

Le “ bénéficiaire effectif ” en droit fiscal financier comparé

Georges Cavalier

▶ **To cite this version:**

Georges Cavalier. Le “ bénéficiaire effectif ” en droit fiscal financier comparé. Liber Amicorum Blanche Sousi : l'Europe bancaire, financière et monétaire, RB édition, pp.427-436, 2016, 978-2-86325-790-6. hal-01425677

HAL Id: hal-01425677
https://hal.science/hal-01425677

Submitted on 9 Mar 2018

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

XII.

DROIT FISCAL FINANCIER

Le « bénéficiaire effectif » en droit fiscal financier comparé

Georges CAVALIER
Maître de conférences, HDR
Université de Lyon, Centre d'Études et de Recherches Financières et Fiscales

Dans le jardin du droit financier, on trouve des édifices qui portent la marque de la dédicataire de ces lignes. Ainsi en est-il de la construction du marché unique des services financiers [1] ; peu d'auteurs peuvent s'enorgueillir d'un tel palmarès. Il est à la hauteur de la femme, mais aussi des enjeux auxquels son œuvre tout entière est consacrée : l'harmonisation, particulièrement européenne. Chemin faisant, l'auteur a pu relever les désillusions que cette dernière soulève : « que de difficultés pratiques en son nom, d'interprétations doctrinales divergentes, de solutions judiciaires contradictoires » [2] ! Or la clause de « bénéficiaire effectif » est précisément de ces concepts du droit fiscal international qui soulèvent un grand embarras. Introduite en 1977 dans les articles 10 (dividendes), 11 (intérêts) et 12 (redevances) du modèle OCDE de convention internationale visant à lutter contre les doubles impositions, puis insérée par la France comme condition du bénéfice de la majorité de ses conventions, et finalement érigée par la jurisprudence française en véritable principe général du droit même en l'absence de stipulation conventionnelle expresse [3], la clause est assise sur une notion volontairement vague qui participe aux « soupapes » d'un système juridique [4]. Ni la convention, ni le droit interne ne donnent une définition du bénéficiaire effectif permettant, le cas échéant, de lever le voile et révéler le vrai visage d'un bénéficiaire potiche [5].

L'expression vise-t-elle précisément à englober un maximum de constructions juridiques différentes ? Mais alors comment l'articuler avec d'autres techniques cherchant à lutter contre les abus de conventions fiscales, notamment la clause

1. B. Sousi, « La construction du marché unique des services financiers. Propos iconoclastes », *Mélanges André Bruyneel*, Éd. Bruylant, Bruxelles, 2008, p. 3.
2. B. Sousi, « L'harmonisation européenne des services financiers et le juge national », *Mélanges Pierre Bezard*, Éd. *Montchrestien* et *Petites Affiches*, 2002, p. 197.
3. CE, 13 oct. 1999, SA Diebold Courtage (pour ne pas alourdir l'appareil scientifique et contenir le texte dans les limites fixées par l'éditeur, il a été choisi de ne citer les jurisprudences très largement commentées que par leur seule date).
4. Sur l'utilité des « concepts indéterminés » en droit, v. J.-L. Bergel, *Méthodologie juridique*, PUF, 2016, p. 117 et s.
5. Les négociateurs ont sans doute jugé prématuré un compromis sur la définition d'une notion issue de pays de *common law* (« effective beneficiary ») qui était inconnue en tant que telle des systèmes de Code civil. Dans un autre domaine (celui du droit bancaire cher à Blanche Sousi), la 3e directive de lutte contre le blanchiment des capitaux et le financement du terrorisme a apporté des précisions sur la notion de bénéficiaire effectif, lequel ne peut être qu'une personne physique.

