

Alexandre LABARTHE

Master 2 Recherche  
Droit fiscal de l'entreprise

Droit public

# Enquête sur une méconnue du droit fiscal : La clause de bénéficiaire effectif, entre théorie et pratique

Directeur du mémoire :  
Sophie de FONTAINE



Collection des mémoires de l'IFR



Prix IFR 2016 des meilleurs mémoires de Master 2 Recherche



*Alexandre LABARTHE*

*Master 2 Droit fiscal de l'entreprise*

Année universitaire 2015/2016

*SUJET DU MÉMOIRE*

# **Enquête sur une méconnue du droit fiscal : la clause de bénéficiaire effectif, entre théorie et pratique**

**DIRECTEUR DU MÉMOIRE :** Sophie de FONTAINE  
Maître de Conférences

**UNIVERSITE TOULOUSE 1 CAPITOLE**

2 rue du Doyen-Gabriel-Marty - 31042 Toulouse cedex 9 - France - Tél. : 05 61 63 35 00 - Fax : 05 61 63 37 98 - [www.ut-capitole.fr](http://www.ut-capitole.fr)

## **REMERCIEMENTS**

Concrétisation d'un travail de recherche long et passionnant, je tiens en préambule de ce mémoire à remercier toutes les personnes qui m'ont encouragé, soutenu et aidé dans son accomplissement.

En premier lieu, je souhaiterais remercier Madame Sophie de Fontaine, directrice de ce mémoire, pour ses patients conseils et nos échanges ainsi que Monsieur Vincent Dussart, directeur du Master 2 Droit fiscal de l'entreprise, sans lesquels je n'aurais pu poursuivre ce sujet.

Sujet de longs débats avec de nombreux praticiens, je tiens également à les remercier pour les échanges que j'ai pu avoir avec eux. Ils m'ont permis de tenter de mieux appréhender les différentes facettes de la fiscalité internationale et d'améliorer la composition de ce mémoire.

Enfin, je sais gré à mes parents et ma famille pour leurs soutiens et encouragements tout au long de cette aventure universitaire.

## **PREFACE**

Travaillant au sein de l'administration fiscale, Alexandre Labarthe a eu le courage de revenir sur les bancs de l'Université pour intégrer le master 2 Droit fiscal de l'entreprise en septembre 2014, ce qui évidemment ne peut qu'être salué. Ayant choisi la voie Recherche, il a eu la curiosité de sortir de son champ de compétences originel et de s'introduire dans le dédale normatif du droit fiscal international à la recherche du « bénéficiaire effectif », ce pourquoi il convient également de le féliciter.

En ces temps de lutte contre la planification fiscale agressive, la notion de bénéficiaire effectif est placée sur le devant de la scène par les derniers instruments internationaux de promotion de la transparence financière à des fins fiscales. Cependant, cette notion connaît aussi un développement parallèle en tant qu'outil de lutte contre les abus de convention fiscale internationale. Or, si l'introduction de la clause de bénéficiaire effectif dans le modèle conventionnel est aujourd'hui relativement ancienne (elle remonte à 1977), les études la concernant sont en revanche relativement éparses alors même que les enjeux sont cruciaux tant pour les États que pour les opérateurs susceptibles de se voir refuser le caractère de « bénéficiaire effectif ». L'étude spécifique dans laquelle s'est engagé Alexandre Labarthe se justifiait donc pleinement.

Le chercheur s'est donné pour double objectif de déterminer d'abord la portée exacte de l'introduction d'une telle clause dans les conventions fiscales, puis d'identifier ensuite de la manière la plus détaillée possible ce que recouvre la notion de « bénéficiaire effectif ». L'entreprise s'est avérée particulièrement ardue. Au-delà même de son objet, la recherche s'est heurtée aux spécificités de la hiérarchie des normes en droit fiscal international, au pluralisme de leurs interprètes, aux divergences de leurs méthodes et référentiels d'interprétation, mais aussi aux utilisations différenciées de l'expression « bénéficiaire effectif » selon les domaines concernés ou même à l'existence de notions voisines, parfois concurrentes, comme celle notamment de « bénéficiaire apparent ».

Par-delà ces difficultés, le travail d'Alexandre Labarthe réussit néanmoins à démontrer que si une construction progressive et autonome de la notion conventionnelle de « bénéficiaire effectif » est indubitablement en cours, un certain nombre d'incertitudes demeurent encore.

Ces incertitudes concernent en premier lieu la portée de la clause de bénéficiaire effectif. Une lecture littérale du modèle conventionnel révèle que les rédacteurs ont entendu faire de la clause de bénéficiaire effectif une clause spécifique autorisant l'État de source de revenus passifs (articles 10, 11 et 12 du modèle de convention OCDE) à refuser la limitation conventionnelle de son pouvoir d'imposer lorsque le récipiendaire direct de ces revenus ne les perçoit qu'en qualité d'intermédiaire pour une autre personne.



Pourtant, la jurisprudence, notamment française, a été tentée d'en élargir le champ. Ainsi le juge a admis, compte tenu de l'objectif de lutte contre la fraude des conventions fiscales internationales, qu'une telle clause pouvait trouver à s'appliquer même en l'absence d'une stipulation conventionnelle explicite, au moins pour les conventions signées avant l'introduction de la clause dans le modèle OCDE (Avis CE 31 mars 2009, sect. des finances, n° 382545 : Dr. fisc. 2010 n° 22, comm. n° 339). Le Conseil d'État a même jugé, en invoquant également la fraude à la loi, que la France en tant qu'État de source pouvait refuser un avantage conventionnel non visé par la clause de bénéficiaire effectif, au motif que le contribuable ne serait pas le bénéficiaire effectif des revenus auxquels est attaché cet avantage (CE 29 décembre 2006 n° 283314, 3e et 8e s.-s., min. c/ Sté Bank of Scotland : RJF 3/07 n° 322). Étonnamment les juges du Palais-Royal n'ont pas semblé vouloir aller plus loin. Ainsi, ils n'ont pas suivi l'Administration fiscale française lorsque, arguant du fait que le contribuable n'est pas le bénéficiaire effectif des revenus, elle a refusé, en tant qu'État de résidence, l'imputation d'un crédit d'impôt payé à l'étranger. Ils n'en ont pas moins admis, comme le rappelle bien Alexandre Labarthe, que des stipulations conventionnelles rédigées comme celles de l'article 1<sup>er</sup> du modèle OCDE condamnent implicitement les cas d'usage incorrect de convention, au titre desquels figurent notamment les conventions de prête-nom et autres interpositions de personnes... (CE, 31 mars 2009, avis n° 382545; Dr. fisc. 2010, n°38, chr. 486).

Reste à savoir si les situations traitées sur ces deux fondements textuels différents d'une clause de bénéficiaire effectif couvrent ou non les mêmes situations d'interposition. La réponse dépend évidemment de la définition même de la notion de bénéficiaire effectif. Là encore les incertitudes sont nombreuses mais s'expliquent aisément.

Comme le rappelle l'auteur, la notion de bénéficiaire effectif était inconnue du droit français lorsque la clause a été introduite dans le modèle conventionnel OCDE. N'ayant par ailleurs donné lieu à aucune définition conventionnelle, les administrations étatiques, sous le contrôle de leurs juges nationaux, ont donc été amenées à identifier aux cas par cas les contribuables auxquels elles déniaient le caractère de « bénéficiaire effectif ». Elles l'ont fait par référence au droit interne ou par le truchement d'outils internes ou conventionnels anti-abus, de sorte, qu'au fil des contentieux, sont apparues des conceptions divergentes: d'un côté, une approche purement formelle du bénéficiaire effectif ouvrant droit aux avantages conventionnels à tous les bénéficiaires qui ne se trouvent pas légalement ou contractuellement tenus de reverser à un tiers le revenu qu'ils reçoivent; de l'autre, une approche substantielle imposant une analyse des pouvoirs réels de jouissance et de dispositions des revenus semble être plus adaptée à la lutte contre les abus de convention. C'est ainsi, comme le fait justement remarquer Alexandre Labarthe, que se matérialise progressivement un risque d'interprétation asymétrique de la notion de bénéficiaire effectif, risque que les insuffisances des commentaires initiaux du modèle conventionnel et l'émergence de définitions propres au domaine bancaire et à l'échange de renseignements ont pu exacerber.

| *A. Labarthe – Enquête sur une méconnue du droit fiscal :  
La clause de bénéficiaire effectif, entre théorie et pratique*

Espérons que la révision de 2014 des commentaires du modèle OCDE, à laquelle Alexandre Labarthe consacre la fin de son travail, contribuera à rendre à la notion l'unité et l'intelligibilité qui lui font aujourd'hui partiellement défaut. Souhaitons ensuite que cette première immersion de l'auteur dans l'univers si particulier du droit fiscal international, et le travail de qualité qui en a résulté, ne soient que le début d'une longue carrière consacrée à ces problématiques si complexes mais ô combien stimulantes.

Sophie de FONTAINE

## LEXIQUE

<b>AJDA</b>	Actualité juridique du droit administratif
<b>AMF</b>	Autorité des Marchés Financiers
<i>Ap. cit.</i>	Article précité
<i>Arp. cit.</i>	Arrêt précité
<b>BEPS</b>	<i>Base erosion and profit shifting</i> <sup>1</sup>
<b>BDCF</b>	Bulletin des conclusions fiscales
<b>BGFE</b>	Bulletin de gestion fiscale des entreprises
<b>BOCD</b>	Bulletin Officiel des Contributions Directes
<b>BOFiP</b>	Bulletin Officiel des Finances Publiques
<b>BOI</b>	Bulletin Officiel des Impôts
<b>CAF</b>	Cour d'appel fédérale du Canada
<b>CAA</b>	Cour administrative d'appel
<b>Cass.</b>	Cour de cassation
<b>CE</b>	Conseil d'État
<b>CGI</b>	Code général des impôts
<b>CJCE</b>	Cour de Justice des Communauté Européennes
<b>CJUE</b>	Cour de Justice de l'Union européenne
<b>CMF</b>	Code monétaire et financier
<b>Com.</b>	Chambre commerciale
<b>DC</b>	Décision constitutionnelle
<b>Dr. fisc.</b>	Revue de droit fiscal
<b>ETNC</b>	États et territoires non coopératifs
<b>GAFI</b>	Groupe d'action financière
<b>GAJF</b>	Les grands arrêts de la jurisprudence fiscale
<b>IBFD</b>	<i>International Bureau of Fiscal Documentation</i>
<b>IRS</b>	<i>Internal Revenue Service</i>
<b>JCI</b>	Jurisclasseur
<b>JCP</b>	Jurisclasseur périodique
<b>JO</b>	Journal Officiel
<b>LBO</b>	<i>Leverage Buy Out</i> <sup>2</sup>
<b>LOB</b>	<i>Limitation of benefits</i> <sup>3</sup>
<b>LPF</b>	Livre des procédures fiscales
<b>MC OCDE</b>	Modèle de convention fiscale de l'OCDE
<b>OCDE</b>	Organisation de coopération et de développement économiques
<b>OECE</b>	Organisation européenne de coopération économique
<b>ONU</b>	Organisation des Nations Unies
<b>OPC - CIV</b>	Organismes de placements collectifs – <i>Collective Investment Vehicles</i>
<b>PPT</b>	<i>Principal purpose test</i>
<b>RJDA</b>	Revue de jurisprudence de droit des affaires
<b>RJF</b>	Revue de jurisprudence fiscale
<b>TA</b>	Tribunal Administratif

---

1 Erosion de la base d'imposition et transfert de bénéfices

2 Opérations à effet de levier, autrement dénommé rachat par endettement.

3 « *Limitation du bénéfice* » des avantages conventionnels.

| *A. Labarthe – Enquête sur une méconnue du droit fiscal :  
La clause de bénéficiaire effectif, entre théorie et pratique*

**UE**                      Union européenne



## SOMMAIRE

### INTRODUCTION

#### PARTIE 1. L’AFFIRMATION PROGRESSIVE D’UN DISPOSITIF AMBIVALENT

##### *Chapitre 1. Une condition pour l’application de régimes de faveurs*

###### Section 1. En droit interne

###### Section 2. En droit conventionnel

##### *Chapitre 2. Une clause conventionnelle de lutte contre les abus*

###### Section 1. Des références textuelles à un principe général

###### Section 2. Une clause concurrencée

#### PARTIE 2. UNE NOTION EN QUETE DE SENS

##### *Chapitre 1. Une définition large controversée*

###### Section 1. L’application concrète

###### Section 2. Un domaine théorique difficile à établir

##### *Chapitre 2. Une définition de principe en évolution*

###### Section 1. Le rejet d’une définition restreinte

###### Section 2. La mise en place d’une définition formelle

### CONCLUSION

## INTRODUCTION

Au mois d'avril 2016, le quotidien Le Monde et cent huit autres rédactions de soixante-seize pays révélaient des informations relatives au fonctionnement des sociétés *offshore*<sup>4</sup> en République du Panama<sup>5</sup>.

Cette affaire dite des « Panama papers » mit et met en évidence l'opacité des entités créées dans les paradis fiscaux, qu'elles soient des sociétés ou des constructions juridiques, tels les *trusts*, fiducie ou *fidei commis*.

Les paradis fiscaux agitent depuis longtemps la fiscalité internationale mais aussi nationale<sup>6</sup>. Toutefois, à ce jour, aucune définition exhaustive de cette notion n'est proposée tant elle est relative. Par leur législation, les États qualifiés de paradis fiscaux peuvent présenter certains aspects favorables alors que par d'autres, ils peuvent être plus rigoureux.

Depuis le milieu des années 90<sup>7</sup>, l'établissement d'une liste des paradis fiscaux est un élément récurrent de la fiscalité internationale. Une liste a été proposée en 2000 par l'OCDE sans qu'elle n'aboutisse à des conséquences concrètes et immédiates. L'Union européenne a pu rendre publique le 17 juin 2014 une liste des paradis consistant en une consolidation de celles existantes dans ses États membres<sup>8</sup>.

Au moment où sont apparues les premières listes, la lutte contre les pratiques fiscales dommageables pointa la nécessité première d'accroître la transparence financière et l'échange de renseignements entre les États<sup>9</sup>. Elle vit la mise en place du premier standard d'échange de renseignement avec l'élaboration d'un modèle de traité sur l'échange de renseignements en matière fiscale<sup>10</sup>.

Elle vit ensuite la mise en place du forum mondial de l'OCDE sur la transparence et l'échange de renseignements à des fins fiscales qui évalue depuis 2010 les législations financières, commerciales et fiscales de ses membres et des États qui le souhaitent.

En effet, les paradis fiscaux se démarquent souvent par une conception extensive de la confidentialité des opérations qui se déroulent sur leur territoire. Que ce soit par la loi, la jurisprudence ou de simples pratiques administratives, les affaires qu'elles soient bancaires ou financières sont généralement très protégées. Elles assurent pour certains Etats l'élément d'attractivité de leur territoire, du fait de leur histoire, de leur

---

4 Sociétés à l'étranger ou de manière plus poétique « au large ».

5 Le Monde, 3 avril 2016, *Chefs d'Etats, sportifs, milliardaires : premières révélations des « Panama papers » sur le système offshore mondial*, Joan Tilouine, Simon Piel, Maxime Vaudano, Jérémie Baruch et Anne Michel.

6 Notamment MM. A. Bocquet et N. Dupont-Aignan, Lutte contre les paradis fiscaux : si l'on passait des paroles aux actes, Rapport d'information n°1423 déposé par la Commission des affaires étrangères, Assemblée nationale, 9 décembre 2013, 241 p.

7 Le sommet du G7 en 1996 à Lyon aborda les pratiques fiscales dommageables et les paradis fiscaux. Il fut suivi en 1998, d'un rapport de l'OCDE qui inclut une définition des paradis fiscaux.

8 Annexe à la communication de la Commission au Parlement européen et au Conseil du 17 juin 2015, n°302, Un système d'imposition des sociétés juste et efficace au sein de l'Union européenne : cinq domaines d'action prioritaires.

9 OCDE, Concurrence fiscale dommageable – Un problème mondial, Ed° OCDE, Paris : Service de Publications.

10 Tax Information Exchange Agreement – TIEA

emplacement sur la planète ou de leur faible dimension territoriale.

Suite à ces révélations, alors qu'il n'y figurait plus depuis l'année 2012<sup>11</sup>, la France réintégra le Panama sur la liste des États et territoires non coopératifs<sup>12</sup>, dite liste ETNC. Traduction de l'opportunité du temps politique, l'insertion sur cette liste fait pourtant l'objet d'une définition exhaustive à l'article 238-0 A du CGI<sup>13</sup>.

En parallèle, à partir de 2012, le G20<sup>14</sup> a confié à l'OCDE la conduite d'un projet dit BEPS<sup>15</sup> visant à adapter les principes de la fiscalité internationale pour lutter contre l'optimisation fiscale des multinationales.

Les travaux ont été organisés autour de quinze actions portant sur tous les volets de la fiscalité internationale. Suite aux rapports finaux adoptés en octobre 2015, l'OCDE a lancé en juin 2016 un nouvel organe nommé « Cadre inclusif » afin de suivre la mise en œuvre de ce projet à une échelle mondiale ainsi que pour évaluer les législations fiscales des États.

À cet égard, le projet de BEPS s'est notamment concrétisé avec la signature de l'accord multilatéral entre autorités compétentes portant sur l'échange des déclarations pays par pays le 27 janvier 2016 prévoyant l'échange entre administrations fiscales des informations clés sur l'activité des multinationales<sup>16</sup>.

Dans le contexte du marché unique, le Conseil européen a adopté le 12 juillet 2016 la directive (UE) 2016/1164 établissant des règles pour lutter contre les pratiques d'évasion fiscale qui ont une incidence directe sur le fonctionnement du marché intérieur.

Ce dispositif applicable au seul impôt sur les sociétés prévoit notamment la transposition par les États membres des principales mesures BEPS mais également d'une clause générale anti-abus. Cette clause vise à obliger tous les États membres à ne pas méconnaître que les contribuables ne doivent pas faire une utilisation abusive du droit. Même si la Cour de justice de l'Union européenne considère depuis sa décision *Kofoed*<sup>17</sup> qu'il s'agit d'un principe général immanent en droit de l'Union qui irrigue également le champ fiscal, un certain nombre d'États membres ne disposent pas d'un tel dispositif.

L'Union européenne comporte en son sein des États et certaines parties de territoires qui sont qualifiés assez rapidement de paradis fiscaux. Il a pu en être ainsi du Luxembourg dans l'affaire *Luxleaks* qui mit en cause son administration fiscale dans sa politique de *rulings*<sup>18</sup>. Utilisant le sceau de la lutte contre la concurrence déloyale, la Commission européenne, au grès des opportunités politiques remet en cause les pratiques fiscales dommageables.

---

11 Arrêté du 4 avril 2012 pris en application du 2 de l'article 238-0 A du CGI après la conclusion de la convention fiscale entre la France et le Panama du 30 juin 2011.

12 Arrêté du 8 avril 2016 modifiant l'arrêté du 12 février 2010 pris en application du deuxième alinéa du 1 de l'article 238-0 A du CGI.

13 CGI, art. 238-0 A ; les ETNC doivent être en dehors de l'Union européenne, ne pas avoir fait l'objet d'un examen favorable par le Forum mondial de l'OCDE sur la transparence et l'échange de renseignements à des fins fiscales, ne pas avoir conclu avec la France une convention d'assistance administrative, mais également avoir signé ce type de convention avec douze États.

14 Groupe des vingt.

15 OCDE, Plan d'action concernant l'érosion de la base d'imposition et le transfert de bénéfices : Éditions OCDE, 2013.

16 Action 13 : country by country reporting – CBCR.

17 CJCE, 5 juill. 2007, aff. C-321/05, *Kofoed*, pt 38 : Rec. CJCE, I, p. 5795 ; Europe 2007, comm. 238, obs. E. Meisse.

18 Rescrits.

Pour autant, dans l'application des règles d'assiette, la France, de par sa législation, interprétée par la juridiction administrative, fait prévaloir le concept d'entreprise ou d'opération soumise à un régime fiscal privilégié<sup>19</sup> qui vise les hypothèses d'impositions nulles, faibles voire minorées.

En effet, au-delà des problèmes liés à l'opacité, en vue d'acquérir plus de transparence de la part de l'ensemble des États, la lutte contre les pratiques fiscales dommageables recouvre des problèmes d'assiette. L'établissement de listes à l'instar de celle de l'article 238-0 A du CGI est ici beaucoup plus délicate, tant les situations à appréhender sont complexes.

### **Une notion au cœur de la transparence financière à des fins fiscales**

A l'occasion du sommet anti-corruption du 12 mai 2016 à Londres, profitant de l'écho des « Panama Papers », le gouvernement s'est également engagé sur la constitution d'un registre des bénéficiaires effectifs des sociétés.

Au travers des « Panama Papers », le schéma d'utilisation des sociétés offshore a mis en lumière l'utilisation de ces structures en vue de masquer leurs propriétaires et leurs dirigeants réels, le bénéficiaire effectif.

En apparence, des associés, des dirigeants apparaissent dans les registres équivalents à celui du commerce et des sociétés en France voire dans les registres de la société elle-même. Toutefois, en réalité, ils ne sont que des *nominees*.

La notion de *nominee* est définie par la doctrine administrative applicable en matière d'échange automatique de renseignement avec les Etats-Unis d'Amérique sous l'appellation du prête-nom<sup>20</sup>. Selon le dictionnaire d'Oxford, dans un sens second, le *nominee* est une personne ou une entreprise qui n'est pas le propriétaire, mais au nom de laquelle une action, une obligation ou une entreprise est enregistrée<sup>21</sup>.

Selon l'IRS, l'administration fiscale américaine, il s'agit de quelqu'un qui a un pouvoir limité d'agir au nom et pour le compte d'une entité, généralement pour une durée limitée et habituellement au moment de sa création. Le *nominee* diffère du représentant légal qui est la personne physique ou l'entité qui gère l'entité et qui a la disposition de ses fonds et actifs. En effet, le *nominee* est doté d'une faible voire d'aucune autorité sur les actifs de l'entité.

Ainsi, l'IRS refuse la présence d'un *nominee* pour l'octroi du numéro d'identification fiscal fédéral. En effet, même si les *nominees* sont autorisés à agir au nom et pour le compte de l'entité au moment de sa création, à des fins fiscales, cette situation est de nature à altérer les informations détenues par l'IRS sur la propriété des entités. Elle considère qu'un *nominee* est susceptible de favoriser l'évasion fiscale des entités et

---

19 CGI, art. 238 A.

20 BOI-INT-AEA-10-20-20 n°40.

21 A person or company, not the owner, in whose name a stock, bond, or company is registered.

de leurs propriétaires<sup>22</sup>.

La notion de *nominee* rejoint largement celle de l'exercice d'un mandat, conformément aux prescriptions du droit civil.

Selon l'article 1984 du code civil, le mandat ou la procuration est l'acte par lequel une personne donne à une autre le pouvoir de faire quelque chose pour le mandant et en son nom. Le mandat étant un contrat consensuel, sa forme est libre<sup>23</sup> et la preuve en est apportée selon les règles applicables aux contrats.

Ces règles s'appliquent aussi bien entre le mandant et le mandataire que dans les rapports du mandant avec les tiers qui ont traité avec le prétendu mandataire<sup>24</sup>. Toutefois, les tiers étrangers au mandat peuvent prouver par tous moyens l'existence de celui-ci. Ainsi, aux fins d'établissement des droits d'enregistrement, l'administration peut prouver par de simple présomption, la cession de parts sociales réalisée, selon elle, par un mandataire<sup>25</sup>.

Le *nominee* se trouvant être le mandataire, la personne « qui agit pour le compte de », un certain nombre de règles doivent entourer ses relations avec les tiers.

Dès lors, selon une jurisprudence constante, le mandataire est responsable personnellement envers les tiers des délits et, ou, quasi-délits qu'il peut commettre, soit spontanément, soit sur les instructions du mandant, dans l'accomplissement de sa mission<sup>26</sup>.

Le concept de *nominee* rejoint plus largement celui de la gérance de droit ou de fait, succédané de celui du mandat.

Pour le droit commercial, la gérance de fait ou de droit consiste dans l'action pour une personne de traiter avec les tiers au nom d'une personne morale sans avoir aucun pouvoir à cet effet. Agissant en qualité de prête-nom, un « gérant de paille » assume aux yeux des tiers les fonctions de dirigeant d'une société, afin qu'une tierce personne réalise sous son nom, ses affaires. Dans cette hypothèse, le gérant de fait est celui qui a la réalité du pouvoir sans en avoir le titre, tandis que « l'homme de paille » a le titre, mais non le pouvoir<sup>27</sup>.

En matière pénale, le « gérant de paille » est, si les conditions sont remplies, susceptible d'être condamné pour complicité<sup>28</sup> avec le gérant de fait et par-delà se voir infliger les mêmes peines<sup>29</sup>.

En matière fiscale, sous le contrôle du juge administratif, le « gérant de paille » peut se voir opposer la théorie de l'apparence qui consiste à prendre la situation formelle telle qu'elle ressort des actes conclus par l'entreprise.

---

22 Loi n° 83-634 du 13 juillet 1983 portant droits et obligations des fonctionnaires, dite loi Le Pors, art. 25 qui refuse aux fonctionnaires l'exercice d'une activité professionnelle lucrative sous réserve d'exceptions.

23 Code civil, art. 1985, al. 1.

24 Cass. 1e civ. 22 mai 1959, Rabier c/ Desvignes : D. 1959 p. 490 ; Cass. 1e civ. 19 décembre 1995 n° 1974 P, Stein c/ Carlier : RJDA 6/96 n° 779 ; Cass. 1e civ. 21 mai 1997 n° 930 D, Agence française de vente de pur-sang c/ Ouizille ès qual.

25 Cass. com. 5 mars 1969, Séroude c/ Directeur général des impôts : Bull. civ. IV n° 87.

26 Cass. ch. mixte 26 mars 1971, Pironnet c/ Bonnet-Gros : JCP G 1971 II n° 16762

27 M. Cozian et A. Viandier, Droit des sociétés, 3e éd., 1990, n° 1319.

28 Code pénal, art. 121-7.

29 Code pénal, art. 121-6.

L'administration peut s'en tenir à l'apparence pour imposer d'une part le gérant de droit et d'autre part le gérant de fait. Elle vise essentiellement à imposer le contribuable au titre de ses revenus afin de définir s'ils sont salariés ou indépendants<sup>30</sup>.

En droit interne, la « gérance de paille » a donc généralement pour intérêt de permettre une activité interdite en raison de ses fonctions au gérant de fait, par incompatibilité ou par incompétence<sup>31</sup>. A l'inverse, en droit international, la « gérance de paille » permet de gérer à distance ses affaires. Certains États, tel le Panama, favorisent de par leur législation ce type d'approche en obligeant que des nationaux ou des résidents dirigent des entreprises détenues par des non-résidents ou des étrangers.

La France ne connaît pas spécialement la qualité de prête-nom d'associé, sauf à l'appréhender au travers des législations étrangères. Si certaines situations ont pu être constatées<sup>32</sup>, en matière fiscale celles-ci ne semblent pas avoir donné lieu à nombre de rectifications de la part de l'administration fiscale. Il est difficile d'en apprécier si la raison est l'impossibilité d'établir la qualité de prête nom d'associé.

La France connaît depuis longtemps des dispositifs où l'intermédiation des revenus, par la tenue ou la gestion d'un actif par un tiers, est la règle. Cette situation est classique en ce qui concerne les titres de créances et ceux des sociétés.

Les valeurs mobilières peuvent prendre la forme au porteur ou au nominatif. Dans cette perspective s'opposent la tenue et la détention.

Selon le principe originel, lorsque le titre n'indique pas le titulaire du droit, identifié par un simple numéro, il est dit au porteur et se transmet de la main à la main.

Plus récemment, par dérogation à ce principe, les titres peuvent indiquer le titulaire du droit. La transmission du droit est effectuée au moyen d'une substitution du nom du vendeur par celui de l'acquéreur dans les livres de l'établissement débiteur. Avec ce système dit du nominatif, l'inscription rend opposable à tous la transmission du droit, à l'inverse de la première qui nécessite notamment avant ses assemblées générales, l'identification par la société de ses détenteurs.

En matière bancaire, ce schéma binaire est perturbé par une troisième forme de détention dite du nominatif administré qui consiste à confier les titres à un établissement teneur de compte conservateur<sup>33</sup>. Le propriétaire des titres est titulaire d'un compte-titre par lequel il donne pouvoir à cet établissement d'agir en son nom et qui comptabilise les avoirs correspondant aux instruments financiers inscrits en compte chez l'émetteur dans un compte d'administration<sup>34</sup>.

---

30 BOI-RSA-GER-10-10-10-20.

31 Notamment l'exercice illégal d'une profession ; la médecine réprimée par les art. L4161-1 à L4161-6 du code de la santé publique ; celle de banquier par l'art. L 511-5 du CMF.

32 Gouzes G., Rapport sur le projet de loi relatif à l'EURL, Rapport n° 2598, Assemblée nationale 1984, p. 5 : sur les quelques 140 000 sociétés anonymes et 270 000 SARL les deux tiers seraient fictives et dissimuleraient des sociétés unipersonnelles avec associés prête-noms.

33 Règl. gén. AMF art. 322-2, II.

34 CMF, art. R.211-4 et Règl. Gén. AMF art. 322-3, 1° al 2.



Dans cette hypothèse, la demande de mise en compte nominatif administré fait l'objet d'un mandat écrit donné par le titulaire à l'intermédiaire habilité de son choix et notifié à la société émettrice. Malgré tout, le propriétaire des titres ne transmet pouvoir que pour les seuls actes d'administration des titres<sup>35</sup>. Il conserve personnellement l'exercice des autres droits, notamment de communication des documents sociaux, de convocation aux assemblées, de vote. C'est à lui, et non à l'intermédiaire financier, que la société doit adresser la correspondance relative à ces droits.

L'intermédiaire habilité ne peut procéder à des actes de disposition que sur instructions spéciales du mandant, sauf à posséder une acceptation tacite. Ces actes consistent en l'exercice des droits aux augmentations de capital, au règlement en titres ou en espèces et à la cession des titres.

Enfin, à l'instar du nominatif administré, les comptes afférents à des titres au porteur ne peuvent être tenus que par des intermédiaires financiers<sup>36</sup>.

Dans ce schéma, l'information sur le détenteur est susceptible d'être inconnue, le titre au porteur ne permettant pas en lui-même d'identifier le propriétaire. Elle n'en est pas pour autant cachée.

La notion de titre au porteur qui existe dans de nombreux États et territoires, présente des limites en termes de transparence. En France elle ne semble cependant pas avoir posé ce type de difficultés à l'administration fiscale.

Depuis la Révolution, l'information sur la vie des sociétés est connue de l'administration fiscale par l'intermédiaire de l'établissement des droits d'enregistrements. Une société, de sa formation à sa cessation, fait l'objet de taxations multiples. Les associés eux-mêmes sont imposés aux droits de mutations lors de la cession des titres de sociétés<sup>37</sup>.

Hors du domaine des parts sociales, un régime dit de l'anonymat touche néanmoins les bons du trésor par une imposition prohibitive sur la plus-value<sup>38</sup>.

En tant que première étape de la transparence à des fins fiscales, l'identification des propriétaires de titres a été parachevée par la mise en place de l'échange automatique de renseignements sur les comptes financiers.

Suite à l'adoption en 2010 de la législation américaine *Foreign Account Tax Compliance Act*, des accords bilatéraux entre les États-Unis d'Amérique et un certain nombre d'États<sup>39</sup>, la norme d'échange automatique de renseignements relatifs aux comptes financiers en matière fiscale a été adoptée. Cette dernière a toutefois un double aspect<sup>40</sup>.

---

35 Code civil, art. 1988, al. 1.

36 CMF, art. L.211-3, L.542-1 et R.211-2.

37 CGI, art. 726.

38 BOI-RPPM-RCM-30-10-20-30.

39 Accord entre le Gouvernement de la République française et le Gouvernement des États-Unis d'Amérique en vue d'améliorer le respect des obligations fiscales à l'échelle internationale et de mettre en œuvre la loi relative au respect des obligations fiscales concernant les comptes étrangers (dite « loi FATCA »), signé à Paris le 14 novembre 2013.

40 OCDE, Norme d'échange automatique de renseignements relatifs aux comptes financiers en matière fiscale, 2014, 308 p.

Dans un premier temps, elle assure la transmission des informations relatives aux comptes bancaires de ses non-résidents à l'État de résidence concerné. Dans un second temps, elle prévoit que les institutions financières qui détiennent les comptes de certaines entités, dénommées entités non financières passives, doivent rechercher les personnes qui en détiennent le contrôle, en d'autres termes, les propriétaires. Cette approche dite *look-through*, par transparence, consiste en la recherche du bénéficiaire effectif, celui qui « n'agit pas pour le compte de » et qui détient en définitive et par le truchement d'entités, le compte considéré.

Dans cette perspective, la volonté des gouvernements est d'améliorer la transparence sur la détention des sociétés. Elle s'inscrit dans le cadre de la lutte contre le blanchiment et le terrorisme, menée dans deux enceintes internationales. D'une part, au sein du GAFI de l'OCDE qui édite à intervalle régulier des recommandations<sup>41</sup>, à l'instar du modèle de convention fiscale du comité des affaires fiscales de l'OCDE et d'autre part, au sein de l'Union européenne, dans le cadre des directives et règlements régissant le milieu financier et bancaire<sup>42</sup>.

La notion de bénéficiaire effectif est ici définie dans les recommandations du GAFI, dans les directives anti-blanchiments et trouve sa transposition à l'article L.561-2-2 du CMF.

Au sein de l'OCDE, les travaux du Forum mondial sur la transparence et l'échange de renseignements à des fins fiscales permettent de vérifier que ces informations soient disponibles et accessibles aux administrations fiscales<sup>43</sup>.

### **Une notion fondamentale dans la lutte contre le chalandage fiscal**

En 2003, le tribunal administratif de Versailles<sup>44</sup> a refusé le bénéfice de la convention fiscale entre la France et les Etats-Unis d'Amérique à un *nominee* d'actionnaire d'une société américaine qui agissait pour le compte d'une société panaméenne.

Dans cette affaire, afin de justifier de l'application du taux réduit de retenue à la source de la convention entre la France et les Etats-Unis d'Amérique du 28 juillet 1967, une société française invoquait l'article relatif aux dividendes, au motif que les bénéfices distribués avaient été versés à une société établie aux Etats-Unis. De plus, elle était mentionnée dans la délibération de l'assemblée générale ayant décidé la distribution.

Or, cette dernière avait conclu avec la société panaméenne propriétaire de plus de 40 % de son capital social, un *nominee agreement* consistant dans le démembrement du droit de propriété entre la société possédant les titres et celle chargée de percevoir les produits financiers.

Le juge a écarté cette convention signée dans l'Etat du Delaware, en l'absence de valeur probante.

---

41 <http://www.fatf-gafi.org/fr/themes/recommandationsgafi/documents/recommandations-gafi.html>

42 Directive 2005/60/CE du Parlement européen et du Conseil du 26 octobre 2005 relative à la prévention de l'utilisation du système financier aux fins du blanchiment de capitaux et du financement du terrorisme qui a intégré en droit interne, la notion de bénéficiaire effectif, à l'article L.561-2 du CMF.

43 <http://www.oecd.org/fr/sites/forummondialsuratransparenceetlechangederenseignementsadesfinsfiscales>

44 TA Versailles, 11/07/2003, n° 99-5645, 7° ch., Sté SCDM : RJF 1/04 n°79.

Cette affaire met en exergue une des tendances de la fiscalité internationale qui consiste dans le chalandage fiscal ou selon l'expression consacrée en langue anglaise, le *treaty shopping*.

Le contribuable est en effet tenté de faire son « marché des traités » afin de minorer ses bases imposables. Ce phénomène désigne le fait pour des résidents d'États tiers de vouloir bénéficier d'une convention fiscale entre deux autres États<sup>45</sup>.

Ce mécanisme consiste pour le récipiendaire d'un revenu à requérir le bénéfice de l'avantage que peut procurer une convention fiscale en plaçant une personne physique ou une entité agissant pour son compte.

Les Etats aux conventions fiscales favorables sont donc les emplacements privilégiés de tels mécanismes. Lorsqu'un contribuable est censé recevoir un revenu d'un Etat différent de celui de sa résidence, il recherche si l'État de la source du revenu a lié une convention fiscale avec un Etat qui dispose également d'une convention fiscale avec son Etat de résidence.

Historiquement et comme c'est le cas dans l'arrêt précité, cette situation trouve à s'appliquer entre des Etats qui n'ont pas de conventions fiscales limitant les doubles impositions. En effet, le Panama n'avait pas à l'époque des faits de convention fiscale avec la France<sup>46</sup>. Dès lors, mécaniquement, l'application d'une convention diminue l'imposition dans l'État de la source. L'État tiers élimine donc l'imposition de l'État de la source. Subséquemment, l'État de résidence de la première opération devient l'État de source pour les besoins d'une nouvelle convention avec un Etat de résidence qui élimine l'imposition.

Afin de rejeter ces mécanismes, dans les conventions fiscales limitant les doubles impositions a été mis en place le concept de bénéficiaire effectif.

### **L'insertion de la notion dans les conventions fiscales limitant les doubles impositions**

L'insertion du bénéficiaire effectif en fiscalité internationale est récente même si elle date du milieu du vingtième siècle. Apparue en 1966, dans la convention fiscale entre les États-Unis d'Amérique et le Royaume-Uni, elle a été consacrée par son insertion aux articles 10, 11 et 12 du modèle de convention fiscale de l'OCDE de 1977.

En vertu de l'article 55 de la Constitution du 4 octobre 1958<sup>47</sup>, les conventions fiscales ont une valeur supérieure à la loi en qualité de traités internationaux.

Elles ont pour objet d'éliminer les doubles impositions, ce qui se traduit par une répartition du droit d'imposer entre l'État de la source de revenus et celui de la résidence. En tant qu'accords bilatéraux, elles

---

45 Une étude de ce sujet est proposée par Rapp. Cons. OCDE, Les conventions préventives de la double imposition et l'utilisation des sociétés relais : 27 nov. 1986. - B. Gouthière, Les impôts dans les affaires internationales : Éditions Francis Lefebvre, 7e éd., 2007, p. 870 à 877.

46 Convention entre la France et Panama signée le 30 juin 2011.

47 « Les traités ou accords régulièrement ratifiés ou approuvés ont, dès leur publication, une autorité supérieure à celle des lois, sous réserve, pour chaque accord ou traité, de son application par l'autre partie. »

visent à éliminer et au mieux à limiter les doubles impositions susceptibles d'être générées par l'application du principe de territorialité.

La territorialité de l'impôt est l'ensemble des règles qui régissent l'imposition des personnes domiciliées, établies ou plus largement situées sur l'espace dans lequel il s'applique. En France, l'impôt sur le revenu et l'impôt sur les sociétés se distinguent par une territorialité différente. Le premier impose les revenus mondiaux des personnes domiciliées sur le territoire national<sup>48</sup> alors que le second impose les bénéfices réalisés dans les entreprises exploitées en France si leur imposition est attribuée à la France par une convention internationale relative aux doubles impositions<sup>49</sup>.

Ces revenus délimitent le champ d'application des conventions fiscales internationales d'une part pour les États dans la répartition des matières à imposer et d'autre part pour les contribuables afin de voir les doubles impositions limitées.

Toutefois, face à l'ingéniosité des contribuables se jouant des conventions pour éliminer les impositions, elles se sont vues au fil du temps adjoindre un rôle de lutte contre la fraude et l'évasion fiscales. Cet objectif accessoire s'est traduit au départ par des clauses relatives à l'échange de renseignements et à l'assistance au recouvrement. Il se traduit désormais par l'insertion de clauses anti-abus visant à protéger les États contre les montages abusifs.

Elles peuvent enfin contenir des clauses visant à protéger les contribuables contre les conséquences négatives du droit interne d'un des États parties et peuvent prévoir des stipulations relatives aux non-discriminations fondées sur la nationalité.

Les conventions fiscales se sont développées au lendemain de la Première Guerre mondiale au sein du comité financier puis du comité fiscal de la Société des Nations en vue d'étudier les aspects économiques des doubles impositions.

Un projet de convention a été élaboré en 1935, révisé en 1943<sup>50</sup> et amendé en 1946<sup>51</sup>. Les travaux ont été repris entre 1955 et 1961 par le comité fiscal de l'Organisation Européenne de Coopération Économique, aboutissant au premier projet de convention de double imposition concernant le revenu et la fortune en 1963 dans le cadre de l'OCDE. À partir de 1967, le comité des affaires fiscales de l'OCDE entreprit une révision de ce projet concrétisé par le premier modèle de 1977, amendé en 1992, mis à jour et enrichi à intervalles réguliers<sup>52</sup>.

En parallèle, en 1967, le conseil économique et social des Nations Unies a reconnu l'opportunité d'encourager la conclusion des conventions fiscales bilatérales et mis en place un groupe de travail spécial en

---

48 CGI, art. 4 A et s.

49 CGI, art. 209.

50 Conférence de Mexico.

51 Conférence de Londres.

52 Depuis 1992, le modèle a été mis à jour en 1994 et 1995 ; à nouveau publié en 1997, mis à jour en 2000, 2003, 2005, 2008, 2010 et 2014.

vue d'élaborer un manuel de négociation et un modèle de convention. Le premier modèle fut publié en 1980, révisé en 2003 et remplacé par un modèle de 2012.

### Une clause des articles relatifs aux revenus passifs

Au sein des conventions fiscales, la notion de bénéficiaire effectif agit comme une clause spécifique relative aux revenus passifs que sont les dividendes, les intérêts et les redevances<sup>53</sup>.

L'internationalisation de la fiscalité, amenant son lot d'innovation par l'introduction de concepts étrangers, le concept de revenus passifs provient du droit fiscal américain. Ne s'embarrassant d'aucun paradoxe linguistique, l'IRS définit les *passive activities*<sup>54</sup> afin d'organiser des règles d'assiette que l'on ne retrouve pas en droit français.

Plus récemment, les commentaires de la norme commune de déclaration qui éclairent la directive 2014/107/UE du Conseil du 9 décembre 2014 modifiant la directive 2011/16/UE en ce qui concerne l'échange automatique et obligatoire d'informations dans le domaine fiscal, ont proposé dans un cadre sensiblement différent de celui de l'assiette des impôts, un récapitulatif exhaustif de ces revenus<sup>55</sup>.

Au sein des conventions fiscales, la notion de revenus passifs traduit l'unité des éléments considérés. Comme dans le cadre de l'échange de renseignements, il s'agit de revenus qui prennent leur source dans un actif. Le revenu se réalise du seul fait de la propriété. En effet, ils ne nécessitent pas d'effort particulier de ceux qui les détiennent afin que les revenus naissent, en dehors de l'acquisition des actifs<sup>56</sup>.

Les dividendes ont été définis pour la première fois dans la convention entre les États-Unis d'Amérique et le Canada de 1942. Ils incluent toutes les distributions de bénéfices ou de profits d'une société.

La convention entre la France et les États-Unis d'Amérique de 1939, faisait par ailleurs une référence aux dividendes et autres revenus d'une société. Elle reprenait la convention entre la France et la Suède de 1936 qui contenait des références aux titres de sociétés des constituants dans l'article relatif à l'échange de renseignements.

---

53 La France inclut la clause de bénéficiaire effectif dans les articles relatifs aux « autres revenus » de certaines conventions fiscales : voir notamment la convention fiscale entre la France et l'Albanie signée le 24 décembre 2002, avec l'Arménie du 9 décembre 1997, avec l'Azerbaïdjan du 20 décembre 2001, avec la Chine du 26 novembre 2013, avec la Croatie du 19 juin 2003, avec l'Espagne du 10 octobre 1995, les États-Unis d'Amérique du 31 août 1994, l'Éthiopie du 15 juin 2006, la Géorgie du 7 mars 2007, Hong Kong du 21 octobre 2010, le Japon du 11 janvier 2007, le Kazakhstan du 3 février 1998, la Libye du 22 décembre 2005, la Macédoine du 10 février 1999, l'Ouzbékistan du 22 avril 1996, le Panama du 30 juin 2011, le Qatar du 14 janvier 2008, la République Tchèque du 8 avril 2003, le Royaume-Uni du 19 juin 2008, la Russie du 26 novembre 1996, la Collectivité d'Outre-Mer de Saint Martin du 21 décembre 2010, la Slovénie du 7 avril 2004, la Suisse du 9 septembre 1966, la Syrie du 16 décembre 2004, l'Ukraine du 31 janvier 1997, le Venezuela du 7 mai 1992.

Enfin, dans certaines conventions minoritaires, elle apparaît dans un article relatif aux rémunérations pour services techniques : voir notamment la convention entre la France et le Pakistan du 15 juin 1994.

54 IRS, Publication 550 (2015), Investment Income and Expenses, § 925 : « *A passive activity generally is any activity involving the conduct of any trade or business in which you do not materially participate and any rental activity.* »

55 Op. cit. Norme d'échange automatique de renseignement sur les comptes financiers en matière fiscale, p. 210 § 126.

56 Même si le concept n'est pas défini en France, la norme commune de déclaration de l'OCDE le définit pour les besoins de l'échange automatique de renseignements sur les comptes financiers – Standard d'échange automatique de renseignements sur les comptes financiers en matière fiscale, OCDE, 2015, p. 210 § 126 et 127.

La définition des dividendes ne soulève pas de difficultés concernant ceux régulièrement distribués par les sociétés. Il n'en est pas de même des distributions occultes ou déguisées<sup>57</sup>. Le Conseil d'État considère que les conventions conformes au modèle de l'OCDE, qui se bornent à une énumération, autorisent la France à reprendre la définition de droit interne<sup>58</sup>. Toutefois, *a contrario*, il refuse l'application du régime conventionnel aux dividendes dans le cas de distributions occultes ou déguisées. Il a jugé que lorsqu'une convention fiscale suit le modèle de l'OCDE mais ne définit pas les dividendes, ceux-ci sont définis par renvoi au droit interne. Or, les revenus distribués ne sont pas des dividendes. Ne s'entendent comme dividendes que les revenus régulièrement distribués par les organes sociaux<sup>59</sup>.

