

**Le « Principal Purpose Test » (PPT) de l'Action BEPS N°
6 et l'abus des conventions de double imposition :
impact pratique pour la Suisse**

Trésor-Gauthier M. KALONJI

Texte présenté dans le cadre du prix OREF 2018

Neuchâtel, le 30 Juin 2018

Table des matières

TABLE DES MATIÈRES	1
BIBLIOGRAPHIE	2
DOCUMENTS OFFICIELS	5
TABLE DES ABRÉVIATIONS	7
INTRODUCTION	8
1. LA CONVENTION DE DOUBLE IMPOSITION ET LES ABUS SOUS-JACENTS.....	9
1.1. NOTION DE LA DOUBLE IMPOSITION INTERNATIONALE.....	9
1.1.1. L'exercice intransigeant de la souveraineté fiscale comme apriorisme à la double imposition internationale.....	9
1.1.2. La double imposition économique internationale et les mécanismes de son élimination ..	12
1.1.3. La double imposition juridique internationale et les mécanismes de son élimination	14
1.2. APPROCHE CONVENTIONNELLE D'ÉLIMINATION DE LA DOUBLE IMPOSITION.....	16
1.2.1. Contenu, nature juridique et aspects formels de la CDI	16
1.2.2. Historique et perspective des CDI à l'aune des évolutions fiscales internationales.....	17
1.3. QUELQUES TECHNIQUES D'ABUS DES CONVENTIONS DE DOUBLE IMPOSITION	24
1.3.1. Remarques préliminaires.....	24
1.3.2. Le recours à un « nommée ».....	25
1.3.3. Le chalandage fiscal ou « treaty shopping »	26
1.3.4. Le « rule shopping »	27
2. DISPOSITIFS ANTI-ABUS DES CDI À L'AUNE DU PLAN BEPS DE L'OCDE/G20	28
2.1. LIMINAIRE : UN DISPOSITIF PRÉVENTIF À CALIFOURCHON ENTRE STANDARD MINIMUM ET SIMPLES RECOMMANDATIONS.....	28
2.2. LA CLAUSE DE BÉNÉFICIAIRE EFFECTIF	30
2.2.1. Contenu de la clause en droit de l'OCDE.....	30
2.2.2. Excursus : La clause de bénéficiaire effectif en droit de l'UE.....	32
2.2.3. Reprise de la clause de bénéficiaire effectif en droit suisse : un momentum de mise en œuvre du principe de la réalité économique.....	33
2.3. LA RÈGLE PPT : SENS ET PORTÉE SELON L'INSTRUMENT MULTILATÉRAL.....	36
2.3.1. Contenu de la règle en droit de l'OCDE	36
2.3.2. Excursus : La règle PPT en droit de l'UE	37
2.3.3. Position de la Suisse face à la règle PPT	39
2.4. LA CLAUSE DE LIMITATION DES AVANTAGES	40
2.4.1. Contenu de la clause en droit de l'OCDE.....	40
2.4.2. Position de la Suisse face à la clause LOB.....	42
3. APPROCHE DÉTAILLÉE DE LA RÈGLE PPT DU PLAN BEPS DE L'OCDE/G20 : THÉORIE, ILLUSTRATIONS PRATIQUES ET PERSPECTIVES EN DROIT CONVENTIONNEL SUISSE.....	42
3.1. PORTÉE ET CONTEXTURE GÉNÉRALES DE LA RÈGLE PPT	42
3.1.1. Enoncé sommaire de la règle.....	42
3.1.2. « Existence d'un montage ou transaction »	43
3.1.3. « Ayant permis directement ou indirectement l'octroi d'un avantage en vertu d'une CDI ».....	44
3.1.4. « Un des principaux objectifs ... »	45
3.1.5. « L'octroi de l'avantage non conforme à l'objet et au but des dispositions pertinentes de la CDI »	46
3.2. APPLICATION DE LA RÈGLE PPT AUX POTENTIELS CAS D'ABUS DES CDI À LA LUMIÈRE DES COMMENTAIRES DU MC-OCDE 2017	47
3.2.1. Remarques préliminaires.....	47
3.2.2. Quelques cas dans lesquels les avantages de la CDI sont raisonnablement déniés à l'aune de la règle PPT	48
3.2.3. Quelques cas dans lesquels les avantages de la CDI sont raisonnablement accordés à l'aune de la règle PPT.....	49
3.3. CONSÉQUENCES JURIDIQUES DE LA DÉNÉGATION DES AVANTAGES LIÉS À LA CDI	51
3.3.1. Remarques préliminaires.....	51
3.3.2. Conséquences juridiques dans les CDI avec clause d'exonération discrétionnaire.....	52
3.3.3. Conséquences juridiques dans les CDI sans clause d'exonération discrétionnaire.....	53
3.4. LA RÈGLE PPT EN DROIT CONVENTIONNEL SUISSE : « NIHIL NOVI SUB SOLE » !.....	54
3.4.1. Remarques préliminaires.....	54
3.4.2. Portée et limites de l'ancienne règle PPT contenue dans quelques CDI signées par la Confédération suisse	54
CONCLUSION	56

Bibliographie

- ALBERT JEAN-LUC / PIERRE JEAN-LUC / RICHER DANIEL** (éds.), *Dictionnaire de droit fiscal et douanier*, Paris, 2007 (cité : ALBERT/PIERRE/RICHER, *Dictionnaire*, « x »)
- ALTINDAG SELÇUK**, *La concurrence fiscale dommageable. La coopération des États membres et des autorités communautaires*, Paris, 2009 (cité : ALTINDAG, *Concurrence*)
- ARNOLD BRIAN**, *Introduction aux conventions fiscales*, en ligne : http://www.un.org/esa/ffd/wp-content/uploads/2015/10/TT_Introduction_Fr.pdf (cité : ARNOLD, *Conventions fiscales*)
- BERTHET KARIM**, *L'évolution de la lutte contre les paradis fiscaux. Europe, Etats-Unis*, Paris, 2015 (cité : BERTHET, *Paradis fiscaux*)
- BOSMAN ALEXANDER**, *General Aspects of the Multilateral Instrument*, In : INTERTAX, Volume 45, Issue 10, 2017, p.642-659 (cité : BOSMAN, *Multilateral Instrument*)
- CABRILLAC RÉMY** (éd.), *Dictionnaire du vocabulaire juridique 2018*, Paris, 2017 (cité : CABRILLAC, *Dictionnaire*, « x »)
- CASTAGNÈDE BERNARD**, *Précis de fiscalité internationale*, Paris, 2002 (cité : CASTAGNÈDE, *Fiscalité internationale*)
- CHAND VIKRAM**, *The Guiding Principle and the Principal Purpose Test*, In: International Taxation, Vol. 12, June 2015, p. 484-490 (cité: CHAND, *Guiding Principle*)
- CHAND VIKRAM**, *The Interaction of the Principal Purpose Test (and the Guiding Principle) with Treaty and Domestic Anti-Avoidance Rules*, In : INTERTAX, Volume 46, Issue 2, 2018, p.115-123 (cité : CHAND, *Interaction*)
- CHAND VIKRAM**, *The Principal Purpose Test in the Multilateral Convention: An in-depth Analysis*, In : INTERTAX, Volume 46, Issue 1, 2018, p. 18-44 (cité: CHAND, *Multilateral convention*)
- CONSTANTIN Charles**, *Les mesures unilatérales en vue d'éviter les doubles impositions internationales : le système fiscal suisse*, In: Revue fiscale, Muri, Berne, Vol. 36 (1981), n° 11, p. 469-481 (cité : CONSTANTIN, *Doubles impositions*)
- CRETI SIBILLA G.**, *De l'usage des fondations et trusts dans la planification fiscale, de la réalité économique à l'évasion fiscale, un point de vue suisse*, in : Revue européenne et internationale de droit fiscal, Bruxelles, 2015, n°2, p. 251-260 (cité : CRETTEI, *Fondations et trusts*)
- DANON ROBERT**, *Cession transfrontalière de droits de participations : distinction entre évasion fiscale, «treaty » et « rule shopping »*, In: Evasion fiscale, Genève, 2010, p. 113-148 (cité : DANON, *Treaty et rule shopping*)
- DANON ROBERT**, *Clarification de la notion de bénéficiaire effectif : remarques sur le projet de modification du commentaire OCDE d'avril 2011*, In: Revue fiscale, Berne, Vol. 66(2011), N° 7/8, p. 581-589 (cité : DANON, *Notion de bénéficiaire effectif*)
- DANON ROBERT**, *Le concept de bénéficiaire effectif dans le cadre du MC OCDE. Réflexions et analyse de la jurisprudence récente*, In: IFF Forum für Steuerrecht, St. Gallen, 2007, S. 38-55 (cité : DANON, *concept de bénéficiaire effectif*)
- DANON ROBERT**, *Treaty Abuse in the Post-BEPS World : Analysis of the Policy Shift and Impact of the Principal Purpose Test for MNE Groups*, In: Bulletin for International Taxation, 2018 (Volume 72), No. 1, S.31-55 (cité : DANON, *Treaty abuse*)
- DANON ROBERT**, *Switzerland's direct and international taxation of private express trusts. With particular references to US, Canadian and New Zealand trust taxation*, In: Droit fiscal suisse et international, OBERSON XAVIER (éd.), Wien, Bruxelles, Zürich, Basel, 2004, p. 257-365 (cité : DANON, *Trusts*)
- DANON ROBERT/OBRIST THIERRY**, *La théorie dite des « anciennes réserves » en droit fiscal international : commentaire de l'arrêt du Tribunal administratif fédéral A-2744/2008 du 23 mars 2010*, In: Revue fiscale, Muri, Berne, 65(2010), no 9, p. 621-629 (cité : DANON/OBRIST, *Anciennes réserves*)
- DANON ROBERT/SALOMÉ HUGUES**, *Double non-imposition*, In: Cahiers de droit fiscal international, Vol. 89a(2004), p. 677-698 (cité : DANON/SALOMÉ, *Double non-imposition*)
- DANON ROBERT/SALOMÉ HUGUES**, *The BEPS Multilateral Instrument – General overview and focus on treaty abuse*, In: IFF Forum für Steuerrecht, St. Gallen, 2017, H. 3, S. 197-247 (cité : DANON/SALOMÉ, *Multilateral Instrument*)
- DANON ROBERT/SHELLING CHRISTOPH**, *Switzerland in a post-BEPS world*, in: Bulletin for international taxation, Amsterdam, Vol. 69 (2015), n° 4/5, p. 197-208 (cité: DANON/SHELLING, *Post-BEPS world*)
- DANON ROBERT/STORCKMEIJER ALEXANDRA**, *Le concept de bénéficiaire effectif et les structures de relais directs : note sur l'arrêt Prévost Car Inc. v. The Queen rendu par la Tax Court du Canada et comparaison avec l'affaire X Holding ApS*, In: Archives de droit fiscal suisse, Berne, Vol. 77(2008/2009), no. 1/2, p. 105-117 (cité : DANON/STORCKMEIJER, *Bénéficiaire effectif et relais directs*)

- DE BROE LUC/ VON FRENCKELL ERIC**, *La notion de « bénéficiaire effectif » et la question d'abus de convention en matière de swaps sur rendement total (total return swaps) : quelques thèses à propos du jugement du tribunal administratif fédéral du 7 mars 2012*, In: Archives de droit fiscal suisse. - Berne. - Vol. 81(2012/2013), no 5, p. 257-317 (cité : DE BROE/VON FRENCKELL, *Bénéficiaire effectif*)
- DE BROE LUC/ LUTS JORIS**, *BEPS Action 6: Tax Treaty Abuse*, In : INTERTAX, Volume 43, Issue 2, 2015, p. 122-146 (cité : DE BROE/ LUTS, *Tax Treaty Abuse*)
- DELFOSSÉ GUILLAUME**, *L'Instrument multilatéral : Petit guide à destination de l'utilisateur*, In : Revue Générale de Fiscalité et de Comptabilité Pratique, 2017/7-8, pp.15-39 (cité : DELFOSSÉ, *Instrument multilatéral*)
- DE RAEDT SYLVIE/TRAEST MICHAEL**, *To trust or not to trust ?*, In: Tijdschrift voor Fiscaal Recht (TFR), 2001, pp. 951 à 968 (cité: DE RAEDT/TRAEST, *Trust*)
- DIALIGUE BA EL HADJI**, *Le droit fiscal à l'épreuve de la mondialisation : la règlementation des prix de transfert au Sénégal*, Thèse de doctorat en Droit, Université Paris-Est, 2011. (cité : DIALIGUE, *Prix de transfert*)
- DIETER ENDRES/SPENGLER CHRISTOPH** (eds.), *International company taxation and tax planning*, Alphen (Netherlands), 2015 (cité: DIETER/SPENGLER, *Tax planning*)
- GANI RAPHAËL**, *La clause de limitation des bénéficiaires dans la convention de double imposition entre la Suisse et les Etats-Unis*, Thèse de doctorat en droit, Université de Lausanne, 2007 (cité : GANI, *Limitation des bénéficiaires*)
- GHARSALLAH IMEN**, *Conventions fiscales internationales. Approche normative*, In : Finances publiques. Dictionnaire encyclopédique, ORSONI GILBERT (éd.), Paris, 2017, p.251-253 (cité : GHARSALLAH, *Conventions*)
- GOMES MARCUS LIVIO**, *Implementation in Practice of the Principal Purpose Test in the Multilateral Convention*, In : INTERTAX, Volume 46, Issue 1, 2018, p.45-57 (GOMES, *Principal Purpose Test*)
- GUETTOUCHI NACIR**, *Le principe « substance over form » : un procédé de qualification*, in : La Revue des Sciences Commerciales, Volume 11, Numéro 21, Alger, 2016, p.109-120 (cité : GUETTOUCHI, *Substance over form*)
- GUINCHARD SERGE/DEBARD THIERRY** (éd.), *Lexique des termes juridiques*, Paris, 2017 (cité : GUINCHARD/DEBARD, *Lexique, « x »*)
- KLEIST DAVID**, *A Multilateral Instrument for Implementing Changes to Double Tax Treaties: Problems and Prospects*, In : INTERTAX, Volume 44, Issue 11, 2016, p. 823-830 (cité : KLEIST, *Multilateral Instrument*)
- KUŹNIACKI BŁAŻEJ**, *The Limitation on Benefits (LOB) Provision in BEPS Action 6/MLI: Ineffective Overreaction of Mind-Numbing Complexity*, In : INTERTAX, Volume 46, Issue 1, 2018, p.68-79 (cité : KUŹNIACKI, *Limitation on Benefits*)
- LAFAILLE FRANCK**, *Régime de la double imposition*, In : Finances publiques. Dictionnaire encyclopédique, ORSONI GILBERT (éd.), Paris, 2017, p.351-354 (cité : LAFAILLE, *Double imposition*)
- LANG MICHAEL**, *BEPS Action 6: Introducing an Antiabuse Rule in Tax Treaties*, In : Tax Notes International, Vol. 74, No 7, May 19, 2014, p. 655-664 (cité : LANG M, *Antiabuse*)
- LANG MICHAEL**, *Double taxation Conventions in the Case Law of the CJEU*, In: INTERTAX, Volume 46, Issue 3, 2018, p.181-193 (cité : LANG M, *Double taxation*)
- MAITROT DE LA MOTTE ALEXANDRE**, *Droit fiscal de l'Union européenne*, Bruxelles, 2016 (cité : MAITROT, *Droit fiscal UE*)
- MALHERBE PHILIPPE**, *Éléments de droit fiscal international*, Bruxelles, 2015 (Cité MALHERBE P., *Droit fiscal international*)
- MAUBLANC JEAN-PIERRE**, *Caractères généraux du droit fiscal*, In : Finances publiques. Dictionnaire encyclopédique, ORSONI GILBERT (éd.), Paris, 2017, p.376-377 (cité : MAUBLANC, *Droit fiscal*)
- MAULIN ÉRIC**, *L'irréductibilité de la souveraineté territoriale*, In : L'Europe en Formation, vol. 368, no 2, 2013, pp. 11-20 (MAULIN, *Souveraineté territoriale*)
- MOLÉ ANTOINE**, *Les paradis fiscaux dans la concurrence fiscale internationale*, Thèse en droit, Université Paris Dauphine - Paris IX, 2015 (cité : MOLÉ, *Paradis fiscaux*)
- MORENO ANDRÉS BÁEZ**, *GAARs and Treaties: From the Guiding Principle to the Principal Purpose Test. What Have We Gained from BEPS Action 6?*, In : INTERTAX, Volume 45, Issue 6 & 7, 2017, p. 432-446 (cité : MORENO, *GAARs and Treaties*)
- MULLER-LAGARDE YVONNE**, *La prééminence du fond sur la forme*, in : 5^{ème} états généraux de la réforme comptable, 11 décembre 2015, en ligne <http://www.anc.gouv.fr> , p.1-22 (cité : MULLER, *Prééminence*)
- NOËL YVES**, *La double imposition internationale résultant des redressements comptables entre sociétés apparentées et son élimination : étude de droit américain et de droit suisse*, Thèse de doctorat en droit, Lausanne, 1990 (cité : NOËL, *Double imposition*)
- OBERSON XAVIER**, *Droit fiscal suisse*, Genève, 2012 (cité : OBERSON, *Droit fiscal*)
- OBERSON XAVIER**, *Précis de droit fiscal international*, Berne, 2014 (cité : OBERSON, *Droit fiscal international*)
- OBERT ROBERT**, *Le nouveau cadre conceptuel de l'IASB*, in : Revue Française de Comptabilité, n°439, Janvier 2011, p.26-30 (cité : OBERT, *IASB*)
- OBRIST THIERRY**, *Introduction au droit fiscal suisse*, Bâle, Neuchâtel, 2016 (cité : OBRIST : *Droit fiscal*)

- OBRIST THIERRY**, *Le concept de réalisation systémique en droit fiscal suisse : changement de système fiscal et impôt sur le revenu et le bénéfice*, Bâle, Faculté de droit de l'Université de Neuchâtel, 2012 (cité : OBRIST, *Réalisation systémique*)
- OLIVIER LYNETTE/HONIBALL MICHAEL**, *International tax*, Cape Town, 2011 (cité : OLIVIER/HONIBALL, *International tax*)
- OUEDRAOGO SYLVAIN**, *Les compétences nationales en matière fiscale et la communautarisation des règles dans l'espace ouest-africain*, Thèse de doctorat en droit, Université de Bordeaux, 2015 (OUEDRAOGO, *Matière fiscale*)
- PALMITESSA ELIO ANDREA**, *Interplay Between the Principal Purpose Test in the Multilateral BEPS Convention and the Beneficial Ownership Clause as Treaty Anti-Avoidance Tool Targeting Holding Structures*, In : INTERTAX, Volume 46, Issue 1, 2018, p.58-67 (cité : PALMITESSA, *Principal Purpose Test*)
- PEZET FABRICE**, *Double imposition. Approche juridique et économique*, In : Finances publiques. Dictionnaire encyclopédique, ORSONI GILBERT (éd.), Paris, 2017, p.349-351 (cité : PEZET, *Double imposition*)
- PIERARD DENIS**, *Souveraineté*, In : Quaderni, Année 2007, n° 63, pp. 87-89 (cité : PIERARD, *Souveraineté*)
- PONCE FLORIAN**, *L'évasion fiscale en droit interne. État des lieux de l'évasion fiscale en matière d'impôts directs dans la jurisprudence et la doctrine*, in : RDADF, Partie 2 : Droit fiscal, Lausanne, Genève, Année 66(2010), No 2, p. 125-167 2010/125 (cité : PONCE, *Evasion fiscale*)
- RASSAT PATRICK/LAMORLETTE THIERRY/CAMELLI THIBAUT**, *Stratégies fiscales internationales : [optimisation fiscale internationale pour les entreprises : mondialisation et fiscalité. La fin des paradis fiscaux? nouvelles opportunités]*, Paris, 2010 (cité : RASSAT/LAMORLETTE/CAMELLI, *Stratégies fiscales*)
- REILINGH DANIEL DE VRIES**, *Manuel de droit fiscal international. Introduction aux Conventions de double imposition (CDI) sur la base du Modèle de Convention fiscale concernant le revenu et la fortune de l'OCDE*, Berne, 2014 (cité : REILINGH, *Droit fiscal international*)
- REILINGH DANIEL DE VRIES**, *La double imposition intercantonale*, Berne, 2013 (cité : REILINGH, *Double imposition*)
- REILINGH DANIEL DE VRIES**, *Le recours au Tribunal fédéral en matière de double imposition intercantonale*, In : IFF Forum für Steuerrecht, St. Gallen, 2013, n° 3, p. 192-222 (cité : REILINGH, *Recours double imposition*)
- REINOUT KOK**, *The Principal Purpose Test in Tax Treaties under BEPS 6*, In: NTERTAX, Volume 44, Issue 5, May 2016, p. 406-412 (cité: KOK, *Tax treaties*)
- REYMOND JACQUES-ANDRÉ**, *Apparences et réalités économiques en droit fiscal ou « De l'autre côté du miroir »*, In: La semaine judiciaire, Genève, Année 112 (1990), n° 10, p. 145-160 (cité : REYMOND, *Apparences et réalités économiques*)
- ROLIM JOÃO DACIO**, *The General Anti-Avoidance Rule: Its Expanding Role in International Taxation*, In : INTERTAX, Volume 44, Issue 11, 2016, p.815-822 (cité : ROLIM, *GAAR*)
- ROMBOUTS ANNEMIE**, *Organisation patrimoniale internationale. Une analyse de l'utilité éventuelle de certaines institutions de droit étranger dans le cadre de l'organisation successorale*, In : Le droit fiscal international belge et l'évitement de l'impôt, Bruxelles, 1996, pp. 217-231 (cité : ROMBOUTS, *Organisation*)
- SAINT-AMANS PASCAL/DI MARIA JESSICA**, *Un cadre multilatéral novateur pour la modification du réseau de conventions en matière d'impôts sur le revenu*, In : Revue européenne et internationale de droit fiscal, Bruxelles, 2017, n° 3, p.277-285 (cité : SAINT-AMANS/DI MARIA, *Cadre multilatéral*)
- SALVAT BERNARD**, *La recherche du renseignement dans la lutte contre la fraude fiscale internationale*, In : Revue Française des Finances Publiques, Paris, n° 110 (2010), p. 103-120 (cité : SALVAT, *Recherche du renseignement*)
- STOYANOV KALOYAN / SANSONETTI PIETRO**, *Bénéficiaire effectif et mesures anti-abus dans la fiscalité internationale. Tour d'horizon de la Suisse*, In: L'expert-comptable suisse, Zurich, Vol. 88(2014), n° 12, p. 1176-1184 (cité : STOYANOV/ SANSONETTI, *Bénéficiaire effectif et mesures anti-abus*)
- TRAVERSA EDOARDO/POSSOZ MATTHIEU**, *L'action de l'OCDE en matière de lutte contre l'évasion fiscale internationale et d'échange de renseignements : Développements récents*, in : Revue générale du contentieux fiscal, Bruxelles, Vol. 2015, n° 1, p. 5-24 (cité : TRAVERSA/POSSOZ, *L'action de l'OCDE*)
- TULCINSKY PAUL**, *Mode d'utilisation des paradis fiscaux par les entreprises belges*, In : Les paradis fiscaux et l'évasion fiscale (Droit belge et droit international). Actes des journées d'études des 20-21 janvier 2000 du Centre de droit international, Bruxelles, 2001, p.21-92 (cité : TULCINSKY, *Paradis fiscaux*)
- TURRIN MARION**, *La légitime répression de la fraude fiscale*, Thèse de doctorat, Université Paul Cézanne Aix-Marseille III, 2011 (cité : TURRIN, *Fraude fiscale*)
- VEGA BORREGO FELIX ALBERTO**, *Limitation on benefits clauses in double taxation conventions*, The Hague, 2006 (cité : VEGA, *Limitation on benefits*)
- VERNIMEN PIERRE/QUIRY PASCAL/LE FUR YANN**, *Finance d'entreprise 2016*, Paris, 2015 (cité : VERNIMEN/QUIRY/LE FUR, *Finance*)
- WEBER DENNIS**, *The New Common Minimum Anti-Abuse Rule in the EU Parent-Subsidiary Directive: Background, Impact, Applicability, Purpose and Effect*, In : INTERTAX, Volume 44, Issue 2, 2016, p. 98-129 (WEBER, *Anti-Abuse Rule*)

WEIDMANN OKTAVIA, *Beneficial Ownership and Derivatives: Has the Swiss Federal Supreme Court Decision in the SMI Futures Case Put an End to 'Cash-Futures Arbitrage'?*, In : INTERTAX, Volume 45, Issue 3, 2017, p.229-253 (cité : WEIDMANN, *Beneficial Ownership*)

ZIMMER FREDERIK/ GASSNER WOLFGANG (éds), *Form and substance in tax law = Forme et substance en droit fiscal = «Form and substance» im Steurrecht= Forma y sustancia en el derecho tributario* , The Hague, London, New York, 2002 (cité: ZIMMER/GASSNER, *Form and substance*)

Documents officiels

1. En droit interne et conventionnel suisse :

Arrêté du Conseil fédéral du 14 décembre 1962 instituant des mesures contre l'utilisation sans cause légitime des conventions conclues par la Confédération en vue d'éviter les doubles impositions (RO 1962 1680)

Convention entre la Confédération suisse et la République du Chili en vue d'éviter les doubles impositions en matière d'impôts sur le revenu et sur la fortune, conclue le 2 avril 2008 et entrée en vigueur par échange de notes le 5 mai 2010 (RO 2010 2269).

Convention entre la Confédération suisse et l'Islande en vue d'éviter les doubles impositions en matière d'impôts sur le revenu et sur la fortune, conclue le 10 juillet 2014 et entrée en vigueur le 6 novembre 2015 (RO 2015 4841).

Convention entre la Confédération suisse et la République de l'Inde en vue d'éviter les doubles impositions en matière d'impôts sur le revenu conclue le 2 novembre 1994 et entrée en vigueur par échange de notes le 29 décembre 1994 (RO 1995 845).

Convention entre la Confédération suisse et la République italienne en vue d'éviter les doubles impositions et de régler certaines autres questions en matière d'impôts sur le revenu et sur la fortune, conclue le 9 mars 1976 et entrée en vigueur le 27 mars 1979 (RO 1979 461).

Convention entre la Confédération suisse et la Principauté du Liechtenstein en vue d'éviter les doubles impositions en matière d'impôts sur le revenu et sur la fortune, conclue le 10 juillet 2015 et entrée en vigueur par échange de notes le 22 décembre 2016 (RO 2016 4765).