de limitation des bénéfices, ou les clauses anti-abus générales ou plus ciblées ? Quelle place donner aux initiatives concurrentes, qu'il s'agisse du projet BEPS[6] de l'OCDE ou la toute récente Recommandation de la Commission européenne[7] ? Ce foisonnement de textes suffirait à relancer le débat sur une notion dont on pourrait faire dire tout et son contraire[8]. Aux confins de l'analyse économique et de la seule Vertu de notre temps (la transparence)[9], le « bénéficiaire effectif » pourrait éclairer d'une nouvelle manière l'autonomie et le réalisme du droit fiscal : il illustre une tendance de fond en droit fiscal où l'on délaisse les qualifications juridiques pour une approche économique, un peu comme en matière de TVA. Et les enjeux ne sont pas seulement théoriques. Les revenus tirés de certaines activités, en particulier financières, sont en pratique facilement délocalisés. Qualifiés de « passifs » et détachés de toute livraison directe de biens ou de services, ils peuvent traverser une frontière au gré des besoins des opérateurs par un simple mouvement de compte. Ainsi en est-il des dividendes. Leur passage à la frontière génère, par le biais d'une retenue à la source, un coût fiscal élevé (30 % en général en France[10] ou aux États-Unis, 35 % en Suisse). Mais ce taux est typiquement réduit à 15 % ou 5 % par voie conventionnelle. S'il s'agit d'intérêts ou de redevances, la retenue à la source est souvent supprimée[11]. Il est donc alléchant de vouloir faire transiter un revenu par le truchement d'un intermédiaire résident d'un pays appliquant une telle convention, pour la seule raison que le véritable bénéficiaire est résident d'un pays non conventionné : comme on fait son marché, le contribuable réalise du *treaty shopping*. Sous le masque du bénéficiaire apparent se cachent les traits du bénéficiaire réel.

Or les jurisprudences nationales contradictoires identifiant le bénéficiaire effectif semblaient inconciliables, parfois même au sein d'un unique territoire[12] : si une

6. On rappellera que l'acronyme anglais BEPS (« Base Erosion and Profit Shifting ») se traduit littéralement par érosion de la base imposable et transfert des bénéfices. V. G. Cavalier, « Les recommandations BEPS de septembre 2014 : un aboutissement ou un commencement (première partie) ? », *RISF*, 4/2014, pp. 124 et s. et « Les recommandations BEPS de septembre 2014 : un aboutissement ou un commencement (deuxième partie) ? », *RISF*, 1/2015, pp. 126 et s.
7. Recommandation de la Commission du 28 janv. 2016 concernant la mise en œuvre de mesures contre l'utilisation abusive des conventions fiscales, C(2016) 271 Final (disponible sur www.ec.europa.eu).
8. P. Dibout, « Bénéficiaire effectif : l'approche française », *Mélanges J.-P. Le Gall*, 2007, Éd. Dalloz, p. 49 et s. ; S. Bolderman, « Tour d'Horizon of the term "Beneficial Owner" », *Tax Notes Int'l*, 2009, p. 881 ; L. Stankiewicz, *L'abus de convention fiscale internationale* (Thèse Lyon 3, 2009), pp. 493-568 ; A. Martin Jimenez, « *Beneficial Ownership: Current Trends* », *World Tax Journal*, 2010, p. 35 ; J. Vieggeert, « *Abuse of Tax Treaties: a Discussion of Recent Court Cases in Various Countries with Opposite Outcomes, in Double Taxation Conventions: Latest Developments* », *Schulthess*, Zurich, 2010, 18 pages ; C. du Toi, « *The Evolution of the Term "Beneficial Ownership" in Relation to International Taxation over the Past 45 Years* », *Bull. Int'l Tax.*, 2010, p. 500 ; Dossier spécial « *Beneficial Ownership* », *Tax Management International Forum* 12/2012 ; K. Yoshimura, « *Clarifying the Meaning of "Beneficial Owner" in Tax Treaties* », *Tax Notes Int'l*, 2013, p. 761.
9. J. Carbonnier, « La transparence, Propos introductifs » : *RJ com.*, 1993, n° spécial, p. 15 (critique).
10. CGI, art. 119 bis 2 et 187.
11. Pour des raisons de droit conventionnel (redevance), mais parfois de droit interne (intérêts) : v. B. Gouthière, *Les impôts dans les affaires internationales*, 10e éd. (2014), n° 20905 (redevances) et n° 62525 (intérêts), Éd. Francis Lefebvre.
12. Par ex. *Italie* : Cour fiscale de Turin, 19 oct. 2010, et Cour du Piémont, 7 mai 2014.

petite minorité [13] continue de préférer une lecture plutôt juridique [14] de la notion, la majorité [15] adhère à une lecture davantage économique [16]. C'est le cas de décisions récentes du Tribunal fédéral suisse, spécifiques à des produits financiers (dérivés de rendement total). Pour ces opérations, il était encore relevé il y a peu de temps que tant la doctrine et la jurisprudence sont « extrêmement pauvres sur l'identification du bénéficiaire effectif » [17]. Pourtant, c'est assurément dans ce domaine financier que l'on retrouve particulièrement l'interposition de personnes déjà évoquée : pour faire face aux risques de marchés [18], l'entreprise ou les établissements financiers utilisent volontiers un « swap » (échange). Il permet d'anticiper les mouvements de cours et offre une couverture. Ces montages ne sont pas toujours vus très favorablement par l'Administration fiscale [19], car ils présentent une difficulté supplémentaire : l'identification du bénéficiaire effectif peut être complexifiée par la nature du produit proposé.