Les intérêts sont utilisés dans les conventions pour viser les revenus provenant des créances de toute nature, qu'ils soient grevés ou non d'une hypothèque ou d'une clause de participation aux bénéfices du débiteur. Il s'agit en particulier des revenus provenant d'emprunts obligataires ou de bons du trésor et assimilés, y compris les primes et lots attachés à ceux-ci. Les pénalités pour remboursement tardif ne doivent toutefois pas être regardées comme des intérêts.

Les intérêts ne posent pas de difficultés majeures mais leur hétérogénéité est susceptible de spécificités, source de complexité en cas d'absence de définition<sup>60</sup>. Ils visent généralement les revenus imposés en vertu des articles 118 et 119 du CGI.

Enfin les redevances ont été définies en 1961 par le quatrième rapport de l'OECE. Son ancienneté occasionne des difficultés en raison des différences légales entre les États concernant les droits de la propriété intellectuelle et l'élargissement de leur portée.

Initialement, l'imposition des droits d'auteur et des brevets avait été discutée au sein du comité fiscal de la société des nations qui confirma le principe selon lequel le revenu est imposé seulement dans l'État de résidence du propriétaire à moins qu'il n'entre dans la détermination du résultat d'une société<sup>61</sup>.

C'est l'article 182 B du CGI qui les énumère de manière limitative. Cette liste est toutefois asymétrique à celle du modèle de l'OCDE. La loi comme le modèle ne donne pas de définition mais elle précise le traitement commun et spécifique de certains revenus<sup>62</sup> lorsque leur débiteur exerce une activité en France, et que les sommes sont payées à des personnes qui n'ont pas d'installation permanente en France.

---

57 CGI, art. 109, 1-1° et 110 ; 109, 1-2° ; 111c

58 CE, 13 octobre 1999, 8° et 9° s.-s., ministre c/ SA Banque française de l'Orient, n°190083 : RJF 12/99 n°1587.

59 CE, 27 juillet 1984, n°16649, 9° et 7° s.-s. : RJF 10/84 n°1247.

60 CE, 27 juillet 2001, SA Golay Buchel France, 9° et 10° s.-s., n°215124 : RJF 11/01 n°1428, conc. G. Goulard, BDCF 11/01 n°140

61 *Legislative History of US Tax Conventions*, Vol. 4 at 4199, 4207, 4219, 4231, 4235 et 4238 – in J. Avery Jones et a., « The origins of Concepts and Expressions used to the OECD Model and their adoption by States » : Bulletin for International Taxation, 2006, 1-12, p. 220 et s.

62 Produits non commerciaux définis à l'art. 92 du CGI ; produits perçus par les inventeurs, au titre des droits d'auteurs ou de la propriété industrielle et commerciale ou de droits assimilés ; sommes payées en rémunération de prestation de toute nature ; certains salaires (artistes).



### Une notion également connue du droit interne

Au-delà de sa présence dans les conventions fiscales, la notion est connue du CGI et a fait une entrée remarquée récemment en taxe sur la valeur ajoutée.

Le CGI contient des références explicites à la notion de bénéficiaire effectif dans le cadre des dispositifs de retenue à la source de l'impôt sur le revenu relatif aux revenus de capitaux mobiliers. Plus largement, elle est prévue pour l'ensemble des revenus passifs contenus en droit interne.

Ainsi, on peut la retrouver aux 2 des articles 119 *bis*, *ter* et *quater* du CGI. Le premier article pose le principe de la retenue à la source des revenus de capitaux mobiliers, le second celui de l'exonération de retenue à la source des dividendes versés par une société fille à sa mère, et le dernier celui de l'exonération de retenue à la source des intérêts versés par une société fille à sa mère.

L'article 182 B *bis* du CGI connaît lui aussi la notion. Cet article a trait à l'exonération de retenue à la source des redevances payées par des sociétés. Il est le pendant de l'article 119 *quater* du CGI en matière de dividendes concernant les sociétés mères et leurs filiales.

Dans les trois premiers articles, la qualification de bénéficiaire effectif constitue une règle d'assiette, une condition minimale<sup>63</sup> de l'exonération de retenue à la source prévue à l'article 125 A du CGI<sup>64</sup>.

L'ensemble de ces textes disposent que les sociétés bénéficient d'une exonération d'assiette de l'impôt sur les bénéfices<sup>65</sup>, des dividendes et des intérêts qu'elles perçoivent de leurs filiales françaises et étrangères. Cette exonération est conditionnée à ce que le récipiendaire du revenu en question en soit le bénéficiaire effectif.

Cependant, aucun article en partie législative ou réglementaire ne vient préciser la notion. La doctrine administrative n'est pas plus loquace sur le sujet.

Récemment dans un arrêt *SA Bayer Cropscience*<sup>66</sup>, le Conseil d'État a recouru à la notion de bénéficiaire effectif en vue de l'application des règles relatives à la territorialité de la taxe sur la valeur ajoutée.

Dans la combinaison des règles des articles 259 et 259 B du CGI, la notion de preneur y est précisée de manière inédite dans l'application des règles antérieures au 1<sup>er</sup> janvier 2010 en matière de prestations immatérielles.

Par la doctrine, l'administration avait défini le preneur d'une prestation. Il s'entend du client direct du prestataire, c'est-à-dire la personne à laquelle le service est rendu et régulièrement facturé<sup>67</sup>. Cette définition

---

63 Clause *de minimis* en droit fiscal européen.

64 L'art. 125 A du CGI a pu un temps, de 1984 à 2008, énoncer que le prélèvement sur les intérêts est inapplicable aux intérêts d'obligations, si le « bénéficiaire effectif » justifiait d'un domicile fiscal ou d'un siège social à l'étranger.

65 Qu'il s'agisse de l'impôt sur le revenu ou de celui sur les sociétés.

66 Conseil d'État, 9ème / 10ème SSR, 09/10/2015, 371794 : RJF 1/16 concl. F. Aladjidi, n°14.

67 BOI 3 CA-92 no 230 du 31 juillet 1992 ; D. adm. 3 A-2143 no 58, 20 octobre 1999.

avait été nuancée par la jurisprudence qui avait considéré qu'au sens de l'article 259 du CGI, en principe, le preneur de la prestation de services est le client direct du prestataire. Il s'agit donc de la personne à laquelle le service est facturé<sup>68</sup>.

Le Conseil d'État abonde en ce sens et définit que le preneur d'une prestation de services n'est pas déterminé à la seule vue de celui qui a acquitté la facture. Il est nécessaire de définir celui qui a effectivement bénéficié de la prestation. Ainsi, la prestation de services est soumise à la fiscalité applicable dans le pays d'établissement du preneur réel, à savoir l'utilisateur du service, qu'il y ait eu ou non intervention d'un preneur apparent.

En retenant le critère du bénéficiaire effectif, le Conseil d'État privilégie une approche économique et réaliste qui s'oppose à une approche formelle.

Toutefois, à ce stade, en matière de prélèvement d'une retenue à la source sur les revenus passifs, aucune définition n'apparaît en droit interne.

### Une notion pourtant très ancienne

La notion de bénéficiaire effectif est née dans un tout autre contexte que la transparence financière ou les conventions fiscales limitant les doubles impositions.

Elle provient du *common law*, dans lequel elle a un sens spécifique. En droit de l'*equity*<sup>69</sup> existe une *summa divisio* entre *legal ownership* et *beneficial ownership*. Ces deux notions caractérisent deux pans inconnus de la propriété en droit civil, celle dite économique, de celle dite juridique.

La notion de *beneficial owner* a un sens bien établi en droit des *trusts*. Le *trust*, en France, inconnu du droit des sociétés est une construction juridique qui date du Moyen-Âge, à l'instar des sociétés en commandite.

Cette structure permet à un constituant, le *settlor* de donner pouvoir à un administrateur, le *trustee* sur ses biens afin de les gérer pour un bénéficiaire, le *beneficial owner*. Cette formule est dans la logique du *common law*, un contrat de confiance qui peut présenter au-delà de la pureté de cette présentation des formes très diverses.

En tant que structure étrangère, sans dispositions légales ou réglementaires, jusqu'au 30 juillet 2011, l'administration fiscale analysait les modalités de constitution et de fonctionnement des trusts au regard des faits, afin d'établir leur assujettissement aux impositions françaises<sup>70</sup>. Afin d'assurer une cohérence

---

68 TA Cergy-Pontoise 10 octobre 2013 n°1103966, SARL Systemage : RJF 4/14 n°324.

69 Schématiquement le *common law* et l'*equity* distinguent les procédures applicables et touchent à deux domaines différents. Le *common law* organisé sous un schéma accusatoire concerne le droit pénal, celui des contrats et de la responsabilité civile. L'*equity* au contraire connaît une procédure inquisitoire et touche au droit des trusts, au droit commercial et aux questions testamentaires. Le terme *common law* sera utilisé ici dans une acception large comme le droit bâti sur la jurisprudence, la coutume, à l'inverse du droit civil qui tire sa force de la loi.

70 BOI-DJC-TRUST n°10.

systémique à leur traitement fiscal, le CGI a été modifié en plusieurs points par l'article 14 de la loi n° 2011-900 du 29 juillet 2011 de finances rectificative pour 2011, et le définit en son article 792-0 *bis*.

En tant que forme de gestion pour mandat, la question de la nature juridique de cette structure a longtemps fait débat en fiscalité internationale. Si le *trust* est conçu par le droit fiscal en transparence, ce sont le bénéficiaire et le constituant qui sont imposés. A l'inverse, s'il est considéré comme opaque, c'est lui qui est le sujet du droit fiscal.

### De la recherche du bénéficiaire effectif à celle du bénéficiaire réel

Préalablement, l'assertion « bénéficiaire effectif » laisse dubitative, tellement il est difficile de savoir quelle réalité elle recouvre.

Selon le dictionnaire Littré, le terme « bénéficiaire » est dans une première acception<sup>71</sup>, ce « *qui a rapport au bénéfice* », c'est-à-dire un adjectif. Substantivement, dans une seconde acception, il définit celui qui possède un bénéfice. En droit, dans son sens premier, il s'agit de la personne ou de l'entité « *qui profite d'un bienfait de la loi, de certains avantages* »<sup>72</sup>. Dans un sens plus large, le bénéficiaire est la personne « *qui tire avantage d'une opération* »<sup>73</sup>, tel le donataire ou le légataire, bénéficiaires d'une libéralité. En droit des assurances, le bénéficiaire est la « *personne qui, sans avoir été partie contractante, est appelée à recevoir le profit de l'assurance* »<sup>74</sup>.

L'acception juridique permet de limiter la notion de bénéfice « *au seul bienfait particulier par la loi, en général subordonné à une décision juridique* »<sup>75</sup>.

L'effectivité est quant à elle définie dans un sens premier comme « *ce qui produit des effets* » et dans un sens second comme ce « *qui existe réellement* »<sup>76</sup>. Il s'agit donc en ce sens d'un test de réalité. L'effectivité est toutefois souvent entendue comme une donnée réelle, un nombre, un élément quantifiable. Sur un plan juridique, elle est le « *caractère d'une règle de droit qui produit l'effet voulu, qui est appliquée réellement* ». Elle peut être également le « *caractère d'une situation qui existe en fait, réellement* »<sup>77</sup>.

De cela, on pourrait en déduire que le bénéficiaire effectif est la personne qui tire profit réellement d'un revenu.

Avec l'effectivité, la question du bénéficiaire tend donc à dériver vers la recherche du bénéficiaire réel. Dès lors, en postulant que le bénéficiaire effectif est le bénéficiaire réel, certaines conventions fiscales comportent une clause dite de bénéficiaire apparent.

---

71 Dictionnaire Le nouveau petit Littré, 2009, ed° Garnier, Poche : Bénéficiaire.

72 Cornu G., Vocabulaire juridique, 2014, 10e éd., PUF, Quadrige : Dicos poche : bénéficiaire.

73 Ibidem

74 Ibidem

75 Ibid p.125.

76 Dictionnaire Le nouveau petit Littré, 2009, ed° Garnier, Poche : effectif.

77 Op. cit. Cornu G., Vocabulaire juridique : effectif.

Cette clause contenue dans la convention fiscale entre la France et la Suisse de 1966 rejette la qualité de résident au bénéficiaire apparent des revenus. Dans ce cadre, les revenus bénéficient en réalité, soit directement, soit indirectement par l'intermédiaire d'autres personnes physiques ou morales, à une personne qui ne peut être regardée elle-même comme une personne située dans l'État de résidence.

Toutefois, la définition juridique de la réalité pose des difficultés. La fiscalité s'y référant souvent, certains ont pu y voir un des axiomes de l'autonomie du droit fiscal.

En effet, afin d'assurer sa spécificité face aux prescriptions du droit privé, le droit fiscal a cherché à acquérir son autonomie en invoquant son réalisme.

Sous le prisme de l'autonomie, l'administration fiscale sous le contrôle du juge ne serait pas liée par les définitions et les qualifications du droit privé. À la différence du droit fiscal français, dans certains États fédéraux, tels les États-Unis d'Amérique, en raison des jeux de compétence entre État fédéral et États fédérés, les définitions fiscales sont séparées de manière plus étanche des autres branches du droit. Il s'agit d'un jeu de degré mais la matière reste juridique.

Le droit fiscal se caractérise par sa subordination préalable aux définitions et aux qualifications du droit privé. Si le législateur prévoit expressément des exceptions, comme le caractère industriel et commercial d'une activité civile pour les sociétés de construction-vente<sup>78</sup>, il suffit de préciser qu'il s'agit de la qualification fiscale prévue par la loi dans la mesure où invoquer l'autonomie du droit fiscal n'ajoute rien.

Même si la fiscalité a une certaine autonomie vis-à-vis des autres branches du droit, afin d'établir ses propres règles, elle vise à s'insérer comme toute autre branche du droit dans la réalité. Dès lors pour reprendre la formule consacrée « *(q)uant un commentateur ne parvient pas à élucider convenablement les bases juridiques ou la portée d'une décision du Conseil d'État en matière fiscale, il croit trouver la clé en invoquant l'autonomie du droit fiscal* »<sup>79</sup>.

En coordonnant effectivité et bénéfice d'un revenu, c'est la propriété elle-même qui est interrogée. Celle définie à l'article 544 du Code civil.

Faisant écho à l'article 17 de la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen de 1789, « *(l)a propriété est le droit de jouir et disposer des choses de la manière la plus absolue, pourvu qu'on n'en fasse pas un usage prohibé par les lois ou par les règlements* ».

La définition du droit de propriété repose sur le Code civil et non sur les instructions administratives ou la jurisprudence du Conseil d'État. Comme le notent M. Cozian et L. Trotabas, « *(t)oute autre attitude conduirait à l'anarchie et à l'arbitraire* »<sup>80</sup>.

Dans l'affaire qu'ils signalent sous leur étude sur l'autonomie du droit fiscal, si un véhicule est acheté et utilisé par une société, mais immatriculé au nom de son gérant, le contribuable n'est pas fondé à requérir

78 M. Cozian et L. Trotabas, étude, Propos désobligeant sur une « tarte à la crème » : l'autonomie et le réalisme du droit fiscal, Dr. fisc. 1999, n° 13, n°100125.

79 Cl. Lasry, « Le Conseil d'État, juge de l'impôt » : Études et documents du Conseil d'État, 1955, p. 58.

80 Op. cit. M. Cozian et L. Trotabas, étude.

l'autonomie du droit fiscal pour demander à l'administration fiscale d'apporter la preuve de la propriété. Cette règle fait abstraction des règles du Code civil et spécialement de l'article 2279<sup>81</sup>. Sans altérer la question de la propriété, l'administration est fondée à réintégrer en avantage en nature cette utilisation, si elle constate qu'un véhicule immatriculé par une société est utilisé à des fins non professionnelles.

De même, l'application de la loi fiscale aux sociétés de fait repose sous le contrôle du juge administratif sur les prescriptions du droit privé. L'existence d'une société de fait est reconnue sous les mêmes conditions en droit privé et en droit fiscal, les critères de distinction de la société de fait y sont utilisés de manière identique<sup>82</sup>.

La fiscalité dans ses objectifs peut être amenée à créer de nouvelles catégories juridiques et à scinder les structures traditionnelles de la propriété. Il en a été ainsi avec la réforme du statut de l'entreprise individuelle à responsabilité limitée qui permet au chef d'entreprise d'isoler dans un patrimoine d'affectation ses biens professionnels et d'éviter la mise en jeu de son patrimoine personnel.

La fiscalité cherche à taxer la richesse là où elle se trouve, quitte à bousculer les catégories juridiques des autres branches du droit. Ainsi, lorsque l'acquisition d'un bien est affectée d'une clause de réserve de propriété, l'acheteur est traité comptablement puis fiscalement comme s'il en était déjà propriétaire. Ce type de clause opère une dissociation entre le titre, conservé temporairement par le vendeur, et l'émolument, attribué à l'acheteur.

Elle recoupe donc la distinction entre propriété économique et juridique connue du *common law*, non dans la définition même d'une nouvelle dichotomie du droit de propriété mais dans la recherche des intentions du législateur, la recherche de l'esprit de la loi.

En matière fiscale, plus que l'actif générateur de revenus, c'est le revenu lui-même qui intéresse le législateur. Dès lors, la question qui se pose est celle de savoir qui l'appréhende réellement.

Hors le cas de la « gérance de paille », susceptible de générer des revenus professionnels que l'administration fiscale impose classiquement, en droit interne, la présence d'associés ou de créanciers apparents n'est pas courante. Ces hypothèses se posent plus souvent au niveau de la fiscalité internationale dans les cas de *nominee* et de sociétés relais.

---

81 Op. cit. M. Cozian et L. Trotabas, étude : en référence aux concl. du commissaire du Gouvernement, Lucien Mehl, sous l'arrêt CE, 24 nov. 1967, req. n° 69 113 et n° 69 114 : Dr. fisc. 1969, n° 26, comm. 844) :

« Le principe dit de l'autonomie du droit fiscal est mal dénommé. L'expression est de nature à induire en erreur, en ce qu'elle porte à penser que les notions juridiques les plus classiques pourraient, d'une manière générale, revêtir des aspects et des modalités propres au droit fiscal... »

Il n'y a pas de notion spécifique de la propriété en droit fiscal, et quand il est question de propriété dans le Code général des impôts, il s'agit de la propriété, telle qu'elle est définie dans le Code civil...

En l'espèce, il s'agit bien de savoir qui est propriétaire, au sens du droit civil, de l'automobile Simca. Quand nous disons propriétaire au sens du droit civil, nous n'entendons pas que l'on pourrait être propriétaire au sens du droit fiscal, du droit social ou du droit rural. Cela n'aurait aucun sens. La loi est une et d'application générale. Le découpage du droit en secteurs distincts n'a qu'une portée pratique. Nous disons propriétaire au sens du droit civil, parce que c'est le droit civil qui définit la propriété ».

82 CE, 7e et 8e sous-sect., 22 oct. 1984, req. n° 36 830 : Petites affiches 19 déc 1984, concl. O. Fouquet : « Les critères utilisés par votre jurisprudence pour caractériser l'existence d'une société de fait sont les mêmes que ceux dont se sert le juge judiciaire pour apprécier la réalité d'un contrat de société ».

Toutefois, autant les hypothèses de *nominee* se révèlent simples, en tant que simple gestion pour mandat autant celles relatives aux sociétés relais sont plus complexes. En effet, la réalité de la société est moins apparente et relève d'une série de faits plus difficiles à relever.

### **Du bénéficiaire réel à la recherche de la substance d'une opération**

Le réalisme du droit fiscal rejoint le concept de *substance over form* issu de la comptabilité anglo-saxonne. Selon ce principe, la comptabilité enregistre des faits économiques, quelle que soit leur apparence juridique.

Le réalisme signifie donc que l'administration fiscale peut imposer directement la réalité économique sans se soucier de l'habillage juridique.

En matière de comptes consolidés, le principe de prééminence de la réalité sur l'apparence est un principe reconnu. Il est intégré au code de commerce<sup>83</sup> et figure expressément au règlement du Comité de Réglementation Comptable<sup>84</sup>. La modification de l'article L. 13 du LPF en vue d'obliger les entreprises qui y sont tenues de présenter obligatoirement des comptes consolidés aux vérificateurs, pourrait être susceptible de renforcer le réalisme et le rejet de la forme, dans la mesure où elle correspond à la réalité que le droit fiscal entend imposer<sup>85</sup>.

En comptabilité générale, un principe de prééminence de la réalité sur l'apparence existe de manière plus ou moins tranchée. En vue d'assurer le traitement comptable de certaines transactions, il existe un débat latent qui consiste à faire figurer soit les opérations juridiques soit la réalité. La prééminence de la réalité est mise en avant pour certaines opérations afin de déterminer la date de comptabilisation des actifs, non plus à la date du transfert de la propriété mais à celle du transfert du contrôle de l'actif.

Par nécessité, le droit fiscal s'appuie sur des réalités juridiques mais reposant sur le plan comptable général en matière de définition des bénéfices, il rejoint les catégories créées par la comptabilité. En effet, il impose des personnes qui peuvent être physiques ou morales même si désormais émerge la notion d'entité<sup>86</sup>.

Les réalités nouvelles telles que l'utilisation de *trusts* étrangers conduisent le juge à analyser le droit applicable dans le pays d'origine afin de déterminer la qualification la plus à même de correspondre en France. Il en a été ainsi dans l'arrêt *Artémis* en matière de sociétés de personnes, où le droit commercial de l'État du Delaware a permis d'appréhender la transparence fiscale des sociétés qui y sont constituées<sup>87</sup>.

En droit fiscal, l'appréhension de la substance se fait par l'intermédiaire soit de la loi soit de la capacité de l'administration à constater son absence dans les montages mis en place par les contribuables.

---

83 Code de commerce, art. L.233-16 et R.233-10.

84 CRC, § 300, al 1.

85 Loi n°2013-1278 du 29 décembre 2013 de finances pour 2014, art. 99.

86 Aux fins de l'échange automatique de renseignements.

87 CE, 3e et 8e s.-s., 26 septembre 2014, n° 363555, Sté Artémis Conseil : JurisData n° 2014-022459 ; Dr. fisc. 2015, n°3, comm. 57., concl. E. Cortot-Boucher – N. Labrune, chron. RJF 2/15, n° 102, p. 83.



En effet, le législateur est par principe amené à rechercher la réalité qui le conduit à concentrer l'imposition sur le propriétaire économique, à défaut du propriétaire juridique<sup>88</sup>. Par son action, le législateur crée de nouvelles catégories juridiques qui appréhendent la réalité à imposer, à taxer.

S'il est difficile de considérer que la loi sépare effectivement propriétaire économique et juridique, l'administration peut sortir des qualifications juridiques présentées par un contribuable lorsqu'elle considère qu'il est constitutif d'un abus de droit.

Sous sa deuxième composante, l'abus de droit se définit comme le fait pour un contribuable de rechercher une application littérale de la loi à l'encontre des objectifs de leur auteur.

La fraude à la loi consiste à rechercher une qualification juridique qui permette de sortir du champ d'application et des définitions prescrits par l'application de la loi fiscale soit par elle-même, soit en liaison avec le droit privé. Il a pu en être jugé ainsi lors de la création de sociétés civiles qui n'avaient que pour seul objet de contourner la loi fiscale sur les revenus et surtout les déficits tirés de la propriété<sup>89</sup>.

Cette question débouche sur l'appréhension de la substance économique des opérations placées sous le sceau du droit privé. Relevant de l'appréciation souveraine des juges du fond, la recherche de la substance permet d'appréhender des situations abusives en dehors des catégories juridiques proposées par la loi. Les critères reposant sur le contrôle et le risque donnent matière à la fraude à la loi.

Toutefois, l'abus de droit n'est pas une spécificité du droit fiscal, dans la mesure où il est pris en compte anciennement en matière de droit de propriété, d'intention de nuire<sup>90</sup>. Il s'agit au travers de ces dispositifs de rechercher la nature abusive de l'opération. De la difficulté de définir l'opération précisément, la question dérive dans le texte de l'article L. 64 du LPF vers celle de l'intention de ceux qui les réalisent. Les critères objectifs et subjectifs tendent à se séparer en critères matériels et intentionnels. La recherche de la réalité abusive, de ses contours physiques est l'enjeu du dispositif.

La recherche du bénéficiaire effectif deviendrait ainsi la recherche de la personne qui appréhende substantiellement un revenu. Cependant, cette recherche se fait en lien avec les procédures de rectifications prévues par le LPF. La recherche d'une substance non appréhendée par la loi fiscale est normalement le domaine de l'abus de droit mais peut être appréhendée dans certaines hypothèses par la théorie de l'apparence<sup>91</sup>.

### **La casuistique à la recherche de la notion**

C'est en 2006 et 2012, dans les arrêts *Bank of Scotland*<sup>92</sup> et *National Treasury Services*<sup>93</sup> que le

---

88 G. Blanluet, « Essai sur la notion de propriété économique en droit privé français - Recherches au confluent du droit fiscal et du droit civil » : LGDJ, 1999, préface P. Catala et M. Cozian, n° 554 et s.

89 CE, 10 novembre 1993, Gianoli.

90 Cass., Req., 3 août 1915, Clément Bayard, n°00-02378.

91 CE, 20 février 1974, n° 83270 sect. : Dupont p. 201, GAJF 4e éd. N° 10.

92 CE, 29/12/2006 n°283314, 3° et 8° s.-s, min. c/ Sté Bank of Scotland : RJF 3/07 n° 322, avec concl. F. Séners, au BDCF 3/07 n°33.

Conseil d'État a cité explicitement la notion de bénéficiaire effectif en la combinant avec le concept de fraude à la loi pour rejeter le bénéfice de la convention fiscale entre la France et les Etats-Unis d'Amérique.

Les notions de bénéficiaire effectif et de fraude à la loi sont liées par la recherche de la substance. En l'absence de définition conventionnelle, la substance d'un bénéficiaire effectif est appréhendée par l'intermédiaire du dispositif de l'abus de droit.

Dans cette affaire ayant trait au remboursement de l'avoir fiscal<sup>94</sup>, le montage en cause reposait sur la cession par une société mère américaine à une banque britannique, d'un usufruit temporaire sur des actions à dividende prioritaire sans droit de vote spécialement émises à cet effet par sa filiale française.

Le Conseil d'État a considéré que la cession de l'usufruit de ces actions pour une durée de trois ans, constituait, eu égard aux termes du contrat de cession et notamment de l'importance des garanties accordées à l'usufruitier, un montage réalisé dans l'unique but d'obtenir le bénéfice du remboursement de l'avoir fiscal sur le fondement de la convention fiscale franco-britannique, alors que la convention fiscale franco-américaine ne l'aurait pas permis. En effet, la société mère située aux Etats-Unis disposait, d'une participation supérieure au seuil prévu par la convention pour le transfert de l'avoir fiscal.

A la vue de ce montage, le bénéficiaire effectif des dividendes était la société américaine et non pas la banque britannique. En raison des stipulations contractuelles, le contrat de cession d'usufruit devait s'analyser en un prêt consenti par la banque à la société américaine, cette dernière ayant seulement délégué à sa filiale française le remboursement de cet emprunt.

Le juge français avait attendu vingt-deux ans après son introduction au modèle pour reconnaître par *obiter dicta* la notion de bénéficiaire effectif. Elle est apparue en 1999 dans l'arrêt *Diebold Courtage*<sup>95</sup> concernant l'interposition de sociétés relais.

Dans cette affaire, une société française avait payé à une société de personnes néerlandaises des redevances et demandait le bénéfice de la convention fiscale liant la France au royaume des Pays-Bas et plus précisément l'avantage catégoriel idoine. Lors du contrôle de l'opération, l'administration avait constaté qu'une redevance équivalente avait été versée à la société établie en Suisse.

Le Conseil d'État a dû à titre principal analyser la situation des sociétés de personnes et a signalé qu'il se devait de contrôler la qualité de bénéficiaire « réel » des associés non-résidents. En dehors de toutes stipulations dans la convention franco-néerlandaise<sup>96</sup>, le juge a considéré qu'il était de son office de vérifier que la personne qui demandait le bénéfice de l'avantage conventionnel en était le bénéficiaire effectif.

---

93 CE 24/04/2012 n°343709, 8° et 3° s.-s., Sté Abbey National Treasury Services : RJF 7/12 n°735 aux conclusions Laurent Olléon au BDCF 7/07 n°89

94 Supprimé en 2005.

95 CE, 13 octobre 1999, n°191191, 8° et 9° s.-s., ministre c/ SA Diebold Courtage : RJF 12/99 n° 1492 ; P. Derouin, Bull. Joly Sociétés, janvier 2000, p.63 ;

96 Convention entre la France et le Royaume des Pays-Bas tendant à éviter les doubles impositions et à prévenir l'évasion fiscale en matière d'impôt sur le revenu et sur la fortune du 16 mars 1973.

Il a précisé qu'en raison de l'importance des sommes reversées par une société néerlandaise à une société apparentée suisse, la première pouvait effectivement bénéficier en France de l'exonération conventionnelle de retenue à la source.

Il ressort de cet arrêt que l'administration n'a pas pu démontrer que la société néerlandaise n'était pas le bénéficiaire « réel » des sommes en cause. La notion de bénéficiaire effectif n'apparaît pas explicitement à cette date dans l'arrêt concerné, seules les conclusions du commissaire du gouvernement Gilles Bachelier l'expriment : « *Si les associés de la société de personnes résident dans le même Etat que cette société, la convention est donc applicable mais nous pensons qu'il y a lieu de subordonner cette applicabilité à la condition que les associés puissent être regardés comme les bénéficiaires effectifs des redevances.* »<sup>97</sup>

La décision *Diebold* faisait écho à une série de décisions qui a émaillé les années 90 concernant l'interposition de sociétés afin de bénéficier des avantages d'une convention fiscale.

Dans une première affaire dite *Intersélection*<sup>98</sup>, la cour administrative d'appel de Nancy a confirmé l'exonération catégorielle de retenue à la source en présence d'intérêts payés par une société française à une société allemande au titre d'un prêt.

En effet, alors que la société allemande avait emprunté les sommes en question à une société située aux Antilles néerlandaises, l'administration avait rectifié les intérêts qui lui avaient été versés. Selon elle, l'interposition de la société allemande n'avait été organisée qu'afin de bénéficier de l'exonération de prélèvement qui n'aurait pas été obtenue en présence d'intérêts payés directement aux Antilles néerlandaises. Toutefois, la cour a estimé que l'administration n'avait pas démontré un abus de droit.

Dans le même sens, le tribunal administratif de Lille a admis l'exonération de retenue à la source, sur la base de la convention fiscale franco-néerlandaise, alors que, celle-ci les avait reversés en quasi-totalité, entre 93 % et 98 % à une société sise aux Antilles néerlandaises.

Dans cette affaire, le débat s'est porté sur la notion de mandataire, l'administration ne démontrant pas que la société néerlandaise n'était que le mandataire du véritable bénéficiaire.

Enfin dans la lignée de la décision *Bank of Scotland*, le tribunal administratif de Paris<sup>99</sup> a jugé que l'interposition d'une filiale néerlandaise entre deux sociétés, l'une française et l'autre établie aux Seychelles caractérisait une fraude à la loi ou plus précisément à la convention. La société seychelloise bénéficiait réellement d'un revenu réputé distribué suite à l'acquisition de titres à un prix manifestement surévalué.

---

97 Concl. G. Bachelier, BDCF 12/99 n°125, sous op. cit. CE, 13 octobre 1999, SA Diebold Courtage.

98 CAA Nancy, 14 mars 1996 n°93-729, 2° ch., SARL Inter Sélection : RJF 11/96 n°1329.

99 TA Paris, 23/06/2009 n°05-8263, 2° sect., 1° ch., Sté Innovation et Gestion Financière : RJF 5/10 n°511.

Popularisée par la jurisprudence essentiellement au travers des conventions fiscales, la notion de bénéficiaire effectif a donc au fur et à mesure, le temps passant, établi les cas dans lesquels elle pouvait être utilisée. Il est donc possible de rectifier une situation mettant en cause une interposition dans les cas d'abus de droit mais également dans ceux où un prix serait manifestement excessif.

L'approche du Conseil d'État est dans les deux hypothèses concernées, qualifiée de substantielle dans la mesure où elle vise à appréhender les éléments de la réalité économique, qu'ils soient le prix ou la nature réelle des relations contractuelles.

Au niveau international, les interpositions de personne afin de profiter des avantages procurés par les conventions fiscales, ont fait l'objet d'un contentieux nourri dans de nombreux Etats que ce soit dans le sens de leur reconnaissance comme dans celui de leur rejet. L'interposition caractérise le rejet de cette qualité et de celle de bénéficiaire effectif.

Deux affaires sont significatives de cet état de fait. La première est l'affaire *Indofood*<sup>100</sup> jugée au Royaume-Uni dans un contentieux non fiscal mais commercial concernant l'application des taux de retenue à la source. La seconde qui concerne également les taux de retenue à la source, a eu lieu au Canada suite à la remise en cause de l'interposition d'une société néerlandaise entre *Prévost Car Inc.*<sup>101</sup> et les groupes Henlys et Volvo.

La CJUE est aussi saisie de deux affaires concernant la notion de bénéficiaire effectif dans le cadre de l'application en droit interne de la directive intérêts et redevances<sup>102</sup>.

L'approche des juridictions étrangères diffère pour définir la notion. Ainsi, à l'approche substantielle retenue par le Conseil d'État et les juridictions britanniques dans *Indofood* s'oppose une vision formelle retenue dans l'*arrêt Prévost Car Inc.*

### **Les incertitudes autour de la définition conventionnelle**

A l'instar du droit interne, aucune définition du bénéficiaire effectif n'est contenue dans les conventions fiscales. Cette absence a été palliée dès le modèle conventionnel de 1977 par les commentaires retenus sous les articles relatifs aux revenus passifs pour trouver une définition.

Selon ses termes, la limitation de l'impôt prélevé dans l'État de la source ou son exemption conventionnelle « ne s'applique pas lorsqu'un intermédiaire, tel qu'un agent ou autre mandataire, s'interpose entre le créancier et le débiteur, à moins que le bénéficiaire effectif ne soit résident de l'autre

---

100 Court of Appeal, 2 mars 2006, n° A3/2005/2497 : [2006] EWCA, civ. 158 ; R. K. Mitra, Beneficial ownership : UK Court of Appeal in the case of Indofood International Finance : BNA International, 6/06, p.28 ; J. Zaman, Indofood and cross-border financing, Financial Instruments, May 2006, vol.11, n° 4, p. 1 ; M. Amin, Conduit companies and the Indofood case : Financial Instruments Tax Accounting Review, may 2006, vol. 11, n°4, p.4.

101 *Prévost Car Inc., vs La Reine*, 2009 CAF 57 en appel de *Prévost Car Inc., vs La Reine*, 2008, CCI, 231.

102 CJUE, C-115/16 C-118/16, C-119/16 et C-116/16 et C-117/16.

*Etat contractant* »<sup>103</sup>.

Cette définition n'emportant pas l'adhésion, elle fut progressivement étoffée en 1992 et 2003. Néanmoins, la définition de la notion posant toujours des difficultés, l'OCDE a soumis à consultation, du 29 avril 2011 au 15 juillet 2011, un projet pour commentaires en vue de la clarification de la signification du concept de « bénéficiaire effectif » dans le modèle de convention fiscale de l'OCDE.

Le projet constatait que l'expression bénéficiaire effectif, telle qu'utilisée dans les articles relatifs aux revenus passifs du modèle de convention fiscale de l'OCDE, donnait lieu à des interprétations très différentes selon les États. En effet, que ce soient les administrations par leur doctrine ou les juridictions par leur jurisprudence, la notion a pu prendre des voies très diverses.

Compte tenu des risques de double imposition ou de double non-imposition résultant de ces différentes interprétations de la notion, le comité des affaires fiscales de l'OCDE, par l'intermédiaire de son groupe de travail n° 1 sur les conventions fiscales et questions connexes, a développé des propositions visant à préciser l'interprétation à donner à l'expression « bénéficiaire effectif », et sa signification dans le contexte du modèle de Convention fiscale.

Le projet a débouché sur un rapport approuvé le 19 octobre 2012 dont les éléments ont été ajoutés aux commentaires du modèle de convention fiscale de l'OCDE lors de sa révision en 2014.

Face à la difficulté de donner sa signification à la notion, l'outil d'interprétation conventionnel promu par l'article 3 § 2 du modèle de l'OCDE renvoie en principe au droit interne, sous la contrainte que les définitions qui pourraient s'y trouver soient conformes au contexte dans lequel la notion est créée.

En France, jusqu'en 2009, aucune définition de la notion dans ce contexte n'existait à l'exception de la reprise du commentaire du modèle de convention fiscale de l'OCDE par la doctrine administrative lorsqu'elle précisait une convention fiscale<sup>104</sup>.

Or, il est possible de se référer à la partie réglementaire, celle des décrets simples, l'annexe III au CGI, pour trouver une définition. Cette annexe contient un article 49 I *ter* qui en son paragraphe II définit le bénéficiaire effectif<sup>105</sup> en lien avec l'article 242 *ter* du CGI, relatif au dispositif de tiers déclarant.

De plus, la notion de bénéficiaire effectif a été définie à l'article L.561-2-2 du CMF, par mesure de transposition de la directive 2005/60/CE du Parlement européen et du Conseil du 26 octobre 2005 relative à la prévention de l'utilisation du système financier aux fins du blanchiment de capitaux et du financement du

---

103MC OCDE (1977), commentaires n°12 sous l'art. 10, n°8 sous l'art. 11 et 8 sous l'art. 12.

104BOI-INT-CZB-UZB-20 n°120 en ce qui concerne la convention conclue avec l'Ouzbékistan.

105« II.- Est considéré comme bénéficiaire effectif :

1° Toute personne physique qui a son domicile fiscal hors de France dans un État membre de la Communauté européenne et qui perçoit pour son propre compte ou à qui sont attribuées les sommes définies au III ;

2° Tout organisme ou entité à qui sont payées ou attribuées les sommes définies au III établi hors de France dans un État membre de la Communauté européenne, sans personnalité morale, qui n'est pas passible de l'impôt sur les sociétés ou d'un impôt équivalent et qui ne bénéficie pas de la procédure de reconnaissance mutuelle des agréments prévue par la directive 85/611/ CEE du Conseil du 20 décembre 1985 précitée, lorsqu'il n'a pas produit le certificat d'option délivré par l'autorité compétente de son État de résidence pour l'application du régime mentionné au troisième alinéa du I. »

terrorisme.

Toutefois, l'analyse de ces dispositifs nécessite d'en comprendre leur contexte. En effet, les définitions qu'elles proposent du bénéficiaire effectif ne sont à appréhender que dans la mesure où elles permettent de jauger sa pertinence au regard de l'objectif d'élimination des doubles impositions qui est le fondement des conventions fiscales.

### **Les difficultés d'une définition conventionnelle multilatérale**

Pour définir un concept, il convient par principe d'éviter deux écueils qui sont d'une part que ce qui est défini doit être différent de ce qui sert à définir<sup>106</sup> et d'autre part que ce qui sert à définir doit avoir des souches étymologiques différentes de ce qui est défini<sup>107</sup>.

Dès lors, pour l'appréhender, il est nécessaire de déterminer l'ensemble des caractères qui permettent d'en assurer la définition. Deux approches sont ainsi possibles, l'une intrinsèque, l'autre extrinsèque. La première consiste à analyser le concept en lui-même, sans se préoccuper de concepts voisins avec lesquels il pourrait être confondu. La seconde, conduit au contraire, à cerner un concept en le rapprochant de concepts voisins.

Aujourd'hui, la notion de bénéficiaire effectif est marquée par son absence d'autonomie. Alors même qu'un contribuable doit qualifier d'« effective » sa situation, ou rechercher si le revenu est perçu par le bénéficiaire effectif, aucune définition conventionnelle ou de droit interne n'apparaît.

L'absence de définition a conduit la jurisprudence à rejeter toute autonomie à la notion marquée par l'utilisation des mécanismes de rectification que sont l'abus de droit, les actes anormaux de gestion et autres prix de transfert.

Les administrations, soucieuses de ne pas se laisser jouer des apparences, cherchant à rejeter l'utilisation d'intermédiaires dans un objectif de chalandage fiscal, ont intégré la notion de bénéficiaire effectif dans les conventions fiscales limitant les doubles impositions afin d'y insérer une règle permettant d'éviter leur usage incorrect.

L'administration fiscale y a vu ainsi un remède miracle, au point de proposer son insertion au-delà des revenus passifs à l'article « Autres revenus » que peuvent prévoir certaines conventions fiscales. L'administration précise que « *la notion de bénéficiaire effectif, introduite par le modèle de l'OCDE dans sa version de 1977, est systématiquement reprise par la France, dans ses conventions postérieures à cette date, afin d'éviter l'usage abusif de ces accords* »<sup>108</sup>.

Insérée dans chacune des catégories de revenus, la notion de bénéficiaire effectif traduit un mécanisme spécifique de lutte contre les abus de conventions. Toutefois, l'utilisation pratique de la notion repose sur la présence d'une clause générale anti-abus dans les conventions fiscales. Même si le Conseil d'État ne

---

<sup>106</sup> *Idem per idem*

<sup>107</sup> *Ignotius per ignotius*

<sup>108</sup> Service de la législation fiscale, 1996, Notes bleues de Bercy, 1 – 15 janvier 1996, n°78, p.236 à 239, § 17.

considère pas qu'il soit de son devoir de lutter contre les doubles exonérations<sup>109</sup> qui résulteraient de l'utilisation des conventions fiscales, il cherche toutefois à les préserver des abus.

L'articulation des systèmes juridiques n'est pas en soi chose aisée que ce soit pour limiter les impositions ou pour lutter contre la fraude fiscale. Les conventions fiscales sont par nature des expériences hybrides qui doivent s'articuler entre les droits internes.

Les commentaires du modèle de convention fiscale de l'OCDE mettent généralement en perspective la diversité des systèmes juridiques qui partagent une même notion. L'interprétation d'un concept n'est pas toujours partagée et les commentaires en font souvent état comme en matière de règle anti-abus<sup>110</sup>.

Le Conseil d'État considère depuis l'arrêt *Andritz*<sup>111</sup>, dans la lignée de l'arrêt *Banque française de l'Orient*<sup>112</sup>, que les commentaires du modèle antérieurs à la signature d'une convention fiscale établie sur la base du modèle, sont une traduction de l'intention des auteurs conventionnels. Lorsqu'ils sont ultérieurs à la signature d'une convention, ils sont une source de droit à valeur indicative, nécessairement plus faible.

### **La difficile articulation de la définition et de son périmètre d'action**

La notion de bénéficiaire effectif est donc fondée sur un principe de bon sens selon lequel l'apparence ne permet pas de bénéficier de la convention ou de certains de ses avantages. L'étude des avantages octroyés à cette qualité doit donc être faite afin d'apprécier ses conséquences sur sa définition.

En apparence, la notion de bénéficiaire effectif a tout du standard juridique. Elle peut être conçue comme « *une mesure majeure de conduite sociale correcte* »<sup>113</sup>. En effet, un standard est fondé sur le bon sens et un savoir positif, qui évolue en fonction de l'environnement et des connaissances. Il est dès lors relié à des situations concrètes et se distingue en plusieurs points des normes impératives dans la mesure où en l'absence de définitions il est nécessairement lié à un idéal jamais atteint.

L'interdiction de l'interposition d'un intermédiaire afin de bénéficier indûment d'une convention fiscale semble aller de soi mais pas totalement. Qualifier l'utilisation induite d'une convention fiscale n'est pas un exercice aisé d'autant que la notion fluctue dans ses objectifs conventionnels.

Considérer qu'une personne a le bénéfice effectif d'un revenu constitue une condition qui en tant que telle octroie des avantages. Ce caractère conditionnel de la notion est plus ou moins renforcé suivant que la notion

---

109 Débat sur ce point, Martin P., L'interprétation des conventions fiscales internationales, Dr. fisc., n°24, 13 juin 2013, § 10.

110 Le commentaire n°2 sous l'art. 1 du modèle précisent ainsi que la pratique des Etats en matière de traitement des sociétés de personne n'est pas harmonisée entre les Etats.

111 CE, sect., 30 décembre 2003, n° 233894, SA Andritz : JurisData n° 2003-080472 ; Dr. fisc. 2004, n° 16, comm. 427, concl. G. Bachelier, note P. Masquart ; RJF 3/04, n° 238, chron. L. Olléon, p. 83 ; BGFE 2004, n° 2, p. 12, obs. N. Chahid-Nourai, concl. G. Bachelier p. 166.

112 CE, 8e et 9e s.-s., 13 oct. 1999, n° 190083, SA Banque française de l'Orient : JurisData n° 1999-051328 ; Dr. fisc. 2000, n° 6, comm. 71, concl. J. Arrighi de Casanova ; RJF 12/99, n° 1587.

113 R. Pound, An Introduction to the philosophy of the law, New Haven, 1925, p. 118.



est interprétée à la lumière de l'objectif d'élimination des doubles impositions ou dans celui de lutter contre les abus à la fois de convention et de droit interne.

Si le droit interne prévoit la notion, il ne la définit pas en ce que selon les travaux de l'OCDE, elle se nourrit de la dichotomie classique des objectifs des conventions fiscales que sont l'élimination des doubles impositions et la lutte contre les abus.

Que ce soit en matière d'informations financières à des fins fiscales, ou d'assiette des impositions, du *nominee* à l'intermédiaire en passant par le mandataire, la recherche d'une définition du bénéficiaire effectif est la recherche de celui ou de celle qui ne prête pas son nom. Sous l'effet d'une terminologie signifiant la situation qui devrait être contre celle qui ne le devrait pas, la compréhension de la notion se complique, ou plutôt se complexifie.