Convention entre le Conseil fédéral suisse et le Gouvernement de la République tchèque en vue d'éviter les doubles impositions en matière d'impôts sur le revenu et sur la fortune, conclue le 4 décembre 1995 et entrée en vigueur le 23 octobre 1996 (RO 1997 961).

Circulaire AFC n° 20, Imposition des trusts, Berne, 27 mars 2008 (cité : Circulaire AFC n° 20, Imposition des trusts)

Département Fédéral des Finances (Suisse), Rapport explicatif sur la Convention multilatérale pour la mise en œuvre des mesures relatives aux conventions fiscales pour prévenir l'érosion de la base d'imposition et le transfert de bénéficiaires et sur un protocole modifiant la Convention contre les doubles impositions entre la Suisse et le Royaume-Uni, 20 décembre 2017 (cité : DFF, Rapport Convention multilatérale)

Communiqué du Conseil fédéral, intitulé « La Suisse signe l'Instrument multilatéral visant à prévenir l'érosion de la base d'imposition et le transfert de bénéficiaires », 07 juin 2017, disponible en ligne : <https://www.admin.ch/gov/fr/accueil/documentation/communiques.msg-id-66981.html>

2. En droits de l'OCDE et de l'UE :

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, in Journal officiel de l'Union européenne L 157/49 du 26 juin 2003.

Directive 2011/96/UE du Conseil du 30 novembre 2011 concernant le régime fiscal commun applicable aux sociétés mères et filiales d'États membres différents (refonte), telle que modifiée par la DIRECTIVE (UE) 2015/121 DU CONSEIL du 27 janvier 2015, Journal officiel de l'Union européenne L345/8 du 29 décembre 2011 (cité : Directive 2011/96/UE).

Directive 2014/86/UE du Conseil du 8 juillet 2014 modifiant la directive 2011/96/UE concernant le régime fiscal commun applicable aux sociétés mères et filiales d'États membres différents.

Directive (UE) 2016/1164 du Conseil du 12 juillet 2016 établissant des règles pour lutter contre les pratiques d'évasion fiscale qui ont une incidence directe sur le fonctionnement du marché intérieur.

Note de la direction des affaires juridiques de l'OCDE, intitulée « Convention multilatérale pour la mise en œuvre des mesures relatives aux conventions fiscales pour prévenir l'érosion de la base d'imposition et le transfert de bénéficiaires : fonctionnement en vertu du droit public international », publiée en ligne : (cité : Note de la direction des affaires juridiques de l'OCDE, MLI).

Note explicative portant sur la convention multilatérale pour la mise en œuvre des mesures relatives aux conventions fiscales pour prévenir l'érosion de la base d'imposition et le transfert de bénéficiaires, 24 novembre 2016 (cité : Note explicative Instrument multilatéral).

OCDE, *Accroître l'efficacité des mécanismes de règlement des différends*, Action 14 - Rapport final 2015, Paris, 2016 (cité : OCDE, BEPS Action 14)

OCDE, *Empêcher les mesures visant à éviter artificiellement le statut d'établissement stable*, Action 7 - Rapport final 2015, Paris, 2016 (cité : OCDE, BEPS Action 7)

OCDE, *Empêcher l'octroi inapproprié des avantages des conventions fiscales*, Action 6 - Rapport final 2015, Paris, 2017 (cité : OCDE, BEPS Action 6).

OCDE, *L'élaboration d'un instrument multilatéral pour modifier les conventions fiscales bilatérales*, Action 15 - Rapport final 2015, Paris, 2015 (cité : OCDE, BEPS Action 15)

OCDE, *Limiter l'érosion de la base d'imposition faisant intervenir les déductions d'intérêts et d'autres frais financiers*, Action 4 - 2015 Rapport final, Paris, 2015 (cité : OCDE, BEPS Action 4).

OCDE, *Lutter plus efficacement contre les pratiques fiscales dommageables, en prenant en compte la transparence et la substance*, Action 5 - Rapport final 2015, Paris, 2016 (cité : OCDE, BEPS Action 5)

OCDE, *Modèle de Convention fiscale concernant le revenu et la fortune* (Version mise à jour en 2017), Paris, 2016 (cité : MC-OCDE 2017)

OCDE, *Neutraliser les effets des dispositifs hybrides*, Action 2 - Rapport final 2015, Paris, 2017 (cité : OCDE, BEPS Action 2)

Recommandation (UE) 2016/136 de la Commission du 28 janvier 2016 concernant la mise en œuvre de mesures contre l'utilisation abusive des conventions fiscales [notifiée sous le numéro C(2016) 271].

Table des abréviations

AELE	: Association Européenne de Libre-Échange
AFC	: Administration Fédérale des Contributions
Al.	: Alinéa
ATF	: Arrêt du Tribunal Fédéral
BEPS	: <i>Base Erosion and Profit Shifting</i> (Érosion de la base imposable et transfert des profits)
BO	: <i>Beneficial ownership</i> (Bénéficiaire effectif)
CDI	: Convention de [prévention de] doubles impositions
Cf.	: <i>Confer</i> (Se rapporter à)
CH	: Confédération Helvétique
CJUE	: Cour de Justice de l'Union Européenne
COM	: Commission européenne
Consid.	: Considérant
DFF	: Département Fédéral des Finances
ECOFIN	: Conseil « Affaires économiques et financières »
Éd.	: Éditeur
Éds	: Éditeurs
Etc.	: Et cetera
G20	: Groupe des vingt
Lit.	: Litera
LOB	: <i>Limitation On Benefits</i> (Limitation des bénéfices)
MC-OCDE	: Modèle de convention de double imposition de l'Organisation de Coopération et de Développement Économique
MLI	: <i>Multilateral Instrument</i> (Instrument Multilatéral)
N.	: Note
OCDE	: Organisation de Coopération et de Développement Économique
ONU	: Organisation des Nations Unies
P.	: Page (s)
PPT	: <i>Purpose Principal Test</i> (critère des objets principaux)
RO	: Recueil Officiel
RS	: Recueil Systématique
ss	: et suivant (e) s
TF	: Tribunal Fédéral
TFUE	: Traité sur le Fonctionnement de l'Union Européenne
TVA	: Taxe sur la Valeur Ajoutée
UE	: Union Européenne
USA	: États-Unis d'Amérique
Voy.	: Voyez ou Voir

Introduction

- 1 En concluant une convention de double imposition (CDI), un État renonce à une part de sa souveraineté fiscale en restreignant —par le biais de règles distributives (« *Verteilungsnormen* »/« *distributive provisions* ») ou celles d'élimination de la double imposition résiduelle (« *restliche Doppelbesteuerung* »/« *residual double taxation* »)¹— son droit d'imposer certains flux de revenus attribués totalement ou partiellement à l'autre État contractant². Il va sans dire que seuls les résidents d'au moins l'un de ces États contractants peuvent bénéficier des avantages sous-jacents à la CDI conclue³, dont le caractère « affriolant » peut toujours motiver des résidents de juridictions tierces à vouloir en bénéficier par l'usage de moyens insolites, avec le concours ou la complicité des résidents de droit⁴.
- 2 En fait, il y a abus conventionnel lorsque des allègements fiscaux sont obtenus indûment ou en violation du droit par le biais d'une CDI⁵. En droit conventionnel suisse, il ressort de l'Arrêté du Conseil fédéral du 14 décembre 1962 instituant des mesures contre l'utilisation sans cause légitime des conventions conclues par la Confédération en vue d'éviter les doubles impositions⁶, qu'il y a abus de CDI toutes les fois qu'une personne physique ou morale « ayant son domicile ou son siège en Suisse, prétend abusivement à un dégrèvement d'impôt, lorsque cette prétention aurait pour conséquence qu'une partie essentielle de ce dégrèvement profiterait directement ou indirectement à des personnes n'ayant pas droit aux avantages de la convention »⁷. De ce fait, permettre à des personnes qui n'ont pas droit de manière directe aux avantages des CDI, d'en bénéficier indirectement en recourant à des montages artificiels, revient à porter atteinte au caractère bilatéral et réciproque desdites CDI⁸. En d'autres termes, quand il y a abus avéré, l'équilibre conventionnel intrinsèque à la CDI est fondamentalement perturbé et l'Etat de source lésé⁹.
- 3 Les travaux de l'OCDE inscrits dans la veine de lutte contre l'évasion fiscale internationale —en l'occurrence le plan BEPS dont les rapports finaux sont intervenus en 2015— s'intéressent entre autres aux questions d'abus des CDI qu'ils cernent par des dispositifs anti-abus conventionnels. Ces dispositifs, déjà consacrés par les versions successives du MC-OCDE, ont également été améliorés dans le cadre de l'Action 6 du Plan BEPS. En effet, cette Action 6 prévoit quelques règles spécifiques destinées à faire obstacle à l'utilisation abusive des CDI, parmi lesquelles figure une règle générale anti-abus fondée sur l'objet principal des montages, opérations ou transactions : la règle du critère des objets principaux (« *principal purpose test rule* », ci-après « règle PPT »)¹⁰. Celle-ci stipule qu'un avantage fiscal prévu par une CDI peut ne pas être octroyé, si les faits et circonstances intrinsèques à l'opération (transaction ou situation) démontre que la recherche de cet avantage était le seul mobile ou l'un des mobiles principaux de cette opération (transaction ou situation), sauf s'il est raisonnable de conclure que l'octroi de l'avantage concerné est consubstantiel à l'objet et au but des dispositions de la CDI, en dehors même de l'opération (transaction ou situation)¹¹.
- 4 La présente contribution s'intéresse au contenu et la portée détaillés de la règle PPT, telle que consacrée par l'Action 6 du Plan BEPS, et son impact pratique en droit conventionnel suisse (**titre 3**). Néanmoins, avant cela, elle passe en revue les notions relatives à la convention de double imposition ainsi que les abus y afférents (**titre 1**), et rappelle *grosso modo* les contenus de trois principaux dispositifs anti-abus conventionnels (**titre 2**).

¹Telles qu'elles découlent notamment des articles 6 à 23 des Modèles de convention OCDE et ONU.

²DANON/SALOMÉ, *Double non-imposition*, p.677 et références citées.

³DE BROE/VON FRENCKELL, *Bénéficiaire effectif*, p.292 s ; GANI, *Limitation des bénéfices*, p.459.

⁴OBERSON, *Droit fiscal international*, p.231 N.722 ; BERTHET, *Paradis fiscaux*, p.160 N.352.

⁵GANI, *Limitation des bénéfices*, p.458

⁶RO 1962 1680.

⁷Article 2, alinéa 1^{er}, de l'Arrêté du Conseil fédéral du 14 décembre 1962.

⁸OCDE, *BEPS Action 6*, p.24.

⁹DANON/OBRIST, *Anciennes réserves*, p.621.

¹⁰L'OCDE utilise la formule « clause COP » dans l'action 6 BEPS, mais nous préférons utiliser, dans ce papier, la formule « règle PPT » qui est assez courante. Certains auteurs utilisent parfois les formules « PP Test » et « PPT rule ».

¹¹Voy. GANI, *Limitation des bénéfices*, p.166.

1. La convention de double imposition et les abus sous-jacents

1.1. Notion de la double imposition internationale

La double imposition internationale aussi bien économique (1.1.2) que juridique (1.1.3) constitue à la fois une entrave au développement des échanges économiques dans la mesure où il crée de la réticence pour des activités transfrontalières ou mondiales (commerce, industrie, finance, secteur libéral, etc.)¹², et une atteinte à l'idée de justice fiscale, pour autant que les contribuables victimes de la double imposition payent plus que leurs homologues¹³.

Elle est inexorablement tributaire d'un conflit de souveraineté fiscale entre tout au moins deux juridictions fiscales¹⁴. Elle trouve son origine dans l'entière souveraineté fiscale des Etats qui ont, chacun, toute latitude pour exercer leur droit d'imposer, soit en tant que juridiction de résidence, soit en tant que juridiction de source de la matière imposable (1.1.1).

1.1.1. L'exercice intransigeant de la souveraineté fiscale comme apriorisme à la double imposition internationale

Globalement, le concept de « souveraineté » (dérivé du latin médiéval *super, superus* : dessus) désigne la supériorité du pouvoir sur une zone géographique ou sur un groupe de peuples vivant en communauté. Sur le plan politique, la souveraineté est l'ultime degré de la puissance légale et de la liberté attribué à l'État, de telle sorte à n'être obligé ou déterminé que par sa propre volonté, dans les limites du principe supérieur du droit, et conformément au but collectif qu'il est appelé à réaliser. Sur le plan du droit international, elle implique l'idée de l'indépendance de l'État et de l'égalité avec les autres États¹⁵.

REILINGH¹⁶ fait remarquer que cette conception de la souveraineté territoriale –telle que sus déclamée– doit être relativisée lorsqu'on parle des communautés infranationales, à l'instar des cantons en Suisse, dont la souveraineté implique plutôt l'idée d'une expression assez épanouie du fédéralisme, d'une responsabilisation accrue dans la conduite de la vie nationale. En effet, selon l'auteur, les cantons ne sont pas « souverains »¹⁷ comme des États au sens du droit international public, pour autant qu'il leur manque l'« immédiateté internationale », celle-ci relevant plutôt d'une autre autorité supérieure —la Confédération— qui imprime une certaine orientation à la vie nationale et un cadre pour l'expression de l'essence fédérale¹⁸.

Cela précisé, la souveraineté fiscale est le pouvoir d'édicter un système d'impôts présentant une autonomie technique et budgétaire, avec pour conséquence que le système fiscal considéré est applicable, à l'exclusion de tout autre, dans les limites d'un domaine territorial déterminé¹⁹. Elle découle de la souveraineté politique ou territoriale, et les deux font l'essence même d'un État, la souveraineté fiscale ayant pour objet le pouvoir public de prélever des impôts auprès des individus

¹²BERTHET, *Paradis fiscaux*, p.158 s N.348.

¹³CASTAGNÈDE, *Fiscalité internationale*, p.10 N.3 ; VEGA, *Limitation on benefits*, p.15 ; MAITROT, *Droit fiscal UE*, p.34 N25.

¹⁴Dans ce sens, voy. LANG M, *Double taxation*, p.181 s.

¹⁵PIÉRARD, *Souveraineté*, p.87 s ; MAULIN, *Souveraineté territoriale*, p.11 ss ; GUINCHARD/DEBARD, *Lexique*, « Souveraineté de l'État », p.1066 s ; CABRILLAC, *Dictionnaire*, « Souveraineté », p.482

¹⁶REILINGH, *Double imposition*, p.3 N.9 et références citées.

¹⁷En effet, l'article 3 de la Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999 (RO 1999 2556), dispose : « Les cantons sont souverains en tant que leur souveraineté n'est pas limitée par la Constitution fédérale et exercent tous les droits qui ne sont pas délégués à la Confédération. »

¹⁸Le cadre pour l'expression de l'essence fédérale est fixé notamment par l'article 47 de la même Constitution suisse en ces termes : « La Confédération respecte l'autonomie des cantons. Elle laisse aux cantons suffisamment de tâches propres et respecte leur autonomie d'organisation. Elle leur laisse des sources de financement suffisantes et contribue à ce qu'ils disposent des moyens financiers nécessaires pour accomplir leurs tâches. »

¹⁹ALBERT/PIERRE/RICHER, *Dictionnaire*, « Souveraineté fiscale », p. 515 et références citées ; ALTINDAG, *Concurrence*, p.24 N6 et références citées.

soumis à la souveraineté territoriale, c'est-à-dire ceux qui entretiennent avec l'État un lien spécial²⁰. Néanmoins, des entités territoriales sans souveraineté politique au sens stricte, c'est-à-dire sans reconnaissance internationale, peuvent détenir une souveraineté fiscale légitime sur le territoire où elles exercent leur pouvoir²¹. Dans la même logique, il est indéniablement reconnu les attributs de la souveraineté fiscale aux communautés infranationales dans certains pays —comme les cantons en Suisse— qui leur permet notamment d'adopter, dans le respect de la Constitution fédérale (principe de la force dérogatoire des lois fédérales), le système fiscal qui leur paraît idoine, en termes de prélèvements et de procédures²².

- 10 La souveraineté fiscale connaît en général deux limites pratiques : *Primo*, l'exigence d'un lien raisonnable, d'une relation suffisante entre la personne imposée et le titulaire de la souveraineté fiscale, exprimée au travers de règles de territorialité ou facteurs de rattachement des impôts. *Secundo*, les règles supranationales constitutives de l'ordre juridique international et auxquelles les titulaires de la souveraineté fiscale (en particulier les États) ont souscrit, constituent une limite à l'exercice de la souveraineté fiscale²³. C'est le cas illustratif de l'UE dans laquelle les États membres doivent exercer limitativement leur souveraineté fiscale, sans porter atteinte aux libertés économiques fondamentales relatives au marché intérieur. Pour le cas de la Suisse, il existe également une limite à la souveraineté fiscale de la Confédération par la souveraineté fiscale des cantons en vertu de l'article 3 de la Constitution fédérale ; les deux collectivités publiques étant dotées, dans certaines occurrences, des compétences parallèles, à savoir le prélèvement par les deux d'un impôt sur la même matière²⁴.
- 11 Il y a lieu de faire remarquer que, contrairement à la souveraineté politique ou territoriale qui n'appartient par principe qu'à l'État et dont l'indivisibilité est indéniable, la souveraineté fiscale peut en outre être partagée entre l'État et une entité, et même être transférée à cette dernière, avec pour conséquence l'inadéquation ou l'absence de coïncidence entre le détenteur de la souveraineté territoriale et celui de la souveraineté fiscale. Dès lors, les deux types de souverainetés ne se confondent pas nécessairement et peuvent être dissociées, même si elles sont le plus souvent liées²⁵.
- 12 Il y a conflit de souveraineté fiscale lorsque plus ou moins deux juridictions fiscales s'estiment toutes compétentes pour imposer un sujet fiscal (personne physique ou morale) ou une matière fiscale (transaction, opération ou situation). Nous pouvons illustrer ce phénomène avec le cas d'une entreprise établie dans un État A qui décide d'étendre son activité sur le marché d'un autre État B. Cette entreprise sera assujettie dans cet État B dès l'instant où elle y aura installé une succursale ou un établissement stable. Mais les prétentions à l'imposition de l'État B pourraient entrer en conflit avec l'imposition de l'État du siège de l'entreprise, et donner lieu à une double imposition, celle-ci étant le résultat de l'exercice parallèle et illimité de la souveraineté fiscale par chacun des États où l'entreprise a son activité²⁶.
- 13 OBERSON²⁷ relève que, fondamentalement, la double imposition internationale peut procéder de trois cas conflictuels différents : premièrement, un conflit entre les règles de rattachement personnel ou économique de deux juridictions fiscales (conflits d'assujettissement) ; deuxièmement, le conflit portant sur le désaccord entre les juridictions fiscales quant à la « qualification juridique » à conférer à un état de fait international (conflit de qualification) ; et troisièmement, le conflit dû à l'attribution

²⁰GANI, *Limitation des bénéficiaires*, p.31 et références citées ; OBERSON, *Droit fiscal*, p.1 N.1 et références citées ; REILINGH, *Droit fiscal international*, p.1 s N.3 s et références citées ; OBRIST, *Droit fiscal*, p.45 N.51

²¹MAITROT, *Droit fiscal UE*, p.9 N.1, précisément la note de bas de page 1.

²²REILINGH, *Double imposition*, p.4 N.10 et références citées.

²³ALBERT/PIERRE/RICHER, *Dictionnaire*, « Souveraineté fiscale », p. 516 et références citées ; REILINGH, *Droit fiscal international*, p.2 N.5 et références citées.

²⁴Dans ce sens, OBERSON, *Droit fiscal*, p. 17 et références citées ; REILINGH, *Droit fiscal international*, p.3 s N.7 ss et références citées.

²⁵MAITROT, *Souveraineté*, p.839 s et références citées.

²⁶Cette illustration est empruntée chez REILINGH, *Droit fiscal international*, p.4 N.11 et références citées.

²⁷OBERSON, *Droit fiscal*, p.4 N.10

d'un élément imposable –un revenu ou une fortune– à une personne différente selon le système fiscal propre à chaque juridiction fiscale concernée (conflit d'attribution).

Dans le cadre de ce papier, nous ne nous intéresserons qu'au conflit d'assujettissement duquel découle la plupart de doubles impositions internationales. Sémantiquement, un conflit d'assujettissement est un affrontement, une collision ou une rivalité qui porte sur le pouvoir d'imposition. Il existe en général deux types d'assujettissement, à savoir l'assujettissement illimité (« *unbegrenzte Steuerpflicht* »/« *unlimited tax liability* ») et l'assujettissement limité (« *begrenzte Steuerpflicht* »/« *limited tax liability* »). Un assujettissement est illimité lorsqu'il est fondé sur un critère de rattachement personnel (« *eine persönliche Zugehörigkeit* ») tel que le domicile ou le séjour pour les personnes physiques et le siège ou l'administration effective pour les personnes morales. Ainsi, tous les revenus mondiaux du contribuable sont soumis à l'impôt dans la juridiction de domicile ou de résidence, de siège ou d'administration effective, exception faite aux entreprises, établissements stables et immeubles situés sous d'autres cieux²⁸. En revanche, un assujettissement est limité lorsqu'il est fondé sur un critère de rattachement économique (« *eine wirtschaftliche Zugehörigkeit* »). Ainsi, par exemple, une personne qui n'est pas domicilié ou résident (y compris siège social ou administration effective) en Suisse peut y être imposé pour autant qu'elle possède dans ce pays une entreprise, un immeuble ou un établissement stable. L'imposition est ainsi limitée, car elle ne couvre qu'une partie des avoirs du contribuable, à savoir ceux situés en Suisse²⁹.

D'un point de vue du pouvoir d'assujettissement, la doctrine³⁰ distingue trois types de conflits susceptibles de se produire lors de l'exercice de la souveraineté fiscale. Il s'agit en l'occurrence de conflit d'assujettissements illimités (conflit résidence-résidence), de conflit d'assujettissements illimité et limité (conflit source-résidence), et de conflit d'assujettissements limités (conflit source-source).

Le conflit résidence-résidence (R-R) consiste, de la part d'au moins deux juridictions fiscales, à se revendiquer toutes compétentes pour assujettir de manière illimitée un contribuable, sur base des critères d'assujettissement illimité sus relevés³¹. C'est le cas, pour illustration, de la Société X qui a installé son siège social en Belgique et qui a son administration effective en Suisse. La juridiction fiscale belge décide d'imposer la totalité du bénéfice réalisé par Société X au courant de l'exercice 2017 sur pied de l'assujettissement illimité. La même prétention est avancée par la juridiction fiscale suisse. Du coup, on est en face d'une double imposition préjudiciable à la Société X. Dans la même veine, nous pouvons évoquer le cas d'un individu qui a son domicile permanent dans l'État X où vivent sa femme et ses enfants, et a séjourné plus de six mois dans l'État Y. Selon la législation de ce dernier Etat, il est, en conséquence de la durée du séjour, imposé en tant que résident de cet État. Ainsi, chacun de deux États peut prétendre que le concerné est entièrement assujetti à l'impôt dans sa juridiction. Par conséquent, on aura affaire à un conflit résidence-résidence (R-R), lequel aurait pour conséquence d'entraîner une double imposition préjudiciable au contribuable.

Quant au conflit résidence-source (R-S), il naît lorsque l'imposition effectuée par la juridiction de résidence, sur pied d'un assujettissement illimité, s'étend également à des éléments imposés par la juridiction de source qui agit sur pied d'un assujettissement limité. La doctrine³² indique que ce genre de conflit est la cause assez fréquente de doubles impositions internationales par des juridictions fiscales ayant les mêmes systèmes fiscaux. Pour une idéation typique, nous pouvons évoquer le cas de Madame Y qui réside à Neuchâtel, en Suisse (R), et qui dispose d'un immeuble à Louvain-la-Neuve, en Belgique (S). L'autorité fiscale suisse souhaite imposer l'intégralité des revenus réalisés

²⁸OBRIST, *Droit fiscal*, p.54 N.65 ; REILINGH, *Droit fiscal international*, p.22 ss N.54 s ; OBERSON, *Droit fiscal international*, p.52 ss N.150 ss

²⁹OBRIST, *Droit fiscal*, p.55 N.65 ; REILINGH, *Droit fiscal international*, p.22 ss N.57 ss ; OBERSON, *Droit fiscal international*, p.67 ss N.194 ss

³⁰GANI, *Limitation des bénéfices*, p.32 ; REILINGH, *Droit fiscal international*, p.7 ss N.17 ss ; PEZET, *Double imposition*, p. 349

³¹REILINGH, *Droit fiscal international*, p.7 N.17 ; OBERSON, *Droit fiscal international*, p.5 N.12

³²OBERSON, *Droit fiscal international*, p.5 N.13 ; REILINGH, *Droit fiscal international*, p.8 N.19 et références citées.

par Madame Y (y compris les rendements immobiliers), tandis que l'administration fiscale belge souhaite imposer uniquement les rendements immobiliers au titre d'un assujettissement limité. Dans le cas de figure, l'on est en face d'un cas de double imposition dommageable pour Madame Y.