Ce faisant, ces différentes positions jurisprudentielles étrangères contradictoires offrent peut-être davantage qu'une simple source d'inspiration. Certes, dans un univers fiscal toujours plus complexe, plus internationalisé, plus technique, les approches purement dogmatiques d'un droit fermé sur lui-même ne sont plus tenables. À coup sûr, la fiscalité comparée est utile pour assurer une cohérence et permettre d'avantage de prévisibilité [20]. Et si l'harmonisation n'était pas au rendez-vous, la doctrine fiscale comparative critiquerait le manque de lisibilité de la notion [21]. D'autant plus qu'un tel constat s'accommode mal du principe de sécurité juridique auquel les opérateurs économiques sont légitimement attachés.

Mais si un tel objectif s'avère, à l'analyse, impossible à atteindre, ne faudrait-il pas alors suggérer de nouvelles pistes ? Remplacer par autre chose la notion de

13. Par ex. *Pays-Bas* : Hoge Raad, 6 avr. 1994 ; et surtout *Canada* : Cour d'appel fédérale, 26 fév. 2009 et 24 fév. 2012.
14. La lecture juridique (formelle) conduit à écarter l'application de la convention au seul cas où le revenu est reçu par un intermédiaire agissant pour le compte d'autrui, que la représentation soit parfaite (mandat) ou imparfaite (commission).
15. Par ex. (chronologiquement) *Suisse* : Commission fédérale de recours en matière de contributions, 28 fév. 2001 ; 3 mars 2005 ; *Espagne* : Audiencia National, 19 juin 2003 ; 18 juill. 2006 ; 20 juill. 2006 ; 10 nov. 2006 ; 13 nov. 2006 ; 27 mars 2007 ; *Royaume-Uni* : *Court of Appeal*, 2 mars 2006 ; *France* : CE, 29 déc. 2006.
16. Le bénéficiaire effectif est non seulement celui qui a conclu un contrat d'intermédiation avec un bénéficiaire apparent, mais aussi celui qui bénéficie d'un revenu par une intermédiation économique, à défaut d'être juridique.
17. G. Blanluet, « La notion de bénéficiaire effectif en droit fiscal international », *Études à la mémoire du professeur Maurice Cozian, Écrits de fiscalité des entreprises*, Litec, 2009, p. 513, spéc. p. 525 ; v. toutefois depuis : K. Vikulov, « *Beneficial Ownership à la Russe: The Effect on Eurobonds and Other Business Structure* », *Tax Notes Int'l*, 2012, p. 263 ; R. Sancheti, « *Beneficial Ownership: Recent Scrutiny of Offshore Derivative Instruments and Case for Clarity* », *Derivatives & Financial Instruments*, 2013, p. 3.
18. Le risque de marché peut se définir comme le risque lié à la variation des cours ou des prix d'une devise, d'un taux d'intérêt, ou d'une action sur les marchés de capitaux (F. Bussac et *alii*, « Nouveaux instruments financiers », dossier Francis Lefebvre 1991, n° 103).
19. V. G. Blanluet, « Montages financiers et fiscalité : à propos de l'arrêt du Conseil d'État du 29 décembre 2006 (Bank of Scotland) », *RDC*, 2007, p. 993.
20. V. la chronique de fiscalité comparée à la *Revue internationale des services financiers* (Bruylant).
21. V. les articles précités.

« bénéficiaire effectif » ? Si une interprétation uniforme de la notion est écartée, c'est qu'elle mérite d'être revue, le cas échéant en lui substituant d'autres techniques. Ce dépassement impose une analyse pour savoir s'il faut l'encourager. C'est pourquoi il sera, dans un premier temps, discuté l'identification du bénéficiaire effectif dans les contrats de dérivés et, dans un second temps, analysé le dépassement dont la notion fait aujourd'hui l'objet.

I. L'identification

L'identification du bénéficiaire effectif est assurément discutée dans la famille des contrats dérivés. Pour le démontrer, on focalisera l'attention sur le contrat par lequel des parties conviennent de s'échanger des actifs ou des flux d'intérêt liés à une opération sous-jacente, selon un échéancier déterminé (souvent désigner par l'équivalent anglais de *swap*), et plus particulièrement sur les dérivés de rendement total ou *total return swaps*[22]. La description du phénomène des dérivés, d'une part, permettra de mettre à jour la controverse liée à l'identification du bénéficiaire effectif, d'autre part.

