>.

Par cette référence expresse, inexistante jusqu'alors, le Comité des affaires fiscales a entendu exclure les sociétés relais du bénéfice des avantages conventionnels estimant que celles-ci ne peuvent en aucun cas être regardées comme le bénéficiaire effectif du revenu dès lors qu'elles ne disposent « *que de pouvoirs très limités qui font d'elles un simple fiduciaire ou un simple administrateur agissant pour le compte des parties intéressées* »<sup>9</sup>.

Une telle exclusion énoncée de manière générale semble ainsi avoir vocation à s'appliquer à toutes les sociétés relais et, en conséquence, aux deux principales techniques d'interposition que le Comité des affaires fiscales avait caractérisées<sup>10</sup>, à savoir :

- la technique du relais direct : une « société de transit » est créée à la seule fin de profiter d'avantages conventionnels. Dans une telle hypothèse, les revenus encaissés par cette entité intermédiaire sont exonérés d'impôt dans l'État de résidence de celle-ci.
- la technique du tremplin ou « *stepping stone* » : dans cette hypothèse, la situation est la même qu'en présence d'un relais direct, à la différence près que la « société de transit » est normalement imposée dans son État de résidence (« État de transit ») sur les revenus qu'elle encaisse. Afin de réduire au maximum sa base imposable, elle doit reverser un montant élevé d'intérêts, commissions ou autres sommes, à une seconde société apparentée, créée dans un État tiers, laquelle ne sera pas, quant à elle, imposée sur ces montants en vertu d'un régime fiscal particulier.

Le Comité des affaires fiscales tente donc, par les précédentes exclusions, de contrecarrer toute situation d'interposition, que celle-ci soit réalisée par le biais d'une société relais ou non. Bien entendu, ces exclusions ne joueront pas si, malgré l'interposition d'un agent, d'un

4 Cf. n° 3.

5 Modèle de Convention fiscale, OCDE, avril 2000, § 12 de l'article 10 relatif aux dividendes, § 8 de l'article 11 relatif aux intérêts et § 4 de l'article 12 relatif aux redevances.

6 Modèle de Convention fiscale, OCDE, janvier 2003, § 12.1 de l'article 10 relatif aux dividendes, § 8.1 de l'article 11 relatif aux intérêts et § 4.1 de l'article 12 relatif aux redevances.

7 Cf. n° 6.

8 Cf. n° 6.

9 Cf. n° 6.

10 Modèle de Convention fiscale, OCDE, avril 2000, Classeur II, Les conventions préventives de la double imposition et l'utilisation de sociétés relais, § 4.

mandataire ou d'une société relais, le « bénéficiaire effectif » du revenu est également résident de l'État de résidence de la société relais <sup>11</sup>.

Dans la pratique, ces commentaires constituent une avancée considérable dans la lutte engagée contre les abus de conventions, ne serait-ce que parce qu'ils autorisent les États à interpréter librement le concept de « bénéficiaire effectif » et ne serait-ce que parce qu'ils peuvent immédiatement être utilisés par les États (en ce sens qu'ils n'obligent pas les États à renégocier leurs conventions). Néanmoins, il reste, sans aucun doute, difficile pour l'État de la source de prouver que la société de transit (ou encore l'agent ou le mandataire) n'est pas le « bénéficiaire effectif » du revenu.

Le Comité des affaires fiscales a donc envisagé de restreindre, de manière encore plus large, le bénéfice des avantages conventionnels, d'une part, en redéfinissant le champ des personnes visées par les conventions par l'institution de la notion de « personne admissible » (prenant exemple sur la clause de « *limitation of benefits* » insérée dans les conventions conclues par les États-Unis), et en autorisant les États qui finalement ne pourraient pas tirer partie des commentaires sur les notions de « bénéficiaire effectif » ou de « personne admissible » à refuser l'application des conventions sur le fondement de leur droit interne.