- 18 Enfin, le conflit source-source (S-S) existe lorsque deux juridictions fiscales prélèvent de manière limitée un impôt sur le même objet qui présente un lien avec lesdites juridictions (source), alors que le bénéficiaire est assujéti de manière illimitée dans une juridiction fiscale tierce (résidence). La doctrine³³ indique que le cas d'espèce est atypique dans la mesure où les CDI n'y consacrent pas de solution idoine. Pour une illustration : La Suisse veut imposer, au titre de juridiction de source, un intérêt payé sur un prêt au motif que la débitrice, Madame Y, est domiciliée sur son territoire, à Neuchâtel. De son côté, la Belgique prétend également imposer le même intérêt sur prêt au motif que l'immeuble hypothécaire du prêt est situé à Louvain-la-Neuve. C'est sans évoquer le fait que la bénéficiaire, Madame Z, est résidant à Paris, en France, et que cette juridiction pourrait également imposer le même prêt au titre d'une imposition illimitée. On est, somme toute, en face d'un cas de multi-imposition.
- 19 Nous venons de constater que dans les trois cas de conflits d'assujettissement sus visés, les exemples fournis débouchent sur un cas de double imposition internationale. Celle-ci est un « phénomène »³⁴ qui consiste en la mise en œuvre simultanée de deux ou plusieurs systèmes juridiques nationaux frappant d'imposition une même matière fiscale ou un même contribuable³⁵. Elle trouve son origine dans les disparités et le manque de coordination entre les systèmes juridiques concernés qui, à cause notamment du principe de la mondialité, peuvent imposer un contribuable sur l'ensemble de ses revenus de source nationale et étrangère³⁶.
- 20 Le phénomène de la double imposition est également envisageable sur le plan du droit interne. Par exemple, en Suisse, les souverainetés fiscales des cantons peuvent entrer en collision à propos d'une matière imposable et donner lieu à ce qu'il convient d'appeler la « double imposition intercantonale ». Celle-ci peut concerner deux ou plusieurs cantons ou communes, mais l'expression reste consacrée même lorsqu'il s'agit tout simplement des communes entres elles. La voie de droit fédéral qui permet d'éliminer la double imposition intercantonale est le recours en matière de droit public³⁷. Cette question de double imposition intercantonale dépasse le cadre de la présente réflexion qui s'intéresse plutôt aux conflits entre souverainetés étatiques.
- 21 Cela dit, il existe deux types de doubles impositions internationales, à savoir la double imposition économique et la double imposition juridique, que nous passons rapidement en revue ci-dessous :

1.1.2. La double imposition économique internationale et les mécanismes de son élimination

- 22 Selon la doctrine³⁸, la double imposition économique (« *wirtschaftliche Doppelbesteuerung* », « *double economical taxation* ») renvoie à la situation dans laquelle une même fortune ou un même revenu est imposé plus ou moins deux fois dans les mains de plus ou moins deux personnes différentes, tant au niveau d'une juridiction fiscale interne qu'au niveau international. Il s'agit d'une situation de fait fondée essentiellement sur des considérations économiques justifiées par l'existence de la personnalité morale reconnue aux entreprises ou sociétés. L'acquisition de cette personnalité morale confère généralement aux entreprises ou sociétés, une autonomie à la fois juridique et fiscale qui fonde une imposition distincte dans le chef de l'entreprise multinationale et de ses associés, avec

³³ OBERSON, *Droit fiscal international*, p.5 N.14 ; REILINGH, *Droit fiscal international*, p.9 N.21

³⁴ CASTAGNÈDE, *Fiscalité internationale*, p.7 N. 1

³⁵ PEZET, *Double imposition*, p. 348

³⁶ PEZET, *Double imposition*, p. 348 ; GHARSALLAH, *Conventions*, p.251

³⁷ Voy. REILINGH, *Double imposition*, p.6 N.15 s et références citées ; REILINGH, *Recours double imposition*, p.195

³⁸ NOËL, *Double imposition*, p.37 ; OBRIST, *Droit fiscal*, p.112 N.125 ; REILINGH, *Droit fiscal international*, p.20 s N.49 s et références citées ; CASTAGNÈDE, *Fiscalité internationale*, p.8 N.2 ; PEZET, *Double imposition*, p. 349 ; ALBERT/PIERRE/RICHER, *Dictionnaire*, « Double imposition », p. 183 ; OBERSON, *Droit fiscal*, p.4 N.9 et références citées ; MAITROT, *Droit fiscal UE*, p.188 s N.141 et références citées ; RASSAT/LAMORLETTE/CAMELLI, *Stratégies fiscales*, p.30.

pour conséquence la possibilité d'une imposition multiple d'un même revenu entre les différents membres du groupe.

En principe, les prestations intragroupes entre sociétés associées doivent être effectuées sur base d'un prix de pleine concurrence, C'est-à-dire selon le prix marchand applicable par les entreprises indépendantes³⁹. Au cas contraire un redressement pourrait avoir lieu notamment dans la juridiction de la source du revenu ou de la fortune en cause. Ainsi, un cas typique de la double imposition économique peut résulter d'un redressement opéré auprès d'une entreprise d'un groupe multinational située dans un État A pour des prestations effectuées en faveur d'une autre entreprise du groupe située dans un État B⁴⁰. Dans ce cas, il est fort possible que l'imposition sur ces prestations ait lieu à la fois lors du redressement dans l'État A et simultanément dans l'État B où sont versées lesdites prestations. 23

Cette pluralité d'imposition ou de taxation étant susceptible de ralentir potentiellement le développement économique et concurrentiel des entreprises, fonde la nécessité et l'existence d'un certain nombre de mécanismes censés en éviter les effets, autant que faire se peut. Il existe bon nombre de mécanismes destinés à pallier la double imposition économique, parmi lesquels ALBERT/PIERRE/RICHER⁴¹ distinguent trois : Le premier est le **régime de la transparence fiscale** qui consiste à ignorer la personnalité juridique de la société afin d'en imposer le revenu directement dans les mains des associés, au prorata de leurs participations respectives dans le capital social⁴². Cette méthode « consiste à lever le voile social en se concentrant sur l'État de résidence de l'actionnaire ou bénéficiaire ultime ou final »⁴³. Elle ne vise pas seulement à éviter la double imposition économique, mais se révèle également comme une arme efficace dans la lutte contre certains abus des CDI, notamment les cas de société relais que nous analysons ultérieurement⁴⁴. 24

Le deuxième mécanisme est le **régime fiscal des sociétés mères et filiales** qui consiste à exonérer la société mère pour les dividendes distribués par ses filiales, pour autant que la participation de celle-là dans le capital social de la filiale atteigne un certain seuil fixé par la législation nationale. Ce mécanisme existe notamment dans la Directive européenne « mère-fille »⁴⁵ qui a pour objectif d'exonérer de retenue à la source les dividendes et autres bénéfices distribués par des filiales à leur société mère, et d'éliminer la double imposition de ces revenus au niveau de la société mère⁴⁶. 25

Il y a lieu de relever que les directives européennes sont cardinales dans le cadre de l'élimination des doubles impositions internationales, en particulier celles résiduelles, c'est-à-dire celle qui subsistent après l'épuisement des voies d'élimination prévues dans le cadre d'une CDI. Elles viennent compléter à la fois les CDI et les dispositions nationales en la matière⁴⁷. 26

Le troisième mécanisme, enfin, est le **régime d'avoir fiscal** qui, *a contrario* de deux précédents, n'élimine pas la double imposition économique mais se limite seulement à en corriger les effets, par 27

³⁹Sur la définition du prix de transfert, Voy. notamment OBERSON, *Droit fiscal international*, p.262 N.869.

⁴⁰Dans ce sens, NOËL, *Double imposition*, p.38 ; CASTAGNÈDE, *Fiscalité internationale*, p.8 N.2 ; REILINGH, *Droit fiscal international*, p.9 N.22 et références citées.

⁴¹ALBERT/PIERRE/RICHER, *Dictionnaire*, « Double imposition », p. 183

⁴²C'est ce qui ressort des Commentaires de l'article 1 du MC-OCDE 2017, qui dit : « Le concept de « transparence sur le plan fiscal » [...] désigne les situations dans lesquelles, selon le droit interne d'un État contractant, le revenu (ou une partie du revenu) de l'entité ou du dispositif n'est pas imposé au niveau de l'entité ou du dispositif, mais au niveau des personnes qui détiennent un intérêt dans cette entité ou dans ce dispositif. [...] Dans le cas d'une entité ou d'un dispositif traité comme partiellement transparent sur le plan fiscal selon le droit interne de l'un des États contractants, seule une partie du revenu de l'entité ou du dispositif pourrait être imposée au niveau des personnes qui détiennent un intérêt dans cette entité ou dans ce dispositif, [...] tandis que le reste resterait imposable au niveau de l'entité ou du dispositif ».

⁴³REILINGH, *Droit fiscal international*, p.72 N.210

⁴⁴Voir la section 1.3.3.

⁴⁵Directive 2011/96/UE du Conseil du 30 novembre 2011 concernant le « régime fiscal commun applicable aux sociétés mères et filiales d'États membres différents » [refonte], telle que modifiée et complétée par la Directive (UE) 2015/121 du Conseil du 27 janvier 2015.

⁴⁶Voy. Article 4 de la Directive 2011/96/UE.

⁴⁷MAITROT, *Droit fiscal UE*, p.555 N.377.

l'octroi d'un crédit d'impôt aux bénéficiaires des dividendes distribués par les sociétés⁴⁸. Ce régime ressemble à celui de la méthode d'imputation que nous reprenons dans le mécanisme d'élimination de la double imposition juridique, ci-après.

1.1.3. La double imposition juridique internationale et les mécanismes de son élimination

- 28 La double imposition juridique (« *Doppelbesteuerung* »/« *double taxation* ») existe lorsqu'un contribuable se trouve atteint, au titre d'une même base imposable et d'une même période, par des impôts de nature comparable appliqués par deux ou plusieurs juridictions fiscales nationales, dans des conditions telles que la charge fiscale globale qu'il supporte s'avère supérieure à celle qui résulterait de l'intervention, dans des conditions de droit commun, d'un seul pouvoir fiscal. C'est donc la juxtaposition de différentes souverainetés fiscales qui justifie la dimension internationale de cette double imposition⁴⁹. Somme toute, celle-ci nécessite, outre la charge fiscale, l'unité (ou identité) de matière imposable, de période d'imposition, de personne imposable, ainsi que la comparabilité des impositions appliquées par deux ou plusieurs États⁵⁰.
- 29 Typiquement, la double imposition juridique peut transpirer de deux situations : premièrement, lorsqu'une personne est considérée sur le plan fiscal comme résidente par plus ou moins deux juridictions fiscales qui se reconnaissent chacune le droit d'imposer l'ensemble de ses revenus ou de sa fortune, même si ceux-ci ont une source extérieure ; deuxièmement, lorsqu'une personne résidente d'une juridiction fiscale perçoit des revenus ou possède des biens situés dans une autre juridiction et que les deux juridictions se réclament compétentes pour en imposer les profits⁵¹.
- 30 En ce qui concerne les méthodes d'élimination de la double imposition juridique internationale, il en existe généralement de deux ordres, à savoir l'exonération (exemption) et l'imputation (déduction)⁵².
- 31 Selon la doctrine abondante⁵³, la méthode de **l'exonération ou de l'exemption** consiste à éliminer la double imposition juridique par le retrait du droit d'imposer à l'un de deux États ou à tous les autres États en cas de pluralité. De ce fait, on parle de l'exonération « totale », lorsque le retrait implique de la part de l'État déchu de ne tenir aucun compte des revenus qui sont perçus dans l'autre État. Ainsi, dans les conventions fiscales internationales, l'exonération totale s'applique uniquement dans l'État de la source mais une mise en œuvre dans l'État de résidence peut être envisagée juridiquement. L'exonération est dite « progressive » ou « avec progressivité » ou encore qualifiée de « méthode du taux effectif », lorsque l'État qui est appelé à exonérer les revenus est tout de même en droit de prendre en compte les revenus exonérés pour calculer le taux d'imposition applicable aux revenus qu'il a le droit d'imposer. C'est généralement dans l'État de résidence que s'applique la méthode prérappelee, lorsque les revenus concernés sont strictement imposables dans l'État de la source. MALHERBE⁵⁴ loue cette méthode pour sa simplicité et son efficacité à la fois pour les autorités fiscales et les contribuables, dans la mesure où elle ne nécessite pas ou point d'informations sur la situation étrangère. De ce point de vue, nous estimons que la méthode d'exonération ou d'exemption est potentiellement susceptible d'induire à des doubles non-impositions, pour autant que la non prise en compte des informations relative à la situation étrangère peut être exploitée négativement par les contribuables pour obtenir une exonération tant dans la juridiction de source que dans celle de résidence.

⁴⁸ALBERT/PIERRE/RICHER, *Dictionnaire*, « Double imposition », p. 183 s

⁴⁹NOËL, *Double imposition*, p.37 ; PEZET, *Double imposition*, p. 349 ; ALBERT/PIERRE/RICHER, *Dictionnaire*, « Double imposition », p. 184 ; OBERSON, *Droit fiscal*, p.3 N.6 et références citées ; REILINGH, *Droit fiscal international*, p.17 N.40 et références citées ; MAITROT, *Droit fiscal UE*, p.190 N.142 et références citées ; RASSAT/LAMORLETTE/CAMELLI, *Stratégies fiscales*, p.29 s.

⁵⁰CASTAGNÈDE, *Fiscalité internationale*, p.9 N. 2 ; REILINGH, *Droit fiscal international*, p.17 N.40 et références citées.

⁵¹ALBERT/PIERRE/RICHER, *Dictionnaire*, « Double imposition », p. 184 ; CASTAGNÈDE, *Fiscalité internationale*, p.9 s N.3

⁵²Voy. Articles 23 A et 23 B du MC-OCDE 2017 et article 5 de l'Instrument multilatéral

⁵³PEZET, *Double imposition*, p. 350 ; REILINGH, *Droit fiscal international*, p.252 s N.862 ss ; NOËL, *Double imposition*, p.42 ; LAFAILLE, *Double imposition*, p.353 ; ALBERT/PIERRE/RICHER, *Dictionnaire*, « Double imposition », p. 184 s ; CONSTANTIN, *Doubles impositions*, p.479 ; DIETER/SPENGLER, *Tax planning*, p.197.

⁵⁴MALHERBE, *Droit fiscal international*, p.100 N.178

Quant à la **déduction ou l'imputation**, la doctrine⁵⁵ l'appréhende comme une méthode par laquelle les États en présence sont autorisés à imposer les revenus en cause, mais avec possibilité pour le contribuable de l'État de résidence de déduire intégralement (« *full credit* ») ou partiellement et éventuellement avec plafonnement (« *ordinary credit* ») de l'impôt dû dans cet État un crédit d'impôt qui représente l'impôt payé dans l'État de la source. Une certaine opinion⁵⁶ estime que cette méthode est un simple dispositif de correction des effets de la double imposition, celle-ci ne disparaissant pas absolument. Selon MALHERBE⁵⁷, cette méthode est généralement la seule disponible pour les impôts qui ne sont pas reconnus comme assez semblables à l'impôt sur le revenu, par le système juridique interne ou la CDI. Pour sa part, REILINGH⁵⁸ note que la méthode sous revue a pour particularité de fournir un avantage à la juridiction fiscale de résidence, singulièrement lorsque le niveau d'imposition y est plus élevé que dans la juridiction fiscale de source. Dès lors, un État qui la prévoit dans son dispositif de prévention de la double imposition, préjudicierait ses investisseurs nationaux par rapport à ceux étrangers⁵⁹. 32

Ces deux méthodes (exonération et déduction) d'élimination de la double imposition consacrées en droit de l'OCDE, sont également reprises en droit de l'UE, notamment par la Directive sociétés « mères et filles » déjà citée. Pour illustration, l'article 4 de cette Directive stipule : 33

« Lorsqu'une société mère ou son établissement stable perçoit, au titre de l'association entre la société mère et sa filiale, des bénéfices distribués autrement qu'à l'occasion de la liquidation de cette dernière, l'État membre de la société mère et l'État membre de son établissement stable: a) **soit s'abstiennent d'imposer ces bénéfices** dans la mesure où ces derniers ne sont pas déductibles par la filiale, et les imposent dans la mesure où ils sont déductibles par la filiale; b) **soit les imposent tout en autorisant la société mère et l'établissement stable à déduire du montant de leur impôt la fraction de l'impôt sur les sociétés** afférente à ces bénéfices et acquittée par la filiale et toute sous-filiale, à condition qu'à chaque niveau la société et sa sous-filiale relèvent des définitions de l'article 2 et respectent les exigences prévues à l'article 3, dans la limite du montant dû de l'impôt correspondant »⁶⁰. 34

[**Mise en gras de l'auteur**]

Au reste, il y a lieu de faire remarquer que, loin d'être rigide et alternative, la démarcation juridique et économique de la double imposition internationale est plutôt ouverte, dans la mesure où ces doubles impositions peuvent s'appliquer concomitamment. Pour illustration, une même opération – telle qu'une distribution internationale de dividendes – peut être soumise, d'une part, à une double imposition économique par la taxation du dividende au niveau de la société avant de l'être au niveau de celui qui en est bénéficiaire, et d'autre part, à une double imposition juridique pour autant qu'une fois distribué, le dividende peut être frappé successivement par l'État de la source et l'État de résidence⁶¹. 35

De ce fait, dans la perspective d'éliminer —autant que faire se peut— le phénomène de la double imposition, l'atténuation des souverainetés fiscales de juridictions fiscales en présence est « souhaitable »⁶² et peut bien être matérialisée au travers d'une négociation d'accords internationaux : les conventions de [prévention de] doubles impositions (CDI). Celles-ci sont exactement des « arrangements en vue de régler les questions de chevauchement des souverainetés »⁶³. Les conséquences d'une double (ou multiple) imposition étant incontestablement 36

⁵⁵LAFAILLE, *Double imposition*, p.353 ; NOËL, *Double imposition*, p.43 ss ; ALBERT/PIERRE/RICHER, *Dictionnaire*, « Double imposition », p. 185 ; PEZET, *Double imposition*, p. 350 ; CONSTANTIN, *Doubles impositions*, p.480 ; DIETER/SPENGLER, *Tax planning*, p.211.

⁵⁶Notamment PEZET, *Double imposition*, p. 350 ; CONSTANTIN, *Doubles impositions*, p.480

⁵⁷MALHERBE, *Droit fiscal international*, p.99 N.176

⁵⁸REILINGH, *Droit fiscal international*, p.251 s N.855 ss

⁵⁹REILINGH, *Droit fiscal international*, p.252 N.860

⁶⁰Article 4, paragraphe 1, de la Directive 2011/96/UE, modifié par l'article 1^{er} 1) de la Directive 2014/86/UE.

⁶¹PEZET, *Double imposition*, p. 350

⁶²En effet, les États ne sont point contraints de souscrire des CDI bilatérales ou multilatérales les liant les uns aux autres et peuvent décider de laisser subsister des doubles impositions sans être tenus par une disposition de droit international public. Ils peuvent aussi décider de ne pas en souscrire, mais mettre en place, dans le cadre du droit interne, des mécanismes destinés à éliminer la double imposition. Voy. MAITROT, *Droit fiscal UE*, p.554 N376.

⁶³OUEDRAOGO, *Matière fiscale*, p.42 N37.

néfastes à l'économie mondiale, une mobilisation étatique tous azimut se justifie⁶⁴, même s'il est reconnu qu'une éradication absolue relèverait d'une simple gageure⁶⁵.

1.2. Approche conventionnelle d'élimination de la double imposition

1.2.1. Contenu, nature juridique et aspects formels de la CDI

- 37 Parmi les instruments juridiques destinés à l'élimination de la double imposition internationale, se trouve en « bonne place »⁶⁶ la CDI. Celle-ci est, par définition, un accord conclu entre deux ou plusieurs États avec pour objectif principal de régler, effectivement, les problèmes de doubles impositions des revenus des contribuables engendrés par les opérations internationales, et de déterminer ainsi la répartition de l'assiette imposable entre les États signataires en organisant la mise en œuvre des dispositions de chaque droit interne avec les dispositions conventionnelles considérées⁶⁷. En d'autres termes, les CDI constituent des instruments fondamentaux de la fiscalité internationale, avec pour finalité primordiale l'élimination de la double imposition en tant que difficulté réelle et sérieuse entre juridictions fiscales⁶⁸.
- 38 L'objet d'une CDI est « exclusivement fiscal »⁶⁹. En dehors de la finalité d'éliminer la double imposition internationale, les CDI peuvent également, entre autres, contribuer à lutter contre l'évasion et la fraude fiscales⁷⁰, constituer d'instrument de sécurité juridique pour les contribuables dont les opérations comportent un caractère d'extranéité, sceller certains accords de collaboration intergouvernementaux notamment en matière d'assistance administrative en ce qui concerne l'assiette ou le recouvrement des impôts⁷¹. Toutefois, dans la poursuite de ces objectifs accessoires ou complémentaires à l'élimination de la double imposition, les CDI peuvent être limitées par des normes spécifiques liées à des engagements multilatéraux, telles que les dispositions du Traité sur le Fonctionnement de l'Union Européenne (TFUE)⁷².
- 39 Sous l'angle de la nature juridique, les CDI sont, à part entière, des traités bilatéraux et parfois multilatéraux. En tant que telles, elles sont régies —notamment en ce qui concerne leur interprétation— par les stipulations de la Convention de Vienne du 23 mai 1969 sur le droit des traités, qui est l'expression du droit coutumier international⁷³. En tant que des traités —c'est-à-dire des accords écrits qui traduisent l'expression des volontés concordantes des États signataires, en vue de produire des effets juridiques régis par le droit international—, les CDI ont pour fonction

⁶⁴BERTHET, *Paradis fiscaux*, p.159 N.349.

⁶⁵Dans ce sens, VOY. REILINGH, *Droit fiscal international*, p.5 N.13 et références citées.

⁶⁶En effet, concernant par exemple l'imposition des sociétés étrangères en Suisse, le Tribunal fédéral a reconnu que ce sont avant tout les conventions conclues par la Confédération ou les cantons avec les pays étrangers qui sont déterminantes. A défaut de telles conventions, il appartient au législateur fédéral (pour les impôts fédéraux) et au législateur cantonal (pour les impôts cantonaux) d'édicter les prescriptions nécessaires pour éviter les doubles impositions internationales, et de fixer les conditions subjectives et objectives de l'imposition en Suisse des sociétés étrangères. C'est dans ce sens qu'intervient notamment en règle générale l'exonération du régime fiscal du revenu immobilier à l'étranger. Si de telles prescriptions n'existent pas ou si elles sont insuffisantes pour résoudre un cas d'espèce, il faut alors appliquer les règles établies par la jurisprudence et faire appel aux principes généraux du droit. VOY. ATF 94 I 328, consid. 3 a) et références citées ; ATF 140 II 157, Consid. 7.5 et références citées. Dans la même optique, CASTAGNÈDE, *Fiscalité internationale*, p.10 s N.4.

⁶⁷ARNOLD, *Conventions fiscales*, p. 10 s N.43 ss ; ALBERT/PIERRE/RICHER, *Dictionnaire*, « Convention fiscale internationale », p. 149 ; CABRILLAC, *Dictionnaire*, « Convention fiscale internationale », p.151 ; GHARSALLAH, *Conventions*, p.251 ; REILINGH, *Droit fiscal international*, p.13 N.31

⁶⁸CASTAGNÈDE, *Fiscalité internationale*, p.15 N.7 ; RASSAT/LAMORLETTE/CAMELLI, *Stratégies fiscales*, p.31.

⁶⁹SALVAT, *Recherche du renseignement*, p.105.

⁷⁰En 2015, à la suite des travaux conduits dans le cadre du projet BEPS, en particulier l'Action 6, le Comité des affaires fiscales de l'OCDE a décidé de modifier le titre de la Convention et d'inclure un préambule. Les modifications apportées reconnaissent expressément que les objets des CDI ne se limitent pas seulement à l'élimination de la double imposition et que les États contractants doivent mentionner dans leurs CDI qu'ils ne souhaitent pas que les dispositions de ces dernières créent des possibilités de non-imposition ou d'imposition réduite par le jeu de l'évasion et de la fraude fiscales.

⁷¹LAFAILLE, *Conventions*, p.254 ; ARNOLD, *Conventions fiscales*, p. 11 N.46 ss ; GHARSALLAH, *Conventions*, p.252 ; ALBERT/PIERRE/RICHER, *Dictionnaire*, « Convention fiscale internationale », p. 149

⁷²CASTAGNÈDE, *Fiscalité internationale*, p.15 N.8

⁷³REILINGH, *Droit fiscal international*, p.57ss N.146 ss

principale de partager le pouvoir d'imposition entre les États signataires dans les cas où les revenus ou les capitaux sont imposables à la fois dans les deux juridictions fiscales.

Du point de vue matériel, DIALIGUÉ⁷⁴ note qu'une CDI est « un pont jeté entre deux systèmes fiscaux »⁴⁰, c'est-à-dire qu'elle se trouve à la fois « superposée à une partie du droit interne et juxtaposée à l'autre partie ». Elle n'est pas elle-même un système fiscal complet. Son champ d'application est étroitement circonscrit. Et à l'intérieur même de son champ d'application, elle ne substitue ses dispositions qu'à un nombre limité de règles du droit interne. Dans la même veine, LAFAILLE⁷⁵ précise que la CDI concerne généralement les impôts qui peuvent comporter un élément d'extranéité, notamment les impôts sur le revenu et sur la fortune. Mécaniquement, sauf exception quelconque, les impôts sur le chiffre d'affaires (TVA) et les autres droits indirects (douane et accises) ne sont pas concernés, car leur application est en principe limitée au territoire d'une juridiction fiscale nationale, excluant toute possibilité de double imposition internationale⁷⁶.

Sur le plan de la forme, une CDI est un texte juridique de plusieurs articles —à adapter selon le contexte— et d'une trentaine de pages, que nous pouvons subdiviser, à la suite de certains auteurs⁷⁷, en quatre parties⁷⁸: La première partie contient les articles introductifs qui apportent la lumière plus ou moins suffisante sur la portée (domaines concernés), l'étendue (personnes, matières imposables et territoires couverts) et la définition des concepts usités par la CDI. La deuxième partie contient les dispositions relatives à la répartition des compétences entre les parties signataires, c'est-à-dire la détermination des droits d'imposer en termes de revenus exclusivement imposables dans l'État de résidence du bénéficiaire et ceux imposables dans l'État de source. La troisième partie —qui est la plus importante⁷⁹— contient des dispositions concrètes sur l'élimination des doubles impositions quant aux matières imposables qui relèvent en principe de la compétence de tous les deux États signataires. A ce propos, la méthode du Modèle OCDE est généralement appliquée, à savoir le tandem exonération/imputation que nous avons vue précédemment⁸⁰. Enfin, la quatrième partie contient les dispositions diverses et finales qui cristallisent les mesures d'application de la convention (procédure amiable, principe de non-discrimination, échange de renseignements, entrée en vigueur, dénonciation, etc.) ainsi qu'éventuellement certaines mesures de lutte contre l'évasion et la fraude fiscale.

Au reste, il existe généralement, en annexe de la CDI, un protocole qui possède la même valeur que les dispositions conventionnelles et peut porter sur des éléments importants, tels que les clauses anti-abus, la dérogation au principe de non-discrimination, et bien d'autres⁸¹.

1.2.2. Historique et perspective des CDI à l'aune des évolutions fiscales internationales

En ce qui concerne l'aspect diachronique des CDI en général, il y a lieu de noter que la « pionnière » dans ce domaine serait la CDI franco-belge du 12 août 1843 relative à l'assistance administrative en matière de droit de succession⁸². Dans la suite, la complexification des relations économiques internationales et la perspective de la décolonisation annoncée dans la première moitié du 20^e siècle,

⁷⁴DIALIGUÉ, *Prix de transfert*, p. 18 et références citées.