A. Le phénomène des dérivés

La description du phénomène implique d'abord de comprendre l'intérêt économique de l'opération : là où leurs cousins – les *swaps* simples – portent généralement sur l'échange d'un flux de taux contre une exposition économique à une action[23], les dérivés de rendement total consistent aussi à échanger les revenus et le risque d'évolution de la valeur, mais ils se distinguent en ce que sont en cause deux actifs différents. En d'autres termes, les dérivés de rendement total sont des instruments de transfert de rendement, puisque les parties s'échangent l'intégralité de l'appréciation ou de la dépréciation d'un actif sous-jacent de référence. Économiquement, pour des raisons non fiscales liées à des ratios ou profil de risques par exemple, un fonds réalise un placement sur des actifs monétaires non risqués mais peu rémunérateurs. Au titre de cet investissement, le fonds perçoit des intérêts qu'il décide de reverser à une banque, laquelle les utilise pour financer en partie l'acquisition d'actifs plus rémunérateurs, de type actions ou indices sur actions. En outre, si l'évolution du cours de l'action implique une moins-value, le fonds s'oblige à verser à la banque une somme correspondant à la dépréciation. L'échange est réalisé par contrat de dérivés de rendement total. En effet, en contrepartie de l'intérêt perçu, la banque reverse à l'investisseur *l'équivalent du rendement* (dividendes et gains en capital), par exemple sur un panier d'actions dont la banque aura fait l'acquisition. Il y a une transmutation du flux, car il est reversé un montant *équivalent* résultant d'un savant calcul déterminé par une formule mathématique. La banque n'est donc pas seulement un simple *passeur* de flux puisqu'un calcul du montant du rendement

22. A. Couret et *alii*, *Droit financier*, Dalloz, 2e éd. (2012), n° 1117 et en particulier l'exemple offert au n° 1118.
23. V. P. Pouliguen, L. de Maintenant, « Les instruments dérivés de crédit à l'épreuve de la fiscalité », *Dr. fisc.*, 1999, n° 100272.

s'effectue à son niveau. Et l'intérêt économique pour le fonds est de caresser l'espoir d'une rémunération plus forte que celle issue d'un simple placement monétaire [24]. À cet atout, on pourrait en ajouter d'autres [25].

C'est ensuite en matière fiscale que le charme des dérivés de rendement total scintille. Le Tribunal fédéral leur a néanmoins porté un coup funeste dans une décision du 5 mai 2015 [26]. La Cour suprême suisse se prononce dans une opération portant sur des actions suisses proposées par une banque danoise à des clients localisés notamment en France, qui bénéficient d'un taux réduit de retenue à la source sur dividendes moins avantageux que celui offert (à l'époque) par la convention Suisse-Danemark. En simplifiant, la banque danoise émet ces produits dérivés auprès d'investisseurs étrangers à qui elle promet l'équivalent du rendement des titres sous-jacents. La banque s'engage à verser à ses contreparties françaises, américaines, anglaises et allemandes des montants équivalents à l'augmentation du cours d'un panier d'actions suisses ainsi que les éventuels dividendes versés durant les périodes convenues, et reçoit en contrepartie un certain taux d'intérêt et une marge. La banque n'est toutefois pas juridiquement contrainte [27]. À maturité du contrat d'échange, une somme *correspondant* à une grande partie des revenus des sous-jacents est payée par la banque aux investisseurs. L'avantage fiscal est donc de permettre une exonération de retenue à la source payée au titre des actions suisses. Mais la banque danoise recevant les dividendes en est-elle le bénéficiaire effectif ? C'est dans la réponse à cette question que réside la controverse.

B. La controverse suisse

La controverse suisse tient à l'identification du bénéficiaire effectif. Pas tant du point de vue méthodologique [28] : le principe même du test dit d'interdépendance auquel il faut soumettre le bénéficiaire effectif pour le révéler est admis [29]. Le débat a tourné autour de l'application de ce test.