## 2 Renforcement à caractère général des dispositifs anti-abus

### 2.1 Un système anti-abus préventif d'inspiration américaine ou une nouvelle définition des personnes susceptibles de bénéficier des avantages conventionnels

Afin de renforcer le dispositif existant à l'égard de ces sociétés relais, les nouveaux commentaires OCDE préconisent l'insertion par les États, dans les conventions de double imposition qu'ils négocient, de dispositions ayant pour objectif de limiter le bénéfice des avantages conventionnels à des personnes, et principalement à des sociétés, répondant à certaines conditions. L'analyse des conditions posées par les nouveaux commentaires laisse apparaître, de façon évidente, que celles-ci sont, sinon similaires, très proches de celles posées par la clause de « *limitation of benefits* » insérée, entre autres, à l'article 30 de la convention franco-américaine.

#### 2.1.1 Le critère de résidence: un critère devenu insuffisant

Le Comité des affaires fiscales, au travers de ses derniers commentaires, propose aux États une réécriture de l'article 1 du Modèle de convention OCDE (article s'insérant dans le chapitre 1 relatif au champ d'application de la Convention).

Jusqu'alors, il résultait de l'article 1 du Modèle de convention OCDE que les personnes résidentes de l'un ou l'autre des États contractants étaient susceptibles de bénéficier des avantages d'une convention. Cependant, force

est de constater que la convention franco-américaine prévoit, via sa clause de « *limitation of benefits* », que les avantages conventionnels ne sont réservés qu'à une catégorie de résident, à savoir les résidents « habilités ».

Désormais, le Comité des affaires fiscales conseille aux États d'insérer une sorte de clause de « *limitation of benefits* » dans leurs conventions en prévoyant que: « *un résident d'un État contractant qui reçoit des revenus de l'autre État contractant ne peut bénéficier de tous les avantages accordés aux résidents d'un État contractant aux termes de la présente convention que s'il s'agit d'une personne admissible [...]* » <sup>12</sup>.

Cette nouvelle rédaction de l'article 1 du Modèle de convention OCDE fait perdre au critère de résidence son caractère exclusif pour l'attribution des avantages de la Convention: le seul fait qu'une personne soit résidente d'un État n'ouvre plus droit automatiquement aux avantages conventionnels. Ainsi, l'insertion d'une telle disposition dans les conventions permettrait aux États de refuser plus facilement le bénéfice des avantages conventionnels.

#### 2.1.2 Introduction d'un nouveau critère: la notion de « personne admissible » ou une notion proche de la notion de « personne habilitée »

L'introduction de ce nouveau concept, dans la partie consacrée par les commentaires aux sociétés relais, revient in fine à exiger l'existence de liens renforcés entre le bénéficiaire du revenu et son État de résidence (ou l'État de la source du revenu).

Les nouveaux commentaires dressent une liste correspondant pour l'essentiel aux « personnes habilitées » au sens de la clause de « *limitation of benefits* », de cinq catégories d'entités résidentes qui vont pouvoir jouir de la qualité de « personne admissible » <sup>13</sup>. Pourraient ainsi être regardées comme « habilitées » ou « admissibles »: les personnes physiques, les entités publiques, les sociétés, les organisations caritatives ou autre entité exonérée (fonds de pension, organismes de retraite) ou toute autre personne morale, société ou non. À l'exception de la catégorie des personnes physiques, les autres catégories sont soumises à certaines conditions. Ces conditions permettant de caractériser une personne « habilitée » ou « admissible » sont, sinon identiques, largement similaires dans la plupart des cas. Nous nous attarderons toutefois sur le cas des sociétés admissibles.

À ce stade, il est néanmoins possible de souligner que les conditions requises pour être une « personne qualifiée » ou une « personne admissible » sont relativement identiques, mais la clause que propose d'insérer le Comité des affaires fiscales apparaît, en définitive, plus stricte.

#### 2.1.3 Définition d'une « société admissible »: une « société admissible » n'est pas une « société habilitée »

Une société sera considérée comme étant une personne admissible dès lors qu'elle remplit alternativement l'une des conditions suivantes <sup>14</sup>:

i) avoir la principale catégorie de ses actions cotées et faire l'objet de transactions régulières sur le marché

<sup>11</sup> Modèle de Convention fiscale, OCDE, janvier 2003, § 12.2 de l'article 10 relatif aux dividendes, § 8.2 de l'article 11 relatif aux intérêts et § 4.2 de l'article 12 relatif aux redevances.