Au niveau conventionnel, il aurait pu aller de soi que seul le résident fiscal bénéficie de la convention et des avantages qu'elle procure. Toutefois la notion, par sa présence, semble signifier qu'être un prête-nom n'est pas de nature à faire disparaître le bénéfice des avantages conventionnels. En droit interne, la présence de la notion semble signifier que certaines formes d'utilisation de prête-nom semblent naturelles et ne sont pas de nature à dénier le bénéfice d'avantages fiscaux.

Les questions qui viennent à se poser sont multiples. La première consiste en la recherche des conséquences de la notion en matière d'assiette des impositions. La seconde est liée à la difficulté trouver une définition unanime du concept de « bénéficiaire effectif ».

Les travaux menés par l'OCDE ont rappelé les divergences entre les Etats dans leur compréhension du sens à accorder à la notion. Des définitions multiples, légales ou conventionnelles, doctrinales ou jurisprudentielles mettent en lumière une hétérogénéité dont il convient de réifier les points communs.

Afin de comprendre la notion en droit conventionnel, une approche comparée n'est pas toujours des plus aisées. Les dichotomies du droit français, sériant champ d'application, régime et définitions ne sont pas usitées en fiscalité internationale qui fonctionne le plus souvent sur les logiques du *common law*.

En effet, le *common law* fonctionne selon le mécanisme du test. De manière restreinte, il s'agit d'une action en justice dont le but est de créer un précédent. Dans un sens plus large, la recherche de la qualité de bénéficiaire effectif est ici un test subséquent à celui du résident. Le raisonnement de *common law* conduit à ce qu'un test à mener soit une condition de la qualité de résident. Un contribuable comme l'administration, applique le test dans les mêmes conditions mais dans des temps différents. Pour bénéficier d'une convention, il convient de tester la qualité de résident puis pour bénéficier de la limitation de retenue à la source de tester sa qualité de bénéficiaire effectif.

Les Etats appliquant le *common law* connaissent en droit fiscal le concept de *physical presence test* qui est une règle qui vise à déterminer la résidence fiscale d'une personne physique ou morale, ce qui correspond peu ou prou au champ d'application territorial des conventions. Dans cette logique, en droit conventionnel, si

une opération juridique est conforme au test alors l'opération de qualification a lieu. À l'application littérale de la loi en France s'oppose l'application stricte des conditions du test. La différence de paradigme ne conduit pas à une incohérence entre les systèmes, elle nécessite toutefois une acclimatation.

Dans le système fiscal et plus largement en droit français, il convient de distinguer l'objet du droit de son sujet. Ces concepts permettent de déterminer, en deux temps qui ne sont pas nécessairement figés, la chose relativement à laquelle une disposition est édictée ou un contrat conclu puis les personnes soumises à ces règles.

Sous ce prisme, le bénéficiaire effectif est une « *disposition particulière d'un(e) convention fiscale) ayant pour objet soit d'en préciser les éléments ou les modalités, soit de l'assujettir à un régime spécial, parfois même dérogatoire au droit commun* »<sup>114</sup>.

Par nature, les conventions fiscales ont pour effet de jouer à deux niveaux : entre les parties, c'est-à-dire les Etats, mais aussi entre ces derniers et les personnes pour lesquelles elles ont conclu ces conventions, les contribuables.

Dans cette perspective selon que l'on se place en vue de réfléchir l'objet du droit qu'il s'agisse de la limitation des doubles impositions ou de la répartition du droit d'imposer, le sujet du droit est alternativement le contribuable ou l'État partie. La clause de bénéficiaire effectif est donc toujours contrainte par cette dialectique fondamentale entre répartition du droit d'imposer et élimination des doubles impositions.

Afin de permettre aux contribuables de bénéficier des taux réduits ou de l'élimination des retenues à la source sur les revenus passifs, la clause de bénéficiaire effectif répartit le droit d'imposer entre l'État de source et celui de la résidence.

Une fois l'ambivalence du champ d'application de la notion de bénéficiaire effectif et ses influences sur le régime applicable établies (partie 1), la définition peut être appréhendée. Apparaîtront ainsi les singularités de la notion de bénéficiaire effectif, au regard des autres notions du droit fiscal mais également du droit bancaire (partie 2).

Le rôle de la notion sur un plan conventionnel et national, sera ainsi précisé pour en faire apparaître les dérivations possibles.

---

114 Cornu G., Vocabulaire juridique, 10<sup>e</sup> édition, 2014, Clause.

## Partie 1. L’AFFIRMATION PROGRESSIVE D’UN DISPOSITIF AMBIVALENT

Saisi par le ministre du budget, des comptes publics et de la fonction publique, dans un avis du 31 mars 2009, le Conseil d’État a proposé son analyse de la clause de bénéficiaire effectif prévue aux articles 10, 11 et 12 du modèle de convention fiscale de l’OCDE<sup>115</sup>.

En tant que dispositif anti-abus, la notion de bénéficiaire effectif conditionne l’application des régimes de faveur nationaux ou conventionnels lorsqu’un revenu passif est versé à l’étranger. Dans cet avis, le Conseil met en lumière la double nature de la clause.

Dispositif à la fois applicable en droit interne et dans les conventions fiscales, la notion permet de limiter ou d’exonérer de retenue à la source les revenus passifs sortants (chapitre 1). Elle participe également, mais selon des modalités conventionnelles complexes, à la lutte contre l’évasion et la fraude fiscales (chapitre 2).

### Chapitre 1. Une condition pour l’application de régimes de faveurs

Dans l’arrêt *Schneider electric*<sup>116</sup>, le Conseil d’État a précisé que conformément à l’article 55 de la Constitution du 4 octobre 1958, il convient de rechercher si une imposition est établie en droit interne, pour ensuite analyser si la convention fiscale s’oppose à ce droit ou le limite en l’attribuant à l’autre État.

Si le droit interne exonère les revenus passifs de retenue à la source, le travail d’analyse s’arrête. Toutefois, si un revenu passif fait l’objet d’une imposition, il faut vérifier au niveau conventionnel comment la clause de bénéficiaire effectif le limite ou l’exonère de retenue à la source.

Dès lors, dans le cadre des opérations internationales, afin de déterminer à quel niveau s’insère la notion de bénéficiaire effectif, il faut regarder prioritairement sous quelles conditions l’imposition de droit interne est établie (section 1) pour ensuite analyser si la convention s’y oppose (section 2).

#### Section 1. En droit interne

En droit interne, les revenus passifs provenant de France et perçus à l’étranger sont généralement imposés (sous-section 1). Cependant, dans le cadre d’opérations de groupe, les sociétés qui versent ces revenus peuvent faire l’objet de mesures d’exonération si elles les versent au bénéficiaire effectif (sous-section 2).

---

115 Avis CE, sect. fin., n°382.545, 31 mars 2009, saisi par le ministre du budget, des comptes publics et de la fonction publique, II.A.  
116 CE, ass., 28 juin 2002, n° 232276, *Sté Schneider electric* : JurisData n° 2002-080182 ; Dr. fisc. 2002, n° 36, comm. 657 ; Dr. fisc. 2002, n° 36, étude 28, P. Dibout, l’inapplicabilité de l’article 209 B du CGI face à la convention franco-suisse du 9 septembre 1966 ; Dr. sociétés 2002, comm. 184, note J.-L. Pierre ; RJF 10/02, n° 1082, chron. L. Olléon, p. 755 ; BDCF 10/2002, n° 120, concl. S. Austray ; Rev. sociétés 2002, p. 538 et s., obs. O. Fouquet ; LPA 17 août 2002, p. 4 s., note B. Boutemy, E. Meier et Th. Perrot ; Bull. Joly Sociétés 2002, n° 200, note C. Nouel et S. Reeb ; BGFE 2002, n° 4, p. 3 et s., obs. E. Davoudet ; FR Lefebvre 34/02, p. 14, obs. N. Chahid-Nourai et P. Couturier ; GAJF 4e éd., n° 4

### **Sous-section 1. L'imposition des revenus passifs**

Conformément aux dispositions du code général des impôts, les personnes domiciliées hors de France sont passibles de l'impôt sur le revenu en raison de leurs revenus de source française<sup>117</sup> alors que les entreprises sont imposées sur leurs bénéfices réalisés en France<sup>118</sup>. Les règles d'imposition des revenus passifs varient néanmoins suivant la nature des revenus concernés. D'une part, les dividendes et les redevances font à cet effet l'objet d'une imposition de principe (§ 1). D'autre part, même si les intérêts versés à des non-résidents sont en général non imposables, les revenus versés des ETNC font l'objet d'une imposition spécifique (§ 2).

#### **§ 1. L'imposition générale des dividendes et redevances**

En principe, la France impose les dividendes et les redevances sortants par l'intermédiaire d'une retenue à la source. Par exception, en raison de la volonté du législateur, certains revenus peuvent faire l'objet d'une imposition spécifique.

##### **A. Les dividendes**

Les revenus distribués par les sociétés françaises sous la forme de produits d'actions, de parts sociales ou de revenus assimilés<sup>119</sup> font l'objet d'une retenue à la source<sup>120</sup> lorsqu'ils bénéficient à des personnes physiques ou morales qui n'ont pas leur domicile fiscal ou leur siège en France<sup>121</sup>.

La retenue à la source est exigible lorsqu'une société française soumise au régime fiscal des sociétés de capitaux verse à une personne physique n'ayant pas son domicile fiscal en France ou une personne morale n'ayant pas son siège en France, les produits mentionnés aux articles 109 à 117 du CGI. Il en va de même pour les jetons de présence ordinaires alloués aux membres du conseil d'administration ou du conseil de surveillance des sociétés anonymes<sup>122</sup>.

De plus, les bénéfices réalisés en France par des sociétés étrangères qui sont présumés distribués aux associés, sont également passibles de la retenue à la source, par la combinaison des articles 115 *quinquies* et 119 *bis* du CGI. Elles peuvent en être dispensées si elles sont passibles de l'impôt sur les sociétés dans un État membre de l'Union européenne.

Le Conseil d'État considère que lorsqu'une société étrangère possède en France, un établissement dont les résultats, comprenant les dividendes de source française, sont soumis à l'impôt sur les sociétés, elle doit être regardée comme possédant un siège en France pour l'application de cette disposition<sup>123</sup>. Le 2 de l'article 119

---

117 CGI, art. 4 A.

118 CGI, art. 209, I.

119 CGI, art. 108 à 117 *bis* ; BOI-RPPM-RCM-30-30-10-10 n°30.

120 CGI, art. 119 *bis*, 2 et 187, 1.

121 CGI, art. 119 *bis*, 2 et 187, 1.

122 CGI, art. 117 *bis*.

123 CE, 19 décembre 1975, n° 84774 et 91895, Plén. : RJF, 2/76, n°77, chron. M. B. Martin Laprade, p.41.

*bis* du CGI retranscrit cette règle et exclut de retenue à la source ces produits dès lors qu'ils bénéficient à des personnes soumises à un impôt sur les bénéfices. Une société étrangère doit donc prouver que les dividendes sont effectivement compris dans les résultats soumis à l'impôt sur les sociétés en France. Ainsi, la retenue à la source ne peut être opérée sur ces dividendes.

De plus, sont exonérés de la retenue à la source sur les dividendes, les OPCVM situés dans un État membre de l'Union européenne ou dans un État ayant signé avec la France une convention d'assistance administrative en vue de lutter contre la fraude et l'évasion fiscales<sup>124</sup>.

Dans un premier temps, ils doivent être situés dans un État membre de l'Union européenne ou dans un État ou territoire ayant conclu avec la France une convention d'assistance administrative en vue de lutter contre la fraude et l'évasion fiscales.

Dans un second temps, ces organismes doivent lever des capitaux auprès d'investisseurs en vue de les investir selon une politique d'investissement définie dans leur intérêt et présenter des caractéristiques similaires à leurs homologues français<sup>125</sup>.

La retenue à la source ne frappe normalement que les bénéficiaires non domiciliés en France. Les personnes physiques domiciliées en France font l'objet d'un prélèvement obligatoire de 21 %, auquel s'ajoutent les prélèvements sociaux à 15,5 %. En vertu de l'article 119 *bis* du CGI, cette retenue est libératoire de l'impôt sur le revenu, à la différence des redevances.

## **B. Les redevances**

Conformément à l'article 182 B du CGI, les redevances donnent lieu par principe à une retenue à la source lorsque plusieurs conditions sont simultanément réunies : le revenu doit être payé par un débiteur qui exerce en France une activité ; le bénéficiaire qui le perçoit doit relever d'une des impositions d'ensemble sur les revenus<sup>126</sup> sans avoir d'installation professionnelle permanente en France.

L'article 182 B du CGI précise ce qu'il faut entendre par redevances. Le champ est large et couvre les sommes versées en rémunération d'une activité déployée en France dans l'exercice d'une activité commerciale en France, les produits perçus par les inventeurs ou au titre des droits d'auteur, les sommes payées en rémunération de prestations de toute nature et les sommes, y compris les salaires, correspondant à des prestations sportives fournies utilisées en France.

En principe, la retenue à la source est égale à 33 1/3 % du montant brut des sommes versées.

---

124 Loi n°2012-958 du 16 août 2012 de finances rectificative pour 2012.

125 CMF, art. L.214-1, I 1/5/6.

126 Qu'il s'agisse de l'impôt sur le revenu ou de l'impôt sur les sociétés.

Toutefois les redevances payées à un bénéficiaire situé dans un ETNC au sens de l'article 208 A du CGI font l'objet d'une retenue à la source au taux de 75 %.

Cette retenue à la source ne constitue qu'une avance sur l'impôt sur le revenu dû en France par le bénéficiaire. En effet, l'imposition est ensuite établie sur l'ensemble des revenus de source française pour asseoir l'imposition globale sur le revenu ou sur les sociétés conformément à l'article 197 A du CGI. Ce principe a été rappelé par le Conseil d'État dans l'arrêt *Fisichella*<sup>127</sup>. Dans cette affaire, l'administration avait tenté de considérer que cette imposition constituait un minimum. En effet, ce principe s'applique sauf si le contribuable démontre que l'impôt qu'il aurait payé en France, s'il y avait été astreint à une obligation fiscale illimitée, est inférieur à ce minimum. Dans ce cas, il est imposable, sur ses revenus de source française, au taux moyen auquel il aurait été soumis en France à raison de l'ensemble de ses revenus.

En vertu de l'article 39 *terdecies* du CGI, les produits de la propriété industrielle<sup>128</sup> sont soumis au régime des plus-values à long terme qui s'applique à toutes les entreprises, qu'elles relèvent de l'impôt sur les sociétés ou de l'impôt sur le revenu.

Ce régime concerne les produits de la propriété industrielle qui proviennent des cessions et concessions de licences exclusives ou non de brevets, d'inventions brevetables ou de procédés de fabrication industrielle.

Ce régime ne s'applique que si deux conditions sont remplies. Dans un premier temps, les droits de propriété industrielle doivent être des éléments d'actifs immobilisés. L'entreprise ne doit donc pas avoir pour objet de les acquérir ou de les inventer dans la seule perspective de les revendre. Il doit s'agir de moyens permanents d'exploitation. Dans un second temps, ils ne doivent pas avoir été acquis à titre onéreux depuis moins de deux ans sauf si l'entreprise les a fabriqués elle-même.

Ces éléments d'actifs peuvent être concédés par l'octroi de la jouissance du droit d'exploitation en contrepartie du paiement d'une redevance<sup>129</sup>. Ce régime s'applique également en cas de concession de ces actifs à des sociétés étrangères.

## § 2. L'imposition spécifique vers les ETNC

Les revenus passifs font l'objet d'une retenue à la source spécifique lorsqu'ils sont versés à des non-résidents qui se situent dans des ETNC. Les intérêts font l'objet d'une exonération assez générale sauf dans ce cadre. Plus généralement les dividendes et redevances font également l'objet d'une taxation spécifique lorsqu'ils sont versés vers ces États et territoires.

---

127 CE, 3e et 8e ss-sect., 17 février 2015, n° 373230, M. Fisichella, Jurisdata n°2015-003215, concl. E. Cortot-Boucher, note A. Maitrot de la Motte : Dr. fisc. 2015, n° 18, comm. 297.

128 BOI-BIC-PVMV-20-20-20.

129 BOI-BIC-PVMV-20-20-20 n°670.

### A. L'exonération des intérêts à l'exclusion de ceux versés aux ETNC

Depuis le 1<sup>er</sup> janvier 2010, les intérêts versés à des non-résidents ne font pas par principe l'objet d'une retenue à la source. À l'impôt sur le revenu, seuls les intérêts versés à « *des personnes physiques fiscalement domiciliées en France (...) sont assujetties à un paiement lorsque la personne qui en assure le paiement (...) est établie en France qu'il s'agisse ou non du débiteur* »<sup>130</sup>.

Malgré cela, en principe, les dispositions combinées des articles 4 A et 164 B, I-b du CGI peuvent théoriquement conduire à une imposition en France sur la base de l'article 197 A du CGI. Ils rentrent normalement dans la base d'imposition à l'impôt sur le revenu. Cependant, l'administration n'a jamais commenté cette possibilité qui n'est pas dans l'esprit de l'article 22 de la troisième loi de finances rectificative pour 2009 qui visait à supprimer tout prélèvement obligatoire sur ces produits. De manière diamétralement opposé mais aboutissant au même résultat, en vertu du I de l'article 209 du CGI, à l'impôt sur les sociétés, seuls les bénéfices réalisés en France y sont soumis.

En parallèle, les produits de valeurs mobilières étrangères<sup>131</sup> perçus par des personnes physiques domiciliées en France sont normalement compris dans leur base d'imposition<sup>132</sup>.

Toutefois, alors même qu'ils reviennent à des non-résidents, il en va différemment de l'imposition des produits issus de bons ou contrats de capitalisation et des produits attachés aux placements de même nature, mentionnés à l'article 125-0 A du CGI. Ces produits sont imposables en France dans les mêmes conditions que pour les personnes domiciliées en France.

Dès lors, par principe et sous réserve qu'ils soient versés hors de France dans un ETNC définis à l'article 238-0 A du CGI, les intérêts de source française servis à des non-résidents sont donc exonérés d'impôt<sup>133</sup>. Dans le même sens, les produits attachés aux bons ou contrats de capitalisation et aux placements de même nature, sont imposés en France aux taux de droit commun sauf s'ils sont versés dans un ETNC<sup>134</sup>.

Le versement de revenus hors de France peut prendre plusieurs formes que ce soit par une inscription en compte ou par paiement scriptural<sup>135</sup>. Dans la première hypothèse, constitue un paiement à l'étranger, le versement à un établissement situé à l'étranger dans les livres duquel le compte est ouvert. Dans la seconde, en principe, ce qui l'emporte c'est le lieu de paiement. Le lieu de domicile du bénéficiaire n'est ici jamais pris en compte.

Lorsque le bénéficiaire de contrats d'assurance-vie ou de capitalisation est résident d'un État ou territoire

---

130 CGI, art. 125 A, I.

131 CGI, art. 120 à 123.

132 CGI, art. 122.

133 CGI, art. 125 A, III.

134 CGI, art. 125-0 A, II bis

135 BOI-BOI-INT-DG-20-50 n°950.



lié à la France par une convention fiscale, les règles relatives aux intérêts de créances s'appliquent<sup>136</sup> et non celles relatives aux autres revenus.

Le législateur n'a pas intégré la notion de bénéficiaire effectif à l'octroi de ce régime d'exonération. Il pourrait donc être tentant de créer une structure interposée à l'étranger, en dehors de tout ETNC, afin de bénéficier de ce régime très favorable. Le bénéfice d'une application littérale de loi fiscale semble pouvoir conduire à une absence d'imposition.

## **B. La notion d'ETNC**

Les dividendes<sup>137</sup> et les redevances<sup>138</sup> font également l'objet d'une imposition à un taux majoré à 75 % s'ils sont versés dans un ETNC.

L'article 238-0 A du CGI précise que ces États figurent sur une liste fixée par un arrêté des ministres chargés de l'économie et du budget après avis du ministre des affaires étrangères<sup>139</sup>. Cette notion a été intégrée au CGI par le même article de la même loi qui a exonéré les intérêts versés aux personnes non domiciliées en France<sup>140</sup>.

Cet article précise les conditions qui peuvent conduire le ministre à insérer un État ou territoire dans cette liste. La première liste a été établie sur la base de critères initiaux qui prévoyaient qu'un État ou territoire était qualifié de non coopératif au 1<sup>er</sup> janvier 2010 si trois conditions cumulatives étaient réunies. Il ne devait pas être membre de la Communauté européenne, avoir fait l'objet d'une évaluation par le forum mondial de l'OCDE en matière de transparence et d'échange de renseignements à des fins fiscales, ainsi que ne pas avoir conclu avec la France une convention d'assistance administrative permettant l'échange de tout renseignement nécessaire à l'application de la législation fiscale des parties ni signé avec au moins douze autres États ou territoires une telle convention.

Depuis le 1<sup>er</sup> janvier 2011, cette liste est actualisée au 1<sup>er</sup> janvier de chaque année suivant des critères d'ajout ou de retrait complexes. Un État ou territoire peut être retiré : s'il conclut avec la France une convention d'assistance administrative ; s'il modifie sa législation interne ou ses pratiques administratives afin de permettre une mise en œuvre effective de ses engagements conventionnels d'assistance administrative envers la France, dans le respect des standards de l'OCDE, et s'il n'est pas lié à la France par une convention d'assistance administrative ou à défaut s'il n'a pas opposé de refus à une éventuelle proposition de la France en vue de la conclusion d'une telle convention ; s'il est considéré par le forum mondial, comme procédant à l'échange de tout renseignement nécessaire à l'application de la législation

---

136RM Weber, JO AN 1991, n°38725 ; RM Haenel, JO AN 6 mai 1994, p.1428 ; RM Dolez, JO AN 13 septembre 1999, p.5367.

137CGI, art. 119 bis, 2.

138CGI, art. 182 B, II.

139Op. cit. Arrêté du 8 avril 2016.

140Loi n° 2009-1674 du 30 décembre 2009 de finances rectificative pour 2009, art. 22.

fiscale des parties.

Inversement, un État ou territoire peut être ajouté dans trois hypothèses. D'une part, si les stipulations de la convention ou les modalités de leur mise en œuvre n'ont pas permis à la France l'échange de tout renseignement nécessaire à l'application de la législation fiscale des parties. D'autre part, si la France et l'État ou territoire concerné n'ont pas conclu une convention d'assistance administrative, malgré une demande en ce sens formulée par la France avant le 1<sup>er</sup> janvier de l'année précédente. Enfin, si l'État ou territoire en question n'est pas lié à la France par une convention d'assistance administrative ou à défaut s'il n'a pas opposé de refus à une éventuelle proposition de la France en vue de la conclusion d'une telle convention et s'il est considéré par le Forum mondial, comme ne procédant pas à l'échange de tout renseignement nécessaire à l'application de la législation fiscale des parties.

Ces critères permettent de considérer qu'une partie n'est pas coopérative soit dans l'application des accords d'échange de renseignement soit du fait de l'absence d'accord. Ces États sont donc des lieux de villégiature privilégiés pour des structures relais qui ne devraient pas bénéficier des conventions fiscales. Elles sont donc imposées à un taux dissuasif de retenue à la source dont il n'est pas possible de s'exonérer sauf application des clauses de sauvegarde<sup>141</sup>.

En conséquence, l'imposition relative des intérêts rend presque inutile la recherche d'exonérations nationales ou conventionnelles. En effet, dans la mesure où ce régime a pour objet de permettre une imposition dans les seuls cas de situation abusive, la recherche des avantages qui pourraient être octroyés dans le cadre d'un régime de faveur semble inopérante.

De plus, les dispositions de droit commun ne font pas l'objet d'une condition de bénéficiaire effectif alors que cette dernière aurait pu constituer le critère de la répartition du taux normal et du taux dissuasif de 75 %. Ce n'est que dans l'application de régime dérogatoire du droit commun qu'apparaît en droit interne la notion de bénéficiaire effectif.

### **Sous-section 2. L'exonération conditionnée des impositions**

Par l'intermédiaire de plusieurs directives, l'Union européenne a mis en place des dispositifs d'exonération des revenus passifs transposés en droit interne. La directive 2011/96/UE prévoit ainsi l'exonération des dividendes pour les sociétés mères et filles<sup>142</sup> (§ 1) alors que la directive 2003/49/CE prévoit celle des intérêts et des redevances (§ 2).

---

141 BOI-INT-DG-20-50.

142 Directive 90/435/CEE reprise par la directive 2011/96/UE (art.1).

### § 1. Le régime des sociétés mères et filles

L'exigibilité de la retenue à la source sur les distributions de dividendes versés à un actionnaire non-résident connaît deux exceptions : la première résulte des prescriptions du marché commun, relative aux libertés de circulation ; la seconde, est issue de la volonté des États membres de l'Union d'exonérer les dividendes sur la base d'un dispositif qui était déjà connu du droit interne.

Avec l'arrêt *Denkavit*<sup>143</sup>, la Cour de justice de l'Union européenne a considéré qu'il était interdit pour un État membre de faire supporter à une société mère européenne, une retenue à la source sur des dividendes versés par une de ses filiales, alors que celles situées dans le même État sont exonérées d'impôt. Il en est de même en présence d'une convention fiscale, dans la mesure où la société mère est dans l'impossibilité d'imputer un crédit d'impôt dans son pays de résidence.

Suite à l'adoption de la directive 90/435/CEE du Conseil du 23 juillet 1990 concernant le régime fiscal commun applicable aux sociétés mères et filiales d'États membres différents transposée à l'article 119 *ter* du CGI, depuis le 1<sup>er</sup> janvier 1992, la retenue à la source sur les dividendes versés à une société mère sise dans un État membre peut être exonérée.

Cette directive refondue dans la directive 2011/96/UE du Conseil du 30 novembre 2011 est l'extension au niveau européen d'un régime de droit interne. Ce dernier consistait à éviter les doubles impositions économiques résultant de l'application de l'impôt sur les sociétés.

Il est applicable aux distributions faites par une société ou tout organisme soumis, sans exonération, à l'impôt sur les sociétés au taux normal, de droit ou sur option. Pour les sociétés partiellement imposées, l'exonération s'applique aux dividendes prélevés sur les résultats du secteur taxable<sup>144</sup>.

La société récipiendaire doit être passible de l'impôt sur les sociétés dans l'État membre où elle a son siège de direction effective, à l'exclusion de celles soumises à l'impôt sur les sociétés sur option et de celles qui, tout en étant passibles de cet impôt, en sont exonérées<sup>145</sup>.

La clause de bénéficiaire effectif qui n'est pourtant pas contenue dans la directive est intégrée à l'article 119 *ter* du CGI. Elle est un dispositif d'assiette, une condition, permettant d'octroyer le bénéfice de l'avantage que procure l'exonération de la retenue à la source. Ainsi, un prête-nom ne peut bénéficier de ce régime.

---

143 CJCE, 1<sup>re</sup> ch., 14 décembre 2006, aff. C-170/05, *Denkavit internationaal BV et Denkavit France SARL* : Rec. CJCE 2006, I, p. 11949 ; Dr. fisc. 2006, n° 52, act. 264 ; Dr. sociétés 2007, comm. 39, note J.-L. Pierre ; Europe 2007, comm. 56, note F. Mariatte ; RJF 3/07, n° 375 ; BDCF 3/2007, n° 39, concl. L. A. Geelhoed.

144 BOI-RPPM-RCM-30-30-20-70 n°60.

145 BOI-RPPM-RCM-30-30-20-70 n°220.

## § 2. Le régime des intérêts et redevances

La directive 2003/49/CE du 3 juin 2003 prévoit un régime fiscal commun applicable aux paiements d'intérêts et de redevances effectués entre des sociétés associées d'États membres différents. En matière d'intérêts, ce dispositif est inopérant dans la mesure où les sociétés visées qui sont celles soumises à l'impôt sur les sociétés sont déjà exclues de fait du champ du I de l'article 209 du CGI.

Ce dispositif a toutefois été transposé à l'article 119 *quater* du CGI. Ainsi, peuvent être exonérés de retenue à la source, les revenus de toute créance, payés par une société soumise à l'impôt sur les sociétés sans en être exonéré de cet impôt, à une personne morale qui est son associée ou un établissement stable, interposée entre elle et l'associé.

Si le droit interne prévoit l'exonération quasi générale des intérêts versés à des non-résidents, il n'en n'est pas de même des redevances. Ce régime permet donc aux non-résidents qui reçoivent des redevances de bénéficier de l'exonération de retenue à la source en même temps qu'il exonère toutes les sociétés de capitaux d'imposition en France.

Dans la mesure où le dispositif ne touche que les sociétés soumises à l'impôt sur les sociétés, ce régime ne permet pas de supprimer l'imposition de principe au revenu global des intérêts versés à des non-résidents personnes physiques. En effet, l'exonération prévue article 119 *quater* renvoie directement au III de l'article 125 A du CGI.

La notion de bénéficiaire effectif est un des principes fondateurs de cette directive. On le retrouve au 2 de l'article 119 *quater* en tant que condition du bénéfice du régime.

Néanmoins, si cet article précise que « *la personne morale bénéficiaire doit justifier auprès du débiteur ou de la personne qui assure le paiement de ces revenus qu'elle en est le bénéficiaire effectif* », le 4 de l'article 1 de la directive qui définit la notion de bénéficiaire n'est repris nulle part dans le CGI, ni même aux articles 46 *quater*-0 FB à FD de l'annexe III au CGI.

En conséquence, la notion de bénéficiaire effectif permet de refuser l'exonération de retenue à la source au prête-nom. Elle est une condition de l'application de régimes de faveur qui octroient une exonération d'imposition des revenus passifs à destination des sociétés holdings qu'elles soient résidentes ou non. Elle aurait donc pu trouver sa place en tant que condition de l'exonération générale des intérêts à l'article 125 A du CGI afin d'éviter qu'ils ne soient pas appréhendés par des structures interposées. Or, le législateur n'a pas pris ce parti.

Malgré tout, dans l'hypothèse concomitante où le droit interne n'autorise pas d'exonération et où le revenu est versé à un non-résident, il convient de se tourner vers la convention fiscale applicable pour analyser les conditions de limitation et d'élimination de la double imposition.

## **Section 2. En droit conventionnel**

Les conventions fiscales ayant pour objet principal d'éliminer les doubles impositions, il est nécessaire d'attribuer à l'un des deux États le pouvoir d'imposer un revenu passif. Ainsi, dans une première hypothèse, si l'État de résidence d'un contribuable a le droit d'imposer un revenu, l'État de la source doit exonérer d'imposition ledit revenu. Dans une seconde hypothèse, rare en matière de revenus passifs, si l'État de la source d'un revenu a le droit de l'imposer, l'État de résidence est conduit à éliminer la double imposition.

La notion de bénéficiaire effectif se voyant attribuer en droit interne le rôle de conditionner l'application d'un régime préférentiel, elle a un rôle dual dans les conventions fiscales. Elle y constitue une condition à la fois du droit d'imposer de l'État de résidence (sous-section 1) et de la limitation conventionnelle des retenues à la source (sous-section 2).

### **Sous-section 1. Une condition du droit d'imposer de l'État de résidence**

La répartition du droit d'imposer un revenu catégoriel et notamment celui des revenus passifs est la matrice des conventions fiscales. Sans ce sujet, aucune négociation n'aurait d'intérêt et ne pourrait avoir lieu.

Afin d'éliminer les doubles impositions, les conventions fiscales régissent des relations *intuitu publicae* par analogie aux relations *intuitu personae*. Le droit d'imposer est donc accordé selon des règles alternatives, à l'État de la source d'un revenu ou celui de résidence de celui qui en est bénéficiaire. L'imposition pourra être établie soit dans le lieu de situation de l'actif générateur d'un revenu passif, soit dans celui de la résidence du bénéficiaire effectif dudit revenu.

L'attribution du droit d'imposer à un ou plusieurs États (§ 1) ne peut être lue qu'au regard de l'objectif principal des conventions fiscales, à savoir l'élimination des doubles impositions (§ 2).

#### **§ 1. La détermination du droit d'imposer**

Fondamentalement le droit d'imposer oscille entre deux principes, celui du partage de l'imposition (A) et celui de l'exclusivité (B).

##### **A. Partage d'imposition**

Le modèle de convention fiscale de l'ONU prévoit que tous les revenus passifs font l'objet d'un partage d'imposition. A l'inverse, celui de l'OCDE ne propose cette solution que pour les dividendes et les intérêts.

Dans cette formule, l'État de la source conserve le droit de prélever un impôt, par l'intermédiaire d'une retenue à la source. Sur la base du modèle de l'OCDE et selon la pratique conventionnelle française, le droit d'imposer les dividendes et les intérêts appartient par principe à l'État de résidence dès lors qu'ils sont

perçus par un résident qui agit en tant que bénéficiaire effectif.

Dans un premier paragraphe, le modèle précise que « *les intérêts provenant d'un contractant et payés à un résident de l'autre État contractant* »<sup>146</sup> et « *les dividendes payés par une société qui est un résident d'un État contractant à un résident de l'autre État contractant* »<sup>147</sup> sont imposables dans l'État de résidence.

Dans un second paragraphe, l'État de la source retrouve un droit d'imposer les dividendes et les intérêts s'il est payé au bénéficiaire effectif. A cet égard, la formulation de l'article 10, relatif aux dividendes, proposée par le modèle de convention de l'OCDE et souvent reprise laisse apparaître un paradoxe. Le a du 2 de cet article stipule que l'impôt établi ne peut excéder « *5 pour cent du montant brut des dividendes si le bénéficiaire effectif est une société (autre qu'une société de personnes) qui détient directement au moins 25 pour cent du capital de la société qui paie les dividendes* » alors que le b prévoit que cet impôt ne peut excéder « *15 pour cent du montant brut des dividendes, dans tous les autres cas* ».

Il serait donc possible d'en déduire que si le réceptionnaire des dividendes n'est pas le bénéficiaire effectif, la retenue à la source ne peut excéder une imposition maximale de 15 %. Or, cette interprétation est erronée dans la mesure où le chapeau de ce paragraphe stipule clairement que la retenue à la source est limitée si le bénéficiaire des dividendes payés par un résident de l'État de source est effectivement résident de l'autre État, « de résidence ».

Ce problème est inhérent à la formulation du modèle en matière de dividendes qui ne se retrouve pas dans les intérêts. En effet, le modèle ne prévoit qu'un seul taux de retenue dans l'État de la source du revenu<sup>148</sup>.

Enfin, le modèle de convention fiscale de l'OCDE prévoit que lorsque le bénéficiaire effectif des dividendes et intérêts exerce, dans l'État de résidence de la société distributrice, une activité d'entreprise par l'intermédiaire d'un établissement stable, les dispositions applicables ne sont pas celles spécifiques aux dividendes mais celles qui concernent les bénéfices des entreprises<sup>149</sup>.

Lorsque l'établissement stable inscrit à son actif des parts sociales, les dividendes sont imposés au taux normal de l'impôt sur les sociétés et non par voie de retenue à la source. L'établissement est qualifié de bénéficiaire effectif.

En vertu de l'article 120 du CGI, les dividendes et les intérêts provenant d'entités dont le siège social est situé à l'étranger sont considérés comme des revenus imposables à l'impôt sur le revenu.

L'État de résidence du bénéficiaire d'intérêts comme de celui de dividendes a toujours le droit de les

---

146MC OCDE (2014), art. 11 § 1.

147MC OCDE (2014), art. 10 § 1.

148MC OCDE (2014), art. 11 § « 2. Toutefois, les intérêts provenant d'un État contractant sont aussi imposables dans cet État selon la législation de cet État, mais si le bénéficiaire effectif des intérêts est un résident de l'autre État contractant, l'impôt ainsi établi ne peut excéder 10 pour cent du montant brut des intérêts. Les autorités compétentes des États contractants règlent d'un commun accord les modalités d'application de cette limitation. ».

149MC OCDE (2014), art. 10 § 4 et 11 § 4.

imposer, d'une part sans aucune limitation en l'absence de convention fiscale, si l'exonération est prévue dans l'État de la source, ou d'autre part, en présence d'une convention, en octroyant un crédit d'impôt au titre de l'impôt perçu dans l'autre État. Dans le modèle de convention fiscale, la seule différence entre intérêts et dividendes, tient à la présence d'un seul taux de retenue à la source.

Dans l'hypothèse d'un partage d'imposition, l'État de la source d'un revenu est fondé à l'imposer pour des montants limités si celui qui perçoit le revenu est le bénéficiaire effectif<sup>150</sup>. Cette limitation disparaît donc s'il s'avère que le résident n'est pas le bénéficiaire effectif de ces revenus. L'État de source retrouve ainsi le droit d'imposer le revenu de manière pleine et entière.

Afin de bénéficier de la retenue au taux réduit, ainsi que de l'exonération dans l'État de source, l'opération de qualification appartient au bénéficiaire effectif.

## **B. L'imposition exclusive**

Du fait de l'opportunité fiscale des États, aucun modèle de convention fiscale ne prévoit l'imposition exclusive dans l'État de la source d'un revenu mais celui de l'OCDE propose l'imposition exclusive des redevances par l'État de résidence.

Dans les conventions fiscales, deux types de situations se distinguent sous deux formules, soit d'une part, « *les revenus sont imposables* », soit d'autre part « *les revenus ne sont imposables que* ». Dans la première situation, les revenus ne peuvent être imposés dans un État que si la législation le permet sans que soit précisé ce qui peut se passer dans l'autre État partie. Dans la seconde situation, en plus des conséquences de la situation précédente, les revenus ne sont pas imposables dans l'autre État. Il permet de donner le droit d'imposer à un État et dans un même temps de le retirer à l'autre.

En partage d'imposition, le modèle de convention fiscale l'OCDE prévoit que l'État de résidence a toujours, et par principe le droit d'imposer. L'imposition exclusive se différencie du partage par l'absence de retenue à la source conventionnelle. Dans cette hypothèse, l'État de la source ne dispose pas d'un droit même réduit au bénéfice d'une imposition.

D'un point de vue formel, au niveau du modèle, cette situation se traduit par l'absence de paragraphe relatif aux retenues à la source. Elle est caractérisée par l'insertion de la notion de bénéficiaire effectif directement au paragraphe établissant le droit d'imposer de l'État de résidence. C'est le choix pris au paragraphe 1 de l'article 12 relatif aux redevances. Ainsi, « *(l)es redevances provenant d'un État contractant et dont le bénéficiaire effectif est un résident de l'autre État contractant ne sont imposables que dans cet autre État* »<sup>151</sup>.

---

150MC OCDE (2014), § 2 des articles 10 relatif aux dividendes, et 11 en matière d'intérêts.  
151MC OCDE (2014), art. 12 § 1.



Dans les conventions fiscales, la clause de bénéficiaire effectif est donc une condition de l'imposition exclusive dans l'État de résidence. De fait, il relève de la compétence de ce dernier d'éliminer la double imposition.

## § 2. L'élimination des doubles impositions

De manière classique, une double imposition est le fait pour un même contribuable d'être imposé au titre d'un même revenu ou d'une même fortune par plus d'un État<sup>152</sup>. En principe, un contribuable est résident d'un État qui se reconnaît le droit d'imposer l'ensemble de ses revenus ou de sa fortune, que ceux-ci prennent ou non leur source dans cet État. Les États cherchent à limiter ces situations.

L'État de résidence a la responsabilité d'éliminer la double imposition, par l'octroi d'une imputation ou d'un crédit d'impôt au titre de l'impôt payé dans l'État de la source, selon les règles conventionnelles.

Servant principalement à limiter le droit d'imposer de l'État de la source d'un revenu, en l'absence des conditions requises pour être bénéficiaire effectif, la limitation disparaît et l'État de résidence est tenu de limiter la double imposition conformément aux dispositions des articles 23 A ou B du modèle de l'OCDE.

Si deux États considèrent qu'une même personne est soumise à l'impôt sur chacun de leur territoire, cette dernière subira une double imposition non seulement à raison des revenus qu'elle tire de chacun des deux États, mais aussi de ceux qu'elle tire d'États tiers. Il s'agit d'une double imposition juridique.

Aux termes de l'article 4 A du CGI, l'impôt sur le revenu est assis sur l'ensemble des revenus de source française et étrangère, des personnes physiques dont le domicile fiscal est situé en France. A l'inverse, l'impôt sur les sociétés est assis sur une règle d'imposition des bénéfices réalisés en France et de ceux dont les conventions fiscales attribuent l'imposition à la France<sup>153</sup>.

Une double imposition économique est la situation dans laquelle deux personnes différentes sont imposables au titre d'un même revenu<sup>154</sup>. Ainsi, un dividende perçu par un actionnaire est un produit qui a déjà été soumis à l'impôt entre les mains de la société, puisqu'il est payé à partir des sommes disponibles dans la caisse sociale après paiement des impôts. Toutefois, l'actionnaire est lui aussi imposable sur ce produit déjà soumis à l'impôt. En conséquence, un même revenu, le bénéfice de la société, est soumis à un double prélèvement, à l'impôt sur les sociétés et au titre de l'impôt sur le revenu. Il s'agit d'une double imposition économique car elle est payée par deux contribuables différents.

Les articles 23 A et 23 B du modèle de convention fiscale de l'OCDE organisent l'élimination de la double imposition. Ainsi, dans le premier article, la méthode consiste en une exemption d'imposition

---

152 MC OCDE (2014), Commentaire n°1 sous l'article 23.

153 CGI, art. 209, I.

154 MC OCDE (2014), Commentaire n°2 sous l'article 23.

« (l)orsqu'un résident d'un État contractant reçoit des éléments de revenu qui, conformément aux dispositions des articles 10 et 11, sont imposables dans l'autre État contractant, le premier État accorde, sur l'impôt qu'il perçoit sur les revenus de ce résident, une déduction d'un montant égal à l'impôt payé dans cet autre État. Cette déduction ne peut toutefois excéder la fraction de l'impôt, calculé avant déduction, correspondant à ces éléments de revenus reçus de cet autre État. (...) »<sup>155</sup>. Dans la seconde hypothèse, il s'agit d'une imputation « 1. Lorsqu'un résident d'un État contractant reçoit des revenus ou possède de la fortune qui, conformément aux dispositions de la présente convention, sont imposables dans l'autre État contractant, le premier État accorde : / a) sur l'impôt qu'il perçoit sur les revenus de ce résident, une déduction d'un montant égal à l'impôt sur le revenu payé dans cet autre État. / b) sur l'impôt qu'il perçoit sur la fortune de ce résident, une déduction d'un montant égal à l'impôt sur la fortune payé dans cet autre État. / Dans l'un ou l'autre cas, cette déduction ne peut toutefois excéder la fraction de l'impôt sur le revenu ou de l'impôt sur la fortune, calculé avant déduction, correspondant selon le cas aux revenus ou à la fortune imposables dans cet autre État. (...) »<sup>156</sup>.

La clause conventionnelle de bénéficiaire effectif en octroyant le droit d'imposer à l'État de résidence fait que corrélativement l'État de la source est en droit d'imposer le revenu. Elle ne permet « la remise en cause que de l'application, par l'État de la source, d'un taux réduit de retenue à la source sur les revenus de dividendes ou d'intérêts payés à un résident de l'autre État contractant »<sup>157</sup>. Selon le Conseil d'État, elle ne saurait être interprétée comme permettant la remise en cause des autres avantages fiscaux prévus par la convention en cause, tel que le droit à l'imputation d'un crédit d'impôt étranger sur l'impôt perçu, à raison desdits revenus, par cet autre État.

Dans l'hypothèse d'un partage d'imposition entre celui de l'État de source et celui de la résidence comme dans celle de l'imposition exclusive dans l'État de résidence, la clause de bénéficiaire effectif permet d'octroyer à ce dernier le droit d'imposer afin de limiter voire d'exonérer l'imposition dans le premier.

## **Sous-section 2. Une condition de la limitation de la retenue à la source**

Avec pour objectif l'élimination des doubles impositions, la clause de bénéficiaire effectif contenue dans les conventions fiscales sert à refuser le bénéfice du seul avantage catégoriel. Elle doit donc s'articuler avec les procédures relatives à l'élimination des doubles impositions (§ 1) et avec les procédures relatives à

---

155MC OCDE (2014), art. 23 A.

156MC OCDE (2014), art. 23 B.

157 Avis CE, sect. fin., n°382.545, 31 mars 2009, saisi par le ministre du budget, des comptes publics et de la fonction publique, II.A.1° dernier paragraphe : « Ainsi, les clauses dites « de bénéficiaire effectif » rédigées conformément au modèle de convention sur le revenu et la fortune établi par l'Organisation de coopération et de développement économiques doivent être interprétées, sauf stipulation expressément contraire de la convention dans laquelle elles figurent, comme ne permettant la remise en cause que de l'application, par l'État de la source, d'un taux réduit de retenue à la source sur les revenus de dividendes ou d'intérêts payés à un résident de l'autre État contractant. Elles ne sauraient en revanche être interprétées comme permettant la remise en cause de tout autre avantage fiscal prévu par la convention en cause, tel que le droit à l'imputation d'un crédit d'impôt étranger sur l'impôt perçu, à raison desdits revenus, par cet autre État. »

l'octroi des avantages conventionnels (§ 2).

### § 1. Principes et méthodes d'élimination

En l'absence de stipulations conventionnelles contraire, en principe, les contribuables disposent d'un crédit d'impôt égal à l'impôt français alors même qu'aucun impôt n'aurait été acquitté à l'étranger.

Toutefois, afin d'éviter des schémas d'évasion fiscale, dans sa pratique conventionnelle, la France combine la méthode du crédit d'impôt et celle du crédit égal à l'impôt étranger.