---

24. Bien entendu, la banque conserve une partie des bénéfices tirés des opérations pour rémunérer son service.
25. Notamment en matière boursière : par ex. A. Gaudemet, « Affaire Wendel-Saint-Gobain : un parfum de LVMH ? », *D.*, 2011, p. 855.
26. Tribunal fédéral (Bundesgericht), 5 mai 2015, 2C_364/2012 / 2C_377/2012 ; rapprocher en date du même jour 2C_895/2012 et du 2 octobre 2015 (2C_383/2013) (à propos de contrats à terme (*futures*) sur indice du marché suisse (*Swiss Market Index*)). La décision 2C_364/2012 / 2C_377/2012 a été rendue en langue suisse allemande, mais une traduction non officielle en langue anglaise est disponible.
27. En théorie, si le fonds est défaillant et s'avère incapable de payer les intérêts, c'est sur la banque que, *in fine*, reposera le risque pris au titre de la souscription des actions. Mais en pratique, la banque couvre elle-même cette position.
28. L'identification du bénéficiaire effectif relève, sur le plan de la méthode, d'une logique différente de celle d'abus de convention : la banque danoise ne peut avoir abusé de la convention dano-suisse puisqu'elle déploie bien une activité économique au Danemark, État partie à la convention fiscale invoquée. L'analyse sur ce point des juges du fond est partagée par la Cour suprême suisse.
29. Selon ce test d'origine doctrinale (B. Baumgartner, « *Das Konzept des beneficial owner im internationalen Steuerrecht der Schweiz* », *Diss. Zurich*, 2010, p. 130 et s.), le détenteur d'une valeur est le bénéficiaire effectif si une double causalité est réunie : (i) la transaction impliquant le sous-jacent ne serait pas conclue s'il n'y avait pas un accord sur le transfert des revenus de la transaction

Au sein même de l'ordre juridique suisse d'abord, les points de vue divergent entre le Tribunal fédéral (juge de cassation) et le Tribunal administratif fédéral (juge du fond)[30]. Ce dernier conclut à l'absence d'interdépendance juridique entre les transactions de *swaps*, et celles portant acquisition des actions suisses composant le panier. Il décide que la banque danoise est le bénéficiaire effectif dès lors qu'elle est obligée de payer un montant *correspondant* aux dividendes quand bien même elle ne les aurait pas perçus. Il y a bien déconnexion entre la perception des dividendes et le paiement correspondant. À cet argument, les juges de Saint-Gall en ajoutent un autre en sens inverse : la banque aurait perçu le dividende même si elle n'avait aucune obligation de payer le montant *correspondant* à sa contrepartie. Pour parachever son analyse, il relève que la banque est libre, indépendamment du contrat de *swap,* de décider d'acheter ou non les actions composant le panier. Elle serait donc le bénéficiaire effectif des dividendes. Cette conclusion n'est pas partagée par le Tribunal fédéral. Il tranche en faveur de la position de l'Administration fiscale suisse et refuse à la banque danoise l'exonération de la retenue à la source suisse et son remboursement. Motif pris que les juges du fond ont mal appliqué le test. Selon le Tribunal fédéral, la qualité de bénéficiaire effectif dépend bien de la capacité de l'investisseur à disposer librement et pleinement des revenus des valeurs en question ainsi que d'en assumer les risques inhérents. Or selon son analyse, la banque danoise n'aurait jamais conclu la transaction sous-jacente (l'acquisition d'actions suisses) sans l'opération dérivée. La Cour suprême suisse considère que la banque a une *obligation pratique*[31] de transférer le dividende aux non-résidents, compte tenu de *l'interdépendance des transactions* de *swaps* et d'acquisition d'actions, mise à jour par les indices suivants[32] : (i) les transactions sont effectuées simultanément ou dans un très court lapses de temps, (ii) la réalisation des revenus des actions est facilitée par le contrat de *swap* puisque les intérêts participent à l'acquisition des actions, et (iii) la banque ne supporte pratiquement aucun risque, compte tenu de sa couverture complète. Le Tribunal fédéral suisse considère que l'analyse des premiers juges est « trop étroitement contractuelle »[33]. En d'autres termes, le contrat de *swap* implique *économiquement* le reversement des dividendes par la banque aux investisseurs.

Se détachant ensuite de l'analyse suisse, l'observateur français peut confronter l'application de ce test suisse à son propre système. Tout amateur de droit comparé ne peut premièrement s'empêcher de relever que la révérence faite à l'économie

---

à la tierce personne ; (ii) le montant à verser à l'investisseur détenant le produit dérivé dépend du rendement du sous-jacent.