<sup>12</sup> Modèle de Convention fiscale, OCDE, janvier 2003, Commentaires

sur l'article 1 concernant les personnes visées par la convention, Usage incorrect de la convention, Cas des sociétés relais, § 20.

<sup>13</sup> Cf. n° 12.

<sup>14</sup> Cf. n° 12.

boursier de l'un ou l'autre des États contractants (ou autre marché reconnu par les États).

Cette condition est similaire à celle prévue dans la clause de « *limitation of benefits* », simplement cette dernière est moins stricte en ce sens qu'elle n'exige pas que les actions fassent l'objet de transactions régulières sur le marché de l'un ou l'autre des États parties (ou un marché reconnu par ces États). La clause de « *limitation of benefits* » se contente en effet d'exiger des transactions régulières sur des marchés boursiers réglementés.

ii) détention, directe ou indirecte, à plus de 50 % de ses droits de vote et de la valeur de ses actions par au plus cinq sociétés ayant droit aux avantages de la convention aux termes du i).

Ce pourcentage de détention, directe ou indirecte, est prévu, à l'identique, dans la clause de « *limitation of benefits* ». Néanmoins, il convient de noter, à la lecture des commentaires OCDE, que seules les sociétés cotées sur le marché des États parties (ou sur les marchés boursiers reconnus par ces mêmes États) pourraient détenir le pourcentage requis.

La clause de « *limitation of benefits* » se révèle, là encore, moins stricte en ce qu'elle admet qu'une société puisse être « habilitée » si elle est détenue, à plus de 50 %, soit par une société cotée (quel que soit son lieu de cotation dès lors qu'elle est résidente dans l'un des États parties), soit par une entité publique, soit par une société dont plus de 50 % de ses droits de vote et de la valeur de ses actions sont détenus par une entité publique.

Par ailleurs, les commentaires limitent la détention indirecte à cinq degrés maximum, exigeant en outre que chaque détenteur intermédiaire soit résident de l'un ou de l'autre des États contractants. Aucune limitation de ce style n'est prévue dans la clause de « *limitation of benefits* ». À ce titre, il convient d'observer que les commentaires ont donc pris soin de viser les cas d'interpositions successives de plusieurs sociétés relais qui auraient pu être envisagées pour déjouer les dispositions relatives à la notion de « personne admissible ».

Les nouveaux commentaires prévoient ainsi que c'est uniquement si l'une des deux conditions précédentes est remplie qu'une société pourra être qualifiée de « société admissible ». Or, force est de constater que la clause de « *limitation of benefits* » prévoit qu'une société peut être regardée comme habilitée si elle répond à une troisième condition (qu'il convient d'ailleurs de distinguer du cas, envisagé ci-après au § 1.4, où cette société exercerait une activité industrielle et commerciale). En effet, au regard de la clause de « *limitation of benefits* », il apparaît qu'une société, ne répondant pas aux conditions susmentionnées, pourrait cependant être considérée comme « habilitée » si :

- au moins 30 % du total de ses droits de vote et de la valeur de ses actions sont détenus, directement ou indirectement, notamment par une ou plusieurs sociétés cotées sur un marché boursier réglementé et résidentes du même État que la société sollicitant le bénéfice des avantages conventionnels ;
- et qu'au moins 70 % du total de ses droits de vote et

de la valeur de ses actions soient détenues, directement ou indirectement, notamment par une ou plusieurs sociétés cotées sur un marché boursier réglementé et résidant dans un État partie à la convention ou dans l'un des autres États membres de l'Union européenne (à la condition que cet État ait conclu une convention avec les États parties et que cette convention prévoit, elle-même, un dispositif anti-abus).