#### A. L'avoir fiscal

Le dispositif de l'avoir fiscal avait pour objet de limiter les doubles impositions économiques issues des dividendes. S'ils résidaient en France ou si la convention fiscale le prévoyait, il permettait d'accorder aux associés de sociétés françaises un crédit d'impôt sur le Trésor reçu en paiement de l'impôt sur le revenu ou de l'impôt sur les sociétés et, à défaut, restituable<sup>158</sup>.

L'avoir fiscal était en principe égal à la moitié des sommes effectivement versées par la société distributrice. Toutefois, lorsqu'il était susceptible d'être utilisé par les personnes autres que les personnes physiques, son taux était égal à 10 % du montant net du dividende distribué. Dans ce cas, les personnes morales qui bénéficiaient d'un avoir fiscal à taux réduit pouvaient utiliser un avoir complémentaire égal à une fraction du précompte effectivement versé par la société distributrice. Pour un taux d'avoir fiscal égal à 10 %, l'avoir complémentaire était égal à 80 % du précompte par action effectivement payé par la société distributrice.

Les sociétés mères au sens de l'article 145 du CGI conservaient également la possibilité d'imputer un avoir fiscal au taux de 50 % sur le précompte dû en cas de redistribution de leurs produits de participations exonérés.

Toutefois, depuis le 1<sup>er</sup> janvier 2005, les personnes morales ne peuvent plus utiliser l'avoir fiscal attaché aux dividendes qu'elles ont reçus. Il a été remplacé par un abattement de 50 % ramené à 40 % en 2006<sup>159</sup> applicable aux personnes physiques.

Ce dispositif a fait l'objet d'une appréhension spécifique dans l'arrêt *Bank of Scotland*<sup>160</sup>. La convention entre la France et le Royaume-Uni antérieure à celle signée le 19 juin 2008 prévoyait ce dispositif en son article 9. Ainsi, les dividendes étaient payés à des sociétés résidentes de France ou du Royaume-Uni, le bénéficiaire pouvait demander le bénéfice de l'avoir et du précompte.

La clause de bénéficiaire effectif n'est toutefois pas contenue dans le paragraphe 7 de la convention.

---

158 BOI 4 J-2-05 N° 77 du 28 AVRIL 2005.

159 CGI, art. 158,3.2°.

160 Concl. F. Séners, point 3 A 1° sous CE, 3e et 8e ss-sect., 29 décembre 2006, n° 283314, Min. c/ Sté Bank of Scotland : BDCF 3/07 n°33.

Certains auteurs ont donc pu affirmer qu'il s'agissait d'une clause implicite de bénéficiaire effectif<sup>161</sup> telle que conçue par l'arrêt *Diebold Courtage*.

Au-delà de cette apparence, la clause de bénéficiaire effectif est contenue dans la définition du droit d'imposer de l'État de résidence. En effet, avant de donner droit à l'avoir fiscal, encore faut-il avoir droit au bénéfice de l'avantage catégoriel. Or, le Conseil d'État a jugé dans *Bank of Scotland* que le contribuable concerné ne pouvait prétendre à son bénéfice dans la mesure où le bénéficiaire effectif était une société américaine.

Au bénéfice de l'avoir fiscal, le jeu ne pouvait être à un temps mais à deux temps. Cependant, l'analyse du rapporteur public sous l'arrêt *Bank of Scotland* qui perçoit une clause implicite de bénéficiaire effectif, tend à accroître le champ de la notion en tant que principe général immanent à toute situation conventionnelle. A cet effet, il est intéressant de remarquer que l'article 158 du CGI qui organise le principe de l'abattement ne comporte pas de précisions relatives au bénéficiaire même si la doctrine administrative tend à y suppléer<sup>162</sup>.

## B. Crédit d'impôt

En l'absence de stipulations conventionnelles contraire, en principe, les contribuables disposent d'un crédit d'impôt égal à l'impôt français alors même qu'aucun impôt n'aurait été acquitté à l'étranger<sup>163</sup>.

Toutefois, afin d'éviter des schémas d'évasion fiscale, dans sa pratique conventionnelle, la France combine la méthode du crédit d'impôt et celle du crédit égal à l'impôt étranger.

Lorsque le bénéficiaire des revenus réside en France et que ses revenus n'y sont pas exemptés d'impôt sur les sociétés, les revenus imposés à l'étranger en vertu d'une convention fiscale sont pris en compte pour le calcul de l'impôt français.

Dès lors, si l'impôt étranger supporté sur les revenus en cause n'est pas déductible de ces revenus, ils sont pris en compte pour leur montant brut. Le bénéficiaire a donc droit à un crédit d'impôt imputable sur l'impôt français afin d'éliminer la double imposition qui en résulte.

En matière de revenus passifs, le crédit d'impôt est égal au montant de l'impôt payé dans l'autre État conformément à la convention, sans pouvoir excéder le montant de l'impôt français correspondant à ces revenus.

Pour les autres revenus, le crédit d'impôt est égal au montant de l'impôt français correspondant à ces revenus à condition que le bénéficiaire résident de France soit soumis à l'impôt dans l'autre État à raison de

---

161 AUSTRY S., GELIN S. et SOREL D., « Les clauses de bénéficiaire effectif ont elles un effet utile ? », RJF, 12/08, chron. p. 1097.

162 BOI-RPPM-RCM-20-10-30-10.

163 Concl. F. Séners, point 3 A 1° sous CE, 3e et 8e ss-sect., 29 décembre 2006, n° 283314, Min. c/ Sté Bank of Scotland : BDCF 3/07 n°33.

ces revenus.

L'imputation d'un crédit d'impôt n'est possible que si une convention fiscale le prévoit. Les revenus provenant d'États non liés à la France par une convention fiscale ne donnent pas lieu à l'imputation d'un crédit d'impôt mais ouvrent droit à une déduction de l'impôt étranger sur la base de l'impôt français, selon les dispositions des articles 13 et 122 du CGI.

Par exception, pour les conventions dénoncées, notamment celle entre la France et le Danemark, un crédit d'impôt est accordé sans base législative mais seulement doctrinale<sup>164</sup>. Ce crédit est égal à l'impôt effectivement acquitté au Danemark sous réserve qu'il soit comparable à l'impôt dû en France par le contribuable.

Le crédit d'impôt est en principe égal à l'impôt effectivement acquitté à l'étranger et constitue un revenu imposable pour le bénéficiaire, au même titre que le produit qui y ouvre droit, il doit donc lui être ajouté. Il représente une créance sur le Trésor que le contribuable utilise pour payer son impôt. La base prise en considération est le revenu brut étranger augmenté de la retenue à la source effectivement perçue.

Dans l'hypothèse d'un crédit forfaitaire, il faut raisonner de manière similaire et calculer un revenu brut reconstitué, en augmentant le revenu net perçu du montant du crédit d'impôt auquel il ouvre droit en France, même en l'absence d'impôt effectivement payé à l'étranger. Il faut donc l'imputer sur l'impôt français sur la base duquel les revenus sont compris.

Les crédits d'impôt sont plafonnés au montant de l'impôt payé en France sur les revenus auxquels ils sont attachés. Le plafond est calculé en appliquant le taux de droit commun au revenu net, entendu du revenu brut étranger diminué de toutes les dépenses effectuées en vue de l'acquisition ou de la conservation de ce revenu, à l'exception, de l'impôt étranger lui-même.

Dans son avis du 31 mars 2009, le Conseil d'État a considéré que les frais de garde et d'encaissement des titres devaient être déduits à l'inverse des intérêts d'un emprunt contracté pour les acquérir<sup>165</sup>.

## § 2. Les procédures applicables

Afin d'éviter les abus, les États subordonnent la réduction ou l'exonération de la retenue à la source à l'accomplissement de certaines formalités. Le bénéfice des avantages procuré par la clause est réservé aux personnes qui sont en mesure de présenter tout document établissant leur résidence fiscale, tel une attestation de l'administration fiscale.

---

164 BOI-INT-CVB-DNK n°170 et suivants.

165 Avis CE, sect. fin., n°382.545, 31 mars 2009, saisi par le ministre du budget, des comptes publics et de la fonction publique, I.

### A. Modalités pratiques

En pratique, il appartient au créancier, bénéficiaire effectif de remplir une attestation de résidence<sup>166</sup> en triple exemplaire, dont deux à destination des administrations de source et de résidence et un pour lui-même.

Un arrêté<sup>167</sup> précise que les demandes du bénéfice des taux réduits de retenue à la source prévus par les conventions fiscales peuvent être présentées conformément à six séries d'imprimés bilatéraux rédigés en français, allemand, espagnol, italien, néerlandais. Accompagné d'une attestation de résidence<sup>168</sup>, elles se composent de liasses relatives aux dividendes<sup>169</sup>, intérêts<sup>170</sup> et redevances<sup>171</sup>.

Les établissements payeur d'intérêts ou de redevances et les sociétés bénéficiaires de dividendes doivent déposer ces déclarations par type de revenus. Ces entités doivent obtenir du bénéficiaire, une certification de l'administration fiscale du pays de résidence de ce dernier dont il conservera un exemplaire.

Une première procédure dite normale consiste à demander l'application d'une convention fiscale par voie de contestation jusqu'au 31 décembre de l'année qui suit celle de l'encaissement effectif des dividendes par le bénéficiaire<sup>172</sup>. En effet, le contribuable doit demander la restitution de l'excédent de retenue à la source au regard des taux de droit interne pratiqués lors de la mise en paiement.

Lors de sa réclamation, le contribuable doit présenter son attestation de résidence et la liasse concernée. Cette procédure exige donc le dépôt à la fois de l'attestation de résidence et de l'imprimé conventionnel.

Conformément à l'article 76 de l'annexe II au CGI, l'établissement payeur de revenus passifs est fondé à considérer le bénéficiaire comme connu lorsqu'il est en possession d'éléments probants concernant son identité et sa résidence fiscale. Il devra donc fournir, à la demande de l'administration, les éléments établissant que les conditions de résidence fiscale étaient réunies à la date de liquidation de la retenue à la source conventionnelle. En revanche, l'attestation d'un intermédiaire ne constitue pas une information probante<sup>173</sup>.

Toutefois, en ce qui concerne les cas résiduels de dividendes exonérés de retenue à la source sur le fondement de l'arrêt *Denkavit*<sup>174</sup>, les sociétés ou organismes établis en France qui effectuent des distributions en dispense de retenue à la source doivent, sur demande, produire une attestation du bénéficiaire des revenus<sup>175</sup>. L'établissement payeur doit pouvoir fournir des pièces justificatives.

En ce qui concerne le cas plus général des dividendes exonérés en vertu de la directive relative au régime

---

166 Imprimé cerfa n°5000.

167 Arrêté du 20 décembre 2006 fixant le modèle des imprimés de demandes tendant à obtenir les taux réduits de retenue à la source prévus par les conventions fiscales internationales, JORF n°9 du 11 janvier 2007 page 585.

168 Liasse n°5000.

169 Liasse n°5001.

170 Liasse n°5002.

171 Liasse n°5003.

172 BOI-INT-DG-20-20-20-20 n°120.

173 BOI-INT-DG-20-20-20-20 n°590

174 CJCE, 14 décembre 2006, aff. 170/05, 1e ch., Sté Denkavit International BV et SARL Denkavit France : RJF 3/07 n°374.

175 BOI-RPPM-RCM-30-30-20-40 n°120.

des sociétés mères et filles, les bénéficiaires doivent justifier auprès de l'établissement payeur ou de la société distributrice qu'ils satisfont aux conditions requises, sous la forme d'une attestation sur l'honneur signée par le représentant autorisé de la société<sup>176</sup>.

A côté de cette procédure dite normale est prévue une procédure dite simplifiée. Elle autorise l'application du taux conventionnel au moment de la mise en paiement des dividendes.

Le détenteur de titres de sociétés non-résidentes peut demander le bénéfice de l'avantage conventionnel sur présentation de l'attestation de résidence visée par l'administration fiscale de l'État de résidence<sup>177</sup> établie en trois exemplaires, pour l'administration de l'État de résidence, pour lui-même et pour l'administration française. L'actionnaire doit adresser l'imprimé avant la mise en paiement des dividendes à l'établissement payeur, en France. En cas de pluralité d'établissement et de comptes, une attestation pour chaque établissement est nécessaire.

En l'absence d'attestation de résidence, ou si l'établissement payeur la reçoit après la date de mise en paiement, les droits sont liquidés en application des règles de droit commun. Les versements excédentaires de retenue à la source sont remboursés selon la procédure normale, par voie contentieuse.

Ces modalités sont prévues pour les dividendes et s'appliquent normalement en matière d'intérêts et de redevances lorsque les intérêts sont de sources françaises<sup>178</sup>.

L'application des taux conventionnels nécessitent toutefois la présentation d'imprimés complémentaires relatifs à la liquidation et au remboursement du prélèvement à la source sur les intérêts<sup>179</sup> et de demande de réduction de la retenue à la source sur les redevances<sup>180</sup>. Des procédures complémentaires sont prévues aux fins d'application des mécanismes d'exonération de droit interne<sup>181</sup>.

## **B. Des procédures relatives**

Ces procédures emportent pour conséquence que le bénéficiaire effectif est une qualification portée dans une déclaration par le récipiendaire lui-même. Elle constitue une attestation de l'État de résidence de la qualité de résident et de bénéficiaire effectif. L'État de résidence doit donc de bonne foi certifier la qualité de bénéficiaire effectif.

---

176BOI-RPPM-RCM-30-30-20-30 n°1 à 10.

177BOI-INT-DG-20-20-20-20 n°190.

178BOI-INT-DG-20-20-30 n°250.

179Imprimé n°5002.

180Imprimé n°5003.

181Lorsque des intérêts ou des redevances sont versées à des entreprises associées dans le cadre de l'Union européenne, les modalités d'application des exonérations de retenue à la source sont précisées par un décret étendant le régime des dividendes créé en 1997. Pour bénéficier des exonérations prévues par la directive 2003/49/CE, le créancier doit indiquer dans un des formulaires précités qu'il satisfait aux conditions de participation retenues par la France aux articles 119 *quater* et 182 B *bis* du CGI.



Cette approche pose une question pratique évidente. Conformément aux imprimés conventionnels n° 5000, l'État de résidence « certifie qu'à sa connaissance : - les indications portées par le déclarant sur la présente demande sont exactes ».

Quand le contribuable déclare, il « qualifie » sa situation et, quand l'administration contrôle et constate une erreur, une omission ou une dissimulation, elle rectifie, elle « requalifie ». Toutefois, afin de qualifier et de requalifier, il convient de savoir comment interpréter les notions. A cet égard, la définition du bénéficiaire effectif peut varier entre l'État de la source et celui de la résidence.

Cette question est récurrente en fiscalité internationale et pose des problématiques classiques en matière de résidence, surtout quand des États ont des approches spécifiques du concept. Elles sont donc susceptibles d'entraîner des doubles impositions.

Ces modalités reconnaissent de fait que l'État de résidence semble le plus à même de certifier cette qualité. Cette approche n'est pas sans contradiction avec le fait que le Conseil d'État considère que le droit fiscal de l'État de résidence importe peu dans la définition de ses concepts.

En effet, par un arrêt du 10 février 1965 concernant la convention du 16 mai 1931 entre la France et la Belgique, le Conseil d'État a jugé qu'aucune des dispositions de cette convention n'impose à la France de donner aux revenus encaissés par une société française, la même qualification que leur a donnée la Belgique<sup>182</sup>. Dès lors, la qualification fiscale donnée par l'autre État à un revenu ou à une activité est sans incidence sur la manière dont le juge de l'impôt qualifie ce revenu ou cette activité.

Il devrait en être de même en ce qui concerne le bénéficiaire effectif dans la mesure où c'est à l'État de la source de vérifier cette qualité afin d'octroyer les avantages prévus par la convention. Toutefois, en l'absence de définition de la notion de bénéficiaire effectif, il faut s'en remettre au paragraphe 2 de l'article 3 du modèle de convention fiscale de l'OCDE. Il doit prendre en compte le « sens que lui attribue, à ce moment, le droit de cet État concernant les impôts auxquels s'applique la Convention, le sens attribué à ce terme ou expression par le droit fiscal de cet État prévalant sur le sens que lui attribuent les autres branches du droit de cet État ».

Il existe donc un risque que la qualité de bénéficiaire effectif établie par l'État de résidence soit rejetée par celui de la source mais les commentaires sous l'article 3 ne précisent pas ce qu'il en est en cas de divergence d'interprétation entre États. Il convient toutefois que soit ouverte une procédure amiable conformément à l'article 25 du modèle de convention fiscale de l'OCDE.

Malgré tout, ce principe de l'autonomie de l'interprétation ne signifie pas qu'il faille s'abstraire de la nature juridique des opérations étrangères qu'il s'agit d'analyser.

La qualification donnée par l'État de résidence n'est pas de nature à influencer l'octroi du bénéfice à l'État

---

182 CE, 10 février 1965, n°59660, 8° s.-s.

de la source de retenues sur les revenus appréhendés par des résidents du premier État.

De plus, l'État le plus à même de vérifier la réalité de la qualité de bénéficiaire effectif est en théorie comme en pratique, celui de la résidence. Afin d'effectuer ce contrôle, l'État de la source est donc contraint de mettre en œuvre les dispositions conventionnelles d'échanges de renseignements en sa possession, soit en vertu de clauses similaires à l'article 26 du MC OCDE<sup>183</sup>, de la convention multilatérale concernant l'assistance administrative mutuelle dans le domaine fiscal<sup>184</sup> ou d'accords d'échanges de renseignements établis sur la base du standard de l'OCDE<sup>185</sup>.

Lorsqu'une personne estime que les mesures prises par un ou par les deux États contractants sont susceptibles d'entraîner des doubles impositions ou des situations non prévues, elle peut, soumettre sa situation à l'autorité compétente de l'État contractant dont elle est un résident<sup>186</sup>.

Les commentaires prévoient que les États peuvent ne pas accepter qu'un contribuable initie une procédure amiable lorsque les opérations en question sont considérées comme abusives. Toutefois, les commentaires constatent qu'en l'absence d'une disposition spécifique, aucune règle générale ne rend la procédure amiable non applicable à des situations abusives. Toutefois, ils précisent que « *lorsque sont en cause des infractions graves pouvant entraîner de lourdes peines, certains États pourront souhaiter refuser tout recours à la procédure amiable* »<sup>187</sup>.

Avec l'arrêt *Société Imagin'Action Luxembourg*<sup>188</sup>, le Conseil d'État a pris cette position dans le cadre de la convention fiscale entre la France et le Luxembourg<sup>189</sup>, face au refus des autorités fiscales luxembourgeoises d'ouvrir une procédure amiable. En effet, les stipulations de l'article 24 de la convention précitée ne peuvent être utilisées pour éliminer une double imposition dans le cadre de situations abusives.

L'objectif d'une convention fiscale est d'éviter les situations de double imposition mais aussi de prévenir l'évasion et la fraude fiscales. Dès lors, l'administration ne sera pas tenue de donner suite aux demandes d'ouverture de procédure amiable lorsque les mesures générant la double imposition auront été assorties de pénalités graves devenues définitives.

La France, en tant qu'état de résidence peut donc refuser l'élimination de la double imposition en refusant l'accès du prête-nom à la procédure amiable.

---

183BOI-INT-DG-20-60 n°20 à 100.

184Décret n°2005-1198 du 19 septembre 2005 portant publication de la convention suite à son approbation par la loi n°2005-225 du 14 mars 2005 et décret n°2012-930 du 1<sup>er</sup> août 2012 portant publication du protocole d'amendement à la convention suite à son approbation par la loi n°2011-1370 du 27 octobre 2011.

185Accords dits « TIEA » (*Tax Information Exchange Agreements*) référencés au BOI-ANX-000307.

186MC OCDE (2014), art. 25 § 1.

187MC OCDE (2014), commentaire n°26 sous l'article 25.

188CE, arrêt du 12 mars 2010, n° 307235, *Société Imagin'Action Luxembourg* : RJF 5/10 n°465 ; concl. Au BDCF 5/10 n°53.

189Convention fiscale entre la France et le Luxembourg du 1er avril 1958, modifiée par l'avenant du 8 septembre 1970.

Si en droit interne, le dispositif permet de rejeter le bénéfice d'un régime préférentiel, dans les conventions fiscales il ne supprime pas en principe le bénéfice de l'élimination des doubles impositions. Par principe, les avantages conventionnels sont ouverts au prête-nom. C'est donc l'État de la source qui est en principe fondé à rejeter cette qualité. Cette situation n'empêche pas l'État de résidence de refuser la procédure amiable ou plus largement le recours à l'abus de convention.

## **Chapitre 2. Une clause conventionnelle de lutte contre les abus**

Au sein des conventions fiscales, la clause de bénéficiaire effectif octroie le bénéfice d'un avantage catégoriel non exclusif de la limitation de la double imposition. Toutefois, lors de son insertion dans le modèle de convention fiscale de l'OCDE, elle a été conçue comme un mécanisme de protection des États contre les abus de convention<sup>190</sup>. En effet, il aurait été contre-intuitif de créer une condition qui n'ait pas pour effet de réserver les limitations et exonérations de retenue à la source.

Ce faisant, la clause de bénéficiaire effectif a pu sous l'effet du modèle apparaître comme une clause anti-abus générale des conventions fiscales (section 1) alors même qu'elle est concurrencée en droit interne comme en droit conventionnel par d'autres mécanismes (section 2).

### **Section 1. Des références textuelles à un principe général**

Alors même que le modèle de convention fiscale de l'OCDE rejette expressément le bénéfice de l'avantage catégoriel au prête-nom, il a pu être conçu comme un mécanisme de lutte contre les usages incorrects de convention faisant du bénéficiaire effectif un principe général de l'ensemble des conventions fiscales (sous-section 2). Le modèle de convention fiscale de l'OCDE prévoit en effet des mécanismes de lutte contre les abus de convention et spécifiquement contre les interpositions que les négociateurs peuvent renforcer par des stipulations plus précises (sous-section 1).

#### **Sous-section 1. Un principe général jurisprudentiel**

Les conventions fiscales ayant pour objet principal d'éliminer les doubles impositions, la question est longtemps restée en suspens de savoir si elles permettaient de lutter contre la fraude et l'évasion fiscales. La question de leur sauvegarde aurait pu pourtant aller de soi et ne pas nécessiter de questionner leur fonctionnement.

Ce débat a suivi au contentieux celui de l'introduction de bénéficiaire effectif dans les conventions fiscales. En effet, dans un premier temps, la doctrine a conclu à l'existence d'un principe général d'application de la clause de bénéficiaire effectif aux conventions antérieures à son introduction dans les conventions fiscales (§ 1). Cette approche est malgré tout à lier à l'application progressive de l'abus de droit aux conventions fiscales (§ 2).

---

190MC OCDE (1977), commentaires n°7 à 10 sur l'article 1 : « *Le but des conventions est de promouvoir les échanges de biens, de services, de capitaux et de personnes en éliminant la double imposition internationale ; elles ne devraient pas, en revanche faciliter l'évasion et la fraude fiscales. (...) Certaines de ces situations sont traitées dans la Convention, par l'introduction du concept de « bénéficiaire effectif » (aux articles 10, 11 et 12).* »

### § 1. La théorie caduque du modèle écran

Avec l'arrêt *Diebold Courtage*, le Conseil d'État a considéré que la condition d'effectivité s'appliquait même en l'absence de clause conventionnelle explicite.

Dans cet arrêt, en octroyant la qualité de résident aux associés d'une société de personne fiscalement transparente, le Conseil d'État a souhaité vérifier que ces personnes bénéficiaient réellement des revenus alors que la convention ne prévoit pas de clause de bénéficiaire effectif. Il fait ainsi « *une interprétation constructive des termes « redevances payées à »* »<sup>191</sup>, qui figurent à l'article relatif aux redevances de la convention fiscale entre la France et les Pays-Bas<sup>192</sup>.

Cette interprétation était justifiée selon le commissaire du gouvernement, par la nécessité « *d'éviter de donner une prime à tout montage d'évasion fiscale reposant sur un mécanisme de simple transit vers un tiers des redevances par le biais d'une société de personnes* »<sup>193</sup>. En effet, la convention en question étant antérieure au modèle de convention fiscale de l'OCDE qui introduit la clause, il convenait de considérer qu'elle s'appliquait de fait. Cette théorie est contestable dans la mesure où la France disposait déjà d'une convention avec la Suisse contenant un dispositif de lutte contre les apparences<sup>194</sup>.

Ce faisant, cette situation fait émerger « *une forme de présomption selon laquelle toutes les conventions fiscales signées par la France antérieurement au modèle OCDE de 1977, (...) comporteraient implicitement, sauf précision expressément contraire, une clause de bénéficiaire effectif* »<sup>195</sup>.

Dès lors, la notion de bénéficiaire effectif est elle-même une clause implicite des conventions fiscales qui ne la prévoient pas.

Dans son avis du 31 mars 2009, le Conseil d'État a pris un parti tout autre. Il a lu la clause au regard de son seul objet d'élimination des doubles impositions.

Il précise ainsi que pour les conventions ultérieures à l'introduction de la clause au modèle, l'absence de stipulation expresse de bénéficiaire effectif est un indice que la convention ne subordonne pas « *le bénéfice de l'application du taux réduit de retenue à la source prévu pour les revenus de dividendes ou d'intérêts payés à un résident de l'autre État* »<sup>196</sup>, à cette condition.

À l'inverse, il énonce que les conventions antérieures à l'introduction de la clause au modèle « *peuvent être interprétées* », si « *elles reprennent les stipulations relatives à l'imposition par l'État de la source des*

---

191RJF 12/99 n° 1492 chron. E. Mignon, La transparence n'est pas le vide, p. 936, sous CE 13 octobre 1999 n° 191191, min. c/ SA Diebold Courtage.

192Convention entre la France et le Royaume des Pays-Bas tendant à éviter les doubles impositions et à prévenir l'évasion fiscale en matière d'impôt sur le revenu et sur la fortune du 16 mars 1973.

193Op. cit. BDCF 99/12 Bachelier G. p. 51.

194 Cf sous-section 2, § 1 de la présente section.

195RJF 12/99 n° 1492 chron. E. Mignon, La transparence n'est pas le vide, p. 938, sous CE 13 octobre 1999 n° 191191, min. c/ SA Diebold Courtage.

196Avis CE, sect. fin., n°382.545, 31 mars 2009, saisi par le ministre du budget, des comptes publics et de la fonction publique, II.A, § 5.

revenus de dividendes ou d'intérêts du modèle de convention applicable à la date de leur signature, comme ne s'opposant pas à ce que le bénéfice de l'application d'un taux réduit de retenue à la source prévu pour les revenus de dividendes ou d'intérêts payés à un résident de l'autre État partie à la convention, soit subordonné à la condition que le résident en cause soit le bénéficiaire effectif desdits revenus, sauf si des stipulations de la convention en cause ou des éléments relatifs au contexte ou au but dans lequel elle a été établie y faisaient obstacle »<sup>197</sup>.

Par une pirouette, le Conseil d'État remet en cause la théorie du modèle écran comme principe général anti-abus que laissait transparaître les conclusions du commissaire du gouvernement sous l'arrêt *Diebold Courtage*. Il regarde la clause de bénéficiaire effectif comme une clause spécifique des conventions fiscales sans y apporter de définition.

Cette démarche consiste à refuser le bénéfice de l'avantage catégoriel aux prête-noms pour l'ensemble des conventions fiscales qui n'auraient pas pu prévoir la clause de bénéficiaire effectif. Toutefois, il est nécessaire de vérifier la procédure qui permet de la rectifier.

## § 2. L'application de la procédure de l'abus de droit

Si la fraude aux conventions fiscales n'a été reconnue explicitement qu'avec l'arrêt *Bank of Scotland*, l'avis du Conseil d'État du 31 mars 2009 a mis en évidence que les rectifications des situations abusives devaient être opérées au regard des outils de rectifications applicables en droit interne<sup>198</sup>.

### A. La reconnaissance de l'abus de droit

Sous l'arrêt *Bank of Scotland*, le rapporteur public a considéré que la présomption de bénéficiaire effectif était remise en cause par l'arrêt *Schneider electric*<sup>199</sup>.

En 2002, le Conseil d'État avait mis en évidence dans un considérant de principe « qu'à supposer même qu'il soit établi qu'un objectif de lutte contre l'évasion et la fraude fiscales ait été assigné à (une) convention (...), cet objectif ne permet pas, faute de stipulation expresse le prévoyant, de déroger aux règles énoncées par cette convention ». Toutefois, le rapporteur public constatait que l'arrêt *Diebold Courtage* avait mis en évidence que la recherche du bénéficiaire effectif était un principe qui s'appliquait en dehors de toute stipulation conventionnelle.

---

197 Ibid § 6.

198 Avis CE, sect. fin., n°382.545, 31 mars 2009 saisi par le ministre du budget, des comptes publics et de la fonction publique, II.B : « Par suite, lorsqu'elle estime se trouver en présence d'un montage qui a permis de faire profiter artificiellement une personne résidant en France de l'imputation d'un crédit d'impôt étranger, l'administration fiscale peut invoquer, (...), soit le principe général du droit relatif à l'interdiction de la fraude à la loi dans les cas où l'ancienne rédaction de l'article L. 64 du livre des procédures fiscales n'est pas applicable, soit les dispositions de l'article L. 64 du livre des procédures fiscales dans leur rédaction issue du I de l'article 35 de la loi no 2008-1443 du 30 décembre 2008 portant loi de finances rectificative pour 2008 ».

199 Arp. cit. *Schneider electric*.

Dans l'arrêt *Bank of Scotland*, la notion de bénéficiaire effectif apparaît à deux niveaux. Dans cette affaire, il s'agissait de rejeter d'une part le taux réduit de retenue à la source sur les dividendes et d'autre part de demander le bénéfice de l'avoir fiscal. Dans un premier temps, l'administration avait donc rejeté la qualité de bénéficiaire effectif qui était contenue au paragraphe 6 de l'article 9 de la convention entre la France et le Royaume-Uni<sup>200</sup> afin de bénéficier du taux réduit accordé au bénéficiaire effectif. Dans un second temps, alors que le paragraphe de l'article 9 relatif à l'avoir fiscal ne connaissait pas la clause, l'administration rejetait son remboursement au même motif.

Le Conseil d'État a considéré à l'instar de l'administration que le bénéficiaire du revenu n'était pas effectif et a rejeté le taux réduit. En conséquence, il appliqua ensuite la théorie de l'abus de droit pour rejeter le bénéfice de l'avoir fiscal.

L'appréciation d'un abus de droit suppose néanmoins de connaître les intentions des auteurs des traités dont les contribuables appliquent littéralement les stipulations en dehors de leur esprit. Or, les raisons précises de la répartition du droit d'imposer telle ou telle catégorie de revenus sont souvent méconnues.

L'application de l'abus de droit sous l'arrêt *Bank of Scotland* s'explique dans la mesure où littéralement le bénéfice de l'avoir fiscal n'était pas conditionné à une clause de bénéficiaire effectif. Dès lors, il convenait de vérifier les intentions des auteurs conventionnels.

La présence de la clause de bénéficiaire effectif à un article et son absence dans un autre pourrait être un indice que justement, il n'était pas dans les intentions des auteurs du texte de retenir une telle clause. Or, le Conseil d'État fait une analyse différente et considère que justement la clause de bénéficiaire s'applique de droit.

## **B. Une intention des auteurs conventionnels**

L'utilisation de l'abus de droit questionne la capacité qu'ont les juridictions administratives de connaître les intentions des auteurs conventionnels.

L'article 32 de la Convention de Vienne<sup>201</sup> prévoit le recours à des moyens complémentaires d'interprétation. Si l'application des méthodes de l'article 31 laisse un sens ambigu ou obscur voire conduit à un résultat absurde ou déraisonnable, les juridictions peuvent se tourner vers les travaux préparatoires qui permettent de déterminer les circonstances entourant la conclusion du traité. Or, ceux-ci sont en général inaccessibles.

---

200 Convention entre la France et le Royaume-Uni tendant à éviter les doubles impositions et à prévenir l'évasion fiscale en matière d'impôt sur le revenu du 22 mai 1968 signée à Londres et de multiples fois amendée.

201 « Art. 32. - Moyens complémentaires d'interprétation Il peut être fait appel à des moyens complémentaires d'interprétation, et notamment aux travaux préparatoires et aux circonstances dans lesquelles le traité a été conclu, en vue, soit de confirmer le sens résultant de l'application de l'article 31, soit de déterminer le sens lorsque l'interprétation donnée conformément à l'article 31 : a) laisse le sens ambigu ou obscur ; ou b) conduit à un résultat qui est manifestement absurde ou déraisonnable. »



A cet égard, le cadre d'emploi des conventions fiscales signées par la France ne fait l'objet d'aucune publication. Même si la doctrine administrative par l'intermédiaire du BOFiP, donne des lignes directrices, la France ne possède pas à l'instar d'autres Etats tels les États-Unis d'Amérique, un modèle de convention fiscale internationale qui fixe sa position et donc ses objectifs de négociation. Cet outil, malgré son caractère alternatif voire annexe pourrait être fortement utile au juge pour éclairer les conventions fiscales.

Par le passé, l'administration fiscale a pu synthétiser sa pensée internationale dans une note bleue<sup>202</sup>. Cette note fixe l'objet et le but de la notion dans un sens très différent de celui de la limitation des doubles impositions. Le service de la législation fiscale y voyait un concept maître de la lutte contre la fraude et l'évasion fiscales. Désormais, selon l'administration « (l) a notion de bénéficiaire effectif, introduite par le modèle de l'OCDE dans sa version de 1977, est systématiquement reprise par la France, dans ses conventions postérieures à cette date, afin d'éviter l'usage abusif de ces accords. »

L'article L. 64 du LPF distingue pourtant la fraude à la loi de celle de la simulation. Dans l'arrêt *Bank of Scotland*, le Conseil d'État a retenu la fraude à la loi ou plus précisément à la convention, afin de requalifier un contrat d'usufruit en contrat de prêt.

L'abus par simulation n'a jamais été caractérisé dans une affaire. Pourtant, le déguisement et l'interposition de personne se rapprochent de la fictivité. La fraude à la loi est un abus caractérisé par le détournement de la finalité d'une règle de droit, alors que la simulation met en scène deux actes, le premier, apparent mais mensonger, contredit en effet, le second, sincère. La simulation est un « mensonge juridique »<sup>203</sup>, l'acte présenté par le contribuable ne correspondant pas à la réalité.

La simulation et la fraude à la loi sont très imbriquées à tel point qu'il est difficile de les distinguer<sup>204</sup>. La simulation est selon la doctrine une variante de la fraude à la loi qui a pour objet de contrarier les intentions des auteurs du texte légal ou conventionnel<sup>205</sup>. Une vente permettant de simuler une donation, détourne la loi de son objet, des intentions de ses auteurs.

Dans ses conclusions sous l'arrêt *Janfin*<sup>206</sup>, le commissaire du gouvernement fait une distinction très illustratrice sur la distinction entre simulation et fraude à la loi en utilisant les concepts de mariages fictif et blanc au regard de la demande d'un titre de séjour.

Selon son analyse, un mariage fictif n'a par vocation jamais été prononcé. S'il est invoqué, il s'agit donc d'un faux. Le mariage blanc, à l'inverse n'est pas fictif, l'ensemble des formalités nécessaires à son

---

202 Op. cit. France, Service de la législation fiscale, 1996, Notes bleues de Bercy, 1 – 15 janvier 1996, n°78

203 M. Cozian, Les grands principes de la fiscalité des entreprises : Litec, 4<sup>e</sup> éd., 1999, p.25.

204 J. Turot, in Ordre des experts comptables, 47e congrès, La gestion fiscale et l'abus de droit : RF compt. 1991, n° 229, p. 26.

205 M. Cozian, Les grands principes de la fiscalité des entreprises : Litec, 4e éd., 1999, p. 25, § 15. - Y. Benard, Dissuasion à l'anglaise : la double clef de la fraude à la loi : RJF 12/06, p. 1093.

206 CE, sect., 27 septembre 2006, n°260050, Sté Janfin.

accomplissement ayant eu lieu. Toutefois, ces actes n'ayant pas été conclus dans le but prévu par la loi, c'est à dire de partager la vie d'une autre personne, il s'agit d'une fraude à la loi. Le faux établit le mensonge, il n'est donc pas besoin de s'inquiéter du détournement de l'esprit de la loi.

Il conviendrait d'établir que la personne qui s'interpose est fictive. Ainsi, l'acte présenté à l'appui d'une relation d'affaires n'est pas engagé au titre de son titulaire légitime. Il pourrait en être ainsi en l'absence de présentation d'un contrat de mandat du fait de l'absence de mandat écrit. Dans cette hypothèse, le bénéficiaire apparent, du fait d'un mensonge apparaît comme effectif.

En matière de bénéficiaire effectif, l'utilisation de la fraude à la loi semble être inhérente à l'absence de clause idoine dans les conventions. Dès l'instant qu'il est question de rechercher les intentions des auteurs du texte conventionnel, la fraude à la loi semble l'outil le plus opérationnel. De plus, si l'on partait du principe que se présenter comme bénéficiaire apparent est une simulation, il s'agirait d'un principe général des conventions et non d'un principe général de l'interprétation des conventions.

Dès lors, on peut supposer à l'instar de la doctrine que la notion de bénéficiaire effectif est plus qu'une clause, un principe général qui guide l'ensemble des conventions fiscales qu'elles le prévoient ou non<sup>207</sup>.

Le principe général n'ayant vocation à s'appliquer que dans les conventions où la clause n'est pas présente règle très rapidement le sujet. Toutefois, la clause de bénéficiaire effectif peut côtoyer celle de bénéficiaire apparent ainsi qu'une interprétation élargie de l'abus de convention dans le cadre du modèle de l'OCDE.

## **Sous-section 2. Des bases textuelles multiples**

La France dans sa pratique conventionnelle renforce la lutte contre le prête-nom en lui rejetant la qualité de résident au travers de stipulations spécifiques (§ 1). Néanmoins, sous l'article 1<sup>er</sup> des conventions fiscales, les commentaires tendent à préciser que la clause joue un rôle spécifique (§ 2).

### **§ 1. Une condition spéciale dans la définition du résident**

Dans certaines conventions fiscales, la France a négocié une clause relative à la définition de la résidence fiscale incluse à l'article 4.

Elle a été conçue afin de rejeter le bénéfice de la qualité de résident au bénéficiaire apparent (A). Cette notion permet au-delà d'un principe général d'en faire un outil immédiat du rejet des avantages conventionnels (B).

---

207 AUSTRY S., GELIN S. et SOREL D., « Les clauses de bénéficiaire effectif ont elles un effet utile ? », RJF, 12/08, chron. p. 1097.

### A. La clause de bénéficiaire apparent

La convention fiscale entre la France et la Suisse du 9 septembre 1966 a inauguré ce dispositif, repris dans les conventions avec l'Éthiopie<sup>208</sup>, le Panama<sup>209</sup> et l'Andorre<sup>210</sup>.

Cette clause prévoit à l'article 4 des conventions fiscales que « *n'est pas considérée comme résident d'un État contractant (...) (u)ne personne qui, bien que répondant à la définition (...), n'est que le bénéficiaire apparent des revenus, lesdits revenus bénéficiant en réalité, soit directement, soit indirectement par l'intermédiaire d'autres personnes physiques ou morales, à une personne qui ne peut être regardée elle-même comme un résident dudit État au sens du présent article* ».

Les projets de loi de ratification des conventions avec l'Éthiopie, puis le Panama et enfin l'Andorre, ont instillé le doute sur la dénomination que doit avoir cette clause. En effet, elle a été nommée au cours des discussions au Sénat sur la première convention de clause de bénéficiaire effectif.

L'exposé des motifs des conventions fiscales avec le Panama signale la présence d'une clause de bénéficiaire effectif à l'article 4 de ces conventions. Selon ses termes, « *(i)l prévoit en effet la possibilité pour un État contractant de dénier la qualité de résident au sens de la convention à toute personne qui ne serait pas le bénéficiaire effectif des revenus qui trouvent leur source sur le territoire de l'autre État et qui reviennent en définitive à une autre personne qui ne peut être considérée comme un résident de l'un des deux États*. ». Il en est de même de l'exposé des motifs de la convention avec la Principauté d'Andorre, cette dernière ayant « *accordé une suite favorable à la demande française visant à insérer un (paragraphe) destiné à éviter l'usage abusif des stipulations de la convention* ».

La doctrine administrative n'aide pas vraiment à comprendre la notion. En effet, seule la convention avec la Suisse a fait l'objet d'un commentaire administratif. Les conventions avec l'Éthiopie et l'Andorre, et de manière plus criante celle avec le Panama ne font l'objet que d'une présentation liminaire de la clause au BOFiP.

La seule précision est celle de la dénomination de la clause, celle « d'apparent »<sup>211</sup>. L'insertion d'une telle clause dans la convention fiscale avec la Suisse s'explique par l'inexistence au moment de sa signature de la clause de bénéficiaire effectif. En effet, la notion de bénéficiaire effectif ne s'est développé que très

---

208 Convention entre le Gouvernement de la République française et le Gouvernement de la République Fédérale Démocratique d'Éthiopie en vue d'éviter les doubles impositions et de prévenir l'évasion et la fraude fiscales en matière d'impôts sur le revenu été signée à Paris le 15 juin 2006.

209 Convention entre le Gouvernement de la République française et le Gouvernement de la République de Panama en vue d'éviter les doubles impositions et de prévenir l'évasion et la fraude fiscales en matière d'impôts sur le revenu (ensemble un protocole), signée à Panama le 30 juin 2011.

210 Convention entre le Gouvernement de la République française et le Gouvernement de la Principauté d'Andorre en vue d'éviter les doubles impositions et de prévenir l'évasion et la fraude fiscales en matière d'impôts sur le revenu (ensemble un protocole), signée à Paris le 2 avril 2013.

211 BOI-INT-CVB-CHE-10-10 n°60.

progressivement avant de devenir une clause reprise par le modèle de convention fiscale de l'OCDE en 1977.

Déniant la qualité de résident, la clause de bénéficiaire apparent est la traduction positive de la clause de bénéficiaire effectif. Immédiatement la différence qui ressort entre les deux clauses est que celle de bénéficiaire apparent permet de rejeter, alors que la clause de bénéficiaire effectif octroie. C'est principalement une différence de présentation qui induit une différence de terminologie.

L'écriture de manière positive ou négative a tendance à produire des effets indésirés. En effet, cette différence de terminologie n'est pas de nature à nier l'effet utile de la clause. Ainsi, il aurait pu être écrit, que pour être résident, il faut être bénéficiaire effectif. La solution aurait été la même que celle d'une formulation longue et contraignante. Toutefois, l'avantage de la clause contenue dans ces conventions est, à la différence de celle sur les revenus passifs de permettre une définition conventionnelle de la notion.

La concordance des dates entre la première insertion de la clause de bénéficiaire effectif dans une convention fiscale<sup>212</sup> et l'apparition de la clause de bénéficiaire apparent dans la convention entre la France et la Suisse est pour le moins surprenante. Les deux notions visent à lutter contre le prête-nom mais alors que la première n'est pas définie conventionnellement, la seconde l'est.

Avec l'introduction de la clause de bénéficiaire effectif dans le modèle de convention de 1977, la clause de bénéficiaire apparent aurait pu apparaître pour le moins obsolète, or c'est plutôt l'utilisation de la clause de bénéficiaire effectif qui est rendu inactive par la clause de bénéficiaire apparent.

De plus, la clause de bénéficiaire effectif a été insérée dans la convention fiscale liant la France à la Suisse par l'avenant du 22 juillet 1997 sans suppression de la clause de bénéficiaire apparent. Les sources parlementaires sur ce sujet sont malgré tout lacunaires<sup>213</sup>.

La clause de bénéficiaire apparent permet de rejeter la qualité de résident et donc le bénéfice des avantages conventionnels. L'élimination de la double imposition n'a donc plus lieu d'être, à la différence de la clause de bénéficiaire effectif. Si le prête-nom peut dans les conventions fiscales qui n'ont pas de clause de bénéficiaire apparent bénéficier de l'élimination des doubles impositions, il n'en est pas de même dans celle qui la stipule.

Dans l'hypothèse où une convention prévoit le rejet de la qualité de résident au prête-nom, la clause de bénéficiaire effectif y est en pratique obsolète sauf à considérer que leurs définitions sont divergentes<sup>214</sup>.

---

212 Convention entre les États-Unis d'Amérique et le Royaume-Uni de 1966, remplacée par une convention de 1975 puis par une autre du 24 juillet 2001, amendée par un protocole du 19 juillet 2002.

213 loi n° 98-474 du 17 juin 1998 autorisant l'approbation de l'avenant à la convention entre la République française et la Confédération suisse en vue d'éviter les doubles impositions en matière d'impôts sur le revenu et sur la fortune, signée le 9 septembre 1966 et modifiée par l'avenant du 3 décembre 1969, et au protocole final annexé à la convention entre la République française et la Confédération suisse en vue d'éviter les doubles impositions en matière d'impôts sur les successions, signée le 31 décembre 1953 ; Décret n° 98-747 du 20 août 1998 en portant publication.

214 Cf. partie 2, chapitre 2, section 2, sous-section 1.

## **B. La coordination avec la clause des revenus passifs**

Érigé en clause de suppression des avantages conventionnels, la clause de bénéficiaire apparent interroge son articulation avec la présence de la clause de bénéficiaire effectif aux revenus passifs.

En permettant d'octroyer à l'État de résidence, le droit d'imposer des revenus sans limitation, l'articulation de son rôle avec la clause de bénéficiaire apparent laisse dubitative, si l'on en reste au simple jeu des revenus passifs. En effet, si le bénéfice de l'avantage conventionnel est dénié, il ne reste plus d'intérêt à octroyer le droit d'imposer et subséquemment d'éliminer les doubles impositions.

L'insertion de la clause de bénéficiaire apparent permet son utilisation à l'ensemble de la convention.