30. En matière d'impôts fédéraux, le tribunal administratif fédéral statue comme autorité précédant le Tribunal fédéral.
31. La notion « d'obligation pratique » est curieuse, et vise sans doute sous la plume des juges une « obligation économique » ; l'appréhension de l'économie par le droit fiscal n'est pas anormale, même si les droits des obligations « civilistes » y étaient, jusqu'à un passé récent, plutôt réticents.
32. Point 6.3 de la décision.
33. Point 6.4. Il n'est pas sûr que la notion de contrats interdépendants en droit suisse puisse faire intervenir des opérations, comme celles de l'espèce, conclues entre des parties différentes : une première (achat d'actions) entre le vendeur des actions et la banque acquéreur ; une seconde (contrat de *swap*) entre cette dernière et ses contreparties : v. facilement accessible aux lecteurs français, P. Pichonnaz, « Quelques aspects de l'indivisibilité en droit suisse », *RDC*, 2013, p. 1112.

par le Tribunal fédéral s'inscrit dans le courant américain « substance-over-form », lequel a récemment été codifié [34]. Cette doctrine met à mal la sécurité juridique. Celle-ci aurait-elle pu alors être davantage ménagée par une application « étroite du droit français des contrats » ? Par exemple en identifiant une obligation juridique – et pas seulement économique – par le truchement de la notion de contrats interdépendants [35] (contrat de *swap* d'un côté, contrat d'achat d'action de l'autre) [36] ou d'intérêt au contrat [37] (le succédané à la « cause » du contrat). Encore faut-il que tous les participants à l'opération globale aient connaissance, expressément ou tacitement, de l'interdépendance contractuelle, ce qui est une question de fait à discuter. Et à défaut, le cas échéant, de disposition équivalente du droit suisse, ne pouvait-on pas tout simplement *interpréter* des contrats interdépendants en fonction de l'opération à laquelle ils sont ordonnés [38] ? Au nom de la sécurité juridique, l'analyse de droit des obligations paraît pouvoir préempter l'analyse purement économique, surtout lorsque la première offre des outils à une décision judiciaire. Le Tribunal fédéral a préféré une notion certes autonome par rapport au droit interne suisse, mais pas uniforme. La notion de bénéficiaire effectif est alors dépassée.

II. Le dépassement

Le dépassement dont fait l'objet la notion de bénéficiaire effectif est double : d'une part, le Tribunal fédéral n'a pas saisi l'occasion de confirmer une appréciation uniforme de la notion et a préféré la tenir à distance ; d'autre part, les législateurs se plaisent à y substituer des dispositions concurrentes.

A. L'évitement d'une notion uniforme

Ce qui frappe à la lecture de la décision du Tribunal fédéral suisse, c'est le luxe avec lequel il analyse diverses jurisprudences étrangères récentes désormais accessibles. On reconnaît ici l'influence de la doctrine comparatiste suisse ouverte sur le monde [39]. On aurait alors pu s'attendre à l'adoption d'une interprétation non

34. La doctrine de la substance économique est une théorie judiciaire qui a été codifiée à l'article 7701(o) du Code général des impôts américain par le *Health Care and Education Reconciliation Act* de 2010 (Pub. L. n° 111-152). Voir dernièrement P. Daub, « *The Conduit Regulations Revisited* », *Tax Notes*, 27 avril, 2015, p. 409.
35. Art. 1186 al. 2 C. civ. français issu de l'Ord. du 10 fév. 2016. À distinguer de la qualification du *swap* lui-même : v. par ex. T. Bonneau, *Droit bancaire*, n° 639, 11e éd. LGDJ (2015) (préférant la qualification de vente à réméré à celle de groupe de contrats).
36. M.-L. Demeester, *La notion d'interdépendance contractuelle*, Nouvelle bibliothèque de thèses, Dalloz 2007, n° 358.
37. Les juges français ont par exemple estimé qu'une interdépendance existait entre des contrats dont chacun trouve sa cause dans l'autre : T. com. Paris, 3e ch. B, 28-10-1992, Sté Économe Finance N.V. c/ Commerzbank A.G., *JCP*, 1993, IV, 354 ; rappr. J. Ghestin, « Cause de l'engagement et validité du contrat », LGDJ, 2006, p. 244 et s.
38. Art. 1189 al. 2. En droit suisse, v. art. 18 du Code des obligations.
39. T. Kadner, « Est-il légitime et utile pour le juge de comparer ? » in *Marianne Faure-Abbad/Michel Boudot* (éds.), *Obligations, procès et droit savant – Mélanges en l'honneur de Jean Beauchard*, Paris, LGDJ, 2013, p. 71.

seulement autonome par rapport au droit interne suisse, comme adoptée quasi unanimement, mais surtout uniforme. S'il l'admet l'autonomie de la notion, le Tribunal ne la conjugue pas avec uniformité.