⁷⁵LAFAILLE, *Conventions*, p.255

⁷⁶Dans ce sens également, GHARSALLAH, *Conventions*, p.251

⁷⁷ALBERT/PIERRE/RICHER, *Dictionnaire*, « Convention fiscale internationale », p. 152 ; ARNOLD, *Conventions fiscales*, p. 7 s N.27 ss

⁷⁸Pour ce qui est par exemple du MC-OCDE, il comporte formellement six parties ci-après : Chapitre I : Champs d'application de la convention (articles 1 et 2) ; Chapitre II : Définitions (article 3 à 5) ; Chapitre III : Imposition des revenus (articles 6 à 21) ; Chapitre IV : Imposition de la fortune (article 22) ; Chapitre V : Méthodes pour éliminer les doubles impositions (articles 23 A et 23 B) ; Chapitre VI : Dispositions spéciales (articles 24 à 29) ; et Chapitre VII. Dispositions finales (articles 30 et 31).

⁷⁹REILINGH, *Droit fiscal international*, p.14 N.35

⁸⁰Dans la section 1.1.3.

⁸¹LAFAILLE, *Conventions*, p.254 ; CASTAGNÈDE, *Fiscalité internationale*, p.385 s N.248 s

⁸²Cette convention fiscale a été signée à Lille entre les deux pays par Louis Philippe (France) et Léopold 1^{er}(Belgique), et confirmée par l'article 14 de la convention fiscale du 20 Janvier 1959 entre la France et la Belgique tendant à éviter les doubles impositions et à régler certaines autres questions en matière d'impôts sur les successions et les droits d'enregistrement. Il convient de préciser que l'initiative de cette convention de 1843 revient à la Belgique qui, peu de temps après, soit en 1845, signait d'autres semblables accords d'assistance administrative avec deux autres pays voisins, à savoir les Pays-Bas et Luxembourg.

ont accéléré l'émergence des CDI, déjà avec un début de réflexion au sein de la Société des Nations (SDN) donnant lieu à la création en 1921 d'un Comité financier, chargé d'analyser les effets économiques de la double imposition internationale⁸³, et dont les livrables (*outputs*) ont permis l'élaboration des premiers modèles de CDI à la Conférence de Genève de 1928⁸⁴.

- 44 Par la suite, le Comité financier ayant cédé son rôle en matière d'impôt au Comité fiscal, ce dernier permit de formuler des règles fiscales pour l'imposition du revenu des entreprises exerçant leurs activités dans plusieurs États. Il élaborait deux modèles de CDI, à savoir celui de Mexico de 1943 et celui de Londres de 1946. Ces deux précurseurs « dinosauriens » des CDI ont eu à essuyer beaucoup de critiques, notamment pour avoir été perçus favorables, soit en faveur des économies en développement pour celui de 1943, soit en faveur de celles industrialisées quant à celui de 1946⁸⁵.
- 45 C'est en 1963 que l'OCDE entre décidément⁸⁶ sur scène dans ce domaine, avec l'aboutissement des travaux menés depuis 1961, pour fournir un premier projet raffiné de référence pour les CDI, à savoir le Modèle de convention concernant le revenu et la fortune (ci-après MC-OCDE)⁸⁷, lequel projet sera suivi en 1966 d'une convention en vue d'éviter la double imposition en matière d'impôt sur les successions et sur les héritages. Le Modèle de 1963 sera révisé en 1974 et remplacé carrément en 1977⁸⁸.
- 46 Il convient de relever que le succès rencontré par le MC-OCDE a justifié, dorénavant, des rencontres régulières du Comité des affaires fiscales de l'OCDE en vue de réfléchir sur des innovations à apporter au Modèle sus visé —en tenant compte des évolutions économiques⁸⁹— afin de le rendre encore plus efficace, plus facile à utiliser et à interpréter. Dans cette optique, le MC-OCDE se présente, depuis 1992, sous la forme de classeurs permettant une mise à jour régulière aussi bien du Modèle lui-même que des Commentaires et Rapports qui lui sont consubstantiels⁹⁰. La dernière mise à jour de cet arsenal juridique remonte à 2017 et a été préparée par le Groupe de travail n° 1 du Comité des affaires fiscales de l'OCDE, en tenant compte de la nouvelle donne impulsée par le Plan BEPS⁹¹. REILINGH⁹² fait remarquer, à ce propos, qu'au fur et à mesure il devient complexe de suivre les révisions du MC-OCDE ainsi que de ses Commentaires, car le rythme va croissant à telle enseigne que les mises à jour y afférents ne sont sans poser des difficultés d'ordre pratique et théoriques, avec pour conséquence l'instauration d'une interprétation dynamique, contraire à la Convention de Vienne de 1969.

⁸³Le « comité financier » décida de confier l'étude de la double imposition internationale, d'un point de vue à la fois théorique et économique, à un groupe de quatre professeurs économistes, choisis à titre personnel en raison de leur compétence économique. Il s'agit de BRUINS (Hollandais), EINAUDI (Italien), SELIGMANN (Américain) et STAMP (Anglais). Voy. OCDE, *BEPS Action 1*, p. 27

⁸⁴Dans ce sens, Voy. ARNOLD, *Conventions fiscales*, p. 4 N.17 ; ALBERT/PIERRE/RICHER, *Dictionnaire*, « Convention fiscale internationale », p. 149 ; LAFAILLE, *Double imposition*, p.351 ; REILINGH, *Droit fiscal international*, p.31 N.81 ; CASTAGNÈDE, *Fiscalité internationale*, p.12 N.5

⁸⁵Dans ce sens, Voy. ALBERT/PIERRE/RICHER, *Dictionnaire*, « Convention fiscale internationale », p. 149 s ; REILINGH, *Droit fiscal international*, p.32 N.81 ; CASTAGNÈDE, *Fiscalité internationale*, p.12 N.5

⁸⁶ Il convient de relever que les premiers travaux chancelants remontent à 1955, lorsque l'Organisation pour la Coopération Économique Européenne (OCEE, dinosaure de l'actuelle OCDE) adopta sa première recommandation au sujet de la double imposition. Voy. REILINGH, *Droit fiscal international*, p.28 N.74

⁸⁷Une certaine flexibilité est laissée, dans certaines dispositions de modèle, pour les États qui veulent prendre ce modèle comme document de référence, afin de tenir compte de la situation particulière de chaque État contractant.

⁸⁸Ces travaux de 1977 ont été renforcés par deux recommandations, en l'occurrence la recommandation du 11 Avril 1977 concernant la suppression des doubles impositions en matière d'impôt sur le revenu et sur la fortune, et la recommandation du 21 Septembre 1977 sur l'évasion et la fraude fiscales.

⁸⁹Notamment : l'évolution des systèmes fiscaux dans différents États (développement des fiscalités nationales) ; l'accélération du développement des relations économiques internationales ; l'apparition et l'émergence fulgurante de nouvelles technologies de l'information et de la technologie ; le perfectionnement des stratagèmes d'évasion et de fraude fiscales ; le renforcement des relations fiscales internationales ; l'apparition de nouveaux secteurs d'activités au niveau international ; etc.

⁹⁰Dans ce sens, ALBERT/PIERRE/RICHER, *Dictionnaire*, « Convention fiscale internationale », p. 150 ; ARNOLD, *Conventions fiscales*, p. 4 s N.18 ss

⁹¹Disponible en ligne : <http://www.oecd.org/fr/ctp/conventions/mise-a-jour-2017-modele-de-convention-fiscale.pdf> (ressource consultée le 13 février 2018).

⁹²REILINGH, *Droit fiscal international*, p.29 N.76

Certes, un autre modèle de convention sur le revenu et la fortune (1980)⁹³ ainsi qu'un Manuel de négociation des conventions bilatérales entre pays développés et pays en développement (1979) ont été mis en place⁹⁴ par le Conseil économique et social de l'Organisation des Nations Unies (ONU), mais le MC-OCDE s'est imposé comme l'instrument permettant de résoudre les problèmes les plus fréquents en fiscalité internationale, en assurant une harmonisation des CDI et en offrant un cadre de référence incontestable pour les négociations bilatérales et le règlement des différends. Ce caractère référentiel concerne à la fois les pays membres et non membres ainsi que les organisations internationales et régionales lorsqu'elles mènent leurs travaux dans le domaine de la fiscalité⁹⁵. A ce jour, on compte des milliers de CDI dans le monde (plus de trois milles) dont la majorité est indéniablement une référence au MC-OCDE⁹⁶; cependant, le Modèle de convention ONU est très prisé par les pays en développement, compte tenu du fait qu'il se rapproche davantage des réalités évidentes vécues dans ces juridictions fiscales. En effet, il est reproché au MC-OCDE de favoriser les pays exportateurs de capitaux par rapport aux pays importateurs, en supprimant ou allégeant la double imposition par l'obligation faite au pays de la source de renoncer à une partie ou à la totalité de l'impôt sur certains types de revenus tirés par les résidents de l'autre pays contractant. Ainsi, ce MC-OCDE, fondamentalement inadapté pour les pays importateurs nets de capitaux, convient plutôt le mieux lorsque les flux d'échanges commerciaux et d'investissements entre les deux pays signataires sont raisonnablement comparables et que tous les revenus exonérés par le pays de la source sont imposés par le pays de résidence. Tout compte fait, la différence tangible entre les deux modèles (OCDE et ONU) tient au fait que le modèle de l'ONU impose moins de restrictions sur les droits d'imposition de l'État de la source, celui-ci disposant davantage de droits d'imposition que dans le cadre du modèle de l'OCDE⁹⁷.

Dans le cadre de l'UE, s'inspirant du MC-OCDE, les États membres avaient mis en place, en date du 23 juillet 1990, la Convention 90/436/CEE relative à l'élimination des doubles impositions en cas de correction des bénéfices d'entreprises associées⁹⁸. Cette Convention a introduit une procédure d'arbitrage pour éviter la double imposition lors de la correction des bénéfices d'entreprises associées d'États membres différents. Le 25 mai 1995, le Conseil a adopté un Protocole modifiant la Convention 90/436/CEE afin de la proroger pour de nouvelles périodes successives de cinq ans. D'autres textes conventionnels du droit européen existent et contribuent à la dynamique de lutte contre les doubles impositions. C'est le cas de la Directive 2011/96/UE du Conseil du 30 novembre 2011 déjà évoquée⁹⁹.

De leur côté, les États-Unis d'Amérique ont leur propre modèle de convention de prévention de doubles impositions, qui sert de substratum aux CDI qu'ils signent avec les autres pays, en constituant une « première offre »¹⁰⁰ à modeler selon les spécificités propres à chaque pays cocontractant. Ainsi, les premiers Modèles de convention US ont été publiés officiellement le 18 mai 1976 par le Département du Trésor, puis derechef le 17 mai 1977 avec quelques moindres modifications. Ces modèles ont été largement influencés par le MC-OCDE, en l'occurrence la version de 1966 et de 1977¹⁰¹. Ces modèles américains seront remplacés en début des années

⁹³Ce modèle a déjà été mis à jour à quelques reprises et la dernière mise à jour date de 2017.

⁹⁴En effet, déjà dans les années 1960, les pays en développement avaient conscience de la disproportion des mouvements des capitaux avec les pays industrialisés, nécessitant une approche différenciée des CDI. C'est dans cette optique que plus de dix ans après, soit en 1980, l'ONU a fourni un Modèle de convention censé prendre en considération les faiblesses des pays en développement, lequel modèle est identique à celui de l'OCDE sur le plan de la forme, mais dont le contenu diverge pour s'adapter aux réalités des pays en développement. Sa particularité est d'accorder davantage de compétences d'imposer aux États de la source, dans lesquels l'investissement ou l'activité économique a lieu. Voy. REILINGH, *Droit fiscal international*, p.32 N.82 ss

⁹⁵Dans ce sens, ALBERT/PIERRE/RICHER, *Dictionnaire*, « Convention fiscale internationale », p. 150

⁹⁶CASTAGNÈDE, *Fiscalité internationale*, p.14 N.6

⁹⁷ARNOLD, *Conventions fiscales*, p. 5 s N.20 ss ; REILINGH, *Droit fiscal international*, p.33 N.86

⁹⁸JO L 225 du 20.8.1990, p. 10-24

⁹⁹Directive 2011/96/UE du Conseil du 30 novembre 2011 concernant le régime fiscal commun applicable aux sociétés mères et filiales d'États membres différents (refonte), telle que modifiée et complétée par les Directive 2014/86/UE du Conseil du 8 juillet 2014 et Directive (UE) 2015/121 du Conseil du 27 janvier 2015.

¹⁰⁰GANI, *Limitation des bénéfices*, p.138 et références citées.

¹⁰¹GANI, *Limitation des bénéfices*, p.148 et références citées.

huitante, successivement par le Modèle du 16 juin 1981 ainsi que celui du 23 décembre de la même année, la seconde modifiant l'article 16 de la première. Durant près de quinze ans, ce modèle a servi de repère aux CDI conclues par les USA avec les autres juridictions fiscales. C'est donc le 20 septembre 1996 qu'un autre modèle va voir le jour, et restera en vigueur jusqu'au 15 novembre 2006, date à laquelle une autre version de Modèle sera publié concomitamment avec de nouvelles Notes explicatives (« *Technical Explanations* »). Ce Modèle restera inchangé jusqu'à l'avènement du Plan BEPS, qui constitue un bouleversement holistique notamment en matière de fiscalité conventionnelle.

- 50 Certes, il existe bon nombre d'instruments ou modèles de conventions fiscales visant l'élimination de la double imposition —cela démontre par ricochet que le phénomène est préoccupant—, mais la sphère d'investigation de la présente réflexion ne se focalise que sur le MC-OCDE ainsi que quelques Directives de l'UE en la matière. Toutefois, nous ferons sporadiquement référence aux autres modèles de conventions en tant que de besoin (*excursus*).
- 51 Pour ce qui est de l'avenir des CDI dans le monde, il y a lieu de relever que le Plan BEPS de l'OCDE/G20 a bouleversé de manière tangible le régime juridique y afférent. En effet, la mise en œuvre holistique du Plan BEPS implique nécessairement un remaniement des modèles de convention fiscale (notamment celles de l'OCDE et ONU) ainsi que des CDI qui s'en inspirent, dans la dynamique tous azimut de lutte contre l'érosion des bases d'imposition des États. A cet effet, compte tenu du nombre impressionnant des CDI bilatérales, la mise à jour bilatérale du réseau mondial des conventions constituerait un processus sempiternel et harassant, ce qui limiterait l'efficacité des efforts multilatéraux¹⁰².
- 52 Parmi les actions phares du Plan BEPS, l'Action 15 intitulée « *L'élaboration d'un instrument multilatéral pour modifier les conventions fiscales bilatérales* » a analysé la possibilité d'élaborer une convention multilatérale en vue de déployer les mesures BEPS relatives aux conventions fiscales permettant aux juridictions qui le souhaitent de mettre en œuvre les mesures formulées dans le cadre des travaux de l'OCDE et de modifier les conventions fiscales bilatérales¹⁰³. En d'autres termes, un instrument multilatéral —offrant une approche novatrice pour permettre aux États de modifier rapidement leurs CDI dans l'optique de mettre en œuvre les mesures élaborées dans le cadre du Plan BEPS— a été jugé souhaitable et possible par cette Action 15¹⁰⁴. Dans cette optique et à toutes fins utiles, en février 2015 un mandat pour la constitution d'un Groupe ad hoc chargé d'élaborer une Convention multilatérale a été approuvé par le Comité des affaires fiscales de l'OCDE et entériné par les ministres des finances et les gouverneurs de banques centrales des États du G20. Il y a lieu d'indiquer qu'en réalité, l'élaboration de l'Instrument multilatéral s'est faite en deux temps : d'abord, un groupe d'experts en droit international public et en fiscalité internationale¹⁰⁵ a examiné la possibilité de réaliser un instrument multilatéral en vue de mettre en œuvre les mesures arrêtées au cours des travaux sur le BEPS et de modifier les CDI bilatérales. Dans le rapport du 16 septembre 2014¹⁰⁶ publié par l'OCDE, ce Groupe d'experts est arrivé à la conclusion qu'un tel instrument multilatéral était souhaitable et possible, pour autant qu'il existe déjà dans les autres domaines de la fiscalité internationale¹⁰⁷. Dans un second temps, le mandat¹⁰⁸ sus évoqué a alors été décerné pour la

¹⁰²Note explicative Instrument multilatéral, p.1 N.4

¹⁰³Note explicative Instrument multilatéral, p.1 N.3

¹⁰⁴Note explicative Instrument multilatéral, p.2 N.5

¹⁰⁵Ce groupe comprenait les membres suivants, parmi lesquels plusieurs membres de la Commission du droit international des Nations Unies : PHILIP BAKER (Royaume-Uni), THÉODORE CHRISTAKIS (Grèce), FRANK ENGELEN (Pays-Bas), CONCEPCIÓN ESCOBAR HERNANDEZ (Espagne), MATHIAS FORTEAU (France), ITAI GRINBERG (États-Unis), JAN KLABBERS (Pays-Bas), VAUGHAN LOWE (Royaume-Uni), PHILIPPE MARTIN (France), YOSHIHIRO MASUI (Japon), EKKEHART REIMER (Allemagne), GIORGIO SACERDOTI (Italie), DIRE TLADI (Afrique du Sud).

¹⁰⁶Lequel a donné naissance à l'Action 15 du Plan BEPS, dont le Rapport final a été publié en 2015, à l'instar des autres Rapports finaux BEPS.

¹⁰⁷Dans ce sens, DFF, *Rapport Convention multilatérale*, p. 4 et références citées ; DANON/SHELLING, *Post-BEPS world*, p.208

¹⁰⁸Ce mandat englobait les éléments principaux suivants de manière à garantir une élaboration efficace de l'instrument multilatéral : (i) l'objectif général et le champ d'application des travaux ; (ii) les critères pour déterminer la participation aux travaux ; (iii) l'organe qui sera chargé de mener les travaux ; (iv) la durée des travaux ; (v) la gouvernance des travaux, y compris les règles et procédures applicables ; et (vi) le financement des travaux. Il est consultable en ligne : <http://www.oecd.org/fr/fiscalite/BEPS/BEPS-action-15-mandat-instrument-multilateral-mesures-relatives-conventions-fiscales.pdf> (consultée le 17 février 2017).

concrétisation de la perspective conjecturée par les experts précités. Ce mandat prévoyait le début des travaux en Juillet 2015¹⁰⁹ et leur conclusion — doublée de l'ouverture de l'instrument multilatéral à la signature— pour le 31 décembre 2016. Le Groupe ad hoc était ouvert à l'ensemble des États intéressés participant sur un pied d'égalité. Au moins cent (100) juridictions fiscales y ont pris part, en qualité de membres, dont quatre juridictions non étatiques¹¹⁰ et sept organisations internationales ou régionales¹¹¹, en tant qu'observateurs¹¹².

Il y a lieu de préciser avec DANON/SALOMÉ¹¹³ que « la tâche du groupe ad hoc n'était pas de modifier la substance des résultats déjà obtenus dans le cadre du Plan BEPS, ni de créer de nouvelles mesures, sauf néanmoins en ce qui concerne les dispositions traitant du mécanisme d'arbitrage obligatoire et contraignant dans le cadre de la procédure amiable »¹¹⁴. En effet, le point II¹¹⁵ de l'Action 14 du Plan BEPS a prévu que, compte tenu de l'absence d'un consensus entre tous les pays de l'OCDE et du G20 sur l'adoption de l'arbitrage comme moyen d'assurer le règlement des cas soumis à la procédure amiable, un groupe de pays devrait s'en occuper en élaborant, dans le cadre de la négociation relative à l'instrument multilatéral conduite au titre de l'action 15 du Plan BEPS, une disposition prévoyant un mécanisme d'arbitrage obligatoire et contraignant. C'est donc au Groupe de travail ad hoc que cette tâche a été confiée. 53

En date du 31 mai 2016, un draft des travaux a été présenté par le Groupe de travail ad hoc et, le 24 novembre de la même année, à la suite de six sessions au total¹¹⁶, ses travaux ont été adoptés formellement, donnant ainsi naissance à la « Convention multilatérale pour la mise en œuvre des mesures relatives aux conventions fiscales pour prévenir l'érosion de la base d'imposition et le transfert de bénéficiaires » (ci-après « Instrument multilatéral »)¹¹⁷ contenant un préambule et sept parties (dont 39 articles au total)¹¹⁸. Elle a été adoptée simultanément avec sa Note Explicative (« *Explanatory Statement* ») qui décrit les différentes catégories de dispositions conventionnelles visées et explique de quelles manières elles doivent être modifiées¹¹⁹. Ces deux textes ont été produits en anglais et en français (les deux langues faisant foi) ; tandis que les autres membres du Groupe du travail ont procédé à des traductions idoines dans d'autres langues du globe. 54

Le 7 juin 2017, à Paris, plus de 70 ministres et hauts représentants ont pris part à la cérémonie de signature de l'Instrument multilatéral, marquant ainsi un tournant décisif dans la fiscalité internationale qui traduit la capacité des gouvernements d'agir de concert sur des enjeux fiscaux d'envergure mondiale¹²⁰. La liste des signataires inclut des juridictions de tous les continents et niveaux de développement¹²¹. D'autres juridictions ont également exprimé leur intention de signer 55

¹⁰⁹La réunion inaugurale du Groupe s'est plutôt les 5 et 6 novembre 2015, en marge de la 20e réunion du Forum mondial sur les conventions fiscales pour représentants du gouvernement qui s'est tenu les 3 et 4 du même mois.

¹¹⁰Notamment le Hong-Kong.

¹¹¹En l'occurrence : Association des dirigeants des administrations fiscales des pays islamiques (ATAIC) ; Forum sur l'administration fiscale africaine (ATAF) ; Commonwealth Association of Tax Administrators (CATA) ; Centre interaméricain des administrations fiscales (CIAT) ; Centre de rencontres et d'études des dirigeants des administrations fiscales (CREDAF) ; Fonds monétaire international (FMI) ; Organisation intra-européenne des administrations fiscales (IOTA).

¹¹²Note explicative Instrument multilatéral, p.2 N.6 s

¹¹³DANON/SALOMÉ, *Multilateral Instrument*, p.199 et références citées.

¹¹⁴Traduction libre de l'auteur. Le texte original correspondant est le suivant : « [...]the task of the ad hoc group was not to change the substance of the BEPS outputs or to create new measures, except, however, with respect to the provisions dealing with mandatory binding mutual agreement procedure (MAP) arbitration. »

¹¹⁵ Intitulé « Engagement relatif à un mécanisme d'arbitrage obligatoire et contraignant dans le cadre de la procédure amiable ».

¹¹⁶SAINT-AMANS/DI MARIA, *Cadre multilatéral*, p.279.

¹¹⁷Certains auteurs préfèrent également les expressions « Convention BEPS » et « Convention multilatérale ». Dans cette réflexion, nous préférons à ces deux expressions celle d'Instrument multilatéral, tel que prévu dans le jargon même de l'OCDE.

¹¹⁸Les parties sont, en l'occurrence : Partie I Champ d'application et interprétation des termes (articles 1 et 2) ; Partie II Dispositifs hybrides (articles 3 à 5) ; Partie III Utilisation abusive des conventions fiscales (articles 6 à 11) ; Partie IV Mesures visant à éviter le statut d'établissement stable (articles 12 à 15) ; Partie V Améliorer le règlement des différends (articles 16 et 17) ; Partie VI Arbitrage (articles 18 à 26) ; Partie VII Dispositions finales (articles 27 à 39).

¹¹⁹Cette Note explicative est disponible en ligne : <https://www.oecd.org/fr/fiscalite/conventions/note-explicative-convention-multilaterale-pour-la-mise-en-oeuvre-des-mesures-relatives-aux-conventions-fiscales-pour-prevenir-le-BEPS.pdf> (ressource consultée le 19 février 2018).

¹²⁰DANON, *Treaty abuse*, p.31 ; DELFOSSE, *Instrument multilatéral*, p. 15 ; SAINT-AMANS/DI MARIA, *Cadre multilatéral*, p.278.

¹²¹La liste est disponible en ligne : <http://www.oecd.org/fr/fiscalite/conventions/BEPS-instrument-multilateral-signataires-et-parties.pdf> (ressource consultée le 17 février 2018).

ladite Convention dès que possible et y travaillent activement¹²². Parmi les signataires originels, la Suisse¹²³ qui avait pris part active aux travaux du Groupe ad, a été représentée au plus haut niveau.

- 56 Il convient d'indiquer que, sur près de 2 350 CDI que les juridictions fiscales avaient soumises à l'OCDE à la date de signature de l'Instrument multilatéral (7 juin 2017), plus de 1 100 CDI appariées ont été jugées prêtes pour être modelées aux dispositions de l'Instrument multilatéral¹²⁴. Pour ce qui est de la Suisse, dans un premier temps 14 CDI¹²⁵ pour lesquelles les juridictions cocontractantes étaient déjà disposées à s'accorder sur la teneur exacte des modifications à apporter, ont été soumises à la vigueur de l'Instrument multilatéral¹²⁶. Pour ce qui est des autres CDI, les modalités de transposition technique de l'Instrument multilatéral viendraient ultérieurement¹²⁷.
- 57 Il n'est pas sans importance de faire remarquer que, parmi les Économies industrialisées du globe qui n'ont pas signé l'Instrument multilatéral, il y a les États-Unis d'Amérique, pour la simple raison que, tout en étant juridiction membre de l'OCDE, ils ne façonnent pas leurs CDI sur le MC-OCDE, moins encore à celui de l'ONU dont ils sont également État membre. L'on est tout de même en droit de se demander pourquoi cette juridiction assez influente au sein de l'OCDE, s'est réservée au fil du temps de se conformer au MC-OCDE. A cette préoccupation, GANI¹²⁸ estime que c'est à cause du fait que les États-Unis sont intervenus assez tardivement au processus de négociation du MC-OCDE. Il s'agit ainsi d'une raison plus politique que juridique. Certainement, la raison est plus politique que juridique, pour autant qu'avec les nouvelles orientations du Plan BEPS, le MC-OCDE a rejoint le Modèle de convention US dans ses grandes lignes, notamment avec l'innovation relative à l'intégration des clauses du critère des objets principaux (« *Purpose Principal Test* ») et de la limitation des avantages (« *Limitation-On-Benefit* ») qui existaient depuis longtemps dans les versions successives du Modèle de convention US. Sur le plan juridique, ce rapprochement du MC-OCDE vers le Modèle de convention US devrait plaider en faveur de l'abandon de ce dernier par les USA afin de rejoindre le « bateau » consensuel universel qu'est l'Instrument multilatéral. *Wait and see* ! Néanmoins, l'avènement du Plan BEPS a apporté quelques bouleversements au Modèle de convention US. En effet, le 1^{er} mars 2016, le département du Trésor des États-Unis en a publié une version révisée, avec des changements portant notamment sur les régimes fiscaux particuliers et les situations dans lesquelles une juridiction cocontractante d'une CDI perçoit un niveau d'impôt considérablement diminué après les négociations initiales de la CDI. Ces changements apportés ne modifient pas automatiquement les CDI existantes que les États-Unis ont signées avec d'autres pays, et doivent plutôt être renégociés¹²⁹.
- 58 Pour revenir à l'Instrument multilatéral, du point de vue de la nature juridique, il s'agit d'un traité, c'est-à-dire un accord international conclu par écrit entre États et régi par le droit international, conformément à la Convention de Vienne de 1969 sur le droit des traités¹³⁰. Il a pour finalité de modifier —en toute célérité ainsi que de manière coordonnée et consistante¹³¹— toutes les

¹²²SAINT-AMANS/DI MARIA, *Cadre multilatéral*, p.279.