Si le droit interne prévoit un droit d'imposer, le droit conventionnel peut s'y opposer. En l'absence d'une clause de lutte contre l'apparence, le juge pourrait considérer que le texte ne permet pas l'imposition. Toutefois, cette théorie pourrait être battue en brèche par l'arrêt *Nouvelle-Calédonie contre SA Eagle Star Vie*<sup>215</sup> dans lequel le Conseil d'État a considéré que la théorie de l'apparence était incompatible avec les conventions fiscales. Dès lors, par principe, les qualifications opérées par les contribuables sur la base de conventions fiscales doivent être établies sur la réalité.

À la différence de la clause de bénéficiaire effectif insérée aux revenus passifs, la qualité de bénéficiaire apparent permet de rejeter les conventions fiscales que ce soit par l'État de résidence comme celui de la source. En effet, en tant qu'État de la source, le Conseil d'État considère qu'il appréhende les notions conventionnelles au regard du droit interne, ce qui n'est pas sans risque s'il arrive à des conclusions opposées à celle du droit de l'État de la résidence<sup>216</sup>.

Les deux clauses se séparent donc dans leur impact conventionnel. En effet, la clause de bénéficiaire effectif est une clause catégorielle, là où celle de bénéficiaire apparent influe sur l'ensemble du schéma conventionnel.

Nier la qualité de résident par l'intermédiaire de la clause de bénéficiaire apparent a un impact plus important que simplement nier la qualité de bénéficiaire effectif. Au sein des revenus catégoriels, être bénéficiaire effectif est une qualité subsidiaire à celle du résident. Pour bénéficier de la qualité de résident, être bénéficiaire apparent supprime le bénéfice de l'avantage conventionnel et donc l'élimination des doubles impositions.

### **§ 2. Une clause implicite du modèle**

Sous l'article 1<sup>er</sup> du modèle, selon lequel la « *Convention s'applique aux personnes qui sont*

---

215 CE, 1<sup>er</sup> juin 2005, n°259618, 8<sup>e</sup> et 3<sup>e</sup> s.s., Nouvelle-Calédonie c/ SA Eagle Star Vie : RJF 10/05 n°1087 ; BDCF 10/05 n°121.

216 Cf. infra. chapitre 1, section 2, sous-section 2, § 2, B : principe de l'autonomie de l'interprétation.

*résidents* » d'un ou des deux États contractants, les commentaires précisent que le bénéfice des avantages de la convention peut être refusé lorsqu'un usage incorrect est avéré<sup>217</sup>.

Dès lors qu'aucun dispositif ne prévoit le rejet d'un des avantages conventionnels, par son avis du 31 mars 2009, le Conseil d'État considère que les conventions, si elles reprennent les stipulations de l'article 1<sup>er</sup> du modèle OCDE, permettent aux États de rejeter les situations abusives<sup>218</sup>.

L'abus de convention peut être regardé du côté de l'État de résidence. En effet, la clause de bénéficiaire effectif est une clause anti-abus spécifique pour l'État de la source. Afin de protéger l'État de résidence contre les abus de convention, la notion de bénéficiaire effectif permet d'interpréter certains montages.

Dans cette hypothèse, il faut garder en mémoire que l'arrêt *Andritz*<sup>219</sup> dispose que les commentaires ne valent que comme traduction de l'intention des auteurs pour les conventions fiscales ultérieures à leur établissement. Toutefois, dès 1977, les commentaires sous l'article 1 ont prévu l'usage incorrect des conventions<sup>220</sup>.

Ainsi, il est possible de dire que depuis cette date, l'ensemble des conventions fiscales signées par la France sur la base du modèle ont une clause implicite de rejet des avantages conventionnels. Toutefois, cette approche semble laisser ouverte la question des conventions antérieures à l'introduction de la notion dans le modèle de convention fiscale de l'OCDE.

Avec l'arrêt *Kofoed*, la CJUE a pu préciser que l'abus de droit est un principe qui irrigue toutes les branches du droit. A cet égard, Philippe Martin considère qu'il s'agit d'un principe immanent du droit<sup>221</sup>. Il convient donc de distinguer les mesures spécifiques de droit interne ou de droit conventionnel qui visent à compenser les carences d'une application littérale du texte fiscal vis-à-vis de son esprit, de l'abus de droit qui préexiste pour prévenir ces carences.

Si un temps, le bénéficiaire effectif a pu apparaître comme confondu avec l'abus de droit, c'est confondre le principe et le moyen. L'abus de droit par fraude à la loi se nourrissant des intentions des auteurs des textes, la notion de bénéficiaire effectif permet de déterminer une forme d'abus qu'aucun négociateur n'a entendu tolérer.

---

217MC OCDE (2014), commentaires sous l'article 1 : « 8. (...) l'extension du réseau de conventions de double imposition accroît le risque d'abus en facilitant le recours à des constructions juridiques artificielles conçues à la fois pour profiter des avantages fiscaux prévus par certaines législations internes et des allègements fiscaux prévus dans les conventions de double imposition. / 9. Tel serait le cas, par exemple, d'une personne (résident ou non d'un État contractant) qui agirait par l'entremise d'une entité juridique créée dans cet État essentiellement pour obtenir les allègements d'impôt prévus dans les conventions conclues par cet État et auxquels cette personne n'aurait pas directement droit. (...) / 9.4. (...) les États n'ont donc pas à octroyer les avantages d'une convention sur les doubles impositions lorsque des opérations qui représentent un recours abusif aux dispositions de la Convention ont été exécutées. / 9.5. Toutefois, il est important de noter qu'on ne doit pas présumer à la légère qu'un contribuable recourt au type de transaction abusive évoqué précédemment. Un principe directeur est que les avantages d'une convention de double imposition ne doivent pas être accordés lorsqu'un des objets principaux de certaines transactions ou opérations est d'obtenir une position fiscale plus avantageuse et lorsque l'octroi de cet avantage dans de telles circonstances serait contraire à l'objet et au but des dispositions pertinentes ».

218Avis CE, sect. fin., n°382.545, 31 mars 2009, saisi par le ministre du budget, des comptes publics et de la fonction publique, II.A., § 5.

219Arp. cit., CE, 30 décembre 2003, SA Andritz.

220MC OCDE (1977), commentaires n°7 à 10 sous l'article 1.

221CE, 29 juin 2016, Le renouvellement de la fabrique et des véhicules des normes : l'exemple du droit fiscal, colloque.

La révision des commentaires de 2014 a constaté les approches divergentes entre États, certains privilégiant la coordination des règles nationales et conventionnelles<sup>222</sup>, d'autres tirant toutes les conséquences de la supériorité de la convention, considérant que l'abus de convention est autonome<sup>223</sup>. Toutefois, au-delà de ces divergences, les commentaires énoncent un principe selon lequel « *les avantages d'une convention de double imposition ne doivent pas être accordés lorsqu'un des objets principaux de certaines transactions ou opérations est d'obtenir une position fiscale plus avantageuse et lorsque l'octroi de cet avantage dans de telles circonstances serait contraire à l'objet et au but des dispositions pertinentes* »<sup>224</sup>.

Certains peuvent y voir une réserve générale implicite de l'abus de convention<sup>225</sup>.

Le modèle de convention fiscale tend donc à considérer que la clause de bénéficiaire effectif est une clause spécifique. C'est par sa liaison avec une clause implicite de lutte contre les abus de conventions qu'elle peut devenir un principe général du rejet des avantages conventionnels aux interpositions. Elle ne joue pas en soi ce rôle dans les conventions fiscales.

Dans l'hypothèse où le droit interne prévoit une clause spécifique anti-abus, on pourrait rétorquer que l'abus concerné ne fait pas vraiment perdre la qualité de résident. La clause octroie donc le bénéfice de l'avantage conventionnel si ce n'est celui catégoriel. Cependant, la question de l'abus est de la responsabilité de l'État de résidence qui devra l'invoquer pour rejeter l'application de la convention.

Le rejet de l'avantage conventionnel peut être conventionnellement prévu par la clause de bénéficiaire apparent ou résulter de l'interprétation des traités. Néanmoins, le droit interne et le droit conventionnel proposent également un arsenal de mesures permettant de lutter contre les situations d'interposition.

## **Section 2. Une clause concurrencée**

L'insertion de mécanismes anti-abus en droit interne et en droit conventionnel vient suppléer aux carences de l'application littérale de la loi fiscale. En effet, sans leur présence, le texte ne conduirait pas en principe à une imposition. Il serait nécessaire de se plonger dans les intentions des auteurs soit du texte de droit interne, soit de celui de droit conventionnel, soit des deux pour vérifier qu'une imposition a été éludée.

Le législateur (sous-section 1) et le négociateur conventionnel (sous-section 2) sont conduits à développer de nouveaux dispositifs face à l'imagination des contribuables.

---

222MC OCDE (2014), commentaire n°9.2 sous l'article 1.

223MC OCDE (2014), commentaire n°9.3 sous l'article 1.

224MC OCDE (2014), commentaire n°9.4 sous l'article 1.

225DANON (R.), « Clarification de la notion de bénéficiaire effectif – Remarques sur le projet de modification du commentaire OCDE d'avril 2011 », *Revue fiscale*, n°7-8/2011, p. 589.



### **Sous-section 1. En droit interne**

Luttant contre celui qui se cache derrière une structure, ou celui qui maquille une situation qui n'est pas réelle, les théories de l'apparence et de l'abus de droit garantissent les prétentions de l'administration à imposer les opérations abusives. Ainsi, les retenues à la source qui constituent le domaine de la notion de bénéficiaire effectif font l'objet de mécanismes spécifiques et des cas d'intermédiation de mécanismes particuliers.

#### **§ 1. Les mécanismes protecteurs de la retenue à la source**

Dans le cadre de la directive sur les sociétés mères et filles, jusqu'à la directive (UE) 2015/121, les États membres avaient une large latitude quant aux mesures à prendre pour lutter contre les abus.

En vertu du 3 de l'article 119 *ter* du CGI, l'exonération des dividendes distribués à une société mère était conditionnée. Si la société mère était la bénéficiaire effective des dividendes, elle ne devait pas être contrôlée directement ou indirectement par un ou plusieurs résidents d'États non membres de l'Union européenne ou n'ayant pas signés avec la France une convention d'échange de renseignements.

Cette mesure visait à lutter contre l'interposition artificielle de sociétés holdings européennes par des sociétés non membres de l'Union européenne.

L'administration estimait qu'un contrôle pouvait être direct ou indirect<sup>226</sup>. Il peut être exercé par l'intermédiaire de sociétés elles-mêmes contrôlées par une personne qui possède le contrôle direct d'une société dont elle détient directement la majorité des droits de vote dans les assemblées.

Le contrôle pouvait être de fait ou de droit, si la société déterminait les décisions du fait des droits de vote dont elle disposait. Selon l'administration, les participations portées temporairement par un tiers avec un engagement de revente n'entraînent pas une réelle perte de contrôle<sup>227</sup>.

Ce dispositif rendu caduque par la loi de finances rectificative pour 2015<sup>228</sup>, prévoyait que l'exonération pouvait être obtenue, si en présence d'une situation de contrôle, la société était en mesure de justifier que la chaîne des participations qu'elle avait créée, n'avait pas pour objet principal ou comme un de ses objets principaux de tirer avantage de l'exonération.

Ces règles étaient à combiner avec les conventions fiscales plus favorables qui prévoyaient des conditions souples de détention des titres, ou plus restrictives qui s'opposaient ainsi au droit d'imposer de la France.

La convention avec la Suisse prévoit également une clause par laquelle l'exonération n'est pas applicable

---

226BOI-RPPM-RCM-30-30-20-10 n°470.

227BOI-RPPM-RCM-30-30-20-10 n°490.

228Loi n° 2015-1786 du 29 décembre 2015 de finances rectificative pour 2015, art. 29.

lorsque les dividendes distribués bénéficient à une personne contrôlée directement ou indirectement par des personnes qui ne sont pas résidentes de l'un des États, sauf si cette personne morale justifie que la chaîne de participation n'a pas principalement pour objectif de tirer avantage de l'exonération<sup>229</sup>.

En règle générale les conventions fiscales réduisent ou suppriment les prélèvements à la source lors du versement de dividendes à des non-résidents.

Le 3 de l'article 119 *ter* du CGI tel qu'il ressort de la loi de finances rectificative pour 2015 prévoit quant à lui un dispositif général qui permet de dénier le bénéfice de l'avantage de l'exonération de retenue à la source prévue au 1 de cet article.

L'application de ce dispositif étant minimale, elle consiste à rejeter les montages non authentiques. Un contribuable qui, au travers d'un objectif principalement fiscal, tirerait avantage des dispositions contenues dans la loi à l'encontre de ses objectifs ferait l'objet d'une procédure de rectification.

Cette disposition, au regard de ses critères est beaucoup plus large que la précédente et s'assimile ni plus ni moins à l'abus de droit intégré en pouvoir général de requalification. Elle doit donc s'articuler avec les clauses contenues dans les conventions fiscales.

## **§ 2. L'appropriation de l'imposition des sociétés intermédiaires**

Afin de suppléer aux jeux d'interpositions qui peuvent se créer dans le cadre de la qualification conventionnelle des bénéfices, le droit interne a ses propres dispositifs de lutte contre les sociétés intermédiaires.

Ainsi, l'article 155 A du CGI permet de soumettre à l'impôt un contribuable utilisant une société établie à l'étranger pour encaisser ses propres revenus. L'interposition artificielle d'une société permet de camoufler une personne physique qui normalement devrait recevoir des revenus professionnels.

Dans ce schéma, les sommes destinées à rémunérer un prestataire réel sont attribuées à une personne morale qui se présente comme le prestataire face au débiteur. Le véritable prestataire de services reçoit une somme modeste sous forme de salaires, qui sont imposables dans l'État où l'activité est exercée ou dans l'État de résidence du bénéficiaire, au gré des stipulations conventionnelles. Toutefois, la différence entre la rémunération perçue et le salaire n'étant pas déclarée, soit elle reste dans la société, soit elle est appréhendée par le contribuable grâce à l'opacité dont il bénéficie dans l'État ou le territoire dans lequel est implantée sa structure.

Cet article crée une présomption que le débiteur du revenu contrôle en réalité la structure sise à l'étranger. Elle soumet à l'impôt les sommes perçues par une personne domiciliée ou établie hors de France dans la

---

<sup>229</sup>Convention franco-suisse du 9 septembre 1966 modifiée par les avenants du 3 décembre 1969, du 22 juillet 1997 et du 27 août 2009, art. 14.

mesure où elles rémunèrent des services rendus par une ou plusieurs personnes domiciliées ou établies en France. Ainsi, le contrôle direct de ces structures par une personne domiciliée en France, l'absence d'activité industrielle ou commerciale autre que celle de la perception de prestations de services ou leur présence dans un ETNC autorisent cette présomption.

L'article 123 *bis* du CGI dispose également que les revenus accumulés dans certaines entités étrangères<sup>230</sup> bénéficiant d'un régime fiscal privilégié, au sens de l'article 238 A du CGI sont imposés en France.

Le législateur a entendu créer une présomption d'imposition afin de dissuader les personnes physiques résidentes en France d'utiliser des sociétés étrangères de gestion de portefeuille à des fins d'optimisation fiscale.

Ainsi, les entités étrangères dont l'actif est principalement financier ou monétaire sont imposées en France même si leurs revenus ne sont pas distribués. La condition de cette présomption est que cette société bénéficie d'un régime fiscal privilégié et qu'elle soit détenue, directement ou indirectement, à hauteur d'au moins 10 % par une personne physique fiscalement résidente de France.

Ce dispositif permet de considérer que des sociétés holdings exonérées d'impôt sur certaines catégories de revenus bénéficient d'un régime fiscal privilégié. Toutefois, le régime n'est pas nécessairement privilégié tous les ans, ce n'est que lorsque le régime de faveur s'applique que le dispositif s'applique.

Toutefois, les organismes de placements collectifs qui ont leur siège dans l'Union européenne n'entrent pas dans le champ du dispositif<sup>231</sup>. Il aurait été contraire aux objectifs du texte que des organismes constitués dans l'unique but de gérer des portefeuilles pour le compte de tiers soient considérés comme des structures posant des difficultés. De plus, les organismes de placements collectifs sont régis par le droit primaire de l'Union européenne. Ce dispositif aurait donc pu constituer une entrave au marché commun.

Ce mécanisme a un intérêt prioritaire face à la clause de bénéficiaire effectif. En effet, en créant une présomption d'imposition, il rapatrie en France des revenus imposables que la clause de bénéficiaire effectif n'est pas toujours en mesure de récupérer.

Si l'on part du principe que le bénéficiaire effectif est celui qui jouit d'un revenu sans limitation, il serait nécessaire d'opposer soit un abus de droit, soit dans le cadre de sociétés bénéficiant du régime mère fille, la clause prévue au 3 de l'article 119 *ter* du CGI.

Ces mécanismes ont un rôle concurrent avec la clause de bénéficiaire effectif. En effet, en créant une présomption d'imposition, ils rapatrient en France des revenus imposables que la clause de bénéficiaire

---

230 « entité juridique-personne morale, organisme, fiducie ou institution comparable-établie ».  
231 BOI-RPPM-RCM-10-30-20-10 n°250.

effectif n'est pas en mesure de récupérer du fait de l'application littérale du droit interne. En effet, la notion de bénéficiaire effectif n'est pas un mécanisme de protection de la territorialité des impositions mais seulement de limitation des avantages que peuvent offrir des régimes de faveur.

A l'inverse, la clause de bénéficiaire effectif est un outil contre les opérations abusives sur les flux sortants. Or, l'approche de ces mécanismes est de protéger les flux sortants et les opérations hors du champ des impositions.

Ces mécanismes qu'il semble possible de qualifier « holistes » se retrouvent également dans les conventions fiscales.

## **Sous-section 2. En droit conventionnel**

En dehors de la clause de bénéficiaire effectif, les conventions fiscales prévoient des dispositifs qui visent à régler des situations abusives. Une réelle variété de mécanismes est proposée par les conventions fiscales mais deux s'en détachent particulièrement. Il s'agit d'une part des clauses de limitation des avantages conventionnels ou *Limitation of benefits* (§ 1), et d'autre part d'une clause plus récente de *principal purpose test* qui tend à être érigée en clause générale (§ 2).

### **§ 1. Les clauses de *Limitation of benefits***

Deux conventions fiscales signées par la France, celle avec les États-Unis d'Amérique<sup>232</sup> et le Japon<sup>233</sup> contiennent des stipulations particulières destinées à exclure certains résidents, sous la terminologie de « *limitation des avantages de la convention* », autrement appelées clauses *LOB*, acronyme anglais de *Limitations of benefits*.

Avec ces dispositions, une convention ne s'applique qu'aux résidents de l'un ou de l'autre État, s'ils remplissent une batterie de conditions supplémentaires posées par l'article conventionnel.

Toutefois, il est possible d'en simplifier la lecture en précisant que les personnes qui peuvent en bénéficier sont : les personnes physiques ; les États et leurs subdivisions politiques ; les sociétés cotées<sup>234</sup> ; les sociétés détenues à au moins 50 %, par cinq sociétés cotées au plus ou par des collectivités publiques françaises ou américaines ; les sociétés détenues à au moins 50 % pendant au moins la moitié de l'année, directement ou indirectement, par des résidents qualifiés du même État, à condition que, en cas de participation indirecte, chaque porteur de parts intermédiaire soit un résident de cet État et que, pendant au moins la moitié de l'année, cette société utilise moins de 50 % de ses revenus bruts pour verser des sommes

---

232 Réécrit suite à l'avenant signé du 13 janvier 2009 à la convention entre la France et les États-Unis d'Amérique signée le 31 août 1994.

233 Suite à l'avenant du 11 janvier 2007, à la convention fiscale entre la France et le Japon signée le 3 mars 1995.

234 Celles qui font l'objet de transactions régulières sur un marché réglementé européen ou dans l'accord de libre-échange nord-américain (ALENA).

déductibles à des personnes qui ne sont pas des résidents qualifiés de l'un ou l'autre État<sup>235</sup> ; les sociétés détenues à au moins 95 % directement ou indirectement par au plus sept personnes qualifiées de « bénéficiaires équivalent », si elle ne versent pas plus de 50 % de leurs revenus bruts à des personnes qui ne sont pas des bénéficiaires équivalents.

Le bénéficiaire équivalent n'a rien à voir avec le bénéficiaire effectif. Il s'agit d'une qualité intrinsèque aux propriétaires d'une entité. Dans le cadre de la convention franco-américaine, il s'agit d'un résident d'un État membre de l'Union européenne ou d'un pays parti à l'accord de libre-échange nord-américain. Cette qualité est octroyée sous réserve du respect de certaines conditions concernant notamment les revenus passifs dont il pourrait bénéficier. Ainsi, une exonération ou un taux d'imposition au moins aussi faible que le taux applicable en vertu d'une convention fiscale à l'élément de revenu concerné au titre duquel les avantages de cette convention sont demandés, serait de nature à disqualifier le bénéficiaire effectif.

Cette notion est présente dans le modèle de convention fiscale pour définir les personnes qui potentiellement peuvent bénéficier des avantages conventionnels lorsque leur portefeuille de valeur mobilière est géré par un organisme de placements collectifs. La France ne reconnaissant pas la résidence conventionnelle de ces structures et n'accordant pas non plus les avantages conventionnels à ses investisseurs, le sujet est mis de côté.

Les clauses de *LOB* ont un rôle dissuasif mais leur application est ardue. En effet, leur complexité rend leur effet utile incertain que ce soit dans la capacité des contribuables à qualifier correctement leur situation ou dans celle de l'administration à les rectifier.

La définition contenue dans les commentaires du modèle de convention fiscale de l'OCDE a l'avantage d'assurer l'autonomie de la notion de bénéficiaire effectif et son effet utile dans l'avenir. Les stipulations contenues dans les clauses de *LOB* du fait de leurs complexités rendent l'analyse des champs quasi impossible.

Ces clauses sont pourtant insérées dans un objectif louable de lutte contre l'érosion des bases fiscales. L'ingéniosité des fiscalistes fait face à la capacité de l'administration à créer des mécanismes de nature à la brider.

En dehors de la clause de bénéficiaire effectif et de celle de *LOB*, les conventions fiscales prévoient d'autres dispositifs qui visent à régler des situations abusives.

---

<sup>235</sup>À l'exception des paiements effectués dans des conditions de pleine concurrence dans le cadre normal d'activités d'entreprise au titre de services ou biens corporels et des paiements effectués à raison d'obligations financières envers une banque qui n'est pas liée au débiteur.

## § 2. La clause des objectifs principaux ou *principal purpose test*

Certaines conventions excluent des avantages catégoriels octroyés aux revenus passifs, les personnes qui ne poursuivent pas un objectif légitime.

La dernière mouture de la convention entre la France et le Royaume-Uni<sup>236</sup> comporte un paragraphe final stipulant que les avantages réservés aux revenus passifs « *ne s'appliquent pas si le principal objectif ou l'un des principaux objectifs d'une personne concernée par la constitution ou l'affectation des (actions ou autres droits générateurs des dividendes/de la créance génératrice des intérêts/du droit ou du bien générateur des redevances) a été de tirer avantage du présent article grâce à cette constitution ou à cette affectation* »<sup>237</sup>.

Ce principe a été repris dans l'avenant signé le 14 janvier 2008 à la convention entre la France et le Royaume du Qatar du 4 décembre 1990, ainsi que des dispositions similaires dans nombre de conventions<sup>238</sup>.

Ces clauses sont la reprise explicite du principe énoncé dans les commentaires sous l'article 1 du modèle de convention fiscale qui établit une réserve générale implicite<sup>239</sup>.

Dans cette situation, le champ d'application de la clause de bénéficiaire effectif, en application de l'arrêt *Bank of Scotland* semble très largement recoupé par celui de cette stipulation particulière<sup>240</sup>. En effet, si l'abus de convention est reconnu, la question se pose de savoir comment s'articulent les deux dispositifs.

Les travaux de l'OCDE sur l'action 15 du programme BEPS qui proposent l'élaboration d'un instrument multilatéral qui devrait modifier les conventions fiscales bilatérales intègrent également cette notion.

De plus, dans son rapport final sur l'action 6 du programme du BEPS relatif à la prévention de l'usage abusif du bénéfice des avantages conventionnels, l'OCDE a rappelé le champ d'application de la notion de bénéficiaire effectif, à savoir la lutte contre les abus de traité. Or, la notion est conçue de manière paradoxale. En effet, elle est intégrée dans les passages relatifs aux revenus catégoriels, là où on aurait pu s'attendre à ce qu'elle soit érigée en critère de limitation des avantages conventionnels.

Les travaux en cours émettent l'idée d'insérer au modèle de convention fiscale et dans l'instrument multilatéral une clause *principal purpose test*, dite *PPT*, ou les clauses de *LOB* précitées. Cette clause n'est que la reprise de la clause des objectifs principaux contenue dans les articles de certaines conventions fiscales relatifs aux revenus passifs.

A l'instar du dispositif de l'abus de droit, il s'agit d'une clause générale anti-abus qui permet de rattraper les errements de contribuables se jouant des avantages conventionnels. Insérée dans la convention par un

---

236 Convention en vue d'éviter les doubles impositions et de prévenir l'évasion et la fraude fiscales en matière d'impôts sur le revenu et sur les gains en capital a été signée à Londres le 19 juin 2008.

237 Ibid, arti.11 § 6 , 12 § 5 et 13 à 5.

238 Convention entre la France et le Nigéria du 27 février 1990, article 12 § 6 ; convention entre la France et le Japon du 3 mars 1995 suite à l'avenant du 11 janvier 2007, en ce qui concerne les dividendes, intérêts et redevances ; convention entre la France et Malte du 25 juillet 1977, suite à l'avenant du 8 août 2008 ; conventions entre la France et la Géorgie du 7 mars 2007 ; convention entre la France et Hong-Kong du 21 octobre 2010 ; convention entre la France et Panama du 30 juin 2011.

239 Op. cit. MC OCDE (2014), commentaire n°9.5 sous l'article 1.

240 Ap. cit., Austry Gelin Sorel, Les clauses de bénéficiaires effectifs ont elles un effet utile.

article idoine, elle permettrait d'éviter tout débat sur l'utilisation de l'abus de droit dans les conventions fiscales, tout en ouvrant la question de son articulation.

Articuler les deux dispositifs nécessite de vérifier si l'ensemble des conditions fixées par la convention est en adéquation avec le droit interne. À cet égard, il est difficile de déterminer si le droit interne est plus restrictif ou plus large dans l'application du dispositif prévu par la convention. Le champ du dispositif de l'article L. 64 du LPF prévoit que le contribuable ne doit avoir eu aucun autre objectif que fiscal alors que la convention prévoit quant à elle que les objectifs doivent être principalement fiscaux.

Au-delà d'un débat sur les asymétries du dispositif se pose la question de savoir si les mécanismes anti-abus contenus dans la convention fiscale sont restreints par les dispositifs existants en droit interne. Ce débat est pour l'heure ouvert et n'appelle pas de solution immédiate dans la mesure où ils sont récents et n'ont pas donné lieu à des cas contentieux patents.

*In fine*, si de bonne foi, un contribuable qualifie sa situation de résident mais ne se présente pas comme le bénéficiaire effectif, il deviendra compliqué pour l'administration fiscale et pour le juge administratif de lui refuser les avantages que peuvent offrir une convention fiscale, à savoir l'élimination de la double imposition. La question de savoir si l'application d'un mécanisme général anti-abus peut permettre de rectifier une telle situation reste ouverte.

La notion de bénéficiaire effectif est en effet une condition du bénéfice des avantages que peuvent procurer la loi ou une convention en vue d'exonérer de retenue à la source les revenus sortants.

Néanmoins, la clause conventionnelle octroie le droit d'imposer le prête-nom à l'État de la source et d'autre part ouvre la possibilité à l'État de résidence de refuser le bénéfice de l'élimination de la double imposition en cas d'opérations abusives. En ce sens, elle est une clause spécifique.

Pourtant, elle peut être lue par l'État de résidence comme une notion qui lui permet de refuser le bénéfice de l'avantage conventionnel si un abus de droit est caractérisé. Concurrencée dans son principe, sa définition se révèle d'autant plus importante à déterminer.



## Partie 2. UNE NOTION EN QUETE DE SENS

L'absence de définition conventionnelle de la notion de bénéficiaire effectif et de son pendant le prête-nom conduit naturellement les juridictions françaises et étrangères à se tourner vers les définitions du droit interne conformément au paragraphe 2 de l'article 3 du modèle de conventions fiscales de l'OCDE.

Le Conseil d'État considère classiquement que cet article qui consiste à rechercher les définitions en droit interne sauf si le contexte en exige une autre interprétation, est une règle d'application prioritaire<sup>241</sup>. Or, il pratique habituellement une technique d'interprétation dite littérale. Cependant, lorsqu'il a érigé la notion en principe général, aucune définition n'était présente en droit interne<sup>242</sup>. À l'instar d'autres juridictions, il a fait œuvre de création et d'interprétation en choisissant de lire la notion au regard de sa substance (chapitre 1).

Certaines juridictions ayant pris le parti de définitions nationales<sup>243</sup>, l'OCDE a été amené à proposer une révision des commentaires du modèle<sup>244</sup>. Reprenant une approche substantielle, les commentaires proposent une lecture rénovée de la notion. Cette lecture ne tient pas compte des définitions issues d'autres branches du droit mais cherche à donner une définition fiscale du bénéficiaire effectif (chapitre 2).

### Chapitre 1. Une définition large controversée

Face à l'absence de définition conventionnelle et nationale, le Conseil d'État a été tenté d'appréhender le concept au travers des outils qui sont les siens. Cette tendance est illustrée par l'application concrète du prête-nom au travers des mécanismes de rectifications connus du droit interne (section 1).

Néanmoins, depuis longtemps, la recherche d'une définition de la notion de bénéficiaire effectif a engendré des révisions périodiques des commentaires du modèle de convention fiscale. En 1992 et 2003, ils se sont enrichis de nouveaux développements qui ont permis de voir le domaine de la notion se préciser au-delà de l'analyse de son champ d'application (section 2).

#### Section 1. L'application concrète

En France, l'interprétation classique de la notion de bénéficiaire effectif est difficile à appréhender *in concreto*. Selon la doctrine, le prête-nom ne peut être saisi qu'au travers du champ des prix de transfert (sous-section 1), et de l'abus de droit (sous-section 2) hors desquels elle considère qu'il semble hasardeux de la mettre en œuvre efficacement<sup>245</sup>.

---

241 CE, 9<sup>e</sup> et 20<sup>e</sup> ss-sect., 27 juillet 2001, n° 215124, SA Golay Buchel France : Jurisdata n°2001-062632 ; Dr fisc. 2001, n°46, comm. 1063, concl. G. Goulard ; RJF 11/01, n°1428 ; BDCF 11/2001, n°140, concl. G. Goulard.

242 L'ensemble des affaires soumises au Conseil d'État et traitant de la notion de bénéficiaire concernent des contentieux antérieurs à la première définition en droit interne de la notion par la transposition de la directive 2003/48/UE du Conseil du 3 juin 2003 en matière de fiscalité des revenus de l'épargne sous forme de paiements d'intérêts.

243 Prévost Car Inc, vs La Reine, 2009 CAF 57.

244 Cf introduction, p. 22.

245 Ap. cit. AUSTRY (S.), GELIN (S.) et SOREL (D.), « Les clauses de bénéficiaire effectif ont elles un effet utile ? ».

### **Sous-section 1. L'application inefficace des transferts de bénéfices**

Avec l'arrêt *Diebold Courtage*<sup>246</sup>, le Conseil d'État a considéré que le caractère excessif de transactions permettait de déterminer la qualité de bénéficiaire réel des revenus passifs. Il découle naturellement de cet énoncé que les outils conventionnels de requalification des transferts de prix (§ 1) permettent de déterminer la qualité de bénéficiaire effectif, tout comme ceux de droit interne (§ 2).

#### **§ 1. Les outils conventionnels**

Les articles 10, 11 et 12 du modèle de convention fiscale de l'OCDE prévoient que les dispositions limitant ou exonérant de retenue à la source ne s'appliquent pas lorsque les revenus en question, sont perçus par une entreprise. Il en est de même lorsque le montant des revenus payés excéderait ceux qui existeraient en dehors de relations spéciales.

#### **A. La définition des bénéfices**

Les articles conventionnels relatifs aux revenus passifs ne s'appliquent pas lorsque le bénéficiaire effectif exerce dans l'État d'où ils proviennent, une activité industrielle ou commerciale par l'intermédiaire d'un établissement stable ou une profession indépendante au moyen d'une base fixe d'affaire et que l'actif générateur de revenus se rattache effectivement à cette activité<sup>247</sup>.

Autrement appelé théorie de la « force attractive » de l'établissement stable, elle sert à lutter contre certaines formes d'évasion fiscale qui pourraient être facilitées par l'application stricte des principes développés par les conventions fiscales. Un établissement stable qui ne ferait pas de bénéfices, mais contrôlerait l'activité de l'entreprise exercée par l'intermédiaire d'agents indépendants générerait une fuite de revenus d'actifs inadmissibles pour l'État de la source.

Dans cette hypothèse, les stipulations relatives aux bénéfices des entreprises s'appliquent. Ainsi, lorsqu'une institution financière française a une succursale à l'étranger et que cette dernière reçoit des intérêts d'un résident d'un État étranger où est située la succursale, les intérêts sont imposables dans cet État, en tant qu'éléments du bénéfice industriel et commercial de la succursale.

Dans cette hypothèse le bénéficiaire effectif est clairement identifié. Sa définition n'est toutefois pas directement appréhendée mais par négation, la succursale à laquelle se rattache effectivement un actif, n'est

---

<sup>246</sup> « que si le ministre soutient que l'importance des sommes reversées par Equilease CV à la société Equilease Management AG, société de droit suisse ayant son siège à Zurich, est de nature à faire de cette société le bénéficiaire réel des redevances en cause, il résulte des informations versées au dossier qui ont été fournies par l'administration fiscale néerlandaise dans le cadre de l'assistance administrative internationale, que cette administration n'est pas en mesure de déterminer si les sommes payées par Equilease CV à Equilease Management AG sont excessives au regard des prestations fournies par la seconde à la première et par suite si Equilease Management AG est ou non le bénéficiaire réel des redevances payées par la SA Diebold Courtage ; »

<sup>247</sup> MC OCDE (2014), art. 10 § 4, 11 § 4, 12 § 3.

pas le bénéficiaire effectif. Le bénéficiaire effectif est la structure qui la chapeaute dans l'autre État partie.

Sans ces dispositions, l'imposition des revenus passifs serait réservée exclusivement à l'État de résidence du bénéficiaire effectif, c'est à dire la France, selon la règle de principe d'imposition des bénéfices.

Pour déterminer que l'imposition du revenu passif selon la règle des bénéfices est attribuée à l'État où est située la succursale, l'actif générateur du revenu passif doit être rattaché effectivement à l'activité de l'établissement stable. Dès lors, la simple présence d'un établissement stable dans l'État de la source ne suffit pas à éviter la retenue et à permettre ainsi l'imposition des intérêts en tant que produits de l'établissement stable.

Les commentaires du modèle considèrent qu'un actif générateur de revenus passifs se rattache effectivement à une succursale s'il fait partie de son actif. Pour le savoir, il convient de rechercher qui de la succursale ou de la société française a la propriété « économique » de l'actif et en reçoit effectivement les revenus passifs qui en découlent<sup>248</sup>.

Selon l'OCDE, il s'agit de « *l'équivalent de propriété, aux fins d'imposition du revenu, d'une entreprise distincte, avec les bénéfices et les charges correspondantes* »<sup>249</sup>. Le modèle définit ensuite des exemples en matière de dividendes, d'intérêts et de redevances. Il peut s'agir notamment du droit aux amortissements ou de tout gain ou perte potentiel sur l'actif sous-jacent qui nécessite une analyse fonctionnelle.

Avec cet outil, le bénéficiaire effectif est identifié et la définition du bénéfice imposable, comme source de définition de la notion lui est refusée. La tentation qui consiste à rechercher l'effectivité dans une variation de l'actif net ou des produits dont sont retraités les charges est donc à proscrire. D'autres voies sont en effet possibles. Le Conseil d'État a choisi celle prévue respectivement aux paragraphes 6 et 4 des articles 11 et 12 du MC OCDE, relatifs aux intérêts et aux redevances.

## **B. Les relations spéciales**

Le bénéfice des avantages catégoriels relatifs aux revenus passifs est rejeté lorsque le débiteur et le bénéficiaire effectif des revenus entretiennent des relations spéciales<sup>250</sup>.

Presque toutes les conventions fiscales prévoient ce type de dispositions mais elles sont réservées uniquement aux intérêts et aux redevances. En effet, établir des relations spéciales en matière de dividendes relève a priori de la gageure.

Le régime des intérêts excédentaires n'est pas plus précisé par les conventions fiscales mais en France l'excédent est en principe un dividende, si la définition de ce revenu au regard des stipulations

---

248 MC OCDE, 2014, commentaire n°32.1 sur l'article 10 ; commentaire n°25.1 sur l'article 11 ; commentaire n°21.1 sur l'article 12.

249 MC OCDE (2014), commentaire n°32.1 sous l'article 10.

250 MC OCDE (2014), art. 11 § 6 et 12 § 4.

conventionnelles autorise une telle assimilation<sup>251</sup>.

Dans le même temps, la déductibilité des intérêts excédentaires semble pouvoir être refusée par l'État de la source en application de l'article relatif aux transferts de bénéfices entre entreprises associées. Ils entraînent l'application des articles 57 et 238 A du CGI ainsi que des dispositifs de lutte contre la sous-capitalisation servis par les articles 39, 1-3° et 212 du CGI.

La notion de bénéficiaire effectif intervient ici directement dans la mise en œuvre de l'outil comme en ce qui concerne la théorie de la force attractive de l'établissement stable. Elle joue le même rôle mais la difficulté est que les relations ne sont définies ni par le modèle ni par les commentaires.

La doctrine administrative reste liminaire en se limitant à préciser que « (l)a notion de relations spéciales couvre toute communauté d'intérêts distincte du rapport de droit qui donne lieu au paiement des intérêts »<sup>252</sup>, sans préciser plus avant l'application de la notion en matière de redevances.

Le modèle conventionnel se borne à indiquer qu'il s'agit de la relation visée. Il s'agit d'intérêts ou de redevances qui sont versés par une personne contrôlée ou contrôlant directement voire indirectement le débiteur, voire liée par des intérêts communs dans le cadre d'un groupe.

Le bénéficiaire effectif est ici la partie qui va bénéficier de la relation spéciale du fait d'une créance ou d'une redevance excessive. De là à définir le bénéficiaire réel comme celui qui bénéficie d'une relation spéciale, il n'y a qu'un pas que le Conseil d'État a franchi sans ambages dans l'arrêt *Diebold Courtage*.

Dans la convention fiscale liant la France et les Pays Bas dont il est question dans cet arrêt, il n'était pas fait référence à la notion de bénéficiaire effectif. La notion avait remplacé celle de créancier. En parallèle, le concept de relations spéciales est plus ancien que celui de bénéficiaire effectif. Il n'allait donc pas de soi que les relations spéciales permettent de définir le bénéficiaire effectif. Dans une démarche littérale, il est contre-intuitif de définir un mécanisme anti-abus alors même que l'on a déjà un autre mécanisme. Définir le bénéficiaire effectif par un concept qui n'a pas vocation à s'appliquer à l'ensemble des revenus passifs pose plus de questions qu'il n'apporte de réponse.

A cet égard, du fait de l'importance de la subsidiarité, les outils de droit interne permettent d'interpeller les relations spéciales sur le prix. En droit interne, le contrôle est défini à l'article L.233-3 du code de commerce et les relations spéciales font quant à elles l'objet d'un traitement spécifique dans le cadre de procédures spécifiques du droit fiscal français.

---

251 Lorsque les conventions fiscales ne donnent pas de définition aux dividendes, ce terme doit être défini par renvoi au droit français qui ne fait pas entrer les revenus réputés distribués dans cette catégorie – CE, 27 juillet 1984, n°16649, 9° et 7° s.-s. : RJF 10/84 n°1247.

252 BOI-INT-DG-20-20-30 n°30

## § 2. Les outils de droit interne

Dans l'arrêt *Diebold Courtage*, l'administration cherchait à démontrer que la redevance qui était payée par un débiteur français à sa société holding au Pays-Bas était excessive eu égard aux prestations fournies. L'arrêt étant antérieur à *Schneider electric*, le Conseil ne fait pas appel au jeu de la subsidiarité engendrant des carences dans un raisonnement qu'il convient de combler.

Le droit interne connaît deux mécanismes l'un général, l'autre spécial permettant de lutter contre les relations spéciales qui conduisent à des transferts de bénéfices.

### A. Le spécial, les prix de transfert

De longue date, les États ont cherché à se prémunir contre les risques d'évaporation qui découlent de la pratique d'entreprises situées sur plusieurs Etats ou territoires, tout en se gardant de mettre en péril la compétitivité de leurs entreprises.

La pratique française a consisté à insérer dans la loi des mécanismes anti-abus, permettant par un jeu de présomptions légales de diminuer la charge de la preuve, qui incombe à l'administration dans le cadre des procédures de rectifications contradictoires.

Ainsi, au terme de l'article 57 du CGI, le fait pour une entreprise soumise à l'impôt en France, de consentir un avantage à une entreprise située hors de France, alors que l'une des deux entreprises est sous la dépendance ou le contrôle de l'autre, laisse présumer l'existence d'un transfert de bénéfices. L'administration est donc autorisée à reconstituer le résultat en France en réintégrant le manque à gagner ou en rejetant une charge excessive. Il s'agit d'une présomption de transfert indirect de bénéfices.

Ce dispositif général est également inséré dans les conventions fiscales signées par la France. Il est rattaché à l'article 9 du modèle de conventions fiscales de l'OCDE relatif aux entreprises associées.

Les prix de transfert se définissent comme les tarifs pécuniaires auxquels une entreprise transfère des biens corporels, des actifs incorporels, ou rend des services à des entreprises associées. Ce sont des transactions entre entreprises d'un même groupe entre différents États.

L'article 57 du CGI assure le respect du principe selon lequel le résultat déclaré en France correspond aux activités déployées sur le territoire national conformément à celui de pleine concurrence. Cet article permet donc de rectifier les situations dans lesquelles le principe n'est pas respecté lorsque directement ou indirectement, les bénéfices sont transférés à l'étranger par tout moyen, notamment par voie de majoration ou de diminution des prix d'achat ou de vente.

Ce dispositif est couplé de deux dispositifs liés à la présence de structures dans des paradis fiscaux. Ils ont pour objectif de créer une présomption de fictivité, d'une part sur les rémunérations versées vers des paradis fiscaux, et d'autre part sur la réalisation du bénéfice ou du revenu dans ces derniers.

L'article 238 A du CGI crée une présomption de fictivité sur les rémunérations versées à un partenaire

domicilié dans un paradis fiscal. L'article 209 B du CGI permet d'imposer en France, au titre de l'impôt sur les sociétés, les résultats des filiales et des succursales implantées dans ces États ou territoires.

Au-delà d'un éventuel problème de champ, l'article 57 imposant les bénéfices et non les revenus passifs, il est difficile de concevoir que ces outils permettent de déterminer qui est le bénéficiaire effectif. Leur objectif est par définition l'imposition en France de revenus qui ne l'ont pas été du fait de la création d'une structure abusive hors du territoire national.

Or, la clause de bénéficiaire effectif n'a pas pour objet de permettre une imposition interne mais justement de l'empêcher. Au niveau conventionnel, elle octroie à l'État de résidence le droit d'imposer soit de manière exclusive, soit de manière partagée, un revenu. Cette approche a tendance à réduire la notion de bénéficiaire effectif en la confondant avec un outil existant de rectification.

Il s'agit d'un concept à la portée très réduite en matière de bénéficiaire effectif d'autant qu'il ne permet pas d'identifier la réalité propre d'un prête-nom.

## **B. L'acte anormal de gestion, le général**

Pour la détermination des bénéfices imposables, les frais et charges ne sont admis en déduction que dans la mesure où ils sont exposés dans l'intérêt de l'exploitation ou dans le cadre d'une gestion commerciale normale.

Selon l'arrêt *Dupont*<sup>253</sup> de 1958, la théorie de l'acte anormal de gestion découle historiquement de l'article 57 du CGI. D'un point de vue théorique, elle est à la confluence des articles 38 et 39 du CGI, selon que l'administration cherche soit à imposer un produit non comptabilisé ou déclaré, soit à rejeter des frais et charges exposés dans un intérêt autre que celui de l'entreprise.

Par principe, l'administration n'a pas à s'immiscer dans la gestion d'une entreprise. Même si l'exploitant est libre de sa gestion, il est possible à l'administration de remettre en cause les dépenses qui ne se rattacheront pas à une gestion normale ou qui n'auraient pas été engagées dans l'intérêt de l'entreprise.

Par un arrêt *SA Sovemarco-Europe*<sup>254</sup>, le Conseil d'État a consacré le principe selon lequel, sauf disposition contraire, rien dans une convention fiscale ne s'oppose à invoquer un acte anormal de gestion.

Le caractère normal ou anormal d'un acte de gestion ainsi que la recherche du bénéficiaire effectif diffèrent dans leur fondement. Le premier repose en effet sur le postulat que la gestion de l'entreprise consiste en la recherche plus ou moins immédiate du profit, de l'amélioration de sa rentabilité alors que le second repose sur l'idée de l'appréciation objective d'une situation de fait.

---

253 CE, 7 juillet 1958, n°35966, Dupont : Dr. fisc. 1958, n°44, comm. 938 ; Recueil 1958, p.575.

254 CE, 18 mars 1994, n°68799-10814, 9e et 8e s.-s., SA Sovemarco Europe : RJF 5/94 n°532.

L'acte anormal de gestion est un outil de requalification qui découle de prescriptions d'assiette. Le contribuable ne qualifie pas sa situation, il est par principe, censé agir dans l'intérêt de son entreprise. A l'inverse, le contribuable doit qualifier sa situation en tant que bénéficiaire effectif pour avoir droit aux avantages prévus par une convention fiscale limitant les doubles impositions du régime mère-fille, ou du régime intérêts et redevances.