L'éloge de l'autonomie, d'abord, a été donné par le grand rhéteur de fiscalité internationale au Royaume-Uni. Écoutons-le quelques instants [40] : commentant l'arrêt *Indofood*, il avoue que l'une des plus grandes craintes des fiscalistes internationaux est que la question relative au bénéficiaire effectif soit posée à une cour d'un pays du *common law* ayant peu ou aucune expérience des règles de fiscalité internationale. L'inquiétude tient à ce qu'un tribunal veuille transposer ses connaissances en matière *d'equity* et du droit des *trusts* pour identifier le bénéficiaire effectif. Ce renvoi au droit interne aurait des conséquences inattendues pour les *trustees* eux-mêmes cherchant le bénéfice d'une convention fiscale. Surtout, il conférerait à l'expression « bénéficiaire effectif » un sens que les systèmes romano-germaniques pourraient difficilement suivre.

Si l'autonomie par rapport au droit interne est acquise, il reste ensuite à doter le bénéficiaire effectif d'une acception uniforme. Celle-ci paraît largement atteignable depuis la publication en 2014 des derniers commentaires de l'OCDE sous l'article 10 (dividendes). Ces commentaires paraissent pertinents dès lors que les négociateurs de la convention Suisse-Danemark à interpréter ont choisi de reprendre exactement les termes du modèle OCDE. Certes il s'agit de droit non contraignant, mais il est de bon ton d'y recourir [41], surtout lorsque la Suisse – pas davantage que la France – n'y a apporté aucune réserve ni observation. Le Conseil d'État, au moins pour les commentaires antérieurs à la convention sous-examen, estime que ces derniers sont un élément de contexte faisant obstacle à l'utilisation de la définition de droit interne [42]. Sans doute le Tribunal fédéral a-t-il considéré que la convention Suisse-Danemark de 1973 était antérieure aux Commentaires de 2014 [43], mais pourquoi alors relève-t-il dans le même temps que la jurisprudence danoise fait preuve d'une vision dynamique de la notion en recourant à des commentaires postérieurs à la signature de la convention examinée [44] ? Dans ces conditions, on peut regretter qu'aucune référence aux commentaires n'anime la solution dégagée par le Tribunal fédéral. Ce dernier a tenu à distance les commentaires de 2014, alors que leur paragraphe 12.4 précise que si la présence d'une obligation consistant en la cession du paiement reçu reste le critère déterminant, cette obligation est appréciée de manière plus restrictive puisqu'elle doit nécessairement être contractuelle ou

40. P. Baker, « *Beneficial Ownership: After Indofood* », *Gray's Inn Tax Chambers Review*, 2007, vol. 6, n° 1, p. 15 *at* 22.
41. P. Deumier, *Introduction générale au droit*, LGDJ, 2011, n° 30 et s.
42. CE 9e et 10e ss-sect., 27 juill. 2001, n° 215124, SA Golay Buchel France, *Dr. fisc.*, 2001, n° 46, comm. 1063, concl. G. Goulard. Rappr. CE, ass., 21 mars 2016, n° 368082, 368083, et 368084, Sté Fairvesta International, *Dr. fisc.*, 2016, para. 297, note O. Fouquet.
43. L'article consacré aux dividendes a fait l'objet d'une modification en 2009 pour y intégrer la référence à la notion de bénéficiaire effectif.
44. Le Tribunal fédéral cite même la doctrine danoise (para. 4.4.2) : J. Bundgaard, « *The notion of beneficial ownership in Danish tax law* », in *Michael Lang et al. Beneficial Ownership: recent trends*, Vienna, 2013, p. 94 ; « *Danish case law developments on beneficial ownership* », *Tax Notes Int'l*, 1er oct. 2012, p. 64.

légale [45]. Cette nouvelle précision limite considérablement la portée de la notion de bénéficiaire effectif [46]. Et la partie pertinente des commentaires d'ajouter :

> *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 (…)* [nous soulignons] [47].

Or en l'espèce, la banque n'avait aucune obligation légale ou contractuelle de reverser le dividende qu'elle ne transmet pas en tant que tel, mais plutôt s'engageait à payer une somme déterminée par une froide formule mathématique. Celle-ci n'opère-t-elle pas transmutation juridique du flux financier ? Les exégètes du modèle OCDE n'ont précisément pas voulu de la phrase « *full right to use and enjoy the dividend* » considérant qu'elle était trop large et susceptible de prendre au piège des situations légitimes, et notamment « les activités des banques et, plus généralement des institutions financières » [48]. Ainsi, les *repos* et autres dérivés de crédit, y compris les *credit default swaps,* ne devaient pas être affectés.