¹²³En effet, selon le Département Fédéral des Finances, la Suisse a participé activement au projet BEPS et à l'élaboration de l'Instrument multilatéral en particulier. Elle a contribué à lui donner la souplesse nécessaire à ses yeux pour que sa mise en œuvre soit en accord avec la politique de la Suisse relative aux CDI. Cf. DFF, *Rapport Convention multilatérale*, p.3

¹²⁴ OCDE, Instrument multilatéral – Brochure d'information 20 octobre 2017, p. 3

¹²⁵ Il s'agit, en l'occurrence, des CDI signées avec : Afrique du Sud ; Argentine ; Autriche ; Chili ; Inde ; Islande ; Italie ; Liechtenstein ; Lituanie ; Luxembourg ; Pologne ; Portugal ; Tchèque (République) ; et Turquie.

¹²⁶En effet, la Suisse ne peut modifier que les CDI avec les juridictions fiscales qui partagent son opinion d'après laquelle l'Instrument multilatéral modifie les CDI concernées (de la même manière qu'un protocole de modification d'une CDI) et qui sont disposés à déterminer d'un commun accord la teneur exacte de la CDI modifiée par l'Instrument multilatéral. Cf. DFF, *Rapport Convention multilatérale*, p.7

¹²⁷Voy. Communiqué du Conseil fédéral, intitulé « La Suisse signe l'Instrument multilatéral visant à prévenir l'érosion de la base d'imposition et le transfert de bénéfices », 07 juin 2017, disponible en ligne : <https://www.admin.ch/gov/fr/accueil/documentation/communiques.msg-id-66981.html> (ressource consultée le 17 février 2018).

¹²⁸GANI, *Limitation des bénéfices*, p.143 et références citées.

¹²⁹Dans ce sens et pour plus de détails : <https://home.kpmg.com/xx/en/home/insights/2016/01/tmf-kpmg-report-initial-analysis-of-2016-us-model-treaty.html> (ressource consultée le 20 février 2018).

¹³⁰DELFOSE, *Instrument multilatéral*, p.17 N.6 ; BOSMAN, *Multilateral Instrument*, p.643.

¹³¹KLEIST, *Multilateral Instrument*, p.823 ; BOSMAN, *Multilateral Instrument*, p.643 ; GOMES, *Principal Purpose Test*, p.48.

« conventions fiscales couvertes »^{132/133}. Par cette dernière expression, il faut entendre un accord conclu en vue d'éviter la double imposition en matière d'impôts sur le revenu¹³⁴ qui est en vigueur entre deux ou plusieurs Parties¹³⁵ et/ou juridictions ou territoires, ayant conclu un accord susmentionné et dont les relations internationales relèvent de la responsabilité d'une Partie ; et pour lequel chacune de ces Parties a formulé une notification au Dépositaire — c'est-à-dire le Secrétaire Général de l'OCDE¹³⁶ — indiquant cet accord ainsi que tous les instruments le modifiant ou l'accompagnant (identifiés par leur titre, les noms des parties, la date de signature et, si applicable au moment de la notification, la date d'entrée en vigueur) comme un accord qu'elle souhaite voir visé par l'Instrument multilatéral¹³⁷. Pour le besoin de simplification du style dans le cadre de cette réflexion, nous désignons la « convention fiscale couverte » par l'expression ordinaire de « convention de [prévention de] double imposition », CDI en sigle.

Toujours dans le sillon du régime juridique de l'Instrument multilatéral, il y a lieu d'indiquer qu'en ce qui concerne l'élimination des doubles impositions, l'article 5 (Intitulé « application des méthodes d'élimination de la double imposition ») prévoit trois options possibles, pertinemment synthétisées par DELFOSSE¹³⁸ de cette manière :

L'option A vise la situation dans laquelle l'Etat de résidence remédie à la double imposition d'un revenu par l'octroi d'une exemption. Si l'Etat de la source exempte le même revenu en appliquant la Convention, alors l'Etat de résidence n'octroie pas d'exemption. Si l'Etat de la source limite son pouvoir d'imposition relativement à ce revenu en appliquant la Convention, alors l'exemption se mue en un crédit d'impôt¹³⁹.

L'option B vise la situation dans laquelle l'Etat de résidence exempte un revenu qu'il considère comme un dividende. L'exemption se mue en imputation lorsque ce revenu a fait l'objet d'une déduction fiscale dans l'Etat de la source¹⁴⁰.

L'option C [...]. L'Etat de résidence accorde une déduction d'un montant égal à l'impôt payé dans l'autre Etat contractant sans que cette déduction ne puisse excéder la fraction de l'impôt (calculé avant déduction) afférent aux revenus ou à la fortune imposables dans cette autre Juridiction contractante¹⁴¹.

Il ressort de ce qui précède que l'Instrument multilatéral réitère l'usage des méthodes d'exemption ou exonération (Options A et B) et d'imputation ou déduction (Option C) telles qu'analysées précédemment¹⁴² et déjà réglées par le MC-OCDE, en y apportant une « cure de jouvence » dictée par la dynamique de la lutte contre l'érosion de la base d'imposition et le transfert des bénéficiaires.

L'Instrument multilatéral ne fonctionne pas de la même manière qu'un protocole portant modification d'une seule convention existante, qui modifierait directement le texte de la CDI, mais elle s'applique plutôt en parallèle avec les CDI existantes dont elle modifie l'application afin de mettre en œuvre les mesures BEPS¹⁴³. Dès lors, bien que certaines juridictions fiscales puissent, pour des raisons internes, produire des versions consolidées de leurs CDI telles que modifiées par l'Instrument multilatéral, l'élaboration de ces versions consolidées n'est pas une condition préalable à l'application de l'Instrument multilatéral¹⁴⁴. A ce sujet, il y a lieu de relever que, sur le plan pratique, l'idéal serait d'établir des versions consolidées des CDI telles que modifiées par l'Instrument

¹³²Voy. Article 1er de l'Instrument multilatéral.

¹³³En dehors de l'utilisation abusive des CDI (Action 6 BEPS), l'Instrument multilatéral a trois autres champs d'application du Plan BEPS, en l'occurrence les dispositifs hybrides (Action 2), l'établissement stable (Action 7) et le règlement des différends (Action 14),

¹³⁴Peu importe le fait que cet accord porte ou non sur d'autres impôts.

¹³⁵Le terme « Partie » désigne, selon l'Instrument multilatéral, un État pour lequel cette dernière est en vigueur en vertu de l'article 34 (Entrée en vigueur) ; ou une juridiction qui a signé l'Instrument multilatéral n en vertu des alinéas b) ou c) du paragraphe 1 de l'article 27 (Signature et ratification, acceptation ou approbation) et pour laquelle l'Instrument multilatéral est en vigueur en vertu de l'article 34 (Entrée en vigueur). Cf. Article 2, paragraphe 1 b), de l'Instrument multilatéral.

¹³⁶Voy. Article 39, paragraphe 1, de l'Instrument multilatéral.

¹³⁷Voy. Article 2, paragraphe 1 a), de l'Instrument multilatéral.

¹³⁸DELFOSSE, *Instrument multilatéral*, p.28 N.66

¹³⁹Voy. Article 5, paragraphes 2 et 3, de l'Instrument multilatéral.

¹⁴⁰Voy. Article 5, paragraphes 4 et 5, de l'Instrument multilatéral.

¹⁴¹Voy. Article 5, paragraphes 6 et 7, de l'Instrument multilatéral.

¹⁴²Voy. Section 1.1.3.

¹⁴³DELFOSSE, *Instrument multilatéral*, p.15 N.1 et références citées.

¹⁴⁴Note explicative Instrument multilatéral, p.3 N.13

multilatéral¹⁴⁵. Sous l'angle formel, en revanche, la Direction des affaires juridiques de l'OCDE a fait remarquer que ces versions consolidées « ne constitueront pas les instruments juridiques applicables au plan international entre les partenaires conventionnels (qui demeurent la convention bilatérale et l'instrument multilatéral) »¹⁴⁶. Elle a néanmoins précisé que « dans certains cas, ces [versions consolidées] pourraient être considérées comme des accords conclus entre les autorités compétentes en vertu de la procédure prévue dans les conventions fiscales bilatérales relatives au règlement par procédure amiable des questions se rapportant à l'interprétation ou à l'application de celles-ci »¹⁴⁷.

- 63 Selon le point de vue helvétique défendu par le Département Fédéral des Finances, l'Instrument multilatéral modifie le contenu des CDI conclues sous l'inspiration du MC-OCDE ; ce qui est différent de l'avis présenté par certaines juridictions fiscales au sein du forum consensuel qui estiment que l'Instrument multilatéral ne modifie pas le texte des CDI, mais qu'il y a tout simplement coexistence parallèle de ces deux types de textes (Instrument multilatéral et CDI) qui doivent être lus côte à côte, avec pour effet que le texte de l'Instrument multilatéral prime —en tant qu'acte juridique postérieur— le texte divergent des CDI antérieures. Le DFF estime que le point de vue défendu par la Suisse « mène non seulement à plus de sécurité juridique, de clarté et de lisibilité des CDI, mais encore il est en adéquation avec les exigences de la législation suisse sur la publication des traités »¹⁴⁸.
- 64 Somme toute, la fonction principale de l'Instrument multilatéral est de surmonter les choix passés. DANON/SALOMÉ¹⁴⁹ précisent à cet effet que cet outil juridique international ne donne aucun engagement en ce qui concerne les politiques conventionnelles à venir, mais traduit plutôt un engagement à effacer certaines décisions prises par les États dans des négociations conventionnelles passées. Selon ces auteurs, l'Instrument multilatéral pourrait certainement être utilisé pour mettre en œuvre d'autres mesures fiscales qui seraient élaborées à l'avenir dans le cadre des travaux de l'OCDE, à condition qu'elles soient conduites selon un consensus international suffisant¹⁵⁰.

1.3. Quelques techniques d'abus des conventions de double imposition¹⁵¹

1.3.1. Remarques préliminaires

- 65 Les abus des CDI sont divers et diversifiés, à telle enseigne qu'il serait prétentieux d'en donner un aperçu exhaustif dans le cadre de la présente réflexion. Néanmoins, pour le besoin de la compréhension juridique du phénomène, trois cas ou catégories peuvent être passés en revue ci-après, en l'occurrence le recours à un « *nominee* », le chalandage fiscal ou « *treaty shopping* », et le « *rule shopping* ».
- 66 Il convient d'indiquer que le Rapport final 2015 du Plan BEPS de l'OCDE/G20 intitulé « *Empêcher l'octroi inapproprié des avantages des conventions fiscales* » —faisant office de Plan d'Action 6— a prévu d'autres situations constitutives d'abus des CDI, en l'occurrence : fractionnement de contrats ; cas de location de main-d'œuvre ; transactions destinées à éviter la qualification de dividendes ;

¹⁴⁵DELFOSSÉ, *Instrument multilatéral*, p.21 N.29

¹⁴⁶Note de la direction des affaires juridiques de l'OCDE, MLI, N.33

¹⁴⁷Note de la direction des affaires juridiques de l'OCDE, MLI, N.33, précisément la note de bas de page n°27.

¹⁴⁸DFF, *Rapport Convention multilatérale*, p. 4 s

¹⁴⁹DANON/SALOMÉ, *Multilateral Instrument*, p.202 et références citées.

¹⁵⁰Traduction libre de l'auteur. Le texte original correspondant est : « *As mentioned by some commentators, the primary function of the MLI is to overcome past choices. The MLI grants no commitments with regard to future treaty policy but rather entails a commitment to erase some decisions taken by states in past negotiations. Yet, the MLI could in our view certainly be used to implement further tax treaty measures that might be developed in the future by the OECD, provided that they are rooted in a sufficient international consensus* ».

¹⁵¹Également qualifiés simplement de « fraude conventionnelle », « abus de convention », « usage impropre des conventions fiscales », etc. Voy. VEGA, *Limitation on benefits*, p.55; CHAND, *Guiding Principle*, p.484.

transactions consistant à transférer des dividendes¹⁵². Nous n'allons pas creuser en détails ces cas d'abus des CDI mais nous y ferons référence en tant que de besoin, dans le cadre du présent papier.

1.3.2. Le recours à un « nominee »

Le « *nominee* » est une personne physique ou morale qui, sur base d'un contrat (« *declaration of trust* »), représente le propriétaire qui, pour l'occasion, veut cacher son identité. Le terme est emprunté à l'anglais dont l'équivalent en français est « prête-nom », à savoir quelqu'un qui prête son identité dans quelque acte où le véritable contractant ne veut point paraître. En d'autres termes, c'est une personne qui fait figurer son nom dans un contrat comme si elle agissait pour son propre compte, alors qu'en réalité elle n'intervient que comme mandataire d'une autre, sans que le cocontractant ait connaissance de cette interposition¹⁵³. 67

Ainsi, le *nominee* ou fiduciaire agit en son propre nom, mais pour le compte d'une tierce personne et, en cette qualité, il joue le rôle d'un mandataire agissant en toute confidentialité dans les limites de son mandat¹⁵⁴. Dans le cadre des sociétés *offshores*, il existe notamment un *nominee director* et un *nominee shareholder*. Le premier, en tant que fiduciaire directeur (ou administrateur désigné), dispose de larges pouvoirs et peut signer des contrats dans lesquels il fait apparaître son nom. Le second, en tant que fiduciaire actionnaire, offre un anonymat des véritables actionnaires. Tout cela devrait être fixé contractuellement par le truchement de la convention du *trust* (*declaration of trust*). 68

Originellement, le « *trust* » est une institution juridique spécifique à la *common law*, par laquelle le fondateur du *trust* (le « *settlor* ») charge une personne (le « *trustee* ») de gérer ses biens (« *corpus* »), qui lui sont conférés par l'acte de *trust* (« *trust deed* »), en faveur d'un ou plusieurs bénéficiaires (« *beneficiaries* »). Le *trust* peut comporter éventuellement un « *protector* », qui surveille et contrôle la gestion du *trust* (et peut demander un remplacement du *trustee*), et un *nominee* par l'intermédiaire duquel le *trustee* assure la gestion des biens qui lui sont confiés¹⁵⁵. 69

En principe, le droit anglo-saxon distingue trois types de *trust* : d'abord, le « *fixed interest trust* » dans lequel les droits du bénéficiaire sont définis dans l'acte constitutif du *trust*. Le *trustee* est tenu d'effectuer les transferts au bénéficiaire au moment et de la manière définie dans l'acte constitutif. Ensuite, le « *discretionary trust* » dans lequel le *trustee* dispose du pouvoir discrétionnaire de décider des distributions au bénéficiaire désigné dans l'acte constitutif. Et enfin, l'« *accumulation trust* » qui a pour objet essentiel la gestion de biens, sans distribution¹⁵⁶. Comme nous le mentionnons plus loin¹⁵⁷, cette distinction est très capitale notamment en matière de détermination de la qualité de bénéficiaire effectif, laquelle ne peut être reconnue qu'au *trustee* discrétionnaire. 70

En tant qu'institution juridique, le *trust* est inconnu en droit suisse¹⁵⁸. Néanmoins, les effets du *trust* sont en principe reconnus —pour autant qu'il ne heurte aucune règle impérative au droit suisse— au cas où il serait valablement constitué conformément à une législation étrangère¹⁵⁹. Les conditions de cette reconnaissance d'un *trust* étranger ont été fixées par la Conférence suisse des impôts, dans la circulaire relative au traitement fiscal du *trust*¹⁶⁰. 71

¹⁵²OCDE, *BEPS Action 6*, p. 75 ss N.29 ss

¹⁵³GUINCHARD/DEBARD, *Lexique*, « Prête-nom », p.877

¹⁵⁴REILINGH, *Droit fiscal international*, p.66 N.186

¹⁵⁵MALHERBE, *Droit fiscal international*, p.31 s N.32 ; ALBERT/PIERRE/RICHER, *Dictionnaire*, « Trust », p. 572 s ; MOLÉ, *Paradis fiscaux*, p. 343 ss et références citées ; CASTAGNÈDE, *Fiscalité internationale*, p.252 N. 157 ter ; VEGA, *Limitation on benefits*, p.25

¹⁵⁶ROMBOUTS, *Organisation*, p.18 ; CRETTEI, *Fondations et trusts*, p.254.

¹⁵⁷Dans la section 2.2.1.

¹⁵⁸Pour une analyse détaillée de la question, voir notamment OBERSON, *Droit fiscal international*, p.121ss N.383 ss ; CRETTEI, *Fondations et trusts*, p.255 ss.

¹⁵⁹OBERSON, *Trust*, p.477. Néanmoins, l'auteur apporte une précision non moins opportune —à la page 481—en ces termes : « [...] En l'absence de norme légale spécifique, le régime fiscal du *trust* en Suisse n'est pas encore fermement établi. Certes, la ratification de la Convention de La Haye [ndlr : du 1^{er} juillet 1985 relative à la loi applicable au *trust* et à sa reconnaissance] lui donne un encrage juridique solide, mais le traitement fiscal demeure régi par le droit interne des États contractants. [...] Le *trust* est désormais reconnu en droit suisse de par la ratification de la Convention de La Haye. La définition du *trust*, posée à l'article 2 de cette Convention, est déterminante en droit suisse. »

¹⁶⁰Circulaire AFC n° 20, Imposition des trusts. Voy. aussi CRETTEI, *Fondations et trusts*, p.255 ss.

72 Cela étant, sur base de la convention du trust, le *nominee* ou le *trustee* peut se présenter comme le bénéficiaire apparent du revenu privilégié par la CDI applicable, alors que le véritable bénéficiaire du revenu —à savoir le mandant ou *settlor* resté dans l’anonymat— n’a pas *de jure* accès aux avantages garantis par la CDI concernée, notamment parce qu’il n’est pas résident de l’un des deux États contractants¹⁶¹. Nous pouvons illustrer ce cas de figure avec la situation d’un citoyen suisse, investisseur de son état, qui projeterait d’investir en République Démocratique du Congo. Etant donné que cette juridiction fiscale n’a pas encore signé de CDI avec la Suisse, l’investisseur suisse peut recourir à un *nominee* belge en vue de l’utiliser pour ses investissements en République Démocratique du Congo et, par ricochet, bénéficiaire des avantages liés à la CDI du 23 mai 2007 entre la Belgique et la République Démocratique du Congo (RD Congo). L’investisseur suisse qui ne voudrait pas se voir imposer doublement en RD Congo et en Suisse sur ses bénéfices, ferait recours à un *nominee* belge, personne physique ou morale (telle qu’une société) en vue d’investir en territoire congolais (création de société ou prise de participations dans une société).

1.3.3. Le chalandage fiscal ou « *treaty shopping* »

73 Le chalandage fiscal est une pratique qui est favorisée par l’existence du nombre impressionnant de CDI qui lient quasiment tous les pays du globe. Elle résulte d’une démarche consistant à effectuer des comparaisons et des recherches systématiques des avantages liées aux CDI, donnant ainsi la possibilité à une ou à des sociétés d’intégrer le moindre coût fiscal dans leurs choix stratégiques, par des pratiques abusives desdites CDI.

74 L’Action 6 du Plan BEPS de l’OCDE/G20 précitée¹⁶², mentionne l’utilisation abusive des conventions fiscales et, en particulier, le chalandage fiscal comme l’une des principales sources de préoccupation dans le domaine de l’érosion de la base d’imposition et du transfert de bénéfices. Elle relève notamment que « les contribuables qui se livrent au chalandage fiscal et à d’autres stratégies d’utilisation abusive des conventions portent atteinte à la souveraineté fiscale en réclamant l’avantage de conventions dans des situations où ces avantages ne devraient pas être accordés, ce qui prive les pays de recettes fiscales »¹⁶³. Ce postulat démontre que les politiques fiscales internationales actuelles restent très préoccupées par le phénomène du chalandage fiscal qu’il faille —autant que faire se peut— limiter par des mécanismes idoines.

75 Mieux connu sous la dénomination anglaise de « *treaty shopping* »¹⁶⁴, le chalandage fiscal est, en pratique, une technique par laquelle le résident d’un État (personne physique ou morale appelée « bénéficiaire final ») recevant des revenus d’un autre État (dit « État de la source »), profite des avantages découlant de dispositions d’une CDI (typiquement une exemption ou réduction du taux de l’impôt perçu à la source, notamment sur les dividendes, intérêts, redevances, etc.) conclu par cet État de la source avec un autre État tiers (dit « État de transit »), grâce à l’interposition d’une société-relais (« *conduit company* ») résidente dans cet État de transit¹⁶⁵.

76 De manière générale, ce procédé est caractérisé par trois éléments atypiques : une réduction de l’imposition dans le pays d’origine du revenu (État de la source) ; un taux d’imposition faible ou nul dans l’État de transit ; et une faible (voire nulle) retenue à la source dans ce dernier pays concernant

¹⁶¹VEGA, *Limitation on benefits*, p.23 ss ; REILINGH, *Droit fiscal international*, p.66 s. N.187

¹⁶²Intitulé « *Empêcher l’octroi inapproprié des avantages des conventions fiscales* ».

¹⁶³OCDE, *BEPS Action 6*, p. 9

¹⁶⁴Le terme « *treaty shopping* » est d’origine américaine et aurait été évoqué pour la première fois dans les années 1970 aux audiences du Congrès américain sur les juridictions fiscales non coopératives offshore. Etant donné que le verbe « *to shop* » est équivalent en français de « rechercher » ou « achalander », le *treaty shopping* (chalandage fiscal) désigne le fait pour un contribuable de rechercher une meilleure convention fiscale parmi une multitude afin de mettre en œuvre des mécanismes qui lui permettent de se procurer les avantages de ladite convention. Voy. BERTHET, *Paradis fiscaux*, p.177 N396.

¹⁶⁵OLIVIER/HONIBALL, *International tax*, p. 550 ; TRAVERSA/POSSOZ, *Développements récents*, p.12 ; ALBERT/PIERRE/RICHER, *Dictionnaire*, « Chalandage fiscal », p. 81 ; DANON, *Treaty et rule shopping*, p.133 ss ; GANI, *Limitation des bénéfices*, p.459 ; DANON/SALOMÉ, *Multilateral Instrument*, p.213 et références citées ; VEGA, *Limitation on benefits*, p.27 s ; BERTHET, *Paradis fiscaux*, p.160 N353.

les revenus versés dans le pays du bénéficiaire final¹⁶⁶. Sur le plan formel, le procédé peut être réalisé en deux stratégies ou techniques, à savoir le relais « direct » et le relais « tremplin » :

Dans la stratégie du relais direct (« *direct conduit* »), les revenus versés par la société installée dans l'État de la source à la société-relais (située dans l'État de transit) sont aussitôt reversés par cette dernière à l'actionnaire final (personne physique ou morale installée dans l'État non partie à la CDI) sous forme notamment de dividendes¹⁶⁷. En d'autres termes, avec le relais direct, le revenu que reçoit la société transitaire sont transmis en l'état, sans traitement fiscal quelconque, dans la mesure où cette société n'a d'autre fonction que de prendre avantage du réseau des CDI dont dispose l'État où elle est installée (sans y exercer aucune activité commerciale), le pouvoir réel étant exercé indirectement par le bénéficiaire final ou réel dans un autre État¹⁶⁸. Dans ce cas de figure, l'État de transit doit normalement être un pays ou territoire à fiscalité privilégiée, pour permettre un transfert du bénéfice au bénéficiaire final, notamment sous forme de dividende éligible au régime de sociétés mères et filiales¹⁶⁹.

En ce qui concerne la stratégie du relais tremplin (« *stepping stone conduit* »), sa différence fondamentale d'avec le relais direct se situe au niveau de l'activité de la société-relais¹⁷⁰. En effet, dans le cas sous examen, la société-relais ou société-tremplin exerce souvent —et pas nécessairement— une activité réelle dans l'État de transit, consistant notamment à rendre des services administratifs ou financiers. Par conséquent, la société-relais est intégralement assujettie à l'impôt dans l'État de transit à raison de produits qu'elle perçoit de l'État de la source. En revanche, les dividendes qu'elle verse au bénéficiaire final sont déduits de son impôt au titre d'intérêts, redevances, frais de gestion ou rémunération de services, etc., qu'elle est souvent tenue de verser en montants élevés afin de maximiser, autant que faire se peut, la charge déductible de sa situation fiscale¹⁷¹. Elle peut même, dans cette optique, verser ces intérêts, redevances, frais de gestion ou rémunération de services, à une autre société-relais située dans un quatrième État, selon la formule trouvée avec le bénéficiaire final¹⁷². Dès lors, l'impôt n'existe presque plus, car la base imposable est érodée par toutes les déductions précitées¹⁷³.

Il y a lieu d'indiquer que, spécifiquement concernant les intérêts, le Rapport final 2015 du Plan BEPS de l'OCDE/G20 intitulé « *Limiter l'érosion de la base d'imposition faisant intervenir les déductions d'intérêts et d'autres frais financiers* » —faisant office de Plan d'Action 4— se concentre sur le recours à l'emprunt auprès d'une tierce partie, d'une partie liée ou intragroupes en vue de réaliser des déductions excessives d'intérêts ou de financer la production d'un revenu exonéré ou différé. A cet effet, cette Action 4 recommande qu'une approche de bonne pratique pour lutter contre ces problèmes puisse s'appliquer à toutes les formes d'intérêts et de paiements équivalents à des intérêts, pour que des groupes se trouvant dans une situation équivalente soient soumis au même traitement et pour éviter qu'un groupe puisse contourner la règle en structurant ses emprunts sous une forme juridique différente¹⁷⁴.

1.3.4. Le « *rule shopping* »

A la différence du chalandage fiscal ou *treaty shopping* qui consiste à détourner toute une CDI, le *rule shopping* est plutôt une manœuvre *intra* CDI qui consiste à faire écarter une règle distributive particulière moins avantageuse pour lui substituer celle avantageuse. Selon OLIVIER/HONIBALL¹⁷⁵, le

¹⁶⁶VEGA, *Limitation on benefits*, p.21 ss ; REILINGH, *Droit fiscal international*, p.68 N.195

¹⁶⁷DANON, *Notion de bénéficiaire effectif*, p.581 et référence citée.