Il ressort de ces dispositions que, de manière schématique, une société pour être une « personne admissible » doit être principalement détenue par des sociétés ayant elles-mêmes droit à bénéficier de la convention conclue par l'État de résidence de la première société avec l'État de la source des revenus.

Enfin, si une société ne satisfait pas à l'une des deux conditions énoncées par les nouveaux commentaires OCDE permettant de regarder une société comme « société admissible », cette société pourra, le cas échéant, être considérée comme répondant à la définition de « personne autre que personne physique » (catégorie de personne admissible visée par les commentaires) et, ainsi, bénéficier des avantages conventionnels, si :

- cette société est détenue, pendant au moins la moitié de l'année fiscale, par des personnes admissibles, à au moins 50 % du total de ses droits de vote et de la valeur de ses actions (ou autres intérêts effectifs) ;
- et que moins de 50 % du revenu brut encaissé par cette société au titre de la même année fiscale est payé ou dû, directement ou indirectement, à des personnes non résidentes d'un des deux États parties à la convention, sous la forme de paiements déductibles (tels les versements d'intérêts ou de redevances). Bien entendu, les versements correspondant à des obligations financières envers une banque et « les paiements de pleine concurrence effectués dans le cadre ordinaire d'activités d'entreprise au titre de services ou biens corporels » ne seront pas pris en compte dans la détermination de ce seuil.

Une fois encore, cette clause est largement inspirée par la clause de « *limitation of benefits* ». En effet, la clause de « *limitation of benefits* » autorise le bénéfice de la convention si, outre la première condition de détention susmentionnée, l'une des deux conditions suivantes est remplie :

- moins de 50 % du revenu brut du dernier exercice clos est utilisé, directement ou indirectement, en pour effectuer des paiements déductibles à des personnes non qualifiées ;
- ou si, et c'est cette deuxième hypothèse qui n'a pas été reprise par le Comité des affaires fiscales, moins de 70 % du revenu brut du dernier exercice clos est utilisé, directement ou indirectement, pour effectuer des paiements déductibles à des personnes non qualifiées et que moins de 30 % du même revenu est utilisé, directement ou indirectement, pour réaliser des paiements déductibles à des personnes ni qualifiées, ni résidentes d'un État membre de l'Union européenne.

Un sérieux coup risque ainsi d'être porté aux schémas de « *treaty shopping* » réalisés au moyen de sociétés

15 Cf. n° 12.

16 Modèle de Convention fiscale, OCDE, janvier 2003, Commentaires sur l'article 1 concernant les personnes visées par la convention, Usage incorrect de la convention, § 7 et 7.1.

relais mais aussi plus largement à d'autres types de structures, telles que des *joint-ventures*, qui n'ont pas nécessairement été mises en place à la seule fin de bénéficier des avantages conventionnels octroyés par l'État de la source.

#### 2.1.4 Un cas réservé: personne non admissible exerçant une activité économique

Afin que les précédentes précisions n'aboutissent à exclure trop largement certaines personnes du bénéfice des conventions le Comité des affaires fiscales de l'OCDE a entendu réserver<sup>15</sup>, tout comme le fait la clause de « *limitation of benefits* », le cas où le résident d'un État contractant, bien que ne pouvant être qualifié de « personne admissible », pourra bénéficier des taux conventionnels de retenue à la source sur les revenus qu'il encaisse à condition :

- qu'il exerce « activement une activité d'entreprise » dans son État de résidence (autre que les activités d'investissement ou de gestion des placements pour son propre compte, sauf s'il s'agit d'activités qui se révèlent être réalisées par une banque ou une compagnie d'assurance, ou encore s'il s'agit d'opérations portant sur des valeurs mobilières réalisées par un opérateur sur titres agréé) ;
- que l'activité dans l'État de résidence présente un caractère substantiel par rapport à l'activité exercée dans l'État de la source du revenu ;
- que les revenus provenant de l'autre État se rattachent à l'activité exercée dans l'État de sa résidence ;
- et que, par ailleurs, ce résident remplisse les autres conditions prévues par la convention pour bénéficier de ces avantages (cette condition fait sans aucun doute référence à la notion de bénéficiaire effectif).