Ces commentaires offraient une bonne base pour une vision autonome de la notion de bénéficiaire effectif et il est dommage que l'arrêt du Tribunal fédéral non seulement ne s'y réfère pas expressément mais aussi prenne le parti de les ignorer pour asseoir sa propre vision. Le Tribunal passe et laisse sur le bord de la route l'espoir d'adopter une notion uniforme. Compte tenu de ce qui précède, l'heure n'est plus à l'ambition, irraisonnable, d'échafauder une théorie uniforme du bénéficiaire effectif. En revanche, il est possible de livrer, en guise de prolongements prospectifs de la réflexion, certaines pistes de remèdes pratiques à la portée immédiate des États et des acteurs concernés par les problèmes liés au bénéficiaire effectif. Il s'agit de substituts à la notion.

B. Les substituts à la notion

Dépasser la notion de bénéficiaire n'est pas une idée saugrenue : des auteurs se sont interrogés il y a quelques années sur son utilité [49]. D'abord, certains États ont pris des

45. « Le récipiendaire direct du dividende n'est pas le « bénéficiaire effectif » parce que le droit du récipiendaire d'utiliser le dividende et d'en jouir est limité par une obligation **contractuelle ou légale** de céder le paiement reçu à une autre personne. Cette obligation découle habituellement de documents juridiques pertinents, mais peut également exister en raison de faits et de circonstances qui montrent que, fondamentalement, le récipiendaire n'a de toute évidence pas le droit d'utiliser le dividende et d'en jouir sans être limité par une obligation **contractuelle ou légale** de céder le paiement reçu à une autre personne ».
46. Commentaires OCDE 2014, § 12.4.
47. Action 6, « Empêcher l'octroi des avantages des conventions fiscales lorsqu'il est inapproprié d'accorder ces avantages », OCDE, 2015 (disponible sur www.ocde.org).
48. *Id.* p. 6.
49. S. Austry, S. Gelin, D. Sorel, « Les clauses de bénéficiaires effectif ont-elles un effet utile ? », *RJF*, 2008, p. 1097.

dispositions de droit interne court-circuitant partiellement la notion de bénéficiaire effectif. Tel est le cas des États-Unis en 2010. L'article 871(m) a été ajouté à l'*Internal Revenue Code* afin que certains versements au titre d'« équivalents de dividendes » considérés comme étant équivalents, sur le plan financier, à des dividendes versés sur des actions américaines soient réputés de source américaine pour les besoins de la retenue à la source [50]. L'objectif est précisément d'empêcher que des bénéficiaires non américains échappent à la retenue à la source de 30 % applicable aux dividendes de source américaine en exigeant l'extension de cette retenue à la source aux paiements assimilables à des versements de dividendes. Désormais, les paiements équivalents aux dividendes de sources américaines sur certains produits américains à rendement global sont soumis à la retenue à la source américaine de 30 % quand la partie vendeuse est une personne non ressortissante des États-Unis [51].

Emboîtant le pas des États-Unis, les organisations internationales étayent les alternatives au concept de bénéficiaire effectif. Sans aller jusqu'à détruire la notion, elles proposent autre chose pour la remplacer. Le projet BEPS suggère trois principales méthodes pour tenter de résoudre le problème du chalandage fiscal non visé par les conventions [52]. Premièrement, il propose d'insérer une mention dans le préambule des conventions indiquant clairement que les États souhaitent empêcher l'évasion fiscale et en particulier entendent éviter de créer des possibilités de chalandage fiscal. Deuxièmement, le projet recommande d'inclure dans les conventions une règle spécifique anti-abus s'inspirant des dispositions relatives à la limitation des avantages figurant dans les conventions conclues avec les États-Unis et quelques autres pays. Troisièmement, il érige une règle anti-abus de portée plus générale, permettant de refuser les avantages de la convention lorsqu'un des objets principaux des montages ou des transactions concernés est de bénéficier d'un avantage et que l'octroi de celui-ci serait contraire à l'objet et au but des stipulations pertinentes de la convention. Les techniques qui peuvent assurer davantage de prévisibilité et de sécurité méritent d'être explorées. Encore faut-il ne pas substituer à une difficulté d'autres plus redoutables : outre les divergences dans la mise en œuvre de règles de droit souple, l'articulation de ces différentes dispositions avec la notion de bénéficiaire effectif suscitera encore de passionnants débats. À en parier, ils raviront la dédicataire de ces lignes.

50. P. Carman, « *US Dividend Equivalents: Final Regulations Subject Repos and Swaps to Dividend Tax* », *Derivatives & Financial Instruments*, 2014, p. 87, spéc. p. 90.
51. Sauf dans les cas où une exception est applicable : rappr. L. A. Sheppard, « *Delta Dawn: No Escape From Dividend Withholding?* », *Tax Notes*, 2013, p. 143.
52. *Id.*