¹⁶⁸REILINGH, *Droit fiscal international*, p.67 s N.189 ss ; DANON/SALOMÉ, *Multilateral Instrument*, p.213 et références citées.

¹⁶⁹ALBERT/PIERRE/RICHER, *Dictionnaire*, « Chalandage fiscal », p. 82 ; DANON, *Notion de bénéficiaire effectif*, p.581 et référence citée.

¹⁷⁰STOYANOV/SANSONETTI, *Bénéficiaire effectif*, p.1178 ; TULCINSKY, *Paradis fiscaux*, p.32 N45.

¹⁷¹VEGA, *Limitation on benefits*, p.28

¹⁷²REILINGH, *Droit fiscal international*, p.69 s N.196 ss ; ALBERT/PIERRE/RICHER, *Dictionnaire*, « Chalandage fiscal », p. 82 ; DANON/SALOMÉ, *Multilateral Instrument*, p.213 et références citées.

¹⁷³DANON, *Notion de bénéficiaire effectif*, p.581 et référence citée.

¹⁷⁴OCDE, *BEPS Action 4*, p. 19 N. 9

¹⁷⁵OLIVIER/HONIBALL, *International tax*, p. 550 s et référence citée.

rule shopping « fait référence à l'ingénierie transactionnelle consistant à requalifier le revenu pour constituer, par exemple, des dividendes qui ne sont pas soumis à des retenues d'impôt »¹⁷⁶.

- 81 C'est le cas —pour illustration— d'une filiale qui, établie dans un autre État contractant (État de la source) que sa société-mère (située dans l'État de la résidence), est transformée en succursale (établissement stable) afin que le transfert des bénéfices de l'État de la source vers l'État de résidence ne soit pas soumis à l'article 10, paragraphe 2, du MC-OCDE, mais à l'article 7 dudit Modèle¹⁷⁷.
- 82 En définitive, ces quelques cas d'abus des CDI sus définis (recours à un *nominee*, *Treaty shopping* et *rule shopping*) sont dans le viseur des travaux de l'OCDE qui les cernent par des clauses anti-abus censées être hébergées en toile de fond des CDI elles-mêmes. Ces dispositifs anti-abus conventionnels déjà consacrés par les versions successives du MC-OCDE, ont également été améliorés dans le cadre de l'Action 6 du Plan BEPS. Nous les abordons dans la section ci-après :

2. Dispositifs anti-abus des CDI à l'aune du Plan BEPS de l'OCDE/G20

2.1. Liminaire : un dispositif préventif à califourchon entre standard minimum et simples recommandations

- 83 Nous avons relevé précédemment que les CDI visent, de la part des États contractants, à concéder une part de leurs souverainetés fiscales respectives en vue de faciliter certains flux économiques entre leurs résidents. Cela se matérialise par un certain nombre d'avantages en termes d'allègements et protections fiscaux exclusivement réservés à ces résidents, dont l'importance pourrait parfois attirer les non-résidents qui seraient tentés d'en bénéficier. Dans cette optique, ceux-ci peuvent recourir à des constructions juridiques artificielles —dont nous avons analysé quelques-unes de techniques courantes¹⁷⁸— pour profiter desdits avantages.
- 84 Consécutivement, il existe bon nombre de dispositifs qui permettent soit de prévenir soit de sanctionner tout comportement abusif d'une CDI, parmi lesquels nous pouvons citer¹⁷⁹ : la théorie de la transparence ; les clauses générales d'assujettissement à l'impôt ; les clauses générales relatives à l'activité et à la bonne foi ; la clause de bénéficiaire effectif ; la clause générale de limitation des avantages ; les règles anti-abus visant les établissements stables situés dans des juridictions tierces ; les règles relatives aux sociétés étrangères contrôlées ; la théorie des anciennes réserves ; etc. Dans le cadre de la présente réflexion, nous nous limiterons à l'examen de quelques mécanismes de prévention prévus dans le cadre des travaux de l'OCDE, en particulier l'Action 6 du Plan BEPS dont la matérialisation des recommandations siège dans l'Instrument multilatéral prérappelé, avec une reprise dans le MC-OCDE dont la mise à jour conséquente a été matérialisée en 2017.
- 85 En effet, l'Action 6 du Plan BEPS prévoit trois règles spécifiques destinées à faire obstacle à l'utilisation abusive des CDI¹⁸⁰. La première est une règle générale anti-abus (« *General Anti-Abuse Rule* », GAAR) fondée sur l'objet principal des montages, opérations ou transactions¹⁸¹. C'est la « règle du critère des objets principaux » (« *principal purpose test rule* », ci-après « règle PPT »). En

¹⁷⁶Traduction libre de l'auteur. Le texte original correspondant est : «*Rule shopping refers to the engineering of a transaction to re-characterize the income to constitute, for example, dividends which are not subject to withholding taxes.* »

¹⁷⁷Illustration empruntée chez REILINGH, *Droit fiscal international*, p.71 N.203. Pour une autre illustration schématisée du *rule shopping*, voir notamment DANON, *Treaty et rule shopping*, p.145 ss

¹⁷⁸Voir la section 1.3.

¹⁷⁹Dans ce sens, Voy. REILINGH, *Droit fiscal international*, p.71 ss N.205 ss.

¹⁸⁰ROLIM, *GAAR*, p.818.

¹⁸¹CHAND, *Guiding Principle*, p.485.

plus de celle-ci, l'Action 6 prévoit deux versions (une version simplifiée et une version détaillée) d'une règle anti-abus spécifique (« *Specific Anti-Abuse Rule* », SAAR), à savoir la règle de limitation des avantages (« *limitation-on-benefits rule* », ci-après « clause LOB ») qui a pour effet de limiter l'octroi des avantages des CDI aux personnes qui remplissent certaines conditions¹⁸². Ainsi, il est indiqué que les juridictions fiscales doivent au minimum mettre en œuvre : i) soit une règle PPT uniquement ; ii) soit une règle PPT et une clause LOB soit simplifiée soit détaillée ; ou iii) soit une règle LOB détaillée, complétée par un mécanisme visant les montages faisant intervenir des sociétés-relais qui ne seraient pas encore traités dans les CDI¹⁸³.

Ces acquis ont été repris par l'Instrument multilatéral qui contient, dans le cadre de la prévention d'abus des CDI, un **standard minimum** ainsi que des **recommandations**¹⁸⁴. Ces dernières —que nous n'allons pas examiner dans le cadre de la présente réflexion¹⁸⁵, compte tenu de leur caractère non obligatoire— contiennent des règles non impératives qui s'occupent (i) des transactions relatives au transfert de dividendes¹⁸⁶ ; (ii) des gains en capital provenant de l'aliénation d'actions, de droits ou de participations dans des entités tirant leur valeur principalement de biens immobiliers¹⁸⁷ ; (iii) des établissements stables situés dans des juridictions tierces, dans le cadre tant de l'Action 6¹⁸⁸ que de l'Action 7¹⁸⁹ ; et (iv) de l'application des conventions fiscales pour limiter le droit d'une Partie [à la CDI] d'imposer ses propres résidents¹⁹⁰. 86

Quant au standard minimum prévu par l'Instrument multilatéral¹⁹¹, il fixe un amendement ou un addendum aux CDI —sous la forme d'un texte à loger explicitement dans le préambule ou dans l'objet de la CDI— qui stipule qu'en dehors de l'objectif visant l'élimination de la double imposition, les dispositions de la CDI ne doivent pas faciliter l'évasion ou la fraude fiscale/évitemment fiscal¹⁹² résultant notamment de la mise en place de stratégies de chalandage fiscal destinées à obtenir des allègements prévus dans la CDI au bénéfice indirect de résidents de juridictions tierces¹⁹³. Dans la même veine, le MC-OCDE 2017— rappelle que, consécutivement à la Convention de Vienne de 1969 sur le droit des traités, le titre et le préambule font partie du contexte de la CDI et constituent une déclaration générale de l'objet et du but de la CDI ; ils devraient donc jouer un rôle important dans l'interprétation des dispositions de celle-ci¹⁹⁴. Il convient de préciser qu'à la lumière de l'article 31, paragraphe 1, de la Convention de Vienne précitée, un traité doit être interprété de bonne foi suivant le sens ordinaire à attribuer aux termes du traité dans leur contexte et à la lumière de son objet et de son but. 87

¹⁸²Voy. Note explicative Instrument multilatéral, p.24 N.88

¹⁸³OCDE, *BEPS Action 6*, p.21 N.22; Note explicative Instrument multilatéral, p.25 N.89

¹⁸⁴Par la possibilité de faire des réserves, l'Instrument multilatéral n'oblige pas à reprendre des dispositions qui ne constituent pas des standards minimaux. Cf. DFF, *Rapport Convention multilatérale*, p.3

¹⁸⁵A cet effet, nous renvoyons notamment à DANON/SALOMÉ, *Multilateral Instrument*, p.224 ss

¹⁸⁶Voy. Article 8 de l'Instrument multilatéral.

¹⁸⁷Voy. Article 9 de l'Instrument multilatéral.

¹⁸⁸Voy. Article 10 de l'Instrument multilatéral.

¹⁸⁹Voy. Partie IV (articles 12 à 15) de l'Instrument multilatéral.

¹⁹⁰Voy. Article 11 de l'Instrument multilatéral.

¹⁹¹La mise en œuvre de ces standards est contrôlée par des examens par les pairs effectués par un comité de l'OCDE, à savoir le Cadre inclusif sur le BEPS (*Inclusive Framework on BEPS*), dont les informations peuvent être consultées en ligne : <http://www.oecd.org/tax/BEPS/BEPS-about.htm> (consultée le 20 février 2018). Cette entité pourrait ainsi exercer une pression politique sur les Etats qui auraient exclu certaines Conventions du champ d'application de l'Instrument multilatéral. Cf. DELFOSSE, *Instrument multilatéral*, p.19 s N.24

¹⁹²Il y a lieu de relever pertinemment que la version française du préambule a été modifiée afin de prendre en compte la spécificité des juridictions pour lesquelles l'expression « *tax avoidance* » se traduit par « évitement fiscal ». De ce fait, la version française de l'article 6 de l'Instrument multilatéral inclut aux paragraphes 1 et 4 l'expression « évitement fiscal » immédiatement après l'expression « fraude fiscale ». Cf. Note explicative Instrument multilatéral, p.23 N.80

¹⁹³Voy. Article 6 de l'Instrument multilatéral. Cet article stipule également que les parties à la CDI peuvent, non de manière impérative, ajouter au préambule ou dans l'objet de la CDI, qu'elles entendent promouvoir leurs relations économiques et améliorer leur coopération en matière fiscale.

¹⁹⁴Voir l'introduction du MC-OCDE 2017, p.15 N.16.2 (version anglaise).

88 Le texte d'un nouveau modèle de préambule rédigé à cette fin est donc le suivant¹⁹⁵ :

« (État A) et (État B)

Soucieux de promouvoir leurs relations économiques et d'améliorer leur coopération en matière fiscale, Entendant conclure une convention visant à éliminer la double imposition à l'égard des impôts sur le revenu et sur la fortune, et ce, sans créer de possibilités de non-imposition ou d'imposition réduite via des pratiques d'évasion ou de fraude fiscale/évitement fiscal (résultant notamment de la mise en place de stratégies de chalandage fiscal destinées à obtenir les allègements prévus dans la présente Convention au bénéfice indirect de résidents de tierces juridictions)

Sont convenues de ce qui suit : »¹⁹⁶

89 Pour ce faire, afin de pouvoir déterminer avec certitude les préambules antérieurs des CDI qui doivent être remplacés par le texte figurant ci-avant, l'Instrument multilatéral impose à chaque partie de notifier à l'OCDE —en sa qualité de Dépositaire de l'Instrument multilatéral¹⁹⁷— si chacune de ses CDI, sauf exception, contient un préambule qui ne fait pas mention de l'intention des juridictions contractantes d'éliminer la double imposition et, si tel est le cas, de lui communiquer le texte du paragraphe concerné du préambule. Lorsque toutes les juridictions contractantes ont formulé une telle notification relative au texte du préambule existant, celui-ci serait remplacé *ipso facto* par le texte ci-avant. Dans les autres cas, ce dernier serait ajouté au texte du préambule existant. Afin d'éviter des incohérences imprévues dans les notifications, chaque partie formulant une notification relative à un paragraphe de préambule peut également préciser si ledit paragraphe contient aussi un texte proche du texte standard sus décliné (à l'exception de différences minimales) qui ne nécessite pas une modification¹⁹⁸.

90 Le standard minimum contient également les dispositions relatives à la règle PPT (2.3) ainsi qu'à la clause LOB simplifiée (2.4). Puisqu'une clause LOB détaillée exige, pour son implémentation, un important travail sur le plan bilatéral et difficilement réalisable dans un contexte multilatéral, l'Instrument multilatéral ne contient pas de détails y afférents¹⁹⁹. Avant d'examiner les clauses PPT et LOB simplifiée, il nous semble nécessaire d'évoquer d'emblée la clause de « bénéficiaire effectif » (« *beneficial ownership* ») (2.2) qui est un mécanisme anti-abus antérieur au Plan BEPS, non seulement censé subsister après la mise en place des clauses PPT et LOB²⁰⁰, mais aussi nécessaire à la compréhension même de ces dernières²⁰¹.

2.2. La clause de bénéficiaire effectif

2.2.1. Contenu de la clause en droit de l'OCDE

91 La clause de bénéficiaire effectif (« clause BO ») procède notamment²⁰² de l'application des articles 10, 11 et 12 du MC-OCDE, relatifs respectivement aux dividendes, intérêts et redevances²⁰³. Elle préconise de n'accorder les avantages d'une CDI qu'au seul bénéficiaire réel ou ultime de ces revenus, à l'exclusion du bénéficiaire apparent ou intermédiaire qui ne joue que le rôle de personne interposée (mandataire, agent, etc.)²⁰⁴. Sont ici visés notamment le prête-nom (*nominee*), le

¹⁹⁵Toutefois, le paragraphe 4 du même article 6 de l'Instrument multilatéral, autorise les Parties à conserver les textes des préambules de leurs Conventions fiscales couvertes qui font déjà référence à l'intention d'éliminer la double imposition sans créer de possibilités de non-imposition ou d'imposition réduite, que ces préambules visent uniquement les pratiques d'évasion ou de fraude fiscale/évitement fiscal (y compris le chalandage fiscal) ou qu'ils s'appliquent plus largement.

¹⁹⁶Note explicative Instrument multilatéral, p.22 N.75

¹⁹⁷Voy. Article 39, paragraphe 1, de l'Instrument multilatéral.

¹⁹⁸Voy. Article 6, paragraphe 5, de l'Instrument multilatéral ; Note explicative Instrument multilatéral, p.24 N.86

¹⁹⁹Note explicative Instrument multilatéral, p.25 N.90 (troisième phrase).

²⁰⁰DANON/SALOMÉ, *Multilateral Instrument*, p.215

²⁰¹VEGA, *Limitation on benefits*, p.67

²⁰²La règle se trouve également reprise dans d'autres modèles de conventions, notamment ceux de l'ONU et des États-Unis. Dans ce sens, Voy. VEGA, *Limitation on benefits*, p.78

²⁰³Officiellement, la règle BO a été intégré dans le MC-OCDE dans sa version de 1977 (article 10) et visait essentiellement à faire échec aux commissionnaires, aux fiduciaires et autres agents superposés. Depuis, elle a connu une évolution intimement liée à celle du MC-OCDE. Voy. OCDE, *BEPS Action 6*, p.18 s N.18 ; DANON, *Notion de bénéficiaire effectif*, p.581 ; STOYANOV/SANSONETTI, *Bénéficiaire effectif*, p.1176 ; BERTHET, *Paradis fiscaux*, p.174 N390.

²⁰⁴REILINGH, *Droit fiscal international*, p.75 N.217 ; DANON, *Trusts*, p.335 ; DANON/OBRIST, *Anciennes réserves*, p. 621

propriétaire-fiduciaire et le *trustee* que nous avons vu précédemment²⁰⁵, qui n'ont pour rôle que de servir de personnes-relais pour la mise en place de certaines constructions juridiques artificielles visant à tirer indument profit des avantages prévus par une CDI²⁰⁶.

Le concept de « bénéficiaire effectif » n'a pas été défini dans le MC-OCDE²⁰⁷. A cet effet, il convient de souligner que, conformément à l'article 3 §2 du même Modèle, tout terme ou expression qui n'est pas défini dans une CDI, a le sens que lui attribue à ce moment le droit —avec une prééminence du droit fiscal sur les autres branches— de l'État contractant qui est appelé à appliquer la CDI (concernant les impôts qui y sont couverts), sauf si le contexte exige une interprétation différente ou que les autorités compétentes conviennent d'un sens différent²⁰⁸. Dans la même optique, la doctrine²⁰⁹ estime que le concept de bénéficiaire effectif est une notion conventionnelle (« *international fiscal meaning* ») qui doit recevoir un sens autonome et être entendu dans son contexte et à la lumière de l'objet ainsi que du but de la CDI.

Néanmoins, les Commentaires du MC-OCDE sur les articles 10, 11 et 12 précités, semblent fournir une description assez nette de l'expression « bénéficiaire effectif ». En effet, selon ces Commentaires, les agent, mandataire, société-relais agissant en qualité de fiduciaire ou d'administrateur²¹⁰, qui sont des récipiendaires directs des dividendes, intérêts et redevances, ne peuvent pas fondamentalement être considérés comme des « bénéficiaires effectifs », dans la mesure où le droit pour eux d'utiliser ces gains (dividendes, intérêts et redevances) et d'en jouir est limité par une obligation contractuelle ou légale de céder le paiement reçu à une autre personne²¹¹.

Il s'agit ici d'une définition négative²¹², visant l'exclusion d'une certaine catégorie de personnes à la prétention de la qualité de « bénéficiaires effectifs », alors qu'elles n'ont que des pouvoirs restreints et pour rôle que de s'interposer entre la juridiction fiscale de la source et celle du bénéficiaire final, aux fins de lui permettre de bénéficier indument des avantages d'une CDI²¹³. Cette approche est également objective, dans la mesure où le test du bénéficiaire effectif se focalise de manière exclusive sur les attributs de propriété détenus par le récipiendaire du revenu, c'est-à-dire sans tenir compte de l'éventuelle intention d'abuser de la CDI²¹⁴.

Les Commentaires du MC-OCDE précisent, par ailleurs, que l'obligation précitée qui incombe aux « bénéficiaires apparents » de céder le paiement reçu, découle couramment de documents juridiques pertinents (notamment un contrat), mais peut également procéder de faits et de circonstances qui prouvent qu'au tréfonds les récipiendaires précités n'ont pas le droit d'utiliser (*usus*) ces gains et d'en jouir (*fructus*) sans être limité par une obligation contractuelle ou légale de céder le paiement reçu aux véritables bénéficiaires, ou aux tiers désignés par ces derniers. Dès lors, dans le cas contraire — c'est-à-dire lorsque les récipiendaires des dividendes, intérêts et redevances ont effectivement l'*usus*

²⁰⁵Voy. la section 1.3.2.

²⁰⁶Également de cet avis, VEGA, *Limitation on benefits*, p.78 ; DE BROE/VON FRENCKELL, *Bénéficiaire effectif*, p.262 ; CHAND, *Interaction*, p.118 N12.

²⁰⁷Pour le même constat, VEGA, *Limitation on benefits*, p.80 ; OBERSON, *Droit fiscal international*, p.168 ; BERTHET, *Paradis fiscaux*, p.175 N393.

²⁰⁸ Voy. Article 3, paragraphe 2, du MC-OCDE 2017. Dans le même sens, Voy. DANON, *Trusts*, p.329 ss.

²⁰⁹DANON, *Concept de bénéficiaire effectif*, p.40 ; DANON/STORCKMEIJER, *Bénéficiaire effectif et relais directs*, p.106 et références citées ; DANON, *Notion de bénéficiaire effectif*, p.582 s et références citées. En effet, dans cette dernière référence, l'auteur étaye l'affirmation sus référencée par quelques exemples tirés de la jurisprudence étrangère, notamment l'affaire « Indofood » de la *Court of Appeal* britannique de 2006 et l'affaire *Prevost Car Inc* de la *Tax Court* canadienne de 2006. Cependant, il semble réticent quant à l'approche contextuelle qui, à son avis, peut donner lieu à des interprétations divergentes de la notion de bénéficiaire effectif, selon les dispositions juridiques nationales propres à chaque pays. Ainsi, l'auteur n'admet cette approche contextuelle que selon la logique des articles 31 et suivants de la Convention de Vienne de 1969 sur le droit des traités. Dans ce sens, voir également OBERSON, *Droit fiscal international*, p.167 N.519 et références citées ; STOYANOV/SANSONETTI, *Bénéficiaire effectif*, p.1176

²¹⁰STOYANOV/SANSONETTI estiment que cette liste de personnes énumérées par les Commentaires n'est qu'indicative dans la mesure où d'autres situations pourraient se présenter. Voy. STOYANOV/SANSONETTI, *Bénéficiaire effectif*, p.1177

²¹¹Voy. MC-OCDE 2017, en particulier les articles 10 (paragraphe 12.4 et 12.5), 11 (paragraphe 8, 10.2 et 10.3), et 12 (paragraphe 4.3 et 4.4).

²¹²STOYANOV/SANSONETTI, *Bénéficiaire effectif*, p.1177

²¹³OBERSON, *Droit fiscal international*, p.169 N.524

²¹⁴DANON/STORCKMEIJER, *Bénéficiaire effectif et relais directs*, p.105 ; STOYANOV/SANSONETTI, *Bénéficiaire effectif*, p.1178

et le *fructus* intégraux de ces gains sans limitation résultant d'un contrat ou d'un autre texte juridique d'en céder le paiement reçu à une autre personne—, ils en sont considérés comme « bénéficiaires effectifs ». Même dans cette hypothèse, l'octroi des avantages (allégements) fiscaux liés à la CDI n'est pas mécanique, car il peut être retiré en cas d'utilisation abusive ou incorrecte de la CDI²¹⁵.

- 96 Un exemple typique d'un récipiendaire des dividendes (ayant un droit d'usage et de jouissance sur ces derniers) qui peut être qualifié de « bénéficiaire effectif » à certaines conditions, est le *trustee*²¹⁶. En effet, le *trustee* d'un *trust* discrétionnaire et irrévocable peut être considéré comme bénéficiaire effectif pour autant que les pouvoirs qui lui sont conférés lui permettent de décider de l'attribution des revenus du *trust* à ses bénéficiaires potentiels (pouvoir de contrôle sur les fonds placés en *trust* et de disposition sur les rendements concernés). En revanche, le *trustee* d'un *trust* fixe, qui ne jouit pas d'une telle autonomie décisionnelle, ne peut être considéré comme le bénéficiaire effectif des dividendes qu'il perçoit. C'est donc cette autonomie décisionnelle (« *discretionary powers* ») qui permet de distinguer le bénéficiaire effectif de la personne agissant simplement en qualité d'agent ou d'entité relais²¹⁷. Aussi, faudrait-il que cette distinction entre *trust* discrétionnaire et *trust* fixe soit suffisante et non ambiguë pour reconnaître ou dénier irrévocablement au *trustee* la qualité de bénéficiaire effectif²¹⁸.
- 97 Au reste, il y a lieu d'indiquer que la clause BO est consubstantielle aux CDI conclues sous l'inspiration du MC-OCDE. Quand bien même une CDI ne contiendrait pas un texte faisant explicitement référence au test BO, ce dernier est censé y être contenu implicitement à telle enseigne qu'aucun sujet de droit ne pourrait se réfugier derrière le mutisme d'une CDI quant à cette clause, afin de dédouaner une utilisation inappropriée ou abusive²¹⁹.

2.2.2. Excursus : La clause de bénéficiaire effectif en droit de l'UE

- 98 La clause BO est en vigueur en droit européen notamment depuis la mise en place de 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 différents²²⁰. En effet, il ressort notamment de l'article 1^{er} de cette Directive que :
- 99 « Les paiements d'intérêts et de redevances échus dans un État membre sont exonérés de toute imposition, retenue à la source ou recouvrée par voie de rôle, dans cet État d'origine, lorsque le **bénéficiaire** des intérêts ou redevances est une société d'un autre État membre ou un établissement stable, situé dans un autre État membre, d'une société d'un État membre. »²²¹ [Mise en gras de l'auteur]
- « Une 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.** »²²² [Mise en gras de l'auteur]
- « Un **établissement stable** n'est considéré comme **bénéficiaire** des intérêts ou des redevances que: a) si la **créance, le droit ou l'utilisation d'informations générateurs d'intérêts ou de redevances se rattachent effectivement** à cet établissement, et b) 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'un des impôts** mentionnés à l'article 3, point a) iii), ou, dans le cas de la Belgique, l'«*Impôt des non-résidents/belasting der niet-verblijfhouders* » ou, dans le cas de l'Espagne, l'«*Impuesto sobre la Renta de no Residentes*», ou un **impôt de nature identique ou analogue** qui serait établi après la date d'entrée en vigueur de la présente directive et qui s'ajouterait à ces impôts actuels ou les remplacerait »²²³. [Mise en gras de l'auteur]

²¹⁵Voy. Commentaires du MC-OCDE 2017, en particulier les articles 10 (paragraphe 12.4 et 12.5), 11 (paragraphe 8, 10.2 et 10.3), et 12 (paragraphe 4.3 et 4.4).

²¹⁶Pour une définition de cette notion, voir la section 1.3.2.

²¹⁷DANON, *Notion de bénéficiaire effectif*, p.585 s et références citées ; OBERSON, *Droit fiscal international*, p.170 N.527

²¹⁸STOYANOV/SANSONETTI, *Bénéficiaire effectif*, p.1179

²¹⁹DE BROE/VON FRENCKELL, *Bénéficiaire effectif*, p.260 s et références citées ; OBERSON, *Droit fiscal international*, p.165 N.514 ; STOYANOV/SANSONETTI, *Bénéficiaire effectif*, p.1177

²²⁰Journal officiel de l'Union européenne du 26 juin 2003, L 157/49.

²²¹Article 1, paragraphe 1, de la Directive 2003/49/CE.

²²²Article 1, paragraphe 4, de la Directive 2003/49/CE.

²²³Article 1, paragraphe 5, de la Directive 2003/49/CE.