Dans le premier cas, il s'agit d'actes passés, alors que dans le second il s'agit d'apprécier sa situation lors de l'instant déclaratif.

Dans la recherche de l'avantage dont bénéficie un tiers, les deux concepts se rejoignent. Pour le déterminer, l'acte anormal de gestion est qualifié en présence de deux éléments : l'absence de contrepartie ou son caractère dérisoire, et la présence d'un choix délibéré de l'entrepreneur.

Afin d'apprécier qu'une charge est excessive ou un produit insuffisant, le juge administratif recherche si un service a été effectivement rendu à l'entreprise. Il s'agit donc dans un premier temps de voir quelle contrepartie en ont tiré les intervenants puis dans un second temps de rechercher la valeur de cette contrepartie et sa justification.

La recherche du profit constitue le but de toute activité commerciale mais l'absence de bénéfice peut être la résultante soit d'une mauvaise gestion ou d'une prise de risque sans résultats positifs. Ainsi, cette théorie consiste à apprécier l'avantage accordé à un tiers à travers les actes, les intentions, et la volonté. L'acte anormal de gestion se distingue de la simple erreur de gestion<sup>255</sup>. Dans un même temps, un critère subjectif est énoncé et une présomption posée<sup>256</sup>. Il s'agit donc d'une opération résultant d'une « intention consciente » qu'il est difficile de renverser dès lors qu'elle est réalisée entre personnes liées.

A l'instar de l'arrêt *Loiseau*, le juge a caractérisé un temps l'acte anormal de gestion lorsque l'expérience acquise et l'importance des pertes « excèdent manifestement les risques qu'un chef d'entreprise peut être conduit à prendre pour améliorer les résultats de son exploitation »<sup>257</sup>. Il vient récemment d'abandonner ce critère dans l'arrêt *SA Montechi Banque*<sup>258</sup>. Néanmoins, l'acte anormal de gestion peut résulter d'un comportement actif comme dans cet arrêt ou d'une démarche passive comme dans l'arrêt *Société Alcatel CIT*<sup>259</sup>.

Ce concept s'apprécie à l'aune de la morale des affaires et du principe de non immixtion de l'administration dans la gestion de l'entreprise, affirmés de façon constante par le Conseil d'État.

---

255 Concl. O. Fouquet, ss CE, 7e et 9e ss-sect., 27 janvier. 1989, req. n° 61422 ; Dr. fisc. 1989, n° 25, comm. 1229 ; concl. O. Fouquet, ss CE, 7e et 8e ss-sect., 21 févr. 1990, req. n° 84483, SARL Solodet ; Dr. fisc. 1990, n° 27, comm. 1305. - Chron. J. Turot, « Avantages consentis entre sociétés d'un groupe multinational », RJF 5/89, p. 263.

256 B. Plagnet, « La non-immixtion de l'administration fiscale dans la gestion des entreprises », BF, 11/99, p. 687 et ss.

257 CE, 17 octobre 1990, n° 83310, *Loiseau* ; RJF 11/90 n° 1317 ; Dr. fisc., 48/91 n° 2281, concl. O. Fouquet.

258 CE, 13 juillet 2016, n° 375801, *SA Monte Paschi Banque*.

259 CE, 8e et 3e ss-sect., 5 octobre 2007, n° 291049, *Sté Alcatel CIT*, concl. N. Escaut, note A. de Bissy ; JurisData n° 2007-081175 ; Dr. fisc. 2008, n° 6, comm. 165.



Requalifier un prix de transfert sur des intérêts ou des redevances<sup>260</sup> ne devrait pas être confondu avec la requalification du bénéficiaire effectif, il y a un pas difficile à franchir.

La rectification d'une situation au regard de relations spéciales conduit à requalifier la situation déclarée par le contribuable qui n'a pas tenu compte des prescriptions nécessaires au bénéfice de cette situation. Or, la jurisprudence a créé un parallèle de principe, sans application pratique, vu que dans la situation concernée elle ne l'a pas appliqué.

En fiscalité internationale, l'exercice du pouvoir général de requalification est soumis à un carcan qui conduit à vérifier la correspondance des outils prévus respectivement par le droit interne et les conventions fiscales. Ce carcan s'exerce également sur l'exercice de la procédure de répression des abus de droit.

Le déroulement du raisonnement de l'arrêt *Diebold Courtage* achoppe. Il induit une confusion des notions de pleine concurrence et de bénéficiaire réel. Cette approche est inutilisable pour les revenus qui ne sont pas issus d'une relation commerciale, à savoir les dividendes. Dès lors, si le risque notamment a pu un temps éclairer quelques aspects de la notion, les mécanismes de requalification des prix de transfert sont inefficaces à définir la notion.

## **Sous-section 2. L'application de l'abus de droit**

Le champ d'application de la notion de bénéficiaire effectif s'étant confondu un temps avec l'abus de droit, il eut pu être tentant de conjuguer les deux notions. La théorie de l'apparence qui permet à l'administration de restituer aux actes leur caractère véritable tout en lui permettant de s'en tenir à la pure forme n'est pas totalement applicable en matière conventionnelle (§ 1). Elle induit une utilisation de la théorie de l'abus de droit par fraude à la loi alors même que la simulation aurait pu être son domaine (§ 2).

### **§ 1. L'utilisation relative de l'apparence**

L'existence d'un principe de répression des abus de droit n'interdit pas à l'administration de requalifier des opérations sans nécessairement avoir recours à l'abus de droit. C'est la déduction logique du pouvoir général de requalification. L'administration et le juge ne sont toutefois pas liés par les qualifications données par les parties<sup>261</sup>.

#### **A. Une apparence limitée à la réalité**

Depuis l'arrêt *Lemarchand*<sup>262</sup> l'administration est en droit d'opposer au contribuable la situation

---

260 Op. cit. Dupont : prêt sans intérêt.

261 CE 6 décembre 1978, n° 5 871-6 835 : RJF 1/79 n° 23 ; CE 6 février 1981, n° 22 189 ; CE 30 novembre 1990, n° 80 567, 9° et 7° s.-s., Peyrot : RJF 1/91 n°63.

262 CE, 20 février 1974, n° 83270 sect. : Dupont p. 201, GAJF 4e éd. N° 10.

juridique dont il se prévaut dans ses déclarations fiscales sans qu'il puisse utilement soutenir que cette situation juridique n'était qu'apparente. En effet, le caractère déclaratif de l'impôt implique que le contribuable soit lié par ses actes, sous réserve de pouvoir corriger ses erreurs par voie de réclamation.

Ainsi, une convention occulte, notamment de prête-nom, qui n'est pas portée à la connaissance de l'administration lui est inopposable. Il en est de même de la cession de titres nominatifs<sup>263</sup> dans la mesure où « la transmission du titre nominatif ne peut s'opérer à l'égard de tiers et de la personne morale que par un transfert sur ces registres »<sup>264</sup>. Toutefois, il est nécessaire que l'apparence ait été organisée par le contribuable<sup>265</sup>.

L'administration n'est pas tenue de mettre en œuvre la procédure de l'article L.64 du LPF et ne doit pas le faire lorsqu'elle écarte un acte occulte pour s'en tenir à l'apparence.

Avec l'arrêt *Société Cidal*, le Conseil d'État a précisé les contours de la notion et a refusé de voir un abus de droit rampant à chaque fois que le service écartait un acte dont le contribuable se prévaut<sup>266</sup>. Dans ses conclusions le commissaire du gouvernement précise que « (l')inopposabilité d'un acte n'obéit pas au régime unique de l'abus de droit et peut donc être invoquée par l'administration en vertu de la théorie de l'apparence dans tous les cas où cet acte occulte et où le service ne prétend pas qu'il serait fictif ou pris dans un but exclusivement fiscal. »

Ainsi, la dichotomie aurait pu être la suivante. Lorsqu'elle choisit d'imposer la réalité, l'administration est contrainte de mettre en œuvre la procédure de l'abus de droit. Dès lors qu'elle écarte un acte juridique apparent comme étant fictif, soit qu'il n'ait aucune réalité, soit qu'il cache la réalité, on se trouve en présence d'une simulation par acte fictif ou déguisé.

Toutefois, selon une partie de la doctrine<sup>267</sup>, le critère de la distinction entre abus de droit et apparence est que l'administration n'est pas tenue de se placer sur le terrain de l'abus de droit si elle ne fait valoir aucune intention abusive. Le caractère intentionnel est affaire d'espèce, ainsi la présence de sanctions est la marque d'un abus de droit rampant.

Ainsi, indifféremment, l'administration pourrait rechercher le bénéficiaire effectif par l'intermédiaire de la procédure de l'abus de droit et de la procédure de rectification contradictoire. Le seul arbitre de la distinction serait la preuve de l'intention abusive.

L'Administration peut au cours d'une même procédure de contrôle alternativement se fonder d'abord

---

263 CE Plén., 26 juillet 1978, n°1885 : Lebon 321 ; RJF 10/78, n°296 et 272, Chron. Verny ; Dr. fisc. 1979, n°23-24, comm. 1212, concl. Martin-Laprade.

264 Décret n°55-1595 du 7 décembre 1955, art. 1.

265 CE, 31 mai 2000, n°187164, Launay : RJF 9-10/00, n°112.

266 CE, 29 janvier 2003, n°233373, Société Cidal : Dr. fisc. 2003, n°20, comm. 383, concl. G. Bachelier ; RJF 4/03, n°474.

267 M. Cozian, F. Deboissy, Précis de fiscalité des entreprises, Précis Fiscal, 37<sup>e</sup> édition, août 2013, p.800

sur l'apparence, puis sur la réalité<sup>268</sup>. Toutefois, dans ses conclusions sous l'arrêt *Nouvelle-Calédonie contre SA Eagle Star Vie*<sup>269</sup>, le commissaire du gouvernement précise que la théorie de l'apparence est « incompatible par nature avec la mise en œuvre des conventions bilatérales ».

Ainsi, le contribuable ne peut utilement soutenir que la situation juridique qu'il a lui-même déclarée n'était qu'apparente.

L'objet des conventions fiscales visant à répartir le droit d'imposer, il est nécessaire de prendre en compte la réalité et non la situation apparente. En suivant les conclusions du rapporteur public, « (c)ette démarche ne peut fonctionner que si elle s'accompagne d'une appréhension objective de la situation réelle du contribuable au regard des règles en cause, à l'exclusion de toute possibilité, pour l'un des deux États parties, de fonder le traitement fiscal de l'intéressé sur la situation de pure apparence qu'il crée. »

Dès lors, l'administration ne peut se contenter de constater des situations apparentes mais doit aller au-delà pour rechercher la réalité. Les indices dévoilés doivent appréhender la situation réelle. Le débat sur la preuve conduit donc le juge à rechercher quelle est la situation réelle, la situation substantielle. En principe, un acte sans paiement ne bénéficiera donc pas d'une convention fiscale. A l'inverse, un paiement sans acte bénéficie d'une convention fiscale.

Une personne apparente ne pourra jamais bénéficier d'une convention fiscale, ce que l'on recherchera c'est le bénéficiaire effectif. Dans un débat latent sur l'abus de droit rampant, l'administration en restituant son caractère véritable à un acte peut toutefois opter en vertu de l'article L.64 du LPF pour la simulation ou la fraude à la loi afin de caractériser la présence d'un bénéficiaire apparent.

## **B. L'absence d'utilisation de la simulation**

La fiscalité internationale a illustré la porosité des concepts de fraude à la loi et de simulation. Avec sa décision *Pléiade*, le Conseil d'État n'a pas immédiatement tranché entre les deux concepts. L'arrêt souligne en effet le caractère fictif d'une holding luxembourgeoise et dans le même temps son absence de substance.

Ce n'est que chemin faisant, avec l'arrêt *Sagal* que le juge administratif a clairement opté pour la fraude à la loi. En effet, même si la doctrine n'est pas unanime sur ce sujet<sup>270</sup>, il apparaissait qu'une holding luxembourgeoise n'était pas fictive du simple fait que ses organes sociaux fonctionnaient et qu'elle procédait à des investissements réels<sup>271</sup>.

Par parallélisme avec le droit privé, les sociétés fictives sont distinguées des sociétés frauduleuses<sup>272</sup>. Le caractère fictif d'une société s'établit par un faisceau d'indices consistant dans la recherche de la réalité de

---

268 CE, 21 décembre 1994, n° 77711, Gonzalez : RJF 2/95, n° 211.

269 CE, 1<sup>er</sup> juin 2005, n° 259618, 8<sup>e</sup> et 3<sup>e</sup> s.s., Nouvelle-Calédonie c/ SA Eagle Star Vie : RJF 10/05 n° 1087 ; BDCF 10/05 n° 121.

270 C. de la Mardière, Abus de droit. - Textes, historique et notion, JCl, Fasc. 375, 10 décembre 2015, §323, p.88.

271 O. Fouquet, Abus de droit : éclaircie ?, Rev. Adm., 2005, p.483.

272 F. Deboissy, La simulation en droit fiscal : LGDJ, 1997, n° 199 et s.

l'*affectio societatis*, du défaut d'activité en raison de l'absence de personnel ou de locaux propres à la société, de leur caractère inadapté et d'un formalisme juridique et comptable non respecté.

En fiscalité professionnelle, la société fictive serait donc celle qui n'existe pas du fait de l'absence d'actes. Il s'agit dès lors d'un cas théorique sans valeur pratique. Depuis l'arrêt *Sagal*, le défaut de substance économique participe de la définition du but exclusivement fiscal. En faisant ce choix, le Conseil d'État accroît les obligations de preuves pesant sur l'administration.

Le modèle de convention fiscale de l'OCDE ne connaît pas immédiatement la notion de société fictive mais fait référence aux concepts de sociétés écrans ou *base companies*. La fonction de ce type de structures est d'encaisser des revenus et de les mettre à l'abri de la fiscalité applicable dans l'État de la résidence du bénéficiaire.

Les montages peuvent être plus ou moins complexes et mettre en œuvre des stratégies très élaborées. Ainsi, une société écran située dans un paradis fiscal peut servir à héberger un brevet créé par un résident. En le concédant à des sociétés, la redevance remonte à la société écran et suivant la nature du paradis fiscal remonte au moins en dividende, au plus en distributions occultes. Un autre type de stratégie peut également conduire à créer des sociétés relais à l'étranger pour bénéficier de régimes fiscaux avantageux ou de conventions fiscales plus favorables, sous le nom de chalandage fiscal.

En matière conventionnelle, l'apparence devrait permettre à l'administration de restituer aux actes leur caractère véritable. Dès lors, que ce soit pour rejeter le bénéfice d'un avantage catégoriel de diminution de la retenue à la source ou conventionnel d'élimination de la double imposition, seule la réalité compte.

## § 2. La définition de l'abus

Le défaut de substance ou de risque induit un montage artificiel. C'est du droit communautaire en matière de taxe sur la valeur ajoutée que vient l'introduction de cette notion<sup>273</sup>. Dans les arrêts *Pléiade*<sup>274</sup> et *Sagal*<sup>275</sup>, le juge national tire les conséquences de l'évolution de la jurisprudence de la CJUE en matière de montage artificiel<sup>276</sup>.

### A. L'appréhension de la substance

Le défaut de substance est illustré par les affaires *Pléiade* et *Sagal* dans lesquelles plusieurs sociétés françaises avaient constitué des holdings au Luxembourg afin de leur confier la gestion de leur trésorerie. Les bénéfices de la holding étaient exonérés pour leur totalité ou presque et les distributions qu'elles avaient réalisées vers la France échappaient à l'impôt conformément aux dispositions du régime des sociétés mères et

---

273F. Deboissy, L'opposabilité à l'administration fiscale des montages contractuels : RDC 2007, n°3, p.1006.

274CE, 18 févr. 2004, n° 247729, Sté Pléiade : Dr. fisc. 2004, n° 47, comm. 849 ; RJF 5/04, n° 510 ; BDCF 5/04, n° 65, concl. P. Collin.

275CE, 18 mai 2005, n° 267087, SA Sagal : Dr. fisc. 2005, n° 44-45, comm. 726, concl. P. Collin ; RJF 8-9/05, n° 910.

276CJCE, plén., 16 juillet 1998, aff. C-264/96, Imperial Chemical Industries : Dr. fisc. 1998, n° 48, p. 1481, obs. P. Dibout ; RJF 11/98, n° 1382 ; BDCF 6/1998, n° 137, concl. G. Tesauro

filles.

L'emprise d'une société, une banque, était caractérisée tant au regard de sa gestion que de ses investissements. Un actif entièrement formé de valeurs mobilières et des actionnaires jamais présents aux assemblées générales caractérisaient que la société luxembourgeoise était une coquille vide. Cette coquille ne pouvait avoir d'autre but que fiscal.

Avec l'arrêt *SAS Andros*<sup>277</sup>, le Conseil d'État a précisé ce que recouvrait le défaut de substance dans un cadre proche de la notion de bénéficiaire effectif. Une interposition purement artificielle a généré une absence d'imposition en empêchant de mettre en œuvre le dispositif anti-abus de l'article 209 B du CGI.

Au cas d'espèce, une société française avait pris des participations dans une entreprise au Panama, pour réaliser par son intermédiaire des opérations de capital risque. La filiale panaméenne n'avait aucune activité et son actif était composé d'une seule participation dans une holding luxembourgeoise à l'activité établie. En l'absence de convention fiscale entre la France et le Panama, la société française recevait de sa filiale des distributions dans le cadre du même régime des sociétés mères et filles.

Or, la société française n'aurait pas bénéficié de ce régime si elle avait détenu directement la société luxembourgeoise. L'interposition étant purement artificielle, l'administration a imposé directement les dividendes entre la société française et la société luxembourgeoise.

Le juge acte que les sociétés non substantielles ne bénéficient pas du régime des sociétés mères et filles tout en faisant l'économie du recours à la notion de bénéficiaire effectif contenue à l'article 119 *ter* du CGI. La présence de la notion à cet article n'a pas été jugée pertinente ou tout du moins les éléments de substance présentés ne caractérisent pas le bénéficiaire effectif. Il n'est toutefois pas possible de trancher cette question.

La substance est donc la réunion de plusieurs éléments relatifs à l'existence juridique de la société, son implantation réelle et son activité économique. Ces indices visent à retranscrire la réalité économique contre les apparences.

Le principe moteur de la substance est celui de la proportionnalité entre la réalité de l'implantation et les moyens mis en œuvre pour l'exercice de l'activité<sup>278</sup>.

## **B. L'appréhension du contrôle et du risque**

Dans l'arrêt *Charcuterie du Pacifique*, le Conseil d'État a souligné que la nature artificielle d'un montage peut se caractériser par l'absence de risque alors qu'il est inhérent à toute opération économique, tout particulièrement, s'il s'agit de réaliser un investissement.

Les arrêts *Bank of Scotland* et *National Treasury Abbey* ont mis en évidence l'absence de risque d'un

---

277 CE, 10 déc. 2008, n° 295977, Sté Andros : Dr. fisc. 2009, n° 20, comm. 323 ; RJF 3/09, n° 255.

278 F. Lugand, M. Verban, D. Tof, La notion de substance en fiscalité internationale : Dr. fisc. 2011, n° 9, 228, p. 21 et 22.

emprunt dont le remboursement était sans aléa du fait des conditions contractuelles. En l'espèce, la banque qui réclamait le bénéfice de l'avoir fiscal ne supportait aucun des risques liés à la qualité d'actionnaire ou plus précisément de ceux octroyés à la qualité de titulaire de l'usufruit d'actions.

Seules les circonstances de fait, liées à la nature des stipulations contractuelles sont susceptibles d'éclairer la notion de bénéficiaire effectif.

Deux ans après l'arrêt *Bank of Scotland*, dans les affaires *Axa* et *Godfarb*<sup>279</sup>, en matière de *Leverage Buy-Out*, le Conseil d'État a jugé qu'il n'y avait pas de montage artificiel du fait de la présence d'un risque. Le fait que la valeur des titres varie ou le puisse pendant la durée de détention, caractérise le risque.

Le risque est l'allié de la substance lorsque celle-ci n'est pas présente. Il justifie la réalité économique d'une opération et son caractère non exclusivement fiscal<sup>280</sup> comme l'absence de substance d'une opération ou d'une société. La question se pose de savoir si le risque ne constitue pas en lui-même un critère de substance.

Dans l'arrêt *Natixis*<sup>281</sup>, le Conseil a souligné qu'un risque n'a pas besoin d'être important. Une société française avait créé une filiale dont la seule activité consistait à détenir des obligations, dont les intérêts étaient exonérés sur place. « *Le fait qu'une prise de participation dans le capital d'une société présente un faible risque économique, compte tenu du contexte ou des circonstances dans lesquelles cette opération intervient, n'a pas pour effet en lui-même de supprimer le risque inhérent à la qualité d'actionnaire* ».

Les titres, actions ou obligations, ne sont pas à l'abri d'une moins-value ou d'un défaut de paiement des intérêts<sup>282</sup>.

Les commentaires relatifs aux revenus passifs du modèle de convention fiscale de l'OCDE précisent que la propriété économique est définie par des exemples. Il s'agit selon ces termes, du « *risque de gains ou pertes liés à l'augmentation ou de la diminution de la valeur de cette participation/créance/du droit ou bien* »<sup>283</sup>.

En recherchant la substance et en déterminant que le contrôle et le risque n'appartiennent pas à celui qui se prétend bénéficiaire effectif, le Conseil d'État retourne la réalité dans l'arrêt *Bank of Scotland*. Dans un premier temps, il ne prétend pas que la banque d'Écosse n'est pas le bénéficiaire effectif qui ne se fait que dans un second temps. Les notions de contrôle et de risque visent à vérifier si la situation alléguée correspond à la situation présentée. Dans cette hypothèse, c'est le contrat d'usufruit liant la banque d'Écosse à une société américaine qui est requalifié en contrat de prêt.

---

279 CE, 7 septembre 2009, n°305586, SA Axa et n°305596, Sté Henri Goldfarb : Dr fisc. 2009, n°39, comm. 484, concl. L. Olléon, note E. Meier et R. Torlet ; RJF 12/09 n°1138 et 1139.

280 A. de Bissy, G. Dedeurwaerder, Le critère du risque dans la jurisprudence fiscale : CDE 2012, n°3 p.37.

281 CE, 11 mai 2015, n°365564, Sté Natixis : Dr. fisc. 2015, n°31-35, comm. 526, concl. E. Bokdam-Tognetti, note N. de Boynes ; RJF 8-9/2015, n°378.

282 Note précitée de Boynes p. 76.

283 MC OCDE, 2014, commentaire n°32.1 sur l'article 10 ; commentaire n°25.1 sur l'article 11 ; commentaire n°21.1 sur l'article 12.

Dès lors que la réalité juridique applicable aux contrats de prêt s'applique, la banque d'Écosse reçoit non pas des dividendes mais des remboursements. En conséquence, c'est la requalification des revenus versés qui induit un changement de bénéficiaire effectif et non la définition elle-même du bénéficiaire effectif.

Si de par sa définition la simulation aurait pu apparaître comme l'outil parfait de la lutte contre les interpositions, la difficulté de l'appréhender a conduit le juge à retenir les notions de contrôle et de risque, plus faciles à appréhender par l'intermédiaire de la procédure de l'abus de droit. Cet outil a permis de déterminer pour partie le domaine de la notion de bénéficiaire effectif.

## **Section 2. Un domaine théorique difficile à établir**

Suite au rapport de l'OCDE de 1986 intitulé « L'évasion et la fraude fiscales internationales – Quatre Etudes », les commentaires du modèle ont évolué pour mettre en lumière le rôle de la notion de bénéficiaire effectif dans la lutte contre les sociétés relais. Or, les juridictions ne partagent pas la même analyse sur le rôle de la notion dans la lutte contre ces structures (sous-section 1).

En effet, l'établissement du bénéficiaire effectif suppose de définir le niveau de risque et de contrôle qu'il supporte dans la réception d'un revenu. Ainsi, cette situation permet de refuser des mécanismes consistants à scinder la propriété en *common law* et en droit civil (sous-section 2).

### **Sous-section 1. Les sociétés relais**

Des contentieux au Canada et au Royaume-Uni ont pointé la difficulté de retenir une approche strictement substantielle. Les décisions oscillent entre une vision purement formelle de l'intermédiaire (§ 1) et une approche plus substantielle qui prend sa source dans la lutte contre les abus de convention (§ 2).

#### **§ 1. Approche substantielle**

Les commentaires sous l'article 1 du modèle de convention fiscale de l'OCDE de 1977 ont donné un cadre élargi de la notion<sup>284</sup>. Les négociateurs conventionnels ont en 1977 considéré que l'extension du réseau des conventions de double imposition pouvait renforcer leur usage abusif. A la faveur de constructions juridiques souvent artificielles, les contribuables seraient susceptibles de tirer profit à la fois des avantages fiscaux prévus par certaines législations internes et des exonérations ou dégrèvements prévus dans les conventions de double imposition.

---

284 MC OCDE, 1977, commentaire n°10 sous l'article 1.



### A. L'ouverture du modèle de convention fiscale

Afin de lutter contre ces dérives, les commentaires précisait notamment qu'« une personne (résident ou non d'un État contractant) qui agirait par l'entremise d'une entité juridique créée dans un État essentiellement pour obtenir les allègements d'impôts prévus dans les conventions conclues par cet État et auxquels cette personne n'aurait pas droit directement » ne devrait pas bénéficier des avantages conventionnels<sup>285</sup>.

L'introduction de la notion dans le modèle de convention fiscale de l'OCDE aurait donc cet objet précis.

Quelques années après son rapport sur les sociétés relais, en 1992 l'OCDE a mise à jour les commentaires relatifs à la notion en vue de coordonner son rôle avec celui de la lutte contre les sociétés relais<sup>286</sup>.

Conformément aux articles 10, 11 et 12 du modèle, une société de transit n'est pas un bénéficiaire effectif. Il ne peut y avoir de limitation de l'impôt lorsque la personne qui en tire profit n'y a pas droit et s'interpose entre la société et le payeur. Ces sociétés relais peuvent normalement être regardées comme n'étant pas des bénéficiaires effectifs, si, bien que propriétaires formels de certains actifs, leurs pouvoirs sont très restreints, en font un simple fiduciaire ou un simple administrateur agissant pour le compte d'une partie intéressée<sup>287</sup>.

Le rapport sur les sociétés relais suggère une analyse complexe de la notion de bénéficiaire effectif basée sur les pouvoirs de jouissance et de disposition du revenu. Il dessine une distinction entre le simple propriétaire du revenu et le propriétaire réel. Cette approche est la base de l'interprétation large de la notion de bénéficiaire effectif en soulignant le rôle de substance sur la forme et mettant en exergue la substance économique et les objectifs économiques de la transaction pour déterminer le bénéficiaire.

La mise à jour des commentaires en 2003 a renforcé cette analyse en précisant « que l'État de la source n'est pas obligé de renoncer au droit d'imposer les revenus de dividendes uniquement parce que ces revenus ont été immédiatement perçus par un résident d'un État avec lequel l'État de la source a conclu une convention ». Dès lors, « le terme « bénéficiaire effectif » n'est pas utilisé dans une acception étroite et technique, mais doit être entendu dans son contexte et à la lumière de l'objet et du but de la Convention, notamment pour éviter la double imposition et prévenir l'évasion et la fraude fiscales »<sup>288</sup>.

Au regard des sociétés relais, le commentaire établit « 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

---

285 MC OCDE, 1977, commentaire n°9 sous l'article 1.

286 MC OCDE (2014), commentaires n°13 à 20 sous l'article 1.

287 MC OCDE (1977), commentaires n°12.3 sous l'art. 10, 10.1 sous l'art. 11, 4.2 sous l'art. 12.

288 MC OCDE (2003), commentaires n°12 sous l'art.10.9 sous l'art.11 et 4 sous l'art. 12.

*administrateur agissant pour le compte des parties intéressées* »<sup>289</sup>.

Contrairement à l'agent, à l'intermédiaire ou au *nominee*, la société relais est appréhendée par les faits et circonstances pour déterminer si une personne est le bénéficiaire réel du revenu dans un sens économique. En effet, elle reçoit le revenu pour son propre bénéfice, par opposition au simple propriétaire qui n'a ni la jouissance ni la disposition du revenu et agit pour le compte du propriétaire réel.

Toutefois, sous le prisme juridique établi par les juridictions canadiennes, bien qu'une personne puisse être obligée de payer le revenu à un mandataire selon un arrangement séparé, cette personne pourra être regardée comme le propriétaire du revenu et pourra être imposée sur ce revenu. Elle sera qualifiée de bénéficiaire effectif dans le cadre d'une interprétation technique étroite.

### **B. L'application jurisprudentielle**

Avec l'arrêt *Indofood*<sup>290</sup>, la *Court of Appeal* du Royaume-Uni eut à trancher un litige de droit privé mettant en cause l'interprétation divergente des conventions fiscales par des structures juridiques membres d'un même groupe. Ce litige est singulier car il ne s'agissait ni d'un litige entre administrations fiscales ni entre l'administration et un contribuable, mais entre contribuables, jugé par une juridiction d'un État qui n'était d'ailleurs pas partie à la convention et n'avait pas d'intérêt dans le litige concerné.

En 2002, la société Indofood, résidente fiscale indonésienne, a levé des capitaux en émettant *loan notes*<sup>291</sup> sur le marché international. Afin d'éviter une retenue à la source de 20 % exigible en vertu de la loi indonésienne, sur les intérêts qu'elle aurait dû payer si elle avait émis les titres obligataires elle-même, sa filiale résidente de Maurice a effectué l'émission. La filiale, jouant le rôle d'une société de financement prêtait ensuite les capitaux à la société Indofood, à des conditions permettant à cette dernière de bénéficier du taux de retenue à la source de 10 %, contenu dans la convention fiscale signée entre l'Indonésie et Maurice. En outre, les parties avaient convenu que ces émissions seraient rachetables immédiatement dans l'hypothèse où une modification de la loi indonésienne aurait pour effet de porter la retenue à la source à un taux supérieur à celui de 10 % prévu par le traité, sauf si des « mesures raisonnables » prises par l'émetteur pouvaient contrer l'effet du changement.

En juin 2004, l'Indonésie a dénoncé la convention fiscale qui la liait à l'île Maurice. Les intérêts payés à Indofood étaient dès lors assujettis à une retenue à la source exigible au taux applicable en l'absence de dispositions conventionnelles favorables, soit 20 %. La société Indofood a alors demandé le rachat des titres. Le *trust* des détenteurs de billets, administré par JP Morgan s'est alors opposé à ce rachat en arguant que

---

289MC OCDE (2003), commentaire n°12.1 sous l'article 10.

290 Court of Appeal, 2 mars 2006, n° A3/2005/2497 : [2006] EWCA, civ. 158 ; R. K. Mitra, Beneficial ownership : UK Court of Appeal in the case of Indofood International Finance : BNA International, 6/06, p.28 ; J. Zaman, Indofood and cross-border financing, Financial Instruments, May 2006, vol.11, n° 4, p. 1 ; M. Amin, Conduit companies and the Indofood case : Financial Instruments, may 2006, vol. 11, n°4, p.4.

291 Forme de titres obligataires.

l'augmentation du taux pourrait être évitée par le recours à une entité, société de financement néerlandaise. La filiale mauricienne transférerait donc sa créance sur Indofood à ce véhicule néerlandais. Cette structure, permettrait selon l'administrateur du trust, l'application de la convention fiscale signée entre l'Indonésie et le Royaume des Pays-Bas. Toutefois, la société Indofood, avec le soutien de l'administration fiscale indonésienne, considérerait que cette structure ne lui permettrait pas de bénéficier d'un taux de retenue à la source moindre, car celle-ci n'était pas le bénéficiaire effectif des paiements d'intérêts, comme l'exigeait le traité.

Le litige relevait de la *Court of Appeal* du Royaume-Uni car la documentation en cause était soumise à la loi britannique. Reprenant les principes d'interprétation des conventions fiscales, en vertu de la Convention de Vienne, la cour a appliqué la notion de bénéficiaire effectif en son sens fiscal reconnu par le modèle. Une fois la notion établie, la cour juge que la société de financement néerlandaise, bien qu'elle dégageait une marge sur le prêt consentit à sa mère, et satisfaisait pas aux conditions de risque et de substance d'une société de financement, conformément au droit néerlandais, ses pouvoirs sur l'opération de prêt étaient limités. De plus, elle n'avait retiré aucun bénéfice direct des intérêts reçus des emprunteurs autres que ceux assurant le financement de ses obligations, en vertu du prêt consentit à la mère. Enfin, elle était obligée d'utiliser ces fonds pour payer les intérêts dus en plus du fait que deux opérations de prêt étaient effectuées à des dates très proches.

De son point de vue, les structures qui, auparavant, n'étaient pas susceptibles d'être remises en cause sur le fondement du droit interne, pourront à présent l'être sur le fondement de la notion de bénéficiaire effectif. La cour a considéré que les deux sociétés de financement, qu'elles soient mauriciennes ou néerlandaises ne pouvaient être qualifiées de bénéficiaires effectives des intérêts versés.

Cette situation permet d'appréhender certains montages, tel les *special purposes vehicles*, *quoted eurobond structures* ou *back-to-back structures*.

Le *common law* se trouve dans une dialectique ambiguë entre d'une part un concept défini et d'autre part une approche fiscale du sujet. Le juge britannique, à l'inverse du juge canadien a jugé que la définition fiscale prévalait sur les autres définitions, permettant d'appréhender les sociétés relais comme des montages abusifs. A l'inverse, le droit civil qui ne connaît pas la notion mais qui connaît un autre droit de la propriété, est confronté à d'autres paradoxes.

## § 2. Approche formelle

Avec les arrêts *Prévost Car Inc*<sup>292</sup> et *Velcro Canada Inc*<sup>293</sup>, les juridictions canadiennes ont pris le

---

292 *Prévost Car Inc, vs La Reine*, 2009 CAF 57 en appel de *Prévost Car Inc, vs La Reine*, 2008, CCI, 231.

parti de cette interprétation de la notion.

Pour les comprendre, il faut s'intéresser aux arrêts eux-mêmes qui conduisent à une interprétation limitative de la notion.

#### A. L'arrêt *Prévost Car Inc*

Dans l'arrêt, *Prévost Car Inc.*, la société Prévost Car Inc., résidente du Canada, constituée en vue de produire et de vendre des autobus et des produits dérivés avait versé des dividendes à Prévost Holding, constituée et résidente au Royaume des Pays-Bas.

Dans les années 90, deux sociétés, Volvo, résidente du Royaume de Suède, et Henlys, résidente du Royaume-Uni, avaient décidé de l'acquérir au travers de la société holding, Prévost Holding, au Royaume des Pays-Bas à la fois pour des raisons fiscales et pratiques, afin de conduire leurs affaires en anglais.

En mai 1995, Volvo et Henlys entraient au capital de la holding en signant concomitamment un pacte d'actionnaires en vertu duquel Volvo transfère à la société néerlandaise toutes les actions acquises dans la société canadienne et ensuite vend 49 % du reste à Henlys. Le pacte d'actionnaires prévoyait que pas moins de 80 % des profits devaient être distribués aux actionnaires, le plus tôt possible, avant la fin de l'exercice fiscal. En outre, elle stipulait que le conseil d'administration de la société néerlandaise devait prendre des mesures raisonnables en vue de s'assurer que les dividendes seraient déclarés par le contribuable ou que d'autres mesures seraient prises pour s'assurer que la société néerlandaise ait les fonds disponibles pour payer les dividendes.

En 1996, la société canadienne a adopté une stratégie de paiement des dividendes trimestriels, égale à 80 % de ses profits nets d'impôts. Les documents de la société néerlandaise établissaient que son conseil avait placé en réserve ses profits dans le respect du pacte d'actionnaires et également payé les dividendes aux associés. De plus, la société néerlandaise n'avait aucun salarié, aucun autre actif que ceux investis dans la société canadienne et payait ses dépenses opérationnelles par l'intermédiaire d'avances de trésorerie provenant de ses associés.

L'argumentaire du ministre était de considérer que la holding néerlandaise n'était pas le bénéficiaire effectif des dividendes, mais une société relais en faveur de ses associés afin de percevoir des dividendes du contribuable.

Dans sa décision, la Cour Canadienne de l'impôt du Canada, en référence aux règles d'interprétation des conventions issues du Traité de Vienne sur le droit des traités, adopte une interprétation nationale du terme bénéficiaire effectif, partant du principe que le modèle ne l'exclut pas.

La cour considère de manière paradoxale qu'il n'y a pas de relations entre la holding et ses actionnaires. Elle effectue ce constat alors même que la holding n'a aucun salarié que ce soit aux Pays-Bas ou ailleurs. La cour indique que les associés sont fondés à recevoir les dividendes uniquement lorsque ceux-ci sont déclarés et que les associés les ont approuvés, de manière à ce qu'il n'y ait pas de flux prédéterminé et automatique entre les deux sociétés.

Le point important de l'argumentaire est de considérer que le pacte d'actionnaires n'est pas pertinent dans la mesure où la holding n'est pas partie à l'accord. Dès lors, elle n'a pas agi pour le compte d'un tiers. En conséquence, si les dividendes n'avaient pas été payés, les associés auraient eu un motif de contentieux l'un envers l'autre, mais aucun n'aurait eu un motif sérieux d'action envers la holding. Enfin, l'acte de constitution de la holding ne l'obligeait pas à payer des dividendes à ses actionnaires. La cour constate que les fonds reçus par la holding sont des actifs pour elle. Ils sont donc appréhendés par ses créanciers lors du paiement. Ainsi, la cour conclut que la holding est le bénéficiaire effectif des dividendes payés par Prévost et en conséquence est fondée au bénéfice du taux réduit de retenue à la source en vertu de la convention fiscale entre le Canada et les Pays Bas.

*In fine*, l'approche de la cour est de vérifier que la société n'agit pas formellement comme un intermédiaire. Elle ne cherche pas à aller au-delà. Il s'agit donc de vérifier qu'elle n'agit pas pour le compte d'un tiers. Les juridictions canadiennes considèrent que le droit de la propriété l'emporte sur le droit fiscal. Cette solution est confirmée dans un second arrêt.

## **B. L'arrêt Velcro**

En 1987, Velcro Canada Inc., société fille résidente du Canada signe un contrat de licence avec Velcro Industries BV, société résidente du Royaume des Pays-Bas pour utiliser une nouvelle technologie au Canada. De 1987 à 1995, la société paie des dividendes à sa mère en appliquant le taux de retenue à la source en accord avec la convention entre le Canada et les Pays-Bas.

A la suite de la réorganisation du groupe Velcro en 1995, la mère devient résidente des Antilles néerlandaises. En octobre 1995, la mère cède le contrat à une filiale résidente des Pays-Bas, et transfère ses droits et obligations relatifs au premier contrat. En conséquence, il est demandé à la société canadienne à partir d'octobre 1995 de payer les dividendes à la filiale néerlandaise.

La société canadienne continue de prélever la retenue à la source conformément à la convention fiscale jusqu'en 1998, date à laquelle les redevances sont exonérées de retenue à la source par un avenant à la convention fiscale. Le Canada et les Antilles néerlandaises n'ayant pas de conventions fiscales, la retenue à la source aurait été de 25 % dans le cas d'un versement à un résident de ce territoire.

En octobre 2003, la mère aux Antilles néerlandaises et la fille canadienne suspendent le premier accord. Le même jour, un nouveau contrat de licence est attribué et les deux filles néerlandaises et canadiennes le

signent. Ni les flux financiers, ni les termes du nouveau contrat ne changeaient, à l'exception du nom des parties. Dans un jeu de cascades contractuelles, la société mère octroie la licence d'exploitation à la filiale néerlandaise qui l'octroie pour sa part à l'autre filiale canadienne. Le montant des redevances payées par la filiale néerlandaise à la mère aux Antilles néerlandaise était égal à 90 % des redevances reçues de la filiale canadienne. De plus, elles devaient être payées sous quarante jours à partir de la réception des redevances payées par la filiale canadienne.

L'administration fiscale canadienne considérait donc que le récipiendaire direct des redevances agissait comme un simple agent ou une société au regard du flux et n'avait pas tous les attributs de la propriété.

Toutefois, la cour canadienne de l'impôt considère que le bénéficiaire effectif d'un revenu est la personne qui reçoit ce revenu pour ses propres usages et jouissances et qui assume le risque et le contrôle du revenu reçu.

Elle opère un virage au regard de *Prévost Car Inc.* en ne rattachant pas la définition au droit interne mais souligne quatre éléments qui permettent d'attribuer la qualité de bénéficiaire effectif : la possession, l'usage, le risque et le contrôle.

En appliquant un tel test, elle respecte un considérant important de l'arrêt *Prévost* selon lequel une cour ne devrait pas éliminer une société écran à moins que la société n'ait un droit absolu sur l'actif et les revenus y afférents. Le juge conclut que le contribuable démontre qu'il est le bénéficiaire effectif des redevances dans la mesure où, en droit comme en fait, les redevances peuvent être versées à la filiale néerlandaise et que l'actif et les fonds sont compris dans les résultats sociaux de la filiale néerlandaise.

Que les paiements soient confondus avec d'autres dans les comptes de la filiale confère selon les juges canadiens, un pouvoir discrétionnaire sur l'utilisation des fonds. Le juge souligne que les redevances sont considérées comme des actifs listés dans les états financiers de la filiale néerlandaise, mis à disposition des créanciers. Enfin, bien que la filiale néerlandaise fût obligée contractuellement de payer 90 % des redevances à sa mère, les fonds effectivement payés ne sont pas nécessairement les mêmes que ceux reçus du fait du taux de change et des retenus à la source.

La cour applique ainsi les commentaires de l'OCDE, afin de vérifier si la filiale néerlandaise ne peut pas non plus être qualifiée de *nominee* dans la mesure où elle agit pour son propre compte tout le temps et qu'elle est soumise à l'accord de cession. La cour rejette cette interprétation dans la mesure où la filiale dispose d'un pouvoir discrétionnaire sur les sommes reçues, à savoir de respecter ou non le contrat.

Partant de l'exemple de l'intermédiaire, une approche juridique et formelle de la notion apparaît.

Malgré tout, au niveau conventionnel, afin d'établir l'action d'un intermédiaire, il convient toujours de vérifier la réalité des relations contractuelles.

Les commentaires du modèle font apparaître un paradoxe. Les sociétés relais apparaissent comme une forme d'utilisation abusive des conventions et ne devraient pas bénéficier des avantages que peut procurer une convention. Cette approche a tendance à dissoudre la définition originelle de la notion qui est de lutter contre les abus mais principalement d'éliminer les doubles impositions.

### **Sous-section 2. Les démembrements de propriété et assimilés**

Au regard des commentaires, si les sociétés relais ne sont pas les bénéficiaires effectifs c'est seulement parce qu'elles ne disposent « 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 »<sup>294</sup>.

L'OCDE propose une interprétation du droit des fiducies au regard des objectifs de la notion (§ 1). Conçue à la fois comme outil dans l'élimination des doubles impositions et la lutte contre la fraude et l'évasion fiscales, la notion de bénéficiaire effectif permet de reconsidérer les démembrements de propriété (§ 2).

#### **§ 1. En common law**

La notion qui tire sa source du droit anglo-saxon, la casuistique y fait peu de cas de l'esprit de système. La conjugaison des définitions fiscales et des autres branches du droit y est faite par certaines juridictions, d'autres en prennent d'autres.

La notion est utilisée depuis longtemps dans les États appliquant le *common law*. A l'origine, elle était comprise dans les obligations implicites sur les ventes de terrains, distinguant le propriétaire légal du *beneficial owner*.

La propriété s'y divise entre le bénéficiaire légal et le non-légal, tel l'administrateur d'un *trust*. Une distinction a été créée *equity*, entre la propriété légale de l'administrateur du *trust* et l'*equitable*, ou l'avantage, propriété du bénéficiaire. Dans un simple *trust*, l'administrateur tient l'actif pour le bénéficiaire qui est le détenteur des titres, bien qu'il existe un doute sur le fait de savoir strictement, si cela signifie que ce dernier est propriétaire de tout.

Dans le cas où le bénéficiaire d'un *trust* a un droit sur la totalité du revenu et que la qualification fiscale dépend de la nature de ce revenu, le bénéficiaire doit être titulaire du même revenu que celui que l'administrateur a reçu. En effet, dans certaines circonstances, il pourrait être avantageux pour un contribuable que la nature du revenu change du seul fait de l'interposition d'un *trust*<sup>295</sup>. De ce résultat qui semble logique en matière fiscale, il n'y a qu'un pas à décrire le bénéficiaire comme étant le bénéficiaire

---

294 MC OCDE (2014), commentaires n°12.3 sous l'art. 10, 10.1 sous l'art. 11, 4.2 sous l'art. 12.

295 *Syme v. Commissioner*, 1914, AC 1013 (Victoria, Australie) ; *Baker v. Archer-Shee*, 1927, AC 844, 11 TC 749 (Royaume-Uni) ; *Commissioner v. Nevius*, 76 F.2d 109 (2nd Cir. 1935) (États-Unis d'Amérique).



effectif du revenu sous-jacent, bien que le droit des trusts conteste cette interprétation et qu'il n'est pas décrit dans le droit fiscal des *trusts* au Royaume-Uni où l'expression utilisée est celle de détenteur de *beneficially entitled*.

Ce point n'est pas précisé par les commentaires du modèle de convention fiscale, l'interposition permettant de modifier la nature d'un revenu ne devrait pas être admise car elle influe sur la qualification de bénéficiaire effectif.