La première de ces conditions s'inscrit dans la logique de lutte contre l'évasion fiscale poursuivie par le Comité des affaires fiscales : un résident n'a pas besoin de répondre aux caractéristiques de « personne admissible » dès lors qu'il exerce dans son État de résidence une activité économique effective. En conséquence, une société relais détenue à plus de 50 % de ses droits de vote et de la valeur de ses actions par une personne résidente d'un État tiers pourra bénéficier des dispositions des conventions conclues par son État de résidence si la personne qui la détient a pris soin de lui donner une consistance économique minimum.

#### 2.2 Refus du bénéfice des avantages conventionnels sur le fondement des législations internes

Rappelant que les conventions bilatérales ont également pour but d'empêcher l'évasion et la fraude internationales, le Comité des affaires fiscales de l'OCDE précise que si les États ne souhaitent pas accepter dans leurs conventions fiscales des dispositions pouvant aboutir à des transactions abusives (et peuvent insérer, à ce titre, comme nous venons de le voir, des dispositions spécifiquement prévues à cet effet), ces États ne souhaiteront a for-

tiori pas appliquer leurs conventions d'une façon telle qu'un abus puisse en résulter<sup>16</sup>.

En sus de l'interprétation libérale de la notion de « bénéficiaire effectif » que les États vont pouvoir adopter ou encore de la possibilité offerte aux États d'intégrer dans leurs conventions bilatérales la notion de « personne admissible », le Comité des affaires fiscales laisse entendre que les États sont également en mesure de s'opposer sur le fondement de leur législation nationale aux abus de convention dès lors que cette application aurait pour effet de permettre des transactions abusives, d'ailleurs réprimées par les dispositions ou règles jurisprudentielles faisant partie du droit national des États concernés<sup>17</sup>.

Afin de guider les États qui entendent remettre en cause des abus de conventions, le Comité des affaires fiscales rappelle<sup>18</sup>, à titre de principe directeur, qu'un État est en droit de refuser un avantage conventionnel :

- lorsqu'un des objets principaux de certaines transactions ou opérations est d'obtenir une position fiscale plus avantageuse ;
- lorsque l'octroi de l'avantage se révélerait être contraire, dans ces circonstances, à l'objet et au but des dispositions pertinentes.

Selon le Comité des affaires fiscales, deux doctrines coexistent sur le point de savoir si les États peuvent refuser d'accorder des avantages conventionnels sur le fondement de leur législation interne lorsqu'un contribuable entend profiter abusivement des dispositions d'une convention :

- d'un côté, certains États considèrent que les abus de conventions constituent des abus indépendants des abus de la législation nationale. Ces États estiment qu'ils sont en mesure d'écarter ces abus sur le seul fondement des conventions fiscales eu égard à leur objet consistant notamment à empêcher l'évasion et la fraude internationales<sup>19</sup> ;
- d'un autre côté, la majeure partie des États considère que l'utilisation abusive des dispositions conventionnelles peut s'analyser également comme une utilisation abusive des dispositions de la législation nationale de l'État considéré<sup>20</sup>.

Les nouveaux commentaires indiquent, au cas particulier, que les États ont la possibilité afin d'écarter les transactions caractérisant un abus de convention de recourir à leurs dispositions nationales anti-évasion, les dispositions des conventions ne s'y opposant nullement. Le Comité des affaires fiscales tranche par là même la question du potentiel conflit entre les dispositions anti-évasion prévues par les législations nationales des États et les dispositions conventionnelles. À ce titre, il soutient que les « *dispositions anti-évasion fiscale se rattachent aux dispositions fondamentales de la législation nationale qui déterminent les faits générateurs de l'impôt et que, comme ces dispositions ne sont pas couvertes par les conventions fiscales, celles-ci ne les affectent donc pas* ». ■

17 Idem n° 16, § 7.1.

18 Idem n° 16, § 9.5.

19 Idem n° 16, § 9.2.

20 Idem n° 16, § 9.3.