Il y a lieu de faire remarquer que, certes le concept de « bénéficiaire » repris dans ces dispositions conventionnelles pourrait donner lieu à une généralisation au-delà même de l'expression exclusive de « bénéficiaire effectif » et concerner également le « bénéficiaire apparent » (c'est-à-dire celui qui reçoit seulement formellement le revenu), mais il est cohérent de se référer au texte original en anglais qui utilise l'expression « *beneficial owner* »²²⁴ dont la traduction exacte en français est « bénéficiaire effectif ».

Cela dit, dans le cadre de la Directive sous examen, les avantages d'ordre fiscal reconnus aux sociétés ou établissements stables, sont tributaires entre autres de la qualité de bénéficiaire effectif des intérêts ou redevances concernés par l'allégement fiscal (exonération). Singulièrement dans le cas d'une société, le texte est très limpide dans l'identification des cas d'exclusion : Recevoir les intérêts ou redevances pour son compte propre et non comme représentant, par exemple comme administrateur fiduciaire ou signataire autorisé, d'une autre personne. Les expressions « administrateur fiduciaire » ou « signataire autorisé » font notamment référence à la pratique abusive des dispositions conventionnelles par recours à un *nominee* ou un *trustee* que nous avons évoqué précédemment²²⁵, qui consiste de la part du *nominee* ou *trustee* —résident de l'un des juridictions contractantes (en l'occurrence ici de l'un des pays membres de l'UE) — d'agir en son propre nom, mais pour le compte d'une tierce personne (résidant d'une juridiction tierce à l'UE).

Ce « signataire autorisé » (*nominee* ou *trustee*) est certes un bénéficiaire apparent, mais il n'a aucun pouvoir réel de jouir et de disposer à sa guise des intérêts ou redevances reçus. Il a plutôt un devoir contractuel ou légal de les transmettre au véritable bénéficiaire qui est dans l'ombre. Dès lors, la Directive sous examen limite les exonérations fiscales sur les intérêts et redevances aux seules sociétés dotées de la qualité de bénéficiaires effectifs ou finaux, résidants dans l'un des juridictions membres de l'UE. Cette solution est *mutatis mutandis* applicable aux établissements stables, tels que sus évoqués.

2.2.3. Reprise de la clause de bénéficiaire effectif en droit suisse : un *momentum* de mise en œuvre du principe de la réalité économique

L'implémentation, dans diverses CDI du globe signées suivant le MC-OCDE, de la clause de bénéficiaire effectif au titre de mécanisme de lutte contre les abus conventionnels, a eu pour conséquence une « décentralisation de cette lutte au niveau des tribunaux nationaux »²²⁶. En effet, pour savoir si le récipiendaire de revenus (dividendes, intérêts ou redevances) en est le bénéficiaire effectif, il est préalablement nécessaire de l'identifier selon les règles en force dans la juridiction fiscale de résidence, c'est-à-dire selon le droit interne en vigueur²²⁷. A cet effet, avant d'énoncer la portée de cette clause en droit helvétique, il nous semble primordial de préciser assez laconiquement le contenu du principe de la réalité économique, pour autant que l'usage de l'expression « bénéficiaire effectif » dans une CDI vise fondamentalement à « combattre l'apparence formelle d'un état de fait et à permettre une interprétation selon la réalité économique de la situation factuelle »²²⁸.

En effet, en comptabilité financière, la théorie de la réalité économique implique la prééminence de la réalité sur l'apparence et signifie, fondamentalement, que les événements comptables repris dans les états financiers doivent être présentés en fonction de leur nature économique²²⁹. Cela procède de la

²²⁴En anglais, il n'existe pas de différence assez significative entre « *beneficial owner* » et « *legal owner* ». Dans ce sens, Voy. VEGA, *Limitation on benefits*, p.79

²²⁵Voir la section 1.3.2.

²²⁶GANI, *Limitation des bénéfices*, p.474

²²⁷STOYANOV/SANSONETTI, *Bénéficiaire effectif*, p.1177

²²⁸GANI, *Limitation des bénéfices*, p.473 et références citées. Dans le même sens, voy. DANON, *Concept de bénéficiaire effectif*, p.41.

²²⁹Voy. Article 193 du Règlement (CE, EURATOM) N 2342/2002 de la Commission du 23 décembre 2002 établissant les modalités d'exécution du règlement (CE, Euratom) n° 1605/2002 du Conseil portant règlement financier applicable au budget général des Communautés européennes.

règle « *substance over form* »²³⁰ (littéralement : la substance au-dessus de la forme)²³¹ qui préconise la prise en compte de la substance économique d'une situation ou transaction, plutôt que de s'en tenir à sa seule forme juridique. VERNIMEN/QUIRY/LE FUR simplifient carrément la recette en recommandant de ne pas s'arc-bouter à la seule lecture superficielle ou juridique mais de viser plutôt la substance économique²³². Ce principe est donc un vecteur d'une logique financière de la comptabilité qui garantit une image comptable fidèle à la réalité financière, et un outil de rupture avec un système comptable juridico-patrimonial jadis fondé sur le droit de propriété et chargé d'assurer la protection des créanciers et du crédit²³³. Transposé en droit fiscal, ce principe voudrait donc qu'en certaines circonstances, un contribuable soit tenu vis-à-vis du fisc par la substance économique de la transaction qu'il effectue, lorsque cette substance diffère de la forme juridique choisie²³⁴. En d'autres termes, dans l'application des lois fiscales, le Juge ou l'administration peut, dans le cas où la situation de fait réelle est différente de la situation juridique apparente, écarter ou faire abstraction de cette dernière en vue de restituer à l'opération imposable son véritable caractère²³⁵. REYMOND présente la recette —avec humour mais de manière assez congruente— en la qualifiant de « cas dans lesquels le fisc écarte avec succès le voile du droit civil afin de découvrir dans leur nudité originelle la réalité contributive et la vérité fiscale »²³⁶.

- 105 Pour revenir à l'épicentre de notre cheminement —à savoir le contenu de la clause BO en droit helvétique, il y a lieu d'indiquer que le Tribunal fédéral a eu l'occasion de se prononcer à plusieurs reprises sur le contenu de cette clause, en interprétation du droit conventionnel²³⁷. Pour illustration, saisi en interprétation de certaines dispositions de la CDI conclue entre la Suisse et l'Italie²³⁸, dans une affaire de remboursement (partiel) —à la faveur d'une société italienne— de l'impôt anticipé perçu sur des dividendes bruts provenant d'actions de différentes sociétés sises en Suisse, le Tribunal fédéral a, dans un arrêt du 5 avril 2017²³⁹, relevé, conformément à sa jurisprudence constante²⁴⁰, qu'en matière d'impôt anticipé sur les dividendes, pour pouvoir bénéficier des avantages d'une convention²⁴¹, il faut que la personne qui y prétend soit le bénéficiaire effectif (« *wirtschaftlicher Eigentümer* », « *beneficial owner* »).
- 106 Précisant cette notion, les Juges fédéraux ont indiqué que le bénéficiaire effectif d'un dividende payé par une société résidente d'un des Etats contractants est en premier lieu celui qui reçoit effectivement une prestation et peut en disposer. Cela implique que la personne qui reçoit le dividende doit être en mesure de contrôler son utilisation et en avoir pleine jouissance, sans que ce pouvoir de disposer ne

²³⁰Selon REILINGH, l'expression « *substance over form* » est d'origine américaine et aurait été développé pour une première fois dans la jurisprudence « *Gregory vs Helvering* » (rendu en 1935 par la Cour Supreme des Etats-Unis) qui serait à la base de la « *business purpose doctrine* » et du concept « *substance over form* ». Cf. REILINGH, *Droit fiscal international*, p.65 N. 182. Par ailleurs, explicitant les concepts clef de l'expression « *substance over form* », ZIMMER/GASSNER notent ceci: « *Form (or legal form) refers to the concepts described by terms used in tax statutes, first and foremost terms used in private law statutes to describe private law concepts. [...] Form also refers to transactions carried out in accordance with the legal conditions set in the tax rule in question. [...] Substance refers to the economic content of the transaction or legal relation (often referred to as economic substance)* ». Cf. ZIMMER/GASSNER, *Form and substance*, p.24

²³¹Dont les traductions largement admises sont « prééminence du fond économique sur la forme juridique », « prééminence de la réalité financière sur l'apparence juridique », « prédominance de la substance sur l'apparence ». Voy. GUETTOUCHI, *Substance over form*, p. 110 ; MULLER, *Prééminence*, p.7

²³²VERNIMEN/QUIRY/LE FUR, *Finance*, p.98 N. 6.15

²³³GUETTOUCHI, *Substance over form*, p. 112 et les références citées ; OBERT, *IASB*, p.28

²³⁴REILINGH, *Droit fiscal international*, p.65 N.182

²³⁵PONCE, *Évasion fiscale*, p. 129 et références citées ; MAUBLANC, *Droit fiscal*, p.377 ; TURRIN, *Fraude fiscale*, p.139 et la référence citée.

²³⁶REYMOND, *Apparences et réalités économiques*, p.174

²³⁷Il y a lieu d'indiquer que c'est en 2001 qu'une instance suisse, à savoir la Commission fédérale des recours en matière de contribution (CRC), a eu l'occasion de se prononcer pour la première fois sur la nécessité de l'application de la clause de bénéficiaire effectif dans la mise en œuvre des règles distributives régissant le paiement de dividendes, d'intérêts et de redevances, dans une affaire portant sur l'application de la CDI entre la Suisse et le Luxembourg. Voy. DANON, *Concept de bénéficiaire effectif*, p.39.

²³⁸Convention entre la Confédération suisse et la République italienne en vue d'éviter les doubles impositions et de régler certaines autres questions en matière d'impôts sur le revenu et sur la fortune, conclue le 9 mars 1976 (RO 1979 461). Les mesures portant exécution de cet Arrêté ont été successivement fixées par des Circulaires de l'AFC des 14 décembre 1962, 17 décembre 1998 et 1er août 2010.

²³⁹ATAF 2C_964/2016 du 5 avril 2017 consid. 4.3 et références citées.

²⁴⁰Notamment : ATF 141 II 447 consid.5 ; ATAF 2C_753/2014 du 27 novembre 2015 consid. 4.1 et les références citées

²⁴¹Voy. Article 10 de la CDI CH-I.

soit limité par une obligation légale ou contractuelle²⁴². A notre sens, comme à celui de DE BROE/VON FRENCKELL²⁴³, cela nécessite une approche de *substance over form* focalisée sur la réalité économique, plutôt qu'une simple analyse de la forme juridique de l'opération (prééminence de la réalité économique sur la réalité juridique).

Le « *wirtschaftlicher Eigentümer* » est la personne qui peut décider librement de l'utilisation du capital ou du rendement, le cas échéant de les mettre à disposition de tiers, et/ou qui a le pouvoir de disposer des revenus²⁴⁴. Dès lors, le critère essentiel à la base de la définition du bénéficiaire effectif est le contrôle économique, respectivement le pouvoir d'utilisation effective²⁴⁵. Evidemment, la compréhension de la notion de bénéficiaire effectif ne doit pas être faite au prisme du sens technique et étroit, mais bien en tenant compte des circonstances économiques objectives. A cet effet, lorsque le récipiendaire du dividende doit uniquement le transférer à un tiers, en vertu d'un contrat écrit ou des circonstances, il ne dispose d'aucun pouvoir de contrôle sur la destination des gains (revenus)²⁴⁶.

Ainsi, la mise en branle de la clause BO permet de déjouer objectivement le fait qu'une personne qui agirait par le truchement d'une entité juridique disposant de pouvoirs limités, s'interpose entre le créancier et le débiteur en vue de bénéficier des avantages d'une CDI²⁴⁷ et ce, sans essentiellement que l'intermédiaire puisse bénéficier réellement d'allègements fiscaux²⁴⁸. Cela a pour ultime conséquence, à en croire DANON/SALOMÉ²⁴⁹, que « l'interprétation objective de la notion de bénéficiaire effectif n'intègre aucun élément subjectif et, par ricochet, l'intention et les motifs qui ont conduit le contribuable à choisir un arrangement ou une structure particulière sont sans pertinence »²⁵⁰.

Enfin, pour marquer le caractère intrinsèque de la clause BO à la nature des CDI, le Tribunal fédéral a, dans un arrêt de principe rendu en date du 5 mai 2015²⁵¹ concernant l'affaire du swaps sur rendement total (*total return swaps*) qui cristallisait une demande de remboursement de la retenue à la source des dividendes conformément à la CDI entre la Suisse et le Danemark²⁵², estimé que l'exigence de la qualité de bénéficiaire effectif était « implicite dans les conventions de double imposition et ne nécessitait pas de référence expresse »²⁵³. Selon les Juges fédéraux, cette solution vise à limiter l'abus de CDI, dans la mesure où seul le bénéficiaire effectif peut se prévaloir des avantages de la convention²⁵⁴. Somme toute, ils ont estimé que l'argumentaire privilégié correspond à la conception qui prévalait d'ailleurs dans les Etats signataires de la CDI concernée²⁵⁵, c'est-à-dire avant 1977²⁵⁶.

²⁴²ATF 141 II 447 consid. 5.2.1

²⁴³DE BROE/VON FRENCKELL, *Bénéficiaire effectif*, p.258

²⁴⁴DANON, *Concept de bénéficiaire effectif*, p.43.

²⁴⁵Dans le même sens, ATAF 2C_383/2013 du 2 octobre 2015 consid. 4.1

²⁴⁶ATF 141 II 447 consid. 5.2.1

²⁴⁷ATF 141 II 447 consid. 4.3.2

²⁴⁸ATF 141 II 447 consid. 5.2.1

²⁴⁹DANON/SALOMÉ, *Multilateral Instrument*, p.215. Dans le même sens, DANON, *Treaty abuse*, p.33

²⁵⁰Traduction libre de l'auteur. Le texte original correspondant est : « *Under this case law beneficial ownership ought to be construed in an objective fashion and, therefore, does not incorporate any subjective element. It consequently follows that the intention and motives that have led the taxpayer to select a particular arrangement or structure are irrelevant.* »

²⁵¹ATAF 2C_364/2012 et 2C_377/2012 du 5 mai 2015. Pour un résumé des faits de cette affaire, voy. notamment WEIDMANN, *Beneficial Ownership*, p.229 ss.

²⁵²Convention entre la Confédération suisse et le Royaume du Danemark en vue d'éviter les doubles impositions en matière d'impôts sur le revenu et sur la fortune, Conclue le 23 novembre 1973 (RO 1974 1720).

²⁵³ATAF 2C_364/2012 et 2C_377/2012 du 5 mai 2015 consid. 4. La doctrine abonde également dans ce sens. Voy. DE BROE/VON FRENCKELL, *Bénéficiaire effectif*, p.260 s et références citées ; DANON, *Concept de bénéficiaire effectif*, p.40.

²⁵⁴ATAF 2C_364/2012 et 2C_377/2012 du 5 mai 2015 consid. 4.2 et références.

²⁵⁵ATAF 2C_364/2012 et 2C_377/2012 du 5 mai 2015 consid. 4.4

²⁵⁶Il convient d'indiquer qu'il n'existe pas un consensus au sein de la doctrine internationale, pour reconnaître que les CDI conclues avant 1977 contiennent implicitement une clause du bénéficiaire effectif primordiale à l'obtention du remboursement de la retenue à la source sur les dividendes, pour autant que lesdites CDI ne contiennent pas explicitement le terme même de bénéficiaire effectif. Voy. DE BROE/VON FRENCKELL, *Bénéficiaire effectif*, p.260 ss

2.3. La règle PPT : Sens et portée selon l'Instrument multilatéral

2.3.1. Contenu de la clause en droit de l'OCDE

- 110 D'entrée de jeu, il convient de faire remarquer que la règle PPT est loin d'être une invention du droit de l'OCDE. En effet, considérée comme un « test de bonne foi », cette clause constituait déjà le troisième et dernier test de l'article 16 du Modèle de convention US de décembre 1981²⁵⁷. Selon GANI²⁵⁸, cette clause —existante dans toute CDI signée par les États-Unis— permet de bénéficier de la CDI en démontrant que la conquête des avantages conventionnels n'était pas l'objectif principal de création d'une société, en prouvant notamment que cette dernière mène des opérations commerciales dans la juridiction de résidence. De ce fait, la clause a pour conséquence que les avantages fiscaux liés à la CDI peuvent être refusés si l'on déduit raisonnablement que l'obtention de l'avantage constitue l'un des objectifs principaux de la structure ou de la transaction mise en œuvre par le contribuable. L'avantage est toutefois octroyé s'il est compatible avec l'objectif de la disposition concernée.
- 111 En droit de l'OCDE, certes quelques racines de la règle PPT avait déjà germé antérieurement sous forme d'un « principe directeur »²⁵⁹ repris dans les Commentaires des Modèles de Convention OCDE de 2003 et 2014²⁶⁰, mais c'est l'Action 6 du Plan BEPS ainsi que l'Instrument multilatéral qui ont eu le privilège d'avoir formellement codifié ladite clause, en consacrant qu'un avantage prévu par une CDI, à accorder à un contribuable au titre de revenu ou de fortune, peut être refusé pour autant que les faits et circonstances intrinsèques à l'opération (ou transaction, ou encore situation) concernée, prouvent que la recherche de cet avantage était le seul mobile ou l'un des mobiles principaux de cette opération (transaction ou situation) qui a, à cet effet, permis de décrocher l'avantage directement ou indirectement²⁶¹, sauf s'il est raisonnable de conclure que l'octroi de l'avantage concerné est consubstantiel à l'objet et au but des dispositions de la CDI concernée, en dehors même de la transaction ou de tout montage²⁶².
- 112 Cette règle PPT constitue une clause générale anti-abus (« GAAR ») fondée sur l'objet principal des montages ou transactions, que toute juridiction fiscale ayant souscrit au MC-OCDE est tenue d'appliquer indépendamment de la position de l'autre juridiction cocontractante, en vue de prévenir l'utilisation abusive de la CDI²⁶³. Elle apparaît comme une codification du concept de « *fraus conventionnis* » qui est un bouclier contre toute forme de fraude visant l'usage inapproprié des traités internationaux dans l'unique objectif de bénéficier des avantages inhérents²⁶⁴.
- 113 De manière générale, l'insertion de clauses anti-abus dans une CDI présente l'avantage que les juridictions fiscales contractantes s'accordent sur les conditions qui doivent être remplies pour que

²⁵⁷Modèle de convention US du 23 décembre 1981 a servi de repère à la conclusion des CDI signées entre les États-Unis et les autres États, jusqu'à la publication d'un nouveau Modèle de convention US de 1996. C'est sous la vigueur de ce dernier, soit en date du 2 octobre 1996, qu'une nouvelle CDI sera signée entre la Confédération suisse et les USA, abrogeant celle de 1951.

²⁵⁸GANI, *Limitation des bénéfices*, p.166

²⁵⁹Nous faisons ici allusion au « principe directeur » qui a été introduit en 2003 dans les Commentaires du MC-OCDE afin de s'attaquer aux abus de traité, et reconduit dans la mise à jour de 2014, en ces termes : « *Toutefois, il est important de noter qu'on ne doit pas présumer à la légère qu'un contribuable recourt au type de transactions abusives évoquées 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* ». Cf. Commentaires du MC-OCDE 2014, Article 1 (paragraphe 9.5). Voy. aussi CHAND, *Guiding Principle*, p.485 ; MORENO, *GAARs and Treaties*, p.435 ; PALMITESSA, *Principal Purpose Test*, p.59.

²⁶⁰Pour quelques détails dans ce sens, Voy. DANON, *Treaty abuse*, p.36 ss.

²⁶¹Voy. Article 7, paragraphe 1^{er}, de l'Instrument multilatéral.

²⁶²Voy. Article 7, paragraphe 4, de l'Instrument multilatéral.

²⁶³MORENO, *GAARs and Treaties*, p.432 ss.

²⁶⁴KOK, *Tax treaties*, p.407 et références citées. En effet, selon cet auteur, le principe de la « *fraus conventionnis* » est mieux connu dans la « Dutch professional tax literature » en ces termes : « *Acting in fraudem conventionis in tax law, is when a taxpayer uses a scheme/transaction with the sole, of or at least, essential purpose to obtain the desired tax consequences on the basis of the relevant tax treaty, whilst that scheme/transaction defeats the object and purpose of the treaty* ».

les avantages tirés de la CDI puissent être refusés. À l'absence d'une telle clause, chacune des deux juridictions fiscales contractantes pourrait définir elle-même la notion d'abus dans son droit positif interne, avec pour effet de décider unilatéralement de l'existence ou non d'un abus dans des cas de figure et d'accorder ou refuser l'accès aux avantages prétendus par un contribuable au titre de la CDI. Cela engendrerait une certaine insécurité juridique pour les contribuables. Dès lors, l'intégration explicite d'une règle PPT dans une CDI permettra d'éviter ce genre de situation préjudiciable²⁶⁵.

Toute chose restant égale par ailleurs, l'Instrument multilatéral stipule qu'une juridiction contractante peut —en parfaite communion avec l'autre juridiction— se « réserver »²⁶⁶ d'appliquer une règle PPT prévue par ladite CDI (et conformément à l'Instrument multilatéral), si elle a l'intention d'adopter, dans son droit positif interne, une règle LOB détaillée, complétée par des mécanismes visant les sociétés-relais ou par une règle PPT et de satisfaire ainsi aux exigences du standard minimum de l'OCDE en matière de prévention contre l'utilisation abusive des CDI²⁶⁷. Il en est de même d'une juridiction dont les CDI antérieures à l'Instrument multilatéral contiennent déjà des dispositions cristallisant une règle PPT^{268/269}. Dans cette dernière occurrence, la juridiction concernée est tenue de signaler au Dépositaire la liste des CDI ainsi que leurs dispositions respectives qui prévoient une règle PPT et ce, avec autant de précisions possibles (numéros de l'article et du paragraphe de chaque disposition concernée)²⁷⁰. Si la juridiction n'a pas voulu formuler cette réserve, elle doit néanmoins fournir au Dépositaire la liste des CDI ainsi que les dispositions y afférentes censées être remplacées par la règle PPT dictée par l'Instrument multilatéral²⁷¹. Lorsque, en revanche, toutes les juridictions contractantes ont formulé une telle notification à l'égard d'une disposition de la CDI, ladite disposition est remplacée automatiquement par la règle PPT dictée par l'Instrument multilatéral²⁷². Dans les autres cas, c'est-à-dire lorsqu'aucune des juridictions contractantes n'a formulé une telle notification, la règle PPT prévaudra sur les dispositions de la CDI qui lui sont incompatibles²⁷³.

Au reste, la règle PPT est la seule option en mesure de satisfaire, par elle-même, à la norme minimale de l'OCDE en matière de lutte contre l'abus des CDI²⁷⁴, mais les juridictions contractantes peuvent décider de la compléter par l'adoption d'une règle LOB sous sa forme simplifiée²⁷⁵.

2.3.2. Excursus : La règle PPT en droit de l'UE

A l'échelle européenne, la Directive 2003/49/CE prérappelée avait déjà introduit une clause générale anti-abus de type PPT, en stipulant que « les États membres peuvent, dans le cas d'opérations dont l'objectif principal ou l'un des objectifs principaux est la fraude ou l'évasion fiscales ou les abus, retirer le bénéfice de la présente directive ou refuser d'appliquer celle-ci »²⁷⁶. Après près de huit ans,

²⁶⁵DFP, *Rapport Convention multilatérale*, p.13

²⁶⁶Il y a lieu de préciser qu'en droit des traités, une réserve (*opt-out*) est « une déclaration unilatérale, quel que soit son libellé ou sa désignation, faite par un Etat quand il signe, ratifie, accepte ou approuve un traité ou y adhère, par laquelle il vise à exclure ou à modifier l'effet juridique de certaines dispositions du traité dans leur application à cet Etat ». Cf. Article 2, paragraphe 1 d) de la Convention de Vienne de 1969 sur le droit des traités.

²⁶⁷Voy. Article 7, paragraphe 15 a), de l'Instrument multilatéral.

²⁶⁸Voy. Article 7, paragraphe 15 b), de l'Instrument multilatéral. Pour un exemple typique d'une juridiction dont les CDI antérieures à l'Instrument multilatéral prévoient des dispositions qui mettent en relief la LOB générale, nous pouvons citer le cas des États-Unis. En effet, les CDI signées par cette juridiction avec ses partenaires contiennent déjà systématiquement des dispositions qui refusent d'accorder tous les avantages qui seraient par ailleurs accordés par une CDI si l'objet principal ou l'un des objets principaux d'un montage ou d'une transaction, ou de toute personne concernée par un montage ou une transaction, est d'obtenir ces avantages.

²⁶⁹Il y a lieu de faire remarquer que les règles PPT existantes qui utilisent des termes similaires, tels que « objectif principal » « but principal » ou « objet essentiel », sont également visées par l'expression « objets principaux » utilisée dans l'Instrument multilatéral. Elles varient dans leurs termes selon qu'elles couvrent tous les avantages de la Convention fiscale couverte ou seulement les avantages au titre d'articles spécifiques comme les dividendes, intérêts, redevances, revenu d'emploi, autres revenus, et à l'élimination de la double imposition. Cf. Note explicative Instrument multilatéral, p.26 N.94.

²⁷⁰Voy. Article 28, paragraphe 8, de l'Instrument multilatéral.

²⁷¹Voy. Article 7, paragraphe 17 a), de l'Instrument multilatéral (première phrase).

²⁷²Voy. Article 7, paragraphe 17 a), de l'Instrument multilatéral (deuxième phrase).

²⁷³Voy. Article 7, paragraphe 17 a), de l'Instrument multilatéral (troisième phrase).

²⁷⁴Note explicative Instrument multilatéral, p.25 N.90 (première phrase).

²⁷⁵Voy. Article 7, paragraphe 6, de l'Instrument multilatéral.