Les bénéficiaires discrétionnaires d'un *trust* en tant que catégorie peuvent être dans la même position, mais seulement s'ils sont tous répertoriés et comme une catégorie appelée pour le revenu qui leur est distribué. D'autres difficultés naissent si le bénéficiaire est titulaire d'une part seulement du revenu, lorsque la part du revenu est payée à une autre personne en tant que rente, ou lorsqu'existe une possibilité d'accumuler le revenu.

En dehors du domaine des trusts, lorsque le droit fiscal utilise la notion, beaucoup de difficultés naissent notamment dans le domaine des liquidations où les jurisprudences des juridictions britanniques et australiennes arrivent à des conclusions différentes. En vertu d'un contrat sous condition suspensive, un acquéreur peut être le bénéficiaire effectif<sup>296</sup>, ou ne pas l'être<sup>297</sup>.

En *common law*, la définition du bénéficiaire effectif dépend du contexte légal dans lequel la disposition est énoncée.

Le projet de clarification de la notion portée par l'OCDE faisait référence à la différence entre propriété légale et bénéficiaire effectif. Cette distinction recoupe la distinction entre la forme et la substance sur laquelle le *common law* ne s'engage jamais.

En effet, souvent en *common law*, lorsque les administrateurs d'un *trust* discrétionnaire ne distribuent pas les dividendes perçus pendant une période donnée, ils agissent en tant que tels. De même, le *trust* peut être vu comme un contribuable. Dans cette hypothèse, ils pourraient être les bénéficiaires effectifs de ces dividendes, même si la législation concernée sur les trusts peut faire la distinction entre propriétaire légal et bénéficiaire effectif.

Il s'agit d'un test juridique d'opacité, de capacité juridique ou fiscale qui serait de nature à permettre de vérifier quelle entité est le bénéficiaire effectif.

## § 2. En droit civil

En France, en application du droit civil, la disposition, a pendant longtemps était inconnue. Le code monétaire et financier ayant clôturé cette discussion tardivement, le juge administratif s'est retrouvé, comme

---

296 *Linter Textiles Australia Ltd v. Comr. of Taxation*, 2005, High Court of Australia 20.  
297 *Ayerst v. C & K Construction Ltd*, 1975, STC 345.

il l'est toujours, face à la nécessité de la définir. Les outils de requalification n'ayant pas en eux-mêmes apporté d'éclairage à la notion, elle est recentrée grâce aux situations dans lesquelles elle est utilisée.

### A. Les jeux autour des démembrements de la propriété

Le *common law* ne connaît pas la distinction entre l'*usus*, de l'*abusus* et du *fructus*. En France, selon l'article 544 du Code civil, « la propriété est le droit de jouir et disposer des choses de la manière la plus absolue » dans le respect de la loi.

Décomposé en droit d'user, de jouir et de disposer d'une chose, le bénéficiaire effectif est fondamentalement celui qui jouit de la propriété. Dès lors, l'usufruitier d'un actif générateur de revenus passifs serait naturellement le bénéficiaire effectif.

Or, le Conseil d'État s'est retrouvé face à un usufruitier qui n'en était pas un dans deux arrêts successifs *Bank of Scotland* et *National Treasury Abbey*.

Dans ces cas deux espèces, une société américaine détenait des participations dans des sociétés françaises. Elle ne céda donc que l'usufruit des participations qu'elle détenait sur ces sociétés dans des conditions telles que le risque et le contrôle sur celles-ci lui appartenaient.

En effet, les conditions contractuelles étaient telles que seuls les dividendes étaient perçus par l'usufruitier. Ce dernier ne participait pas aux décisions de la société, les droits de vote afférents à ce démembrement ne lui ayant pas été cédés. La contrepartie de cette situation était qu'il ne supportait plus les risques d'un actionnaire usufruitier. En effet, le nu-proprétaire lui garantissait la distribution des dividendes ou un remboursement de la redevance versée dans le cadre du démembrement de propriété.

En conséquence, le juge considéra dans les deux affaires que le démembrement de propriété n'en était pas un. Il considéra que la cession de l'usufruit maquillait un contrat de prêt. En effet, la redevance était un prêt dans la mesure où l'entité intermédiaire était sûre de recevoir en dividendes le montant qu'elle avait versé en redevances. La rémunération du prêt était assurée par le mécanisme de l'avoir fiscal, prévu par la convention fiscale entre la France et le Royaume-Uni.

Dans cette optique, le bénéficiaire effectif est l'emprunteur, en l'occurrence la société américaine. Cette approche semble aller plus loin que les stipulations du commentaire de 2014 en retenant une obligation en amont du paiement.

Pour contrecarrer cette approche, la requalification de l'usufruit en prêt permet de considérer que celui qui jouit des fruits n'est pas la société intermédiaire, mais celui qui bénéficie du prêt. En effet, les participations n'étant plus démembrées, l'opération telle que rétablie par le Conseil d'État, est que la société américaine reçoit des dividendes, qu'elle bénéficie d'un prêt, qu'elle rembourse par l'octroi des dividendes.

Le second temps, celui du lien direct entre le paiement et l'obligation n'a plus lieu d'être. Le schéma

initial est donc totalement dénaturé au profit d'une analyse de la réalité économique. Dès lors, doivent être appliqués la convention franco-américaine sur les dividendes versés par les filiales françaises à leur mère, puis la convention entre le Royaume-Uni et les États-Unis pour les intérêts versés par la société américaine.

L'opération de paiement doit être dirigée vers celui qui en tire les fruits. Dans les affaires précitées, il s'agissait bien évidemment de paiement de dividende, mais pour cela encore faut-il que l'information soit disponible.

### **B. L'information sur le récipiendaire**

Historiquement, les sociétés de capitaux émettaient des titres, représentatifs de la valeur investie par l'actionnaire, le porteur de parts ou l'obligataire. Conformément au code civil, selon lequel « *en fait de meuble, la possession vaut titre* »<sup>298</sup>, la détention de ce document valait preuve de la propriété des parts de l'entité. La cession du titre avait lieu par la simple remise du document papier du cédant au cessionnaire.

Par une loi du 30 décembre 1981, les titres des sociétés ont été dématérialisés<sup>299</sup>. Les sociétés ne peuvent plus émettre des titres sous format matériel, la propriété des valeurs mobilières résulte désormais d'une inscription en compte titres. Les valeurs mobilières inscrites sur un compte titres ouvert au nom de leur propriétaire, sont détenues par lui et sont tenues soit par la société qui a émis les titres soit par un intermédiaire habilité. Les titres sont détenus au porteur ou au nominatif.

Les actionnaires sont libres de choisir le mode de tenue de compte qu'ils souhaitent. Ils restent toujours les détenteurs et plein propriétaires.

Les titres au porteur sont inscrits dans les livres de compte d'un intermédiaire financier. Le teneur de compte conservateur.

Lorsque le nominatif s'applique, le nom de l'actionnaire figure dans les registres de la société. Toutefois, ce mode de tenue du compte peut prendre deux formes distinctes. Dans une première hypothèse, dénommée « nominatif administré », la gestion du compte-titres est confiée à un intermédiaire financier comme dans la situation des titres au porteur mais, en contrepartie de cette inscription, ce dernier facture des droits de garde. Dans une seconde hypothèse, dénommée « nominatif pur », les titres sont inscrits dans le registre de la société qui les émet et qui en assure la gestion administrative, elle en est le teneur à moins de mandater un prestataire à cet effet.

Dans ces hypothèses, le bénéficiaire effectif reste bien le détenteur du titre. C'est en effet, lui le seul qui peut bénéficier des fruits recueillis par les titres qu'il possède. Toutefois, le système de la tenue de compte peut dans les cas d'intermédiation conduire à une absence d'information de la société émettrice.

---

298 Code civil, article 2276.

299 Loi n°81-1160 du 30 décembre 1981, art. 94-II ; décret n°83-359 du 2 mai 1983, art. 1 à 23.

Dès lors, le code de commerce fixe aux articles L. 228-2 à L. 228-3-4 les procédures nécessaires à l'identification des titres de capital. Il ne peut se trouver de situation dans lesquelles le détenteur réel ne serait pas connu en France. Toutefois, dans cette hypothèse, le détenteur réel est privé des droits de vote pour toute assemblée d'actionnaires ou d'obligataires et voit la distribution des dividendes suspendue jusqu'à ce qu'il soit identifié<sup>300</sup>. De plus, les juridictions peuvent, sur la requête de la société émettrice ou d'un de ses actionnaires, prononcer la privation totale ou partielle des droits de vote attachés aux titres.

Toutefois, certains produits bénéficient d'un régime dit de l'anonymat fiscal. Au terme d'un prélèvement libératoire de l'impôt sur le revenu au taux de 60 %<sup>301</sup> et des prélèvements sociaux sur les produits, ainsi que d'une taxe de 2 % sur le montant nominal des bons, le CGI empêche l'administration fiscale de connaître le détenteur des bons du Trésor et assimilés, ainsi qu'un certain nombre de produits financiers<sup>302</sup>. La compatibilité de ces dispositifs avec l'obligation de connaître et d'informer les États et territoires étrangers des informations relatives à ces bons que détiendraient des étrangers est source d'interrogations.

Si les arrêts *Bank of Scotland* et *National Treasury Abbey* ont établi un abus de droit, en restituant aux actes leur réalité, les juges ont de fait changé le nom du bénéficiaire effectif. Ces arrêts ne permettent toutefois pas de savoir qui de l'usufruitier et du nu-propiétaire est le bénéficiaire effectif de revenus passifs.

Dans cette perspective de ces contentieux, le propriétaire formel n'est donc pas le bénéficiaire effectif, du fait de l'abus. Au sein des travaux de l'OCDE, le propriétaire formel n'est pas le bénéficiaire effectif en raison des liens qu'il a avec une tierce personne qui ne lui permet pas d'avoir le contrôle et le risque de l'opération concernée.

Face aux risques d'interprétations asymétriques entre les États, l'OCDE a donc proposé par la révision des commentaires du modèle de 2014, une nouvelle définition.

## Chapitre 2. Une définition de principe en évolution

Lors de la révision des commentaires du modèle en 2014, a été rejetée une définition dite restreinte afin de privilégier une approche dite large. Ainsi, depuis cette révision, « le terme « bénéficiaire effectif » n'est pas utilisé dans une acception étroite et technique (comme le sens que lui attribue le droit des fiducies

---

300 Code de commerce, art. L.228-3-3.

301 CGI, art. 125, III bis, 9°.

302 Les bons de la Caisse nationale du crédit agricole, les bons d'épargne de La Poste, les bons à cinq ans du Crédit foncier de France des bons de caisse émis par les établissements de crédit qui peuvent être soumis au prélèvement sur option et bons ou contrats de capitalisation qui sont souscrits auprès de sociétés dites « de capitalisation » moyennant le versement d'un intérêt ou produit qui n'est pas distribué chaque année mais capitalisé jusqu'à l'échéance du bon ou contrat.

de nombreux pays de common law), mais doit être entendu dans son contexte, et notamment en lien avec les mots « payés [...] à un résident », et à la lumière de l'objet et du but de la Convention, notamment pour éviter la double imposition et prévenir l'évasion et la fraude fiscales. »<sup>303</sup>

Cette approche a consisté en la spécialisation de la notion, vis-à-vis des autres branches du droit (section 1) et dans le dépassement des termes de la définition originelle afin de lui donner une définition positive en matière d'assiette des impositions (section 2).

### **Section 1. Le rejet d'une définition restreinte**

Au niveau conventionnel, la mise en place d'une définition de la notion s'est faite par l'intermédiaire des commentaires. Toutefois, la définition conventionnelle a été complétée par une définition communautaire, désormais européenne de la notion (sous-section 1). A la définition originelle s'oppose des définitions apparues récemment en droit bancaire et en matière d'échange de renseignements (sous-section 2).

#### **Sous-section 1. Les errements de la définition originelle**

Aucune définition n'étant portée par aucune convention fiscale, les commentaires du modèle de convention fiscale de l'OCDE ont dès 1977 proposé une définition par l'exemple (§ 1). Cette définition, toujours présente dans le modèle irrigue la compréhension de la notion. De même, elle a été reprise dans l'un des succédanés européens des conventions fiscales, la directive intérêts et redevances. Elle a pour caractéristique centrale de présenter ce qu'est le prête nom, ce que n'est pas le bénéficiaire effectif (§ 2).

#### **§ 1. Une définition par l'exemple**

La notion a été insérée dans le modèle de convention fiscale, à l'occasion de sa première révision. Les commentaires de l'époque sont l'occasion d'une première définition limitative du terme.

Ainsi, la limitation de la retenue à la source « ne s'applique pas lorsqu'un intermédiaire, tel qu'un agent ou autre mandataire, s'interpose entre le créancier et débiteur »<sup>304</sup>. Le commentaire établit donc que le bénéficiaire effectif est celui qui n'agit pas comme intermédiaire, tel un agent ou un *nominee*<sup>305</sup>. *A contrario*, lorsqu'une personne ou une structure est interposée entre le récipiendaire et le payeur, elle n'est pas le bénéficiaire effectif.

En France, conformément aux dispositions de l'article 1984 du Code civil, le mandat est le contrat par lequel une personne, le mandant, donne à une autre, le mandataire, le pouvoir de faire quelque chose pour son compte et en son nom. Le mandat étant un contrat consensuel qui n'est assujéti à aucune forme, il

---

303 MC OCDE (2014), commentaires n°12.1 sous l'article 10, n°9.1 sous l'article 11 et 4 sous l'article 12.

304 MC OCDE, 1977, commentaire n°12 sous l'article 10.

305 MC OCDE, 1977, commentaire n°12 sous l'article 10 en version anglaise.

peut être donné par écrit ou verbalement<sup>306</sup>.

Les actes accomplis par le mandataire engagent le mandant en le rendant débiteur ou créancier de la personne qui a traité avec le mandataire, sans que celui-ci soit tenu, à quelque titre que ce soit. Le mandat se distingue du courtage dans lequel le courtier met des personnes en relation pour la conclusion d'un contrat mais ne traite pas au nom et pour le compte d'une de ces personnes. Lorsqu'une personne souhaite confier à un mandataire le soin de vendre ses droits sociaux, l'article 1988 du Code civil prévoit qu'elle doit donner à celui-ci un mandat exprès qui détermine le type d'actes que le mandataire va pouvoir effectuer.

Le traitement fiscal de l'opération dépend de la nature de l'imposition concerné. En matière d'impôt sur les bénéfices, il apparaît toutefois qu'elle relève toujours de la neutralité fiscale. D'un point de vue juridique, il n'est jamais le propriétaire du bien concerné mais la situation aura un impact différent suivant qu'il a agi en transparence vis-à-vis des tiers ou pas<sup>307</sup>. Le Trésor constitue dans ce type d'opération, un tiers.

La mise à jour en 2003 des commentaires a apporté des éclaircissements sur la notion, toujours présents dans la dernière révision des commentaires. « *Lorsqu'un élément de revenu est perçu par un résident d'un État contractant agissant en qualité d'agent ou autre mandataire, il serait contraire à l'objet et au but de la Convention que l'État de la source accorde une réduction ou une exonération de l'impôt du seul fait que le bénéficiaire immédiat du revenu est un résident de l'autre État contractant. Dans cette situation, le bénéficiaire immédiat du revenu a la qualité de résident mais il n'existe pas de risque de double imposition de ce fait puisque le résident n'est pas considéré du point de vue fiscal comme le propriétaire du revenu dans l'État de résidence.* »<sup>308</sup>

La rémunération de l'intermédiaire, qu'il soit commissionnaire opaque ou transparent est toujours constituée par la commission. Dans la première formule dite opaque, le revenu appréhendé transite par un compte de tiers afin d'être transféré à son client. La rémunération est inscrite en produit, mais le revenu, source de la rémunération ne figure pas au compte de résultat. A l'inverse, dans la seconde, dite transparente, le revenu appréhendé figure à la fois dans les comptes de tiers et au compte de résultat. La neutralité de la relation d'intermédiaire est assurée par une charge correspondante lors du reversement du revenu.

En droit interne, la qualité d'exploitant est déterminée par l'accomplissement des obligations commerciales ou fiscales, telle l'inscription ou la radiation du registre et des sociétés, les déclarations d'existence, de résultat, de cession ou de cessation. Toutefois, elle peut résulter du fait qu'un contribuable qui, bien que ne possédant pas le diplôme de pharmacien, gère une officine dont il est propriétaire par un prête-nom titulaire de ce diplôme et à qui il verse des appointements fixes<sup>309</sup>.

---

306 Code civil, art. 1986, alinéa 1.

307 Application de la théorie de l'apparence.

308 MC OCDE, 2003, commentaires n°12.1 sous l'article 10, 10 sous l'article 11 et 4.1 sous l'article 12.

309 CE, arrêt du 5 juillet 1958, req. n° 40149, RO, p. 182

## § 2. Une définition par la négative

Les exemples que proposent les commentaires, à savoir le mandataire, le *nominee*, ou l'intermédiaire ne sont pas retenus pour définir le bénéficiaire effectif. En effet, ils proposent une définition par la négative.

À la différence de la clause de bénéficiaire effectif, la clause de bénéficiaire apparent est écrite de manière positive sans un quelconque exemple d'une situation qui la caractériserait. Il aurait pu être précisé que le *nominee*, le mandataire ou l'intermédiaire sont des bénéficiaires apparents. Or, tout au contraire, la doctrine administrative spécifie qu'il « *n'y pas lieu de s'arrêter à la forme juridique ou à la qualification des rapports fiduciaires existant entre les intéressés (mandataire exprès ou tacite, représentant, gérant d'affaires, broker, nominee, treulhandler...)* »<sup>310</sup>.

En matière de bénéficiaire effectif, la pertinence des rapports fiduciaires est au cœur des commentaires du modèle de 2014. Les commentaires recommandent de traiter les administrateurs d'un trust et s'il y a lieu, en cas d'assujettissement, le trust lui-même, s'il est discrétionnaire comme le bénéficiaire effectif des dividendes qu'il perçoit pour autant qu'il ne les distribue pas durant une période donnée<sup>311</sup>. Toutefois, agissant toujours par l'exemple, les commentaires n'aident pas à comprendre une notion dont il serait nécessaire d'analyser tous les exemples présentés pour pouvoir en retirer les récurrences et les différences.

La directive 2003/49/CE du Conseil du 3 juin 2003 concernant un régime fiscal commun applicable aux paiements d'intérêts et de redevances effectués entre des sociétés associées d'États membres différents fournit quant à elle deux définitions différentes de la notion.

Selon les termes de la directive, dans un premier point de vue, « *(u)ne société d'un État membre n'est considérée comme bénéficiaire des intérêts ou des redevances que si elle les perçoit pour son compte propre et non comme représentant, par exemple comme administrateur fiduciaire ou signataire autorisé, d'une autre personne.* »

Dans un second sens, un établissement permanent doit être traité comme bénéficiaire effectif des intérêts et redevances, « *si la créance, le droit ou les actifs générateurs d'intérêts ou de redevances se rattachent effectivement à cet établissement, et si les paiements d'intérêts et de redevances constituent des recettes auxquelles est applicable, dans l'État membre où cet établissement stable se situe,* » l'impôt sur les sociétés.

Au niveau de l'établissement permanent, il y a donc deux volets cumulatifs. D'une part, il doit être le bénéficiaire effectif du droit ou de l'actif qui génère des revenus et d'autre part, le revenu doit être attribué à l'établissement permanent à des fins fiscales selon la loi de l'État dans lequel il est situé.

Le rattachement effectif d'un droit ou d'un actif à l'établissement permanent signifie qu'il doit être intégré dans les livres sociaux de cet établissement aux fins d'y payer l'impôt.

---

310BOI-INT-CVB-CHE-10-10 n°60.

311MC OCDE (2014), commentaire n°12.1 sous l'art. 10.



Pourtant les définitions précitées ne figurent dans aucun pan de la législation française<sup>312</sup>. On aurait pu attendre qu'elle soit traduite en droit interne ; or elles n'apparaissent nulle part, que ce soit en partie législative ou réglementaire, dans le code lui-même ou ses annexes. La doctrine administrative n'est pas plus loquace sur le sujet même de cette directive.

Une erreur linguistique ou une carence manifeste, la question reste entière. En effet, la version en langue anglaise de la directive définit le *beneficial owner*, là où la version française définit le bénéficiaire<sup>313</sup>. Les articles 119 *quater* et 182 B *bis* du CGI ont donc tant bien que mal transposés cette directive<sup>314</sup>.

Le Conseil d'État utilise une méthode d'interprétation dite neutralisante qui a pour objet de prendre en compte la hiérarchie des normes applicable en droit interne. Les traités doivent donc être interprétés conformément aux règles et principes de valeur constitutionnelle<sup>315</sup>. De plus, la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne contrôle la compatibilité des conventions fiscales bilatérales au prisme des libertés de circulation<sup>316</sup>.

Le Conseil d'État a dans un arrêt du 27 juillet 2012, *Regazzacci*, expressément contrôlé le respect, par la convention fiscale franco-britannique, de la liberté de circulation des capitaux<sup>317</sup>. Il apparaît qu'une hiérarchie des normes est admise en droit interne. Elle se pose dans les conventions fiscales conclues avec les États membres de l'Union européenne mais elle ne semble pas devoir s'appliquer au-delà à l'ensemble des conventions fiscales conclues par la France. Ces conventions doivent s'harmoniser avec les directives européennes régissant la fiscalité des revenus dits « passifs », c'est à dire la directive épargne ainsi que la directive intérêts et redevances.

L'article 3 § 2 du MC OCDE précise toutefois que le droit interne devant être appliqué est celui en vigueur à la date d'application de la convention fiscale. Dès lors, il est à cet égard normal de constater que le juge administratif ne se soit jamais interrogé sur l'absence de définition de la notion dans des affaires qui lui ont été soumises en 1999, 2007 et 2012, s'agissant de l'application de conventions à des affaires consécutives à des contentieux relatifs aux années quatre-vingt et quatre-vingt-dix.

Elle apporte une définition de la notion qui l'a fait s'opposer au prête-nom ; il s'agit de la personne qui agit en son nom propre et qui s'avère le propriétaire de l'actif sur lequel le revenu passif est assis. Il s'agit ici d'une approche juridique que l'on pourrait qualifier de formelle, que des jurisprudences canadiennes sont venues renforcer.

---

312 Nous reviendrons plus tard sur le sens et l'impact de cette définition au Chapitre 2 de la présente partie

313 Pour un descriptif détaillé des versions en langue anglaise et française de la directive se référer à l'annexe 1

314 Article 27 de la loi de finances rectificative pour 2003 n° 2003-1312 du 30 décembre 2003

315 CE, ass., 3 juillet 1996, Koné : Rec. CE 1996, p.255 ; JCP 1996, II, 22720, note X. Prétot ; AJDA 1996, p. 722, chron. D. Chauvaux et T.-X. Girardot.

316 CJCE, 12 mai 1998, aff. C-336/96, Epx Robert Gilly : Rec. CJCE 1998, I, p. 2793 ; Dr. fisc. 1998, n° 28, 100270 ; Dr. fisc. 1998 n°38, 100315 ; RJF 7/98, n°890 ; BDCF 4/1998, n°97, concl. D. Ruiz-Jacabo Colomer.

317 CE, 9<sup>e</sup> et 10<sup>e</sup> ss-sect., 27 juillet 2012, n°337656, min. c/M. Regazzacci et n° 337810, M. Regazzacci : Jurisdata n°2012-0190335 ; Dr. fisc. 2012, n°41, comm. 473, concl. F. Aladjidi, note Le Mentec ; RJF 1/12, n°1012 ; BDCF 11/12, n°126, concl. F. Aladjidi.

## Sous-section 2. Le rejet des définitions existantes

Dans son avis du 31 mars 2009, le Conseil d'État n'a fait référence à aucune définition de droit interne de la notion de bénéficiaire effectif. Or, la notion est connue du droit interne depuis le 1<sup>er</sup> février 2009 au CMF (§ 1). Cette notion était pourtant connue du droit fiscal en matière fiscale dans le cadre des mécanismes d'échanges de renseignements (§ 2).

### § 1. En matière bancaire

Issue des travaux du groupe d'action financière<sup>318</sup>, la notion de bénéficiaire effectif est entrée dans le Code monétaire et financier en 2009<sup>319</sup> dans le cadre de la lutte contre le blanchiment et le terrorisme par la transposition de deux directives communautaires<sup>320</sup>.

Elle y est spécifiquement définie en partie législative à l'article L. 561-2-2 dudit code et en partie réglementaire de ce même code aux articles R.561-1 à 3. La notion permet ici d'identifier le client d'une opération financière. La notion se trouve également au Code de commerce où certaines professions peuvent être conduites en plus des institutions financières, à veiller sur certaines transactions dans le cadre de leurs fonctions<sup>321</sup>.

Selon les commentaires du MC OCDE, cette définition n'aide toutefois pas à comprendre la notion de bénéficiaire effectif en droit fiscal<sup>322</sup>. En effet, il serait nécessaire de se référer à une notion qui puisse se lire au regard des objectifs des conventions fiscales, à savoir la limitation des doubles impositions. Il est vrai que comparer cet objectif avec celui de la lutte contre le blanchiment et le terrorisme semble osé. Cette comparaison l'est beaucoup moins au regard de l'objectif de lutte contre la fraude fiscale où certains parallèles semblent pouvoir être faits.

Le rejet par la doctrine des définitions des autres branches du droit recoupe le débat prégnant sur l'autonomie du droit fiscal et sa capacité à trouver des définitions opérantes dans d'autres sources du droit<sup>323</sup>. En effet, au-delà du constat de l'absence de définition conventionnelle, la notion est appliquée à l'article 125 A du CGI et aurait pu trouver des applications contentieuses. Or, la compréhension de la notion par les

---

318 GAFI/OCDE, Normes internationales sur la lutte contre le blanchiment de capitaux et le financement du terrorisme et de la prolifération, Les Recommandations du GAFI, Février 2012, 137 p. : la notion de bénéficiaire effectif est définie aux recommandations 24 et 25.

319 Ordonnance n° 2009-104 du 30 janvier 2009 relative à la prévention de l'utilisation du système financier aux fins de blanchiment de capitaux et de financement du terrorisme.

320 Directive 2005/60/CE du Parlement européen et du Conseil du 26 octobre 2005 relative à la prévention de l'utilisation du système financier aux fins du blanchiment de capitaux et du financement du terrorisme ; Directive 2006/70/CE de la Commission portant mesures de mise en œuvre de la directive 2005/60/CE du Parlement européen et du Conseil pour ce qui concerne la définition des personnes politiquement exposées et les conditions techniques de l'application d'obligations simplifiées de vigilance à l'égard de la clientèle ainsi que de l'exemption au motif d'une activité financière exercée à titre occasionnel ou à une échelle très limitée

321 C. com., art. A823-37, annexe 8-9 (ANNEXE À L'ARTICLE A. 823-37)

322 OCDE (2014), Commentaires sur l'article 10, § 12.6 ; commentaires sur l'article 11, § 10.4 ; commentaires sur l'article 12, § 4.5.

323 G. Goulard, Que reste-t-il de l'autonomie du droit fiscal ? : RJF 5/95 p. 322 s. ; M. Cozian et L. Troabas, Propos désobligeants sur une « tarte à la crème » : l'autonomie du droit fiscal : Dr. fisc. 1999, n° 13, 100125 ; L. Olléon, Autonomie du droit fiscal : le moribond se porte bien : RJF 5/02, p. 355.

conseils et l'administration n'a pas débouché sur des conflits d'interprétation et d'application.

Une reprise de la définition en matière fiscale paraît isolée et ne recoupe pas l'ensemble des conséquences inhérentes à la notion de bénéficiaire effectif en droit fiscal. La distinction est faite sur la base d'une analyse phraséologique du modèle. En droit fiscal comme en droit bancaire, la notion vise un récipiendaire. La spécificité du droit fiscal est de ne chercher que le récipiendaire de revenus passifs, là où l'approche bancaire est recherche non le récipiendaire mais la personne qui détient le contrôle de l'entité.

*In fine*, la notion, lue sous le prisme du GAFI recherche obligatoirement la personne physique qui exerce « en dernier lieu un contrôle effectif sur une personne morale ou une construction juridique »<sup>324</sup>. Or, en droit fiscal, le bénéficiaire effectif ne peut être réductible à la seule personne physique, une personne morale pouvant être bénéficiaire effectif comme c'est le cas dans le cadre de la directive 2003/49/CE dite intérêts et redevances.

Si la définition de la lutte contre le blanchiment était reprise telle qu'elle, elle générerait une confusion avec celle de bénéficiaire ultime mais, pourtant, ces définitions aident désormais à la compréhension de la notion de bénéficiaire effectif dans un nouveau champ, celui de l'échange automatique de renseignements relatifs aux comptes financiers.

## § 2. En matière d'échange de renseignement à des fins fiscales

La norme commune de déclaration de l'OCDE renvoie désormais aux règles du GAFI reprises au code monétaire et financier en ce qui concerne les règles relatives à la définition du bénéficiaire effectif dans le cadre de l'échange de renseignements. L'accord multilatéral entre autorités compétentes concernant l'échange automatique de renseignements relatifs aux comptes financiers signé le 29 octobre 2014 à Berlin et la directive 2014/107/UE du Conseil du 9 décembre 2014 modifiant la directive 2011/16/UE en ce qui concerne l'échange automatique de renseignements relatifs aux comptes financiers prévoient la mise en œuvre en droit interne de cette norme issue des travaux de l'OCDE<sup>325</sup>. Ces travaux assortis de commentaires renforcent l'influence des règles de la lutte contre le blanchiment de capitaux et le terrorisme en droit fiscal.

Toutefois, dans ce domaine la notion de bénéficiaire effectif a vu sa terminologie muter sous le nom de « personne détenant le contrôle ». La norme fait un renvoi de la notion de « personne détenant le contrôle » vers celle de « bénéficiaire effectif » telle que définie par les travaux du GAFI. Cette situation traduit une

---

324 Groupe d'action financière, Normes internationales sur la lutte contre le blanchiment de capitaux et le financement du terrorisme et de la prolifération – Les recommandations du GAFI, OCDE, Paris, 2012, p. 120 : « L'expression bénéficiaire effectif désigne la ou les personnes physiques qui en dernier lieu<sup>53</sup> possèdent ou contrôlent un client<sup>54</sup> et/ou la personne physique pour le compte de laquelle une opération est effectuée. Sont également comprises les personnes qui exercent en dernier lieu un contrôle effectif sur une personne morale ou une construction juridique.

<sup>53</sup> Les expressions « en dernier lieu possèdent ou contrôlent » et « exercent en dernier lieu un contrôle effectif » désignent les situations où la propriété ou le contrôle sont exercés par le biais d'une chaîne de propriété ou par toute autre forme de contrôle autre que directe.

<sup>54</sup> Cette définition devrait s'appliquer également au bénéficiaire effectif du bénéficiaire d'un contrat d'assurance vie ou de tout autre produit d'investissement en lien avec une assurance. »

325 OCDE, Norme d'échange automatique de renseignements relatifs aux comptes financiers en matière fiscale. 328 p.

tendance de l'échange de renseignements qui semble se dissocier des règles régissant l'assiette de l'imposition.

Cette situation questionne ainsi la pertinence de l'échange de renseignements au regard des règles d'assiette qui sont établies.

Depuis le paquet fiscal de 2003, la notion de bénéficiaire effectif s'est imposée comme une dominante du traitement des revenus passifs dans le cadre du droit fiscal de l'Union européenne.

La directive 2003/48/CE du Conseil en matière de fiscalité des revenus de l'épargne sous forme de paiements d'intérêts, dite directive Épargne, a requis que les États membres mettent en place en droit interne, la notion de bénéficiaire effectif. Ceci a été fait avec l'article 49 I *ter* de l'annexe III au CGI.

Malgré tout, une fois découverte, la définition est soumise à un filtre. En effet, il convient de vérifier qu'elle soit adaptée au contexte de la convention en question. Cette vérification est de rechercher si le contexte est commun entre les deux dispositifs.

La notion de bénéficiaire effectif est présente à l'article 49 *ter* I de l'annexe III au CGI. Cet article organisait le dispositif de déclaration des revenus de capitaux mobiliers visés aux articles 108 à 125 du CGI ainsi que des produits des bons ou contrats de capitalisation et placements de même nature. Toutefois, la directive 2015/2060 du 10 novembre 2015 abrogeant la directive 2003/48/CE en matière de fiscalité des revenus de l'épargne sous forme de paiements d'intérêts, supprime les mécanismes d'échange automatique de renseignements et de retenue à la source qui préexistaient.

Cette définition n'apporterait pas selon Gauthier Blanluet<sup>326</sup> d'éclairage précis aux problèmes relatifs à la limitation des doubles impositions et à la lutte contre la fraude fiscale. Au regard de l'objectif de la directive, il est possible d'en douter. En effet, son objectif était de « *permettre que les revenus de l'épargne, sous forme de paiement d'intérêts effectué dans un État membre en faveur de bénéficiaires effectifs, qui sont des personnes physiques ayant leur résidence dans un autre État membre, soient effectivement imposés conformément aux dispositions législatives de ce dernier État membre* »<sup>327</sup>. Toutefois, c'est sa visée globale qui explique ce rejet. L'échange de renseignements sur les produits bancaires reçus par les personnes physiques qui est l'objet de la directive propose une définition excluant un certain nombre d'entités. Or, ces exclusions ne sont pas toujours pertinentes au regard de la notion de bénéficiaire effectif conçue comme un dispositif d'assiette.

L'objectif est d'aboutir à une lecture internationale des conventions signées par la France. Le recours aux définitions de droit interne a été nié alors même qu'il n'est pas certain qu'il aboutirait à des dissymétries d'interprétation sources de double imposition ou de double exonération. La solution la plus correcte est

---

326BLANLUET (G.), « La notion de bénéficiaire effectif en droit fiscal international. Écrits de fiscalité des entreprises. Études à la mémoire du Professeur Maurice Cozian », Litec, 2009, p. 513.

327 § 8 de la directive du Conseil du 3 juin 2003 en matière de fiscalité des revenus de l'épargne sous forme de paiements d'intérêts

toujours de chercher un compromis entre la nécessité de trouver des définitions accordant une sécurité juridique et le risque de générer une interprétation nationale du traité.

Dès lors, en l'absence de définition reconnue, le juge administratif est donc conduit à interpréter la notion au regard des principes généraux du droit international.

Face d'une part aux difficultés de définir clairement le bénéficiaire effectif que ce soit dans le modèle ou dans la directive 2003/49/CE, sur les intérêts et redevances, et d'autre part à l'inefficacité immédiate des définitions provenant d'autres branches du droit ou d'autres branches de la fiscalité, les commentateurs ont proposé une définition du bénéficiaire effectif, ce que n'est pas un prête-nom.

## **Section 2. La mise en place d'une définition formelle**

Le rejet des définitions existantes traduit la volonté de créer une définition propre aux conventions fiscales de la notion de bénéficiaire effectif. S'entendant toujours pour l'élimination des doubles impositions et de la lutte contre l'évasion et la fraude fiscale, elle consiste à savoir qui jouit réellement d'un revenu passif versé directement (sous-section 1).

Cette approche n'en constitue pas moins une forme renouvelée d'appréhension de la transparence fiscale. Certaines structures ne sont que des outils de gestion, des intermédiaires et la question se pose de leur place dans les conventions fiscales (sous-section 2).

### **Sous-section 1. L'interprétation des termes « revenus payés à »**

La révision des commentateurs intervenue en 2003 a également précisé que la notion « *a(vait) été ajouté(e) pour résoudre les difficultés susceptibles de résulter de l'utilisation des termes « payés (...) à un résident »* ».

Suite à la mise en œuvre d'un projet soumis à commentaire visant à clarifier la signification du concept dans le modèle de convention fiscale, en 2014 le commentateur a clarifié ces termes, en requérant de rechercher si le bénéficiaire direct d'un revenu passif (§ 1) en jouit sans limitation (§ 2).

#### **§ 1. Les caractéristiques de la réception d'un revenu : la jouissance sans limitation**

Avec les commentateurs de 2014, toujours définis de manière négative, la définition s'est enrichie d'éléments conceptuels au-delà des exemples du mandataire et du *nominee*. Ainsi, « *le bénéficiaire direct d'un revenu passif n'est pas le « bénéficiaire effectif » parce que le droit du bénéficiaire d(e l')utiliser (...) et d'en jouir est limité par une obligation contractuelle ou légale de céder le paiement reçu à une autre* ».

personne »<sup>328</sup>.

Réécrit de manière positive, le bénéficiaire effectif est le récipiendaire direct d'un revenu passif s'il dispose des droits relatifs à son utilisation et à sa jouissance sans limitation contractuelle ou légale de le céder à une autre personne.

En droit interne, la jouissance se définit comme le ou les « *bénéfices et avantages divers attachés à la possession (au sens large) d'un bien ou d'un patrimoine* ». Il s'agit du droit de percevoir les fruits d'un actif au sens de l'article 578 du Code civil qui dispose que « *l'usufruit est le droit de jouir des choses dont un autre a la propriété, comme le propriétaire lui-même, mais à la charge d'en conserver la substance* ».

Le bénéficiaire effectif est donc le titulaire du droit de jouissance sur l'actif. Recevant le revenu passif, il tire les fruits d'une partie de la propriété d'un bien.

La clause de bénéficiaire apparent contenue dans la convention entre la France et la Suisse de 1966 est définie dans un sens très proche par la doctrine administrative<sup>329</sup>. Ainsi, « *il faut entendre par bénéficiaire apparent, toute personne qui n'a pas la jouissance réelle des revenus qu'elle encaisse pour le compte d'une autre* »<sup>330</sup>.

Le bénéficiaire effectif est donc titulaire d'un droit réel sur l'actif générateur du revenu passif et d'un droit personnel sur le créancier. Si l'actif générateur de revenus passifs est grevé, le bénéficiaire effectif est celui qui jouit des fruits de la charge ou de la sûreté. La notion transcende les clivages classiques du droit de propriété, elle réaffirme l'autonomie du droit fiscal.

Contrairement au propos d'A. Madec<sup>331</sup> qui y voit un test juridique, le texte même du commentaire couvre les deux perspectives, formelles ou non, en définissant qu'il peut s'agir d'un test juridique ou d'un test de réalité. De plus, les conventions internationales affirment la primauté de la réalité sur l'apparence<sup>332</sup>.

Cette approche pose question quant à l'application du régime d'intégration fiscale. En effet, lorsqu'une société sans réelle substance, dont la principale activité est le financement du groupe reçoit un revenu d'une société venant d'un autre État et que dans le cadre des opérations intra-groupe, le groupe neutralise l'opération, la question se pose de savoir si le bénéficiaire effectif est la société qui a reçu le revenu ou le groupe pris dans son ensemble.

Dans l'hypothèse où un dividende ou un intérêt est versé à une société membre d'un groupe fiscal dans un État tiers qui détient une obligation de reverser ce revenu à une autre société, il conviendrait d'établir la

---

328MC OCDE (2014), commentaires n°12.4 sous l'art. 10, 10.2 sous l'art. 11, 4.3 sous l'art. 12.

329BOI-INT-CVB-CHE-10-10 n°60.

330Ibidem.

331A. MADEC, La clause de bénéficiaire effectif à la lumière de la révision 2014 des commentaires OCDE, Dr. fisc. n°47, 20 novembre 2014, 632.

332Cf. Partie 2, Chapitre 1, Section 1, Sous-section 2, § 1, A, *Nouvelle-Calédonie contre SA Eagle Star Vie*.

fictivité du groupe et non de la seule société de financement, ou à défaut de prouver que les conditions contractuelles ou les circonstances de fait obligent la tête du groupe à reverser les revenus reçus à une tierce partie.

Une autre interprétation conduirait à ouvrir le champ des fraudes potentielles.

Dès lors, le bénéficiaire effectif est celui qui jouit des revenus sans être limité. Nonobstant, s'il existe une obligation légale ou contractuelle qui limite le droit d'utiliser ou de jouir des revenus chez le bénéficiaire, il faut pousser le raisonnement.

## § 2. Les caractéristiques du flux : la réception directe

Il est également nécessaire de prouver l'existence d'un lien direct entre la réception du revenu par le prête-nom et l'obligation qu'il a de le reverser.

Les dividendes et les intérêts se distinguent des redevances par la recherche du paiement à un résident dans le premier cas<sup>333</sup>, alors qu'il s'agit de savoir si le résident a bénéficié effectivement du revenu dans le second<sup>334</sup>.

En pratique, la notion de paiement est très large. Selon les commentaires du MC OCDE, elle signifie « l'exécution de l'obligation de mettre des fonds à la disposition de l'actionnaire (du créancier) de la manière prévue par le contrat ou par les usages »<sup>335</sup>. Dès lors, à moins qu'une convention fiscale n'en dispose autrement, toute redevance doit être payée. Une simple facturation ne devrait donc pas suffire pour enclencher le droit d'imposer par l'État de résidence<sup>336</sup>. Il en est de même en ce qui concerne les dividendes et les intérêts.

Dans ce cadre, il ne peut s'agir que de la première séquence de l'opération. Dans l'hypothèse, ou le droit réel est grevé d'une quelconque sûreté, l'activation d'une hypothèque, d'un *warrant* engendre que le bénéficiaire effectif est celui qui bénéficie de cette activation.

Par un jeu de cascade contractuelle, la recherche du bénéficiaire effectif peut être longue, toutefois la notion se distingue ici du bénéficiaire ultime.

Ce dernier est la personne qui exerce le contrôle ultime sur des entités ou des actifs. En effet, comme le note R. Danon, « l'appréciation de la qualité de bénéficiaire effectif selon la réalité économique ne permet

---

333 OCDE, MC, article 10 § 1 « Les dividendes payés par une société qui est un résident d'un État contractant à un résident de l'autre État contractant sont imposables dans cet autre État. »

OCDE, MC, article 11 § 1 « Les intérêts provenant d'un État contractant et payés à un résident de l'autre État contractant sont imposables dans cet autre État »

334 OCDE, MC, article 12 § 1 « Les redevances provenant d'un État contractant et dont le bénéficiaire effectif est un résident de l'autre État contractant ne sont imposables que dans cet autre État. »

335 MC OCDE (2014), commentaire n°8.3 sous l'article 12.

336 CE, 28 avril 1986, n°45505, 8<sup>e</sup> et 7<sup>e</sup> s.-s. : RJF 6/86 n°598 ; il s'agissait de la convention franco-américaine qui a été amendé depuis et qui prévoit désormais que les redevances sont payées lorsqu'elles sont comptabilisées en charges.



*pas de raisonner en transparence (« look-through ») et d'ignorer tout propriétaire interposé »<sup>337</sup>. De plus, le bénéficiaire ultime ne vise pas le même objet conventionnel, faisant « dépendre l'octroi des avantages conventionnels à une entité de la résidence des personnes participant ultimement à celle-ci »<sup>338</sup>.*

Dans cette optique, ce n'est pas l'opération de paiement qui est visée, la jouissance n'intervient pas plus. Il convient de déterminer comme en matière de lutte contre le blanchiment quelle est la personne qui détient le contrôle sur l'entité.

A cet égard, la définition conventionnelle de la clause de bénéficiaire apparent est indifférente au caractère direct ou indirect du versement d'un revenu<sup>339</sup>. Elle est moins précise que les dernières précisions du commentaire, ce qui ouvre la capacité d'intervention de ce mécanisme à une pluralité large de situation. Dans cette hypothèse, théoriquement, la simple présence d'un intermédiaire sans jouissance du revenu le disqualifie de la qualité de bénéficiaire effectif.

Cette précision permet surtout de rappeler que la charge de la preuve appartient à l'administration et que pour ce faire, elle doit établir que « *cette obligation découle habituellement de documents juridiques pertinents, mais peut également exister en raison de faits et de circonstances* »<sup>340</sup>.

Les commentaires tentent de définir les limitations contractuelles ou légales de nature à affecter la qualité de bénéficiaire effectif. En effet, « *ce type d'obligation ne comprend pas les obligations contractuelles ou légales qui ne dépendent pas de la réception du paiement par le récipiendaire direct, comme les obligations qui ne dépendent pas de la réception du paiement et que le récipiendaire direct peut avoir en qualité de débiteur ou de partie à des transactions financières, ou les obligations générales de distribution des régimes de retraite et des organismes de placements collectifs* »<sup>341</sup>.

Le récipiendaire est la personne qui est effectivement qualifiée de débitrice de l'obligation contractuelle. Ainsi entendu, les associés d'une société de personne, d'un organisme de placements collectifs, ou d'une structure transparente importent peu. Opacité et transparence ne sont censées ne jouer aucun rôle pratique dans la notion.

Dans un même temps, l'affirmation des commentaires réaffirme le primat de la réalité sur l'apparence. En matière de fiscalité internationale, la forme, le droit n'est là que pour permettre à la réalité d'être prise en compte.

---

337 R. Danon, Clarification de la notion de bénéficiaire effectif, Revue fiscale, n° 7-8/2011, p. 586.

338 Ibid. p.587.

339 BOI-INT-CVB-CHE-10-10 n°60.

340 MC OCDE (2014), commentaire n°12.4 sous l'art. 10, 10.2 sous l'art. 11, 4.3 sous l'art. 12.

341 Ibidem.

## **Sous-section 2. Les formes de « l'action pour le compte de »**

Les organismes de placements collectifs qui agissent pour le compte de leurs porteurs de parts ou de leurs associés peuvent être considérés comme légitimes au niveau conventionnel.

La transparence de ces structures n'est jamais totale, leur traitement fiscal n'est qu'un léger dérivé du droit commun (§ 1). Ainsi, la question se pose du traitement conventionnel de ces organismes (§ 2).

### **§ 1. La gestion directe et pour le compte de tiers**

Les organismes qui ont vocation à gérer directement des actifs financiers sont généralement créés sous la forme de structures opaques ou semi-transparentes, selon la dichotomie initiée par l'article 8 du CGI.

Selon le principe édicté par l'article 238 *bis* K du CGI, le régime fiscal de l'associé doit s'appliquer au niveau de la société à due concurrence de sa participation. Ainsi, pour un particulier associé s'appliquera le régime des revenus de capitaux mobiliers à l'impôt sur le revenu et celui de l'impôt sur les sociétés pour les sociétés de capitaux.

La situation est plus complexe pour les sociétés de personnes. En effet, l'article 60 du CGI énonce qu'en principe elles déterminent leur résultat dans les mêmes conditions que celles prévues pour les exploitants individuels. Par exception, les entrepreneurs individuels peuvent déclarer à part, les revenus de capitaux mobiliers<sup>342</sup>.

Dans les structures opaques, les fonds ont recours à l'effet de levier fiscal dans le cadre de *Leverage Buy Out*. Les intérêts versés aux prêteurs sont par principe déductibles dans les limites de l'article 39-1 3° du CGI et des situations de sous-capitalisation de l'article 212 du CGI. Il est également possible d'intégrer fiscalement le fonds et la société dont il a acquis les titres, en vertu des articles 223 A et suivants du CGI. La combinaison de ces dispositifs permet de diminuer le résultat de la société dont le fonds a acquis les titres.

Un certain nombre de régimes de faveurs existent en vue d'encourager la création de fonds d'investissement. Il s'agit des clubs d'investissement prévus par une note de l'administration fiscale du 23 décembre 1969<sup>343</sup> qui sont constitués sous forme d'indivisions ou de sociétés en vue de gérer un portefeuille de placement en valeurs mobilières.

Il peut s'agir également de sociétés « de capital risque » qui ont pour objet de prendre des participations dans des sociétés non cotées. Elles bénéficient d'un régime de faveur applicable sur option introduit par la loi n° 85-695 du 11 juillet 1985 qui les exonère d'impôt sur les sociétés si elles distribuent 50 % des plus-values et produits net exonérés si les réserves majorées du report à nouveau atteignent la moitié du capital social.

---

342BOI-RPPM-RCM-20 § 10.  
343BOCD, 1969-II-4694.

A l'inverse, de ces structures appelées *non-CIV*<sup>344</sup>, la gestion pour le compte de tiers consiste dans l'exercice de manière individuelle d'un mandat, ou de manière collective par l'intermédiaire d'organismes de placements collectifs.

Les organismes de placements collectifs définis à l'article L.214-1 du CMF sont divisés entre OPCVM et fonds d'investissement alternatifs. Les OPCVM prennent la forme de fonds commun de placement, les FCP, ou de sociétés d'investissement à capital variable, les SICAV. D'autres structures abrogées peuvent continuer à perdurer comme les sociétés d'investissement à capital fixe, les SICAF.

Une SICAV est une structure translucide car elle prend la forme d'une société anonyme ou par actions simplifiée avec pour seul objet social la gestion d'un portefeuille d'instruments financiers et de dépôts<sup>345</sup>. Elles sont expressément exonérées d'impôt sur les sociétés pour les bénéfices qu'elles réalisent dans le cadre de leur objet légal et si leur capital est supérieur à un seuil fixé par décret<sup>346</sup>. Un schéma similaire est possible pour les sociétés de placement à prépondérance immobilière à capital variable.

D'autres structures jouissent d'un régime de semi-transparence, telles les sociétés d'épargne forestière et les sociétés civiles de placement immobilier. Ce sont des sociétés civiles à objet principal ou exclusif régies par l'article 8 du CGI<sup>347</sup>. Dès lors, si leur objet les fait sortir du champ civil, elles sont imposables à l'impôt sur les sociétés.

Enfin, les fonds communs de placement jouissent de la transparence fiscale et sont hors du champ de l'impôt sur les sociétés<sup>348</sup>. En effet, il s'agit d'une copropriété dont la transparence est toutefois atténuée car l'imposition de chacun des porteurs de parts est générée non du fait de l'encaissement par le dépositaire des produits provenant des actifs du fond, mais par la mise en paiement effective des produits par le gérant lors de leur redistribution, répartition entre les membres<sup>349</sup>. De plus, les crédits d'impôts issus des revenus encaissés sont transférés aux porteurs de parts après calcul au niveau du fond<sup>350</sup>. Il en est de même pour les fonds communs de placement à risque qui collectent de l'épargne pour l'investir dans des sociétés non cotées qui concourent au financement en propre des entreprises, sous réserve des adaptations destinées à tenir compte de leur actif<sup>351</sup>. Les revenus d'un fonds de placement immobilier sont imposables au niveau des associés mais sont déterminés au niveau du fonds et établis lors de la distribution. Enfin, les organismes de titrisation, anciennement dénommés fonds communs de créances n'ont pas de traitement fiscal particulier.

En conséquence, le statut qui devrait leur être accordé en fiscalité internationale ne devrait pas

---

344 *Collective investment vehicles*.

345 CMF, art. L214-7.

346 Décret n°89-624 du 6 septembre 1989 pris pour l'application pour la loi n°881201 du 23 décembre 1988 relative aux organismes de placements collectifs en valeurs mobilières et portant création des fonds communs de placements de créances, art. 7.

347 BOI 4 D-1-03 du 13 mai 2003, n° 17 et 18, non reprise au BOFIP en ce qui concerne les sociétés d'épargne forestière ; CGI, art. 239 septies pour les sociétés civiles de placement immobilier.

348 BOI 4 K-1712, n°2 du 1<sup>er</sup> novembre 1995, non reprise au BOFIP.

349 CGI, art. 137 bis.

350 CGI, art. 199 ter A et 220.

351 CMF, art. L.214-28 et s. et art. 10 et s.

déroger de celui applicable aux sociétés, dans toutes leurs disparités.

## § 2. Le traitement des organismes de placements collectifs

L'octroi des avantages conventionnels aux organismes agissant ouvertement pour le compte de tiers ne va pas de soi. La qualité de résident n'est pas octroyée aux organismes de placements collectifs s'ils ne sont pas redevables d'une imposition. Ils sont donc considérés comme non-résidents mais le traitement de leurs associés pose des difficultés.

### A. Le rejet de la qualité de résident

La France inclut des stipulations conventionnelles particulières dans les conventions fiscales afin de traiter le cas particulier des organismes de placements collectifs. Cette situation met en évidence que ces organismes ne sont pas résident et que l'application des conventions fiscales n'y est que particulière.

Si l'État de source reconnaît leur transparence, les valeurs mobilières étrangères qu'ils détiennent sont imposées directement chez leurs investisseurs s'ils sont résidents en France. Les revenus qui transitent par leur intermédiaire conservent leur qualification d'origine, ces organismes n'étant pas des résidents.

L'État de source ne considère les porteurs de parts ou les associés comme les bénéficiaires effectifs des revenus qu'ils perçoivent que s'il reconnaît leur transparence. Si un État considère qu'un organisme de placements collectifs est opaque, il le traitera comme le bénéficiaire effectif mais en lui refusant le bénéfice de la convention dans la mesure où la France refuse de reconnaître que ces organismes soient résidents et accepte tout au mieux de reconnaître qu'ils sont établis en France<sup>352</sup>.

Enfin, lorsqu'un non-résident, porteur des parts ou associé détient des valeurs mobilières étrangères au travers d'un organisme de placements collectifs, il n'est jamais résident en France. La seule relation possible est celle entre l'État de la source et celui du porteur de part. Si les valeurs mobilières sont perçues par un non-résident suite à la détention de parts d'un organisme de placements collectifs en France, les revenus que le fonds encaisse et qu'il redistribue conservent leur origine française. Le régime applicable aux produits dépend de la catégorie de laquelle ils relèvent. En cas de dividende, il sera l'objet d'une retenue à la source.

Avec les arrêts *LHV*<sup>353</sup> et *Sté Santander Pensiones*<sup>354</sup>, le Conseil d'État a jugé, que dans le cadre des conventions fiscales, la personne qui ne paie pas d'impôt dans l'autre État ne peut être considérée comme assujettie alors même qu'elle est dans le champ de l'imposition.

Par cette double décision, le Conseil d'État a considéré à l'invitation du rapporteur public « *que n'est pas*

---

352 Op. cit. B. Gouthière, Les impôts dans les affaires internationales, § 65012, p.843.

353 CE, 9e et 10e ss-sect., 9 novembre 2015, n° 370054, min. c/ Landesärztekammer Hessen Versorgungswerk : Dr. fisc. 2015, n°17, act. 646 ; M. Pelleier, La notion de résident dans les conventions fiscales : le Conseil d'État à contre-sens, Dr. fisc. 2015, n°49, act. 664 ; G. Glon, Le Conseil d'État précise le concept de résident dans les conventions fiscales, Droit fiscal 2015, n° 28, comm. 421.

354 CE, 9e et 10e ss-sect., 9 novembre 2015, n°371132, Sté Santander Pensiones SA EGFP.

résident un organisme qu'un État partie décide de ne pas soumettre à l'impôt eu égard à son activité ou à son statut, en particulier par l'effet « d'une exonération ou d'une mesure fixant l'impôt à un taux nul »<sup>355</sup>. Pour des raisons diverses, la doctrine considérait déjà que les fonds n'étaient pas des résidents fiscaux<sup>356</sup>. Pourtant, *ab initio*, il semble nécessaire de tenir compte de la nature de la construction juridique, afin de déterminer sur quelle échelle elle se situe entre l'opacité et la transparence.

Cette approche repose sur le postulat que l'assujetti est celui qui paie l'impôt. Or, littéralement, l'assujetti est celui qui est soumis à l'impôt. La question qui est latente est de savoir si cette soumission doit être marquée par le paiement, la déclaration ou le simple fait de se retrouver dans le champ de l'imposition. Il s'agit d'un jeu de go entre les notions que le Conseil d'État finalise au grès des espèces qui lui sont soumises.

## B. Les alternatives autour de la définition du bénéficiaire effectif

L'objet même des organismes de placements collectifs et des *non-CIV* est de rechercher la transparence pour assurer une imposition au niveau des associés. Les États se trouvent confrontés à une dialectique complexe entre accorder le bénéfice des avantages conventionnels à ces organismes ou aux personnes pour lesquelles elles agissent.

En règle générale, les organismes de placements collectifs étrangers sont exonérés de retenue à la source sur les dividendes qui leur sont versés sous réserve du respect de certaines conditions en vertu de l'article 119 *ter*<sup>357</sup>.

A cette fin, ils doivent être situés dans un État membre de l'Union européenne ou un État ou territoire ayant conclu avec la France une convention d'assistance administrative en vue de lutter contre la fraude et l'évasion fiscale. Ils doivent également lever des capitaux auprès d'investisseurs en vue de les investir selon une politique d'investissement définie dans leur intérêt et présenter des caractéristiques similaires à leurs homologues français<sup>358</sup>.

Selon les commentaires du modèle, afin de définir si un organisme de placements collectifs a droit aux avantages conventionnels, il faut déterminer son régime fiscal dans l'État ou il est établi. La forme de société de capitaux ou de *trusts*, ou en France de copropriétés, importe peu<sup>359</sup>.

Suivant les États, soit l'organisme, soit l'investisseur est imposé. Dès lors, si une structure est considérée comme transparente, l'avantage conventionnel doit être attribué à ses associés. Dans ce cadre, les investissements réalisés au travers de ces organismes fait intervenir un intermédiaire entre le bénéficiaire et

355 Concl. M.-A. Nicolazo de Barmon ss CE, 9 novembre 2015 n° 371132, 9<sup>e</sup> et 10<sup>e</sup> s.-s., Sté Santander Pensiones SA EGFP ainsi que CE, 9 nov. 2015 n° 370054, 9<sup>e</sup> et 10<sup>e</sup> s.-s., Landesärztekammer Hessen Versorgungswerk, § 18 : RJF 2/16, n° 138 et 178, p. 253.

356 B. Gouthière, Les impôts dans les affaires internationales, Editions Francis Lefevre, 9<sup>e</sup> édition, § 41400 ets. ; Cahiers de droit fiscal international 1997, G. Blanluet et M. Labeaume, « The taxation of investment funds, Rapport France », in Conférence IFA, *Les aspects internationaux de la fiscalité du patrimoine*, 9 novembre 2010, *Dr. fisc.*, n° 13, 31 mars 2011, n° 283.

357 BOI-RPPM-RCM-30-30-20-70.

358 Code monétaire et financier, art. L.214-1, I 1/5/6.

359 MC OCDE (2014), commentaire n° 6.11 sous l'art. 1.

l'émetteur.

Ainsi, les États qui estiment qu'une entité exonérée n'est de ce fait pas assujettie à l'impôt peuvent ne pas considérer tous les organismes de placements collectifs comme des résidents. En conséquence, ils doivent traiter les problèmes latents dans le cadre des conventions bilatérales<sup>360</sup>.

Pour l'administration fiscale, un organisme de placements collectifs ne peut pas réclamer les avantages d'une convention en son nom propre. Toutefois, les investisseurs devraient pouvoir réclamer les bénéfices de l'avantage.

Selon une première approche, un organisme de placements collectifs est considéré comme résident et bénéficiaire effectif si ses investisseurs sont eux-mêmes en droit de réclamer les avantages accordés par l'État de source. La difficulté est que l'organisme « agissant pour le compte de » pourrait être considéré comme le bénéficiaire effectif alors que par principe il n'a pas cette qualité. Une autre approche consisterait à donner le bénéfice de la convention aux investisseurs par une approche dite par transparence<sup>361</sup>.

La définition du bénéficiaire effectif permet de régler cette question en créant un nouveau champ d'application. Si un organisme de placements collectifs est considéré comme opaque, l'absence d'imposition effective lui fait perdre le bénéfice des avantages conventionnels. Dans cette situation triangulaire, le bénéficiaire effectif est celui pour lequel agit l'organisme de placements collectifs. L'octroi des avantages conventionnels au créancier débiteur ne va pas de soi et la France refuse généralement de l'accorder dans un refus immédiat de la qualité de résident ou plus précisément d'assujetti. L'utilisation de la notion de bénéficiaire effectif permet toutefois de distinguer le teneur ou le détenteur, du propriétaire.

En ce sens la notion de bénéficiaire effectif constitue une appréhension particulière de la propriété à des fins fiscales. Le bénéficiaire effectif est dès lors ce propriétaire, celui entre les mains de qui le revenu est « digéré ». Il peut être tentant d'utiliser des formes de mandat pour faire croire en son « digestion » mais toutes ces formes ne sont pas abusives. S'il n'est pas illégitime que des investisseurs se regroupent, dans des structures transparentes, alors les conventions fiscales devront en tenir compte dans l'attribution de la qualité de résident.

*In fine*, l'Etat de source du revenu et celui de la résidence de l'investisseur peuvent se disputer avec un Etat tiers, celui de l'organisme de placements collectifs, le droit d'imposer.

---

360 MC OCDE (2014), commentaire n° 6.17 sous l'art. 1.  
361 MC OCDE (2014), commentaires n.6.17 et s.

## CONCLUSION

Une fois ouverte la boîte de pandore, la notion de bénéficiaire effectif apparaît insaisissable. Insaisissable dans son principe, comme dans ses conséquences, elle est à ce jour peu connue et encore moins comprise.

Cette situation lui donne un pouvoir attractif qui en fait un étendard de choix dans la lutte contre la fraude et l'évasion fiscale. Ainsi, par son avis du 31 mars 2009, le Conseil d'Etat la conçoit comme une clause anti-abus spécifique permettant à l'État de la source d'un revenu passif de récupérer son droit plein et entier de l'imposer. Il considère également qu'en son absence, les conventions fiscales font l'objet d'un principe général, selon lequel celui qui réclame le bénéfice de ses avantages est censé être le bénéficiaire effectif.

Dès lors, si la clause de bénéficiaire effectif est expresse, l'Etat de la source des revenus peut rejeter les avantages catégoriels au bénéficiaire apparent. De plus, l'administration fiscale peut dénier les avantages conventionnels au bénéficiaire apparent si la France a conclu une convention qui refuse la qualité de résident de manière expresse sous une clause spécifique ou par l'application d'un principe général d'interprétation des conventions fiscales.

Toutefois, si l'application littérale des conventions fiscales ne conduit pas inéluctablement à leur rejet sous la condition de bénéficiaire effectif, c'est que les situations de bénéfice apparent ne sont pas toutes abusives. Le traitement des véhicules d'investissement, tels les organismes de placements collectifs et leurs dérivés, qui sont le plus souvent des intermédiaires, n'est pas totalement sécurisé. La recherche d'une optimisation n'est pas toujours l'enjeu de ces instruments.

Si les Etats ne partagent pas les mêmes objectifs d'imposition ou de définition, l'assise d'une unification de la notion n'est pas envisageable. Or, si la lutte contre l'évasion et la fraude fiscales est aujourd'hui un classique de la fiscalité internationale, le présupposé que représente l'élimination des doubles impositions ne doit pas être oublié. Dès lors que le périmètre n'est pas clairement établi, tout effort de définition est vain.

À la confluence de ces rapports de force, la clause de bénéficiaire effectif est un standard juridique qui doit être lu dans son contexte. Son ambiguïté est le signe de sa pérennité.



## REFERENCES BIBLIOGRAPHIQUES

### OUVRAGES

#### OUVRAGES GENERAUX, MANUELS ET TRAITES

CASTAGNEDE (B.), Précis de fiscalité internationale, 2010, 3<sup>e</sup> éd°, PUF, Fiscalité, 2015, 586 pages.

CORNU G., Vocabulaire juridique, 2014, 10<sup>e</sup> éd., PUF, Quadrige : Dicos poche, 1100 pages.

COZIAN (M.), Les grands principes de la fiscalité des entreprises, 1999, 4<sup>e</sup> éd ., LexisNexis/Litec, 513 pages.

COZIAN (M.), DEBOISSY (F.), Précis de fiscalité des entreprises, 2014, 38<sup>e</sup> éd°, LexisNexis, Précis Fiscal, 964 pages.

GOUTHIERE (B.), Les impôts dans les affaires internationales, 2014, 10<sup>e</sup> éd°, Francis Lefebvre, International, 1440 pages.

GUTMANN (D.), Droit fiscal des affaires, 2014, 5<sup>e</sup> éd., Monchrestien, Précis Domat, 2014, 799 pages.

#### OUVRAGES SPECIALISES

LANG (M.), PISTONE (P.) et SCHUCH (J.), Beneficial Ownership : Recent trends, 2013, IBFD, 330 pages.

NIRMAL THOMAS (J.), Le contrôle fiscal des opérations internationales, 2004, L'Harmattan, Finances publiques, 396 pages.

REIMER (E.), RUST (A.), Klaus Vogel on double Taxation Conventions, 2015, 4<sup>e</sup> éd°, Kluwer Law International, 2128 pages.

#### THESES ET MEMOIRES

CUENOT P.-H., La notion de bénéficiaire effectif dans les conventions fiscales bilatérales, 2003, thèse Paris I, 361 pages.

DEBOISSY (F.), La simulation en droit fiscal, 1997, Thèse LGDJ, 496 pages.

| A. Labarthe – *Enquête sur une méconnue du droit fiscal :  
La clause de bénéficiaire effectif, entre théorie et pratique*

DEDEURWAERDER (G.), Théorie de l'interprétation et droit fiscal, 2010, Dalloz, Nouvelle Bibliothèque de Thèses, 486 pages.

GLASPER S., Les clauses anti-abus dans les conventions fiscales internationales, thèse Montpellier I, 2007, 411 pages.

#### ARTICLES ET CONTRIBUTIONS

AMIN (M.), « Conduit companies and the Indofood case » : *Financial Instruments Tax and Accounting Review*, mai 2006, vol. 11, n1°, p. 4 et s.

AUSTRY (S.), GELIN (S.) et SOREL (D.), « Les clauses de bénéficiaire effectif ont elles un effet utile ? » : *RJF*, 12/08, chron. p. 1097 et s.

BENARD (Y.), « Dissuasion à l'anglaise : la double clef de la fraude à la loi » : *RJF* 12/06, p. 1093 et s.

J. AVERY Jones et a., « The origins of Concepts and Expressions used to the OECD Model and their adoption by States » : *Bulletin for International Taxation*, 2006, 1-12, p. 220 et s.

BERTRAND (E.) et BRUNEAU (P.-P.), « Notion de bénéficiaire effectif des dividendes pour l'application de la convention franco-britannique » : *Dr. fisc.*, n°51, 22 décembre 2005, comm. 831.

BLANLUET (G.), « La notion de bénéficiaire effectif en droit fiscal international. Écrits de fiscalité des entreprises. Études à la mémoire du Professeur Maurice Cozian » : Litec 2009, p. 513 et s.

BLANLUET (G.) et LABEAUME (M.), Cahiers de droit fiscal international 1997, « The taxation of investment funds, Rapport France », in Conférence IFA, *Les aspects internationaux de la fiscalité du patrimoine*, 9 novembre 2010, *Dr. fisc.*, n°13, 31 mars 2011, n°283.

COZIAN (M.) et TROTABAS (L.), « Propos désobligeants sur une « tarte à la crème » : l'autonomie du droit fiscal » : *Dr. fisc.* 1999, n° 13, comm. 100125.

DANON (R.), « Clarification de la notion de bénéficiaire effectif – Remarques sur le projet de modification du commentaire OCDE d'avril 2011 », *Revue fiscale* 2011, n°7-8, p. 581 et s.

DEBAT (O.), GENESTIER (N.), « Une approche fiscale des fonds d'investissement », in Les fonds d'investissement, Coll. Axe droit, Lamy, 2013, pp. 353 à 379.

DE BISSY (A.) et DEDEURWAERDER (G.), « Le critère du risque dans la jurisprudence fiscale » : *JCP* 2012, n°3, p.37 et s.

DEBOISSY (F.), « L'opposabilité à l'administration fiscale des montages contractuels » : *Revue des contrats*

| A. Labarthe – *Enquête sur une méconnue du droit fiscal :  
La clause de bénéficiaire effectif, entre théorie et pratique*

2007, p. 1006.

FOUQUET (O.), « Abus de droit : éclaircie ? » : *Revue Administrative* 2005, p.483 et s.

GLON (G.), « Le Conseil d'État précise le concept de résident dans les conventions fiscales » : *Dr. fisc.* 2015, n° 28, comm. 421.

GOULARD (G.), « Que reste-t-il de l'autonomie du droit fiscal » : *RJF* 5/95, p. 322 et s.

LUGAND (F.), VERBAN (M.) et TOF (D.), « La notion de substance en fiscalité internationale » : *Dr. fisc.* 2011, n°9, étude 228.

MADEC (A.), « La clause de bénéficiaire effectif à la lumière de la révision 2014 des commentaires OCDE » : *Dr. fisc.* 2014, n°47, comm. 632.

MARTIN (P.), « L'interprétation des conventions fiscales internationales » : *Dr. fisc.* 2013, n°24, comm. 320.

MELOT (N.) et BUCHET (M.), « Abus de droit : les arrêts Bank of Scotland et Abbey National Treasury Services à la lumière des écrits de Patrick Dibout » : *Dr. fisc.* 2013 n° 24, comm. 328.

MITRA (R. K.), « Beneficial ownership : UK Court of Appeal in the case of Indofood International Finance » : *BNA International* 6/06, p.28 et s.

OLLEON (L.), Autonomie du droit fiscal : le moribond se porte bien : *RJF* 5/02, p. 355.

PELLETIER (M.), « La notion de résident dans les conventions fiscales : le Conseil d'État à contre-sens » : *Dr. fisc.* 2015, n°49, act. 664.

PLAGNET (B.), « La non-immixtion de l'administration fiscale dans la gestion des entreprises » : *Bulletin Fiscal*, 11/99, p.687 et s.

ROSSI (M.), « An Italian Perspective on the Concept of Beneficial Ownership » : *Tax notes international*, vol. 72, n°12, 23 décembre 2013, p. 1133 et s.

SERVICE DE LA LEGISLATION FISCALE, « La France et l'investissement international » : *Les Notes bleues de Bercy* n°67, 16-31 juillet 1995.

TUROT (J.),

- in *Ordre des experts comptables*, 47e congrès, « La gestion fiscale et l'abus de droit » : *RF compt.* 1991, n° 229, p. 26.

- « Avantages consentis entre sociétés d'un groupe multinational », *chron.* : *RJF* 5/89, p. 263 à 271.

VAIL (M.) et ZAHND (M.), « La clause de Limitation on Benefits ou la lutte (efficace ?) contre le Treaty

Shopping. Réflexions autour de l'avenant du 13 janvier 2009 à la convention fiscale franco-américaine » : *Dr. fisc.*, 2009, n° 49, 567.

ZAMAN (J.), « Indofood and cross-border financing » : *Financial Instruments*, May 2006, vol.11, n1° 4, p. 1.

## CONCLUSIONS, NOTES, CHRONIQUES ET OBSERVATIONS

ALADJIDI (F.),

- concl. sous CE, 9° et 10° ss-sect., 27 juillet 2012, n°337656, min. c/M. Regazzacci et n° 337810, Jurisdata n°2012-0190335 : Dr. fisc. 2012, n°41, comm. 473.

- concl. sous CE, 11 avril 2014, n°352299, SARL Garnier Choiseul : Dr. fisc. 2014, n°26, comm. 408.

- concl. sous CE, 23 juin 2014, n°360708, Sté Groupement Montdidierien : RJF 10/14, n°925 ; *Dr. fisc.* 2014, n°43-44, comm. 598.

AUSTRY (S.), concl. sous CE, ass., 28 juin 2002, n° 232276, Sté Schneider electric, JurisData n° 2002-080182 : BDCF 10/2002, n° 120.

BACHELIER (G.),

- concl. sous CE, 29 janvier 2003, n°233373, Société Cidal : Dr. fisc. 2003, n°20, comm. 383.

- concl. sous CE, sect., 30 déc. 2003, n° 233894, SA Andritz, JurisData n° 2003-080472 : Dr. fisc. 2004, n° 16, comm. 427 ; BGFE 2004, n° 2, p. 166.

BOKDAM-TOGNETTI (E.), concl. sous CE, 11 mai 2015, n°365564, Sté Natixis : Dr. fisc. 2015, n°31-35, comm. 526.

BOUTEMY (B.), MEIER (E.) et PERROT (Th.), note sous CE, ass., 28 juin 2002, n° 232276, Sté Schneider electric, JurisData n° 2002-080182 : LPA 17 août 2002, p. 4 s.

BUCHET (M.), « Abus de droit et fusion de coquilles en vue de bénéficiaire d'une imputation de reports déficitaires », note sous CE, 11 avril 2014, n°352299, SARL Garnier Choiseul : *Dr. fisc.* 2014, n°26, comm. 408.

CHAHID-NOURAI (N.),

- obs. sous CE, sect., 30 décembre 2003, n° 233894, SA Andritz, JurisData n° 2003-080472 : BGFE 2004, n° 2, p. 12.

- obs. sous CE, sect., 27 septembre 2006, n° 260050, min. c/ Sté Janfin : JurisData n° 2006-081020 : BGFE 2006, n° 12, p. 30 et s.

| A. Labarthe – *Enquête sur une méconnue du droit fiscal :*  
*La clause de bénéficiaire effectif, entre théorie et pratique*

CHAHID-NOURAI (N.) et COUTURIER (P.), obs. sous CE, ass., 28 juin 2002, n°232276, Sté Schneider electric : JurisData n° 2002-080182 : FR Lefebvre 34/2002, p. 14,

COLLIN (P.),

- concl. sous CE, 18 février 2004, n° 247729, Sté Pléiade : BDCF 5/2004, n° 65.

- concl. sous CE, 18 mai 2005, n° 267087, SA Sagal : Dr. fisc. 2005, n° 44-45, comm. 726.

- concl. sous CE, 1<sup>er</sup> juin 2005, n°259618, 8<sup>e</sup> et 3<sup>e</sup> s.s., Nouvelle-Calédonie c/ SA Eagle Star Vie : BDCF 10/05 n°121.

CORTOT-BOUCHER (E.),

- concl. sous CE, 3e et 8e ss-sect., 26 septembre 2014, n° 363555, Sté Artémis Conseil, JurisData n° 2014-022459 : Dr. fisc. 2015, n°3, comm. 57.

- concl. sous CE, 3e et 8e ss-sect., 17 février 2015, n° 373230, M. Fisichella, Jurisdata n°2015-003215 : Dr. fisc. 2015, n° 18, comm. 297.

DAVOUDET (E.), obs. sous CE, ass., 28 juin 2002, n° 232276, Sté Schneider electric, JurisData n° 2002-080182 : BGFE 2002, n° 4, p. 3 et s.

DE BISSY (A.), Critères de déductibilité des pertes issues de détournements de fonds par des salariés, note sous CE, 8e et 3e ss-sect., 5 octobre 2007, n° 291049, Sté Alcatel CIT, JurisData n° 2007-081175 : Dr. fisc. 2008, n° 6, comm. 165.

DE BOYNES (N.), Les sociétés holding face au grief d'abus de droit, note sous CE, 11 mai 2015, n° 365564, Sté Natixis : Dr. fisc. 2015, n°31-35, comm. 526.

DEROUIN (Ph.), note sous CE, 13 octobre 1999, Diebold Courtage : *Bull. Joly Sociétés*, janvier 2000, p.63.

DIBOUT (P.), « L'inapplicabilité de l'article 209 B du CGI face à la convention franco-suisse du 9 septembre 1966 », étude sous CE, ass., 28 juin 2002, n° 232276, Sté Schneider electric : JurisData n° 2002-080182 : Dr. fisc. 2002, n° 36, comm. 28.

DIBOUT (P.), obs. sous CJCE, plén., 16 juillet 1998, aff. C-264/96, Imperial Chemical Industries : Dr. fisc. 1998, n° 48, p. 1481.

ESCAUT (N.), concl. sous CE, 8e et 3e ss-sect., 5 octobre 2007, n° 291049, Sté Alcatel CIT : RJF 12/07 n° 1381.

FOUQUET (O.),

- concl. sous CE, 7e et 8e ss-sect., 22 octobre 1984, req. N° 36 830 : *Petites affiches* 19 déc 1984.

- concl. sous CE, 7e et 9e ss-sect, 27 janvier 1989, req. N° 61422 : Dr. fisc. 1989, n° 25, comm. 1229.

- concl. sous CE, 17 octobre 1990 : Dr. fisc. 48/91 n°2281.

- concl. sous CE, 7e et 8e ss-sect, 21 février 1990, req. n° 84483, SARL Solodet : Dr. fisc. 1990, n° 27, comm. 1305.

| A. Labarthe – *Enquête sur une méconnue du droit fiscal :*  
*La clause de bénéficiaire effectif, entre théorie et pratique*

- concl. sous CE, 7<sup>e</sup> et 8<sup>e</sup> ss-sect., 26 février 1992, n° 83461, M. Malet : Dr. fisc. 1992, n° 52, comm. 2459.

- obs. sous CE, ass., 28 juin 2002, n° 232276, Sté Schneider electric, JurisData n° 2002-080182 : Rev. sociétés 2002, p. 538 et s.

- « Fraude à la loi et abus de droit », étude sous CE, sect., 27 septembre 2006, n° 260050, min. c/ Sté Janfin, JurisData n° 2006-081020 : Dr. fisc. 2006, n° 47, n°65.

GEELHOED (L. A.), concl. sous CJCE, 1<sup>re</sup> ch., 14 décembre. 2006, aff. C-170/05, Denkavit internationaal BV et Denkavit France SARL : BDCF 3/2007, n° 39.

GOULARD (G.),

- concl. sous CE, 9<sup>e</sup> et 20<sup>e</sup> ss-sect., 27 juillet 2001, n° 215124, SA Golay Buchel France, Jurisdata n°2001-062632 : Dr fisc. 2001, n°46, comm. 1063 ; BDCF 11/2001, n°140.

- concl. sous CE, 27 mai 2002, n°125959, 9<sup>e</sup> et 10<sup>e</sup> s.-s., Société Superseal Corporation : BDCF 8-9/02 n°104.

LE MENTEC (F.), « Le régime de la remittance basis et le bénéfice de la convention fiscale franco-britannique », note sous CE, 9<sup>e</sup> et 10<sup>e</sup> ss-sect., 27 juillet 2012, n°337656, min. c/M. Regazzacci et n° 337810, M. Regazzacci, Jurisdata n°2012-0190335 : Dr. fisc. 2012, n° 41, comm. 473.

LABRUNE (N.), chron. sous CE, plén. fisc., 24 novembre 2014, n° 363556, Sté Artémis SA, JurisData n°2014-029144 : RJF 2/15, n° 102, p. 83.

MAITROT DE LA MOTTE (A.), « Les sportifs non-résidents et la retenue à la source de l'article 182 B : la saison n'est pas finie », note sous CE, 3<sup>e</sup> et 8<sup>e</sup> ss-sect., 26 septembre 2014, n° 363555, Sté Artémis Conseil, JurisData n° 2014-022459 : Dr. fisc. 2015, n°3, comm. 57.

MARIATTE (F.), note sous CJCE, 1<sup>re</sup> ch., 14 décembre 2006, aff. C-170/05, Denkavit internationaal BV et Denkavit France SARL : Europe 2007, comm. 56.

MARTIN-LAPRADE (M. B.),

- chron. sous CE, 19 décembre 1975, n° 84774 et 91895, Plén. : RJF 2/76, n°77, p.41.

- concl. sous CE Plén., 26 juillet 1978, n°1885 : Dr. fisc. n°23-24, comm.1212.

MASQUART (P.), « L'article 212 du CGI n'est pas, en principe, applicable lorsque le contribuable se prévaut d'une clause de non-discrimination insérée dans une convention fiscale internationale », note sous CE, sect., 30 décembre 2003, n° 233894, SA Andritz : JurisData n° 2003080472 : Dr. fisc. 2004, n° 16, comm. 427.

MEIER (E.) et TORLET (R.), « « Transferts » d'avoirs fiscaux et fraude à la loi. - À la recherche des objectifs des auteurs... », note sous CE, 7 septembre 2009, n°305586, SA Axa et n°305596, Sté Henri Goldfarb : Dr. fisc. 2009, n°39, comm. 484.

MEISSE (E.), obs. sous CJCE, 5 juillet 2007, aff. C-321/05, Kofoed, Recueil CJCE, I, p. 5795 : Europe 2007, comm. 238.

| A. Labarthe – *Enquête sur une méconnue du droit fiscal :*  
*La clause de bénéficiaire effectif, entre théorie et pratique*

MIGNON (E.), « La transparence n'est pas le vide », chron. sous CE 13 octobre 1999 n° 191191, min. c/ SA Diebold Courtage : *RJF* 12/99, n°1492, p. 931.

NICOLAZO DE BARMON (M.-A.), concl. n°138 sous CE, 9 novembre 2015, 9e et 10<sup>e</sup> s.-s., n° 371132, Sté Santander Pensiones SA EGFP et n° 370054, Landesärztekammer Hessen Versorgungswerk : *RJF* 2/16, n°138 et 178, p. 253.

NOUEL (C.) et REEB (S.), note sous CE, ass., 28 juin 2002, n° 232276, *Sté Schneider electric*, JurisData n° 2002-080182 : *Bull. Joly Sociétés* 2002, n° 200.

OLLEON (L.),

- chron. sous CE, ass., 28 juin 2002, n° 232276, Sté Schneider Electric, JurisData n° 2002-080182 : *RJF* 10/02, n° 1080.

- chron. sous CE, sect., 30 décembre 2003, n° 233894, SA Andritz, JurisData n° 2003-080472 : *RJF* 3/04, n° 238.

- concl. sous CE, 20 avril 2005, n°251568, 8<sup>e</sup> et 9<sup>e</sup> s.-s., SA Figesbal : BDCF 7/05 n°93.

- concl. sous CE, sect., 27 septembre 2006, n° 260050, min. c/ Sté Janfin, JurisData n° 2006-081020 : Dr. fisc. 2006, n° 47, comm. 744 ; BDCF 12/2006, n° 156.

- concl. sous CE, 7 septembre 2009, n°305586, SA Axa et n°305596, Sté Henri Goldfarb : Dr. fisc. 2009, n°39, comm.484.

PIERRE (J.-L.),

- note sous CE, ass., 28 juin 2002, n° 232276, Sté Schneider electric, JurisData n° 2002-080182 : Dr. sociétés 2002, comm. 184.

- note sous CE, sect., 27 sept. 2006, n° 260050, min. c/ Sté Janfin, JurisData n° 2006-081020 : *Procédures* 2006, comm. 284.

- obs. sous CJCE, 1<sup>re</sup> ch., 14 déc. 2006, aff. C-170/05, Denkavit internationaal BV et Denkavit France SARL : Dr. sociétés 2007, comm. 39 ss.

PRETOT (X.), note sous CE, ass., 3 juillet 1996, Koné, *JCP* 1996, II, 22720.

RUIZ-JACABO COLOMER (D.), concl. sous CJCE, 12 mai 1998, aff. C-336/96, Epx Robert Gilly : BDCF 4/1998, n°97.

SENNERS (F.), concl. sous CE, 3<sup>e</sup> et 8<sup>e</sup> ss-sect., 29 déc. 2006, n° 283314, Min. c/ Sté Bank of Scotland : BDCF 3/07, n°33.

TESAURO (G.), concl. sous CJCE, plén., 16 juill. 1998, aff. C-264/96, Imperial Chemical Industries : BDCF 6/1998, n° 137.

VERNY, chron. sous CE Plén., 26 juillet 1978, n°1885 : RJF 10/78, n°40 p. 270 à 272.



## **JURISCLASSEURS ET REPERTOIRES**

COIN (R.), « TRAITEMENT FISCAL – Intérêts », JCI Fiscal International, 1<sup>er</sup> juin 2012 (fasc. 3560).

DE LA MARDIERE (C.), « Abus de droit. – Textes, historique et notion », JCI, 10 décembre 2015 (fasc. 375).

PLAGNET (B.), « ABUS DES TRAITES » ,JCI Fiscal international, 1<sup>er</sup> juin 1987 mis à jour 2012 (fasc. 350-A).

STANKIEWICZ L., « CONVENTIONS FISCALES. - Assistance administrative internationale. - Echange de renseignements », 30 mars 2014 (fasc. 3140).

## **RAPPORTS**

### **RAPPORTS ET AVIS DE L'ASSEMBLEE NATIONALE**

BOCQUET (A) et DUPONT-AIGNAN (N), Lutte contre les paradis fiscaux : si l'on passait des paroles aux actes, Rapport d'information n°1423 déposé par la Commission des affaires étrangères, Assemblée nationale, 9 décembre 2013, 241 pages.

GOUZES G., Rapport sur le projet de loi relatif à l'EURL, Rapport n° 2598, Assemblée nationale 1984, p. 5 : sur les quelques 140 000 sociétés anonymes et 270 000 SARL les deux tiers seraient fictives et dissimuleraient des sociétés unipersonnelles avec associés prête-noms.

### **RAPPORTS INTERNATIONAUX**

OCDE, « Concurrence fiscale dommageable – Un problème mondial », 1988, Service de Publications, 88 pages.

OECD, « Model Tax Convention : Revised proposals concerning the meaning of « beneficial owner » in articles 10, 11 and 12 », 19 octobre 2012, 25 pages.

OCDE, « Plan d'action concernant l'érosion de la base d'imposition et le transfert de bénéfices », 2013, 45 pages.

OECD, Comments received on public discussion draft, « BEPS Action 6 : Preventing the granting of treaty benefits in inappropriate circumstances », 11 avril 2014. 543 pages.

| *A. Labarthe – Enquête sur une méconnue du droit fiscal :  
La clause de bénéficiaire effectif, entre théorie et pratique*

OCDE, « La mise à jour 2014 du modèle de convention fiscale de l'OCDE », 15 juillet 2014, 81 pages.

OCDE, « Modèle de Convention fiscale concernant le revenu et la fortune 2014 (Version complète) », 3 mars 2016, 2480 pages.

OCDE, « Norme d'échange automatique de renseignements relatifs aux comptes financiers en matière fiscale », 21 juillet 2014, 329 pages.

OECD, Public Discussion Draft, « BEPS action 6 : Preventing the granting of treaty benefits in inappropriate circumstances », 14 mars 2014 – 9 avril 2014, 31 pages.

UN, « Model Double Taxation Convention between Developed and Developing Countries », 2011, 483 pages.

#### **SITES INTERNET ET LIENS EVOQUES**

<http://www.fatf-gafi.org/fr/themes/recommandationsgafi/documents/recommandations-gafi.html>

<http://www.oecd.org/fr/sites/forummondialsurlatransparenceetlechangederenseignementsadesfinsfiscales>

## TABLE DES MATIERES

<b>PREFACE</b> .....	<b>3</b>
<b>LEXIQUE</b> .....	<b>6</b>
<b>SOMMAIRE</b> .....	<b>8</b>
<b>INTRODUCTION</b> .....	<b>9</b>
<b>PARTIE 1. L’AFFIRMATION PROGRESSIVE D’UN DISPOSITIF AMBIVALENT</b> .....	<b>35</b>
<i>Chapitre 1. Une condition pour l’application de régimes de faveurs</i> .....	35
Section 1. En droit interne .....	35
Sous-section 1. L’imposition des revenus passifs .....	36
§ 1. L’imposition générale des dividendes et redevances .....	36
A. Les dividendes .....	36
B. Les redevances .....	37
§ 2. L’imposition spécifique vers les ETNC .....	38
A. L’exonération des intérêts à l’exclusion de ceux versés aux ETNC .....	39
B. La notion d’ETNC .....	40
Sous-section 2. L’exonération conditionnée des impositions .....	41
§ 1. Le régime des sociétés mères et filles .....	42
§ 2. Le régime des intérêts et redevances .....	43
Section 2. En droit conventionnel .....	44
Sous-section 1. Une condition du droit d’imposer de l’État de résidence .....	44
§ 1. La détermination du droit d’imposer .....	44
A. Partage d’imposition .....	44
B. L’imposition exclusive .....	46
§ 2. L’élimination des doubles impositions .....	47
Sous-section 2. Une condition de la limitation de la retenue à la source .....	48
§ 1. Principes et méthodes d’élimination .....	49
A. L’avoir fiscal .....	49
B. Crédit d’impôt .....	50
§ 2. Les procédures applicables .....	51
A. Modalités pratiques .....	52
B. Des procédures relatives .....	53
<i>Chapitre 2. Une clause conventionnelle de lutte contre les abus</i> .....	57
Section 1. Des références textuelles à un principe général .....	57

Sous-section 1. Un principe général jurisprudentiel .....	57
§ 1. La théorie caduque du modèle écran .....	58
§ 2. L'application de la procédure de l'abus de droit .....	59
A. La reconnaissance de l'abus de droit .....	59
B. Une intention des auteurs conventionnels .....	60
Sous-section 2. Des bases textuelles multiples .....	62
§ 1. Une condition spéciale dans la définition du résident .....	62
A. La clause de bénéficiaire apparent .....	63
B. La coordination avec la clause des revenus passifs .....	65
§ 2. Une clause implicite du modèle .....	65
Section 2. Une clause concurrencée .....	67
Sous-section 1. En droit interne .....	68
§ 1. Les mécanismes protecteurs de la retenue à la source .....	68
§ 2. L'appropriation de l'imposition des sociétés intermédiaires .....	69
Sous-section 2. En droit conventionnel .....	71
§ 1. Les clauses de <i>Limitation of benefits</i> .....	71
§ 2. La clause des objectifs principaux ou <i>principal purpose test</i> .....	73
PARTIE 2. UNE NOTION EN QUETE DE SENS .....	75
Chapitre 1. Une définition large controversée .....	75
Section 1. L'application concrète .....	75
Sous-section 1. L'application inefficace des transferts de bénéfices .....	76
§ 1. Les outils conventionnels .....	76
A. La définition des bénéfices .....	76
B. Les relations spéciales .....	77
§ 2. Les outils de droit interne .....	79
A. Le spécial, les prix de transfert .....	79
B. L'acte anormal de gestion, le général .....	80
Sous-section 2. L'application de l'abus de droit .....	82
§ 1. L'utilisation relative de l'apparence .....	82
A. Une apparence limitée à la réalité .....	82
B. L'absence d'utilisation de la simulation .....	84
§ 2. La définition de l'abus .....	85
A. L'appréhension de la substance .....	85
B. L'appréhension du contrôle et du risque .....	86
Section 2. Un domaine théorique difficile à établir .....	88

Sous-section 1. Les sociétés relais .....	88
§ 1. Approche substantielle .....	88
A. L'ouverture du modèle de convention fiscale .....	89
B. L'application jurisprudentielle .....	90
§ 2. Approche formelle.....	91
A. L'arrêt <i>Prévost Car Inc</i> .....	92
B. L'arrêt <i>Velcro</i> .....	93
Sous-section 2. Les démembrements de propriété et assimilés .....	95
§ 1. En <i>common law</i> .....	95
§ 2. En droit civil.....	96
A. Les jeux autour des démembrements de la propriété.....	97
B. L'information sur le récipiendaire .....	98
<i>Chapitre 2. Une définition de principe en évolution</i> .....	99
Section 1. Le rejet d'une définition restreinte .....	100
Sous-section 1. Les errements de la définition originelle .....	100
§ 1. Une définition par l'exemple.....	100
§ 2. Une définition par la négative .....	102
Sous-section 2. Le rejet des définitions existantes.....	104
§ 1. En matière bancaire .....	104
§ 2. En matière d'échange de renseignement à des fins fiscales .....	105
Section 2. La mise en place d'une définition formelle .....	107
Sous-section 1. L'interprétation des termes « revenus payés à ».....	107
§ 1. Les caractéristiques de la réception d'un revenu : la jouissance sans limitation.....	107
§ 2. Les caractéristiques du flux : la réception directe .....	109
Sous-section 2. Les formes de « l'action pour le compte de ».....	111
§ 1. La gestion directe et pour le compte de tiers .....	111
§ 2. Le traitement des organismes de placements collectifs.....	113
A. Le rejet de la qualité de résident.....	113
B. Les alternatives autour de la définition du bénéficiaire effectif .....	114
<b>CONCLUSION</b> .....	<b>116</b>
<b>REFERENCES BIBLIOGRAPHIQUES</b> .....	<b>117</b>