²⁷⁶Article 5, paragraphe 2, de la Directive 2003/49/CE.

soit en 2011, la Directive 2011/96/UE du Conseil du 30 novembre 2011²⁷⁷ ayant notamment pour objectif d'exonérer de retenue à la source les dividendes et autres bénéfices distribués par des filiales à leur société mère, et d'éliminer la double imposition de ces revenus au niveau de la société mère²⁷⁸, a clarifié cette règle PPT en ces termes :

- 117 « Les États membres n'accordent pas les avantages de la présente directive à un montage ou à une série de montages qui, ayant été mis en place pour obtenir, à titre d'objectif principal ou au titre d'un des objectifs principaux, un avantage fiscal allant à l'encontre de l'objet ou de la finalité de la présente directive, n'est pas authentique compte tenu de l'ensemble des faits et circonstances pertinents. Un montage peut comprendre plusieurs étapes ou parties »²⁷⁹.
« Aux fins du paragraphe 2, un montage ou une série de montages est considéré comme non authentique dans la mesure où ce montage ou cette série de montages n'est pas mis en place pour des motifs commerciaux valables qui reflètent la réalité économique »²⁸⁰.
- 118 Dans sa Recommandation du 28 janvier 2016²⁸¹, la Commission européenne affirmait notamment accorder son soutien sans faille aux efforts déployés par l'OCDE pour lutter contre l'utilisation abusive des CDI²⁸². S'inscrivant ainsi dans la continuité des travaux de l'OCDE, en particulier le Plan d'Action 6 déjà citée, la Commission encourageait vivement tous les États membres de l'UE qui signeraient par la suite des CDI sur base du MC-OCDE, d'y insérer une clause anti-abus générale fondée sur le critère de l'objet principal conformément à la clause type fournie dans le modèle de convention fiscale de l'OCDE. La formule proposée à cet effet est la suivante :
- 119 «Nonobstant les autres dispositions de la présente convention, un avantage au titre de celle-ci ne sera pas accordé au titre d'un élément de revenu ou de capital si l'on peut raisonnablement conclure, compte tenu de l'ensemble des faits et circonstances propres à la situation, que l'octroi de cet avantage était un des objets principaux d'un montage ou d'une transaction ayant permis, directement ou indirectement, de l'obtenir, à moins qu'il soit établi que ce montage ou cette transaction correspond à une activité économique authentique ou que l'octroi de cet avantage dans ces circonstances serait conforme à l'objet et au but des dispositions pertinentes de la présente convention»²⁸³.
- 120 Dans la même veine, la recommandation ainsi formulée a été formellement codifiée, quelques mois après, dans la Directive (UE) 2016/1164 du Conseil du 12 juillet 2016²⁸⁴. En effet, l'article 6 de cette Directive, intitulé « clause anti-abus générale », stipule :
- 121 « 1. Aux fins du calcul de la charge fiscale des sociétés, les États membres ne prennent pas en compte un montage ou une série de montages qui, ayant été mis en place pour obtenir, à titre d'objectif principal ou au titre d'un des objectifs principaux, un avantage fiscal allant à l'encontre de l'objet ou de la finalité du droit fiscal applicable, ne sont pas authentiques compte tenu de l'ensemble des faits et circonstances pertinents. Un montage peut comprendre plusieurs étapes ou parties.
2. Aux fins du paragraphe 1, un montage ou une série de montages est considéré comme non authentique dans la mesure où ce montage ou cette série de montages n'est pas mis en place pour des motifs commerciaux valables qui reflètent la réalité économique.
3. Lorsqu'un montage ou une série de montages n'est pas pris en compte conformément au paragraphe 1, la charge fiscale est calculée conformément au droit national. »
- 122 Au regard de cet élan communautaire, il apparaît indéniable que la lutte contre les abus des CDI est assez préoccupante au sein de l'UE. Il découle de ces dispositions conventionnelles européennes (Directive 2011/96/UE et Directive (UE) 2016/1164), que la contenance de la règle PPT requiert la réunion de quatre éléments principaux, à savoir : (i) un montage ou une série de montages ; (ii) un objectif principal ou des objectifs principaux d'obtention d'au moins un avantage fiscal ; (iii) une

²⁷⁷Directive 2011/96/UE du Conseil du 30 novembre 2011 concernant le régime fiscal commun applicable aux sociétés mères et filiales d'États membres différents (refonte), telle que modifiée et complétée par la Directive (UE) 2015/121 du Conseil du 27 janvier 2015.

²⁷⁸Voy. Préambule de la Directive (UE) 2015/121, point 3.

²⁷⁹Article 1, paragraphe 2, de la Directive 2011/96/UE telle que modifiée et complétée par la Directive (UE) 2015/121

²⁸⁰Article 1, paragraphe 3, de la Directive 2011/96/UE telle que modifiée et complétée par la Directive (UE) 2015/121

²⁸¹Recommandation (UE) 2016/136 de la Commission du 28 janvier 2016 concernant la mise en œuvre de mesures contre l'utilisation abusive des conventions fiscales [notifiée sous le numéro C(2016) 271].

²⁸²Dans la même veine, voy. WEBER, *Anti-Abuse Rule*, p.108.

²⁸³Recommandation (UE) 2016/136, Point 2 intitulé « Clause anti-abus générale fondée sur le critère de l'objet principal ».

²⁸⁴Directive (UE) 2016/1164 du Conseil du 12 juillet 2016 établissant des règles pour lutter contre les pratiques d'évasion fiscale qui ont une incidence directe sur le fonctionnement du marché intérieur.

orientation de cet (s) objectif(s) à l'encontre de l'objet ou la finalité de la directive ; et (iv) la non authenticité de cet (ces) objectif(s). Par ailleurs, cette notion de l'authenticité est précisée en rapport avec le concept de commercialité ou de la réalité économique, à savoir la nécessité de passer outre les seules réalités juridiques apparentes des opérations ou transactions, pour s'intéresser également à leur contenu économique ou substantiel (*substance over form*)²⁸⁵.

Par ailleurs, nous sommes en droit de nous questionner si, avec l'introduction d'une règle PPT en droit de l'UE, la clause BO ne serait pas devenue superflue. Ce n'est pas du tout le cas, dans la mesure où les deux clauses ne s'interfèrent pas négativement et sont plutôt complémentaires. En effet, la règle PPT vise toutes les situations abusives en général (montages artificiels), alors que la clause BO concerne spécifiquement les flux des fonds (revenu, redevance, intérêt, gain en capital). 123

2.3.3. Position de la Suisse face à la règle PPT

Dans cette mouvance complexe de dispositifs anti-abus des CDI, la Suisse a carrément opté pour l'implémentation de la règle PPT dans ses CDI, pour autant que cet idéal soit également partagé par ses partenaires conventionnels. Déjà le 7 juin 2017 —date de la signature originelle de l'Instrument multilatéral— la Suisse avait, dans un document intitulé « Statut de la liste de réserves et des notifications au moment de la signature »²⁸⁶, estimé que sept²⁸⁷ sur les quatorze²⁸⁸ CDI présentées pour être modifiées sur pied de l'Instrument multilatéral, contenaient déjà des dispositions PPT, mais qu'elle se réservait d'user de l'exception prévue à l'article 7 paragraphe 15 b) de l'Instrument multilatéral. Dès lors, les sept CDI concernées ont été fournies au Dépositaire avec tous les détails y afférents (numéro de la Convention couverte, autre Juridiction contractante, et disposition) afin que la règle PPT puisse être substituée aux dispositions préexistantes²⁸⁹. 124

A ce sujet, il y a lieu d'indiquer que l'Inde et l'Islande n'ont cependant fait aucune notification correspondante auprès du Dépositaire. Etant donné que l'Instrument multilatéral ne modifie une CDI que si toutes les juridictions qui en sont parties l'identifient dans leur liste comme étant une CDI qu'elles souhaitent être couverte par l'Instrument multilatéral²⁹⁰, les deux CDI signées par la Suisse avec ces deux juridictions garderont leurs anciennes formulations de la règle PPT. En outre, la règle PPT « renouvelée » s'appliquera à la place des règles correspondantes des CDI signées entre la Suisse avec respectivement le Chili, l'Italie, le Liechtenstein, le Portugal et la République Tchèque ainsi que —en l'absence d'une telle règle— dans les CDI signées entre la Suisse avec respectivement l'Afrique du Sud, l'Argentine, l'Autriche, la Lituanie, le Luxembourg, la Pologne et la Turquie. Toutefois, il y a lieu de faire remarquer qu'en ce qui concerne l'Inde et l'Islande, en plus de règles anti-abus existantes, la règle PPT sera une source supplémentaire d'incertitude et peut déclencher des problèmes délicats d'interprétation²⁹¹. 125

Au reste, par un Arrêté du 11 septembre 2015, le Conseil fédéral avait chargé le Département Fédéral des Finances de préparer un projet pour l'insertion d'une clause anti-abus générale de type PPT dans le cadre des négociations en vue de la conclusion ou de la révision de toute CDI. Cette règle PPT est certes nouvelle dans les CDI suisses de par sa formulation, néanmoins elle se rapproche fondamentalement des clauses anti-abus que la Suisse a conclues ces dernières années dans bon nombre de ses CDI, à la différence notable qu'elle n'est pas limitée aux différents types de revenus, 126

²⁸⁵D'ailleurs, le préambule de la Directive (UE) 2015/121 précitée portant amendement de la Directive 2011/96/UE également précitée, est assez éloquent lorsqu'il stipule à son point 6, que « l'application des règles anti-abus devrait être proportionnée et avoir pour objectif spécifique de lutter contre un montage ou une **série de montages non authentique, c'est-à-dire qui ne reflète pas la réalité économique** »[Mise en gras de l'auteur].

²⁸⁶Également disponible en ligne : <https://www.news.admin.ch/news/message/attachments/48551.pdf> (consulté le 16 février 2018).

²⁸⁷Signées en l'occurrence avec : Chili ; Inde ; Islande ; Italie ; Liechtenstein ; Portugal ; et Tchèque (République).

²⁸⁸Signées en l'occurrence avec : Afrique du Sud ; Argentine ; Autriche ; Chili ; Inde ; Islande ; Liechtenstein ; Lituanie ; Luxembourg ; Pologne ; Portugal ; Tchèque (République) ; et Turquie.

²⁸⁹Dans ce sens, DFF, *Rapport Convention multilatérale*, p.14

²⁹⁰Note explicative Instrument multilatéral, p.10 N26 ; SAINT-AMANS/DI MARIA, *Cadre multilatéral*, p.283.

²⁹¹Voy. DFF, *Rapport Convention multilatérale*, p.14 ; DANON/SALOMÉ, *Multilateral Instrument*, p.224 Note de bas de page 284.

tels que les dividendes, les intérêts et les redevances, mais qu'elle s'applique à toutes les dispositions de la CDI, avec pour conséquence que tout avantage tiré de celle-ci est soumis à la réserve concernant l'usage abusif²⁹².

2.4. La clause de limitation des avantages

2.4.1. Contenu de la clause en droit de l'OCDE

- 127 L'Instrument multilatéral prévoit²⁹³, en dehors de la règle générale anti-abus PPT, une autre règle anti-abus spécifique, à savoir la règle de limitation des avantages (« *Limitation-On-Benefit rule* », ci-après « clause LOB »), grâce à laquelle les États peuvent faire échec à certains abus des CDI.
- 128 La clause LOB consiste à limiter les avantages d'une CDI au titre d'éléments du revenu ou de la fortune, sur pied de certaines conditions spécifiquement fixées au sein même de la CDI²⁹⁴. Ces conditions sont liées notamment à la définition de la qualité de « personne » et de « résident » admissibles aux avantages de la CDI, à la possibilité de demande d'un ajustement fiscal dans une juridiction contractante corrélativement à un redressement fiscal dans l'autre juridiction cocontractante²⁹⁵, et à l'exercice effectif d'une activité d'entreprise dans une juridiction contractante (et si le revenu émane de cette activité ou s'il en constitue un élément accessoire)²⁹⁶.
- 129 La clause LOB est d'origine américaine²⁹⁷, où la lutte contre les abus des CDI s'est « manifestée relativement tôt et sous des formes multiples »²⁹⁸ ; ce qui justifie la présence de cette clause dans quasiment toutes les versions successives du Modèle de convention US²⁹⁹. A titre illustratif, l'article 22, paragraphe 1, du Modèle de convention US du 15 novembre 2006 prévoit qu'« un résident d'un État contractant n'a pas droit aux avantages du Modèle de convention accordés par ailleurs aux résidents d'un État contractant, à moins qu'il ne s'agisse d'une personne qualifiée à recevoir lesdits avantages, au sens même du Modèle de convention »^{300/301}. Dans la même veine, les autres paragraphes de l'article 22 sus visé, fixent les critères qui permettent de déterminer dans quelle mesure un résident pourrait être considéré comme une « personne qualifiée ».
- 130 Lorsqu'on lit méticuleusement la clause LOB du Modèle de convention US, on réalise aisément que la formule proposée par le Plan BEPS de l'OCDE est quasiment similaire à celle-là³⁰². On est ainsi en face d'une reprise par l'OCDE des acquis éprouvés dans le cadre des CDI du globe conclues sous le modèle américain. A notre avis, c'est en quelque sorte une reconnaissance de l'efficacité du système fiscal américain. Peut-être que les jours futurs permettront de révéler, dans le cadre des travaux de l'OCDE, des références à d'autres systèmes fiscaux très efficaces dans le monde.

²⁹²Cf. DFF, *Rapport Convention multilatérale*, p.7 ss

²⁹³ En effet, les paragraphes 8 à 13 de l'article 7 de cette Convention multilatérale contenant une clause LOB simplifiée, ont été inspirés des paragraphes 1 à 6 de l'article X (Droit aux avantages) du Modèle de convention fiscale de l'OCDE qui figurent au paragraphe 25 (page 22) du rapport sur l'Action 6 et finalisée dans le cadre des travaux de suivi réalisés par le Groupe de travail n° 1 du Comité des Affaires Fiscales de l'OCDE sur les conventions fiscales et les questions connexes (GT1). Cf. Note explicative Instrument multilatéral, p.28 N.104

²⁹⁴Voy. Article 7, paragraphe 8, de l'Instrument multilatéral. Pour d'autres détails, voy. KUŹNIACKI, *Limitation on Benefits*, p.71.

²⁹⁵Voy. Article 7, paragraphes 8 et 9, de l'Instrument multilatéral.

²⁹⁶Voy. Article 7, paragraphes 10, de l'Instrument multilatéral. Ce paragraphe précise que l'expression « exercice effectif d'une activité d'entreprise » ne comprend pas les activités suivantes ou l'exercice combiné de telles activités : i) société holding ; ii) supervision ou administration générale d'un groupe d'entreprises ; iii) activité de financement de groupe (y compris la gestion centralisée de trésorerie) ; ou iv) réalisation ou gestion d'investissements, sauf si ces activités sont exercées par une banque, une compagnie d'assurance ou un opérateur sur titres agréé dans le cadre ordinaire de son activité.

²⁹⁷BERTHET, *Paradis fiscaux*, p.161 N354 ; CHAND, *Guiding Principle*, p.485 ; DE BROE/ LUTS, *Tax Treaty Abuse*, p.128 N.15.

²⁹⁸GANI, *Limitation des bénéfices*, p.109. Dans le même sens, KUŹNIACKI, *Limitation on Benefits*, p.68.

²⁹⁹REILINGH, *Droit fiscal international*, p.78 N.226 ; OBERSON, *Droit fiscal international*, p.248 N.801

³⁰⁰Traduction libre de l'auteur, le texte original correspondant est le suivant : « *Except as otherwise provided in this Article, a resident of a Contracting State shall not be entitled to the benefits of this Convention otherwise accorded to residents of a Contracting State unless such resident is a "qualified person" as defined in paragraph 2.* »

³⁰¹Cette clause a également été reprise comme telle dans la CDI entre la Confédération Suisse et les États-Unis d'Amérique signée en date du 2 octobre 1996.

³⁰²Du même avis, VEGA, *Limitation on benefits*, p.88

Par ailleurs, alors que le Rapport final 2015 de l'Action 6 du Plan BEPS a prévu la possibilité de deux règles LOB, l'une simplifiée et l'autre détaillée³⁰³, l'Instrument multilatéral ne s'est borné qu'à la détermination ou définition de la clause LOB simplifiée, laissant aux juridictions la possibilité de fixer, dans un cadre bilatéral ou multilatéral, les règles LOB détaillées qui tiennent compte des considérations internes respectives à chaque partie. 131

Il convient de relever qu'une clause LOB simplifiée est facultative³⁰⁴. Une juridiction contractante peut —en harmonie avec l'autre juridiction cocontractante— se réserver de l'appliquer, si la CDI contient déjà des dispositions qui cristallisent une règle PPT³⁰⁵. Dans la même veine, une juridiction contractante peut, par réciprocité, ne pas appliquer une clause LOB simplifiée contenue dans la CDI, si l'autre juridiction cocontractante s'est déjà réservée de l'appliquer³⁰⁶. A ce propos, DANON/SALOMÉ³⁰⁷ font remarquer que « si l'une des parties décide de ne pas appliquer la LOB simplifiée, mécaniquement l'autre partie ne pourrait pas du tout l'appliquer à son tour. Dans ce cas, seule la règle PPT sera d'application symétrique entre les parties »³⁰⁸. Tout compte fait, la clause LOB simplifiée n'est pas obligatoire au sein d'une CDI. Malgré son incorporation dans cette dernière, une juridiction contractante peut s'en passer et ne s'en tenir qu'à la norme minimale qu'est la règle PPT. Un accord entre les parties est donc nécessaire pour donner lieu à l'application d'une clause LOB simplifiée. Et si donc cet accord est trouvé, les parties sont tenues de notifier, au Dépositaire de l'Instrument multilatéral, la CDI concernée ainsi que les détails y relatifs³⁰⁹. 132

Au reste, fondamentalement, la clause LOB et la règle PPT sont complémentaires dans la prévention des abus des CDI, dans la mesure où la première étant basée sur des « critères objectifs »³¹⁰ ne peut appréhender d'autres formes d'usage abusif, notamment les situations de *treaty shopping* (comme certains mécanismes de financement par des sociétés relais)³¹¹, que seule la seconde (règle PPT) peut mieux circonscrire³¹². En d'autres termes, la clause LOB prévoit des critères objectifs pour limiter le chalandage fiscal (par exemple l'actionnariat, la structure juridique) tandis que la règle PPT porte sur des critères plus subjectifs (but essentiel de l'opération ou de la transaction)³¹³. Ces deux clauses apparaissent comme complémentaires, la règle PPT étant plus générale et permettant de prévenir des situations abusives non prises en compte par une clause LOB³¹⁴. 133

³⁰³OCDE, *BEPS Action 6*, p.21 N.22

³⁰⁴Note explicative Instrument multilatéral, p.27 N.100 (deuxième phrase).

³⁰⁵Voy. Article 7, paragraphe 15 c), de l'Instrument multilatéral.

³⁰⁶Voy. Article 7, paragraphe 16, de l'Instrument multilatéral.

³⁰⁷DANON/SALOMÉ, *Multilateral Instrument*, p.224. Dans le même sens, Voy. Note explicative Instrument multilatéral, p.27 N.101

³⁰⁸Traduction libre de l'auteur. Le texte original correspond est : « *First of all, states may opt for the COP rule combined in addition with a simplified LOB clause. As a general rule, the principle of symmetry however applies. accordingly, where one party chooses to apply the simplified LOB and the other does not, the simplified LOB would generally not apply, and by default, the COP rule would apply between the parties* ».

³⁰⁹Voy. Article 7, paragraphe 17 e), de l'Instrument multilatéral ; Note explicative Instrument multilatéral, p.33 N.117

³¹⁰Dès lors qu'un résident d'un Etat satisfait à l'un des tests, il peut bénéficier des avantages conventionnels, indépendamment des motifs qu'il poursuit. Dans ce sens, DELFOSSE, *Instrument multilatéral*, p.30 N.84 et références citées.

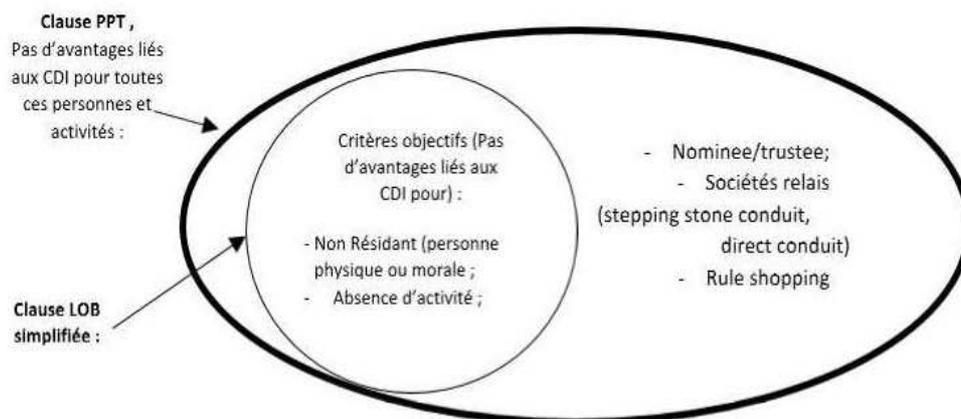
³¹¹Pour la compréhension de ce type d'abus des CDI, nous renvoyons à la section 1.3.3.

³¹²Voy. OCDE, *BEPS Action 6*, p.20. Dans ce sens, DANON/SALOMÉ, *Multilateral Instrument*, p.224

³¹³Voy. PALMITESSA, *Principal Purpose Test*, p.59.

³¹⁴Dans ce sens, voy. également DE BROE/ LUTS, *Tax Treaty Abuse*, p.127 N.13 ; CHAND, *Interaction*, p.118 N9.

Figure 1 : Règle PPT et clause LOB simplifiée



2.4.2. Position de la Suisse face à la clause LOB

- 134 L'implémentation d'une clause LOB dans une CDI est, en général, assez complexe, et beaucoup de juridictions fiscales n'auront pas assez de moyens pour y procéder ; ce qui, du coup, fait conjecturer que seule une petite poignée de juridictions fiscales pourront finalement l'implémenter dans leurs CDI, alors que la majorité est favorable à une règle PPT³¹⁵.
- 135 C'est dans cette optique que la Suisse a clairement opté pour cette dernière et contre la clause LOB, tant dans sa forme détaillée que dans sa forme simplifiée. Selon le Département Fédéral des Finances, les raisons de ce choix portent notamment sur le fait que, certes le point positif d'une clause LOB résiderait dans le fait qu'elle se fonde sur des contrôles objectifs et trace ainsi une ligne de démarcation claire entre l'utilisation inappropriée des CDI et le comportement protégé, mais un regard méticuleux permet de conclure que cette ligne de démarcation n'est pas aussi si précise et laisse une marge d'appréciation, notamment au moment de l'application du contrôle de l'exercice effectif d'une activité commerciale. Par ailleurs, la clause LOB ne s'appuie pas exclusivement sur des contrôles objectifs, mais comprend, avec le contrôle discrétionnaire, un contrôle contenant des éléments purement subjectifs. Au reste, elle porte en elle le germe d'un risque lié au caractère très sévère des contrôles, avec pour conséquence le refus injuste des avantages d'une CDI aux situations qui, au tréfonds, ne seraient pas des véhicules d'abus conventionnels³¹⁶.

3. Approche détaillée de la règle PPT du Plan BEPS de l'OCDE/G20 : Théorie, illustrations pratiques et perspectives en droit conventionnel suisse

3.1. Portée et contexture générales de la règle PPT

3.1.1. Enoncé sommaire de la règle

- 136 Nous avons vu précédemment³¹⁷ que l'OCDE a proposé aux États contractants d'une CDI d'inclure dans celle-ci une règle PPT en tant que règle générale anti-abus qui permettrait d'intercepter tout type d'abus conventionnels, notamment ceux qui se produisent par le truchement d'arrangements financiers échappant systématiquement aux clauses anti-abus spéciales. Cette règle PPT, qui a été

³¹⁵DANON/SCHELLING, *Post-BEPS world*, p.205 et références citées.

³¹⁶DFP, *Rapport Convention multilatérale*, p.13 s

³¹⁷Voy. section 2.3.1.

formalisée à l'article 7 (paragraphe 1) de l'Instrument multilatéral ainsi que l'article 29 (paragraphe 9) du MC-OCDE (mis à jour en 2017), est exactement libellée en ces termes :

« Nonobstant toute disposition d'une Convention fiscale couverte, un avantage au titre de la Convention fiscale couverte ne sera pas accordé au titre d'un élément de revenu ou de fortune s'il est raisonnable de conclure, compte tenu de l'ensemble des faits et circonstances propres à la situation, que l'octroi de cet avantage était l'un des objets principaux d'un montage ou d'une transaction ayant permis, directement ou indirectement, de l'obtenir, à moins qu'il soit établi que l'octroi de cet avantage dans ces circonstances serait conforme à l'objet et au but des dispositions pertinentes de cette Convention fiscale couverte. » **137**

Fondamentalement, la règle PPT vise à garantir que les CDI soient appliquées conformément à l'objectif poursuivi lors de leur conclusion —à savoir octroyer des avantages au titre d'échanges de biens et de services et de mouvements de capitaux et de personnes effectués de bonne foi— et non grâce à des montages ayant pour objet principal d'obtenir un traitement fiscal plus favorable³¹⁸. Elle vise ainsi à refuser l'octroi des avantages des CDI en présence de structures dont l'existence entraîne généralement l'octroi indirect des avantages d'une CDI à des personnes qui n'y ont pas droit directement, tout en admettant qu'il est possible, dans certains cas, que des personnes non résidentes d'un État contractant peuvent créer une entité dans cet État pour des motifs commerciaux légitimes³¹⁹.

De manière articulée, il ressort du contenu de la stipulation sus déclamée, que les conditions ci-après doivent être réunies pour donner lieu à la mise en branle de la règle PPT : **139**

- (i) existence d'un montage ou transaction ;
- (ii) ayant permis directement ou indirectement l'octroi d'un avantage en vertu d'une CDI ;
- (iii) [cet arrangement ou transaction] a été mis en place avec pour au moins l'un des objectifs principaux d'obtenir cet avantage ; et
- (iv) il n'est pas établi que l'octroi de l'avantage correspond à l'objet et au but des dispositions pertinentes de la CDI.

Au regard de la contexture de la règle PPT ci-dessus, tout porte à croire que ces quatre conditions doivent être cumulativement remplies, de telle sorte que si au moins l'une d'elles ne serait pas en place, la règle ne pourrait pas s'appliquer. Dans les sections qui suivent, nous tenterons de creuser en détail la portée de chacune desdites conditions : **140**

3.1.2. « Existence d'un montage ou transaction »

Selon l'Action 6 du Plan BEPS ainsi que les Commentaires du MC-OCDE 2017, l'expression « montage ou transaction » doit être interprétée au sens large et désigne « tout accord, entente, mécanisme, transaction ou série de transactions, qu'ils aient ou non force exécutoire. Elle recouvre en particulier la création, l'attribution, l'acquisition ou le transfert du revenu lui-même ou de la propriété ou du droit au titre duquel le revenu est dû. Cette expression englobe également les montages relatifs à la constitution, à l'acquisition ou à la conservation d'une personne qui est à l'origine du revenu, y compris la qualification de cette personne comme résident d'un des États contractants, et recouvre les mesures que des personnes peuvent prendre elles-mêmes pour établir leur résidence »³²⁰. **141**

En vue d'étayer cette acception, l'exemple d'un montage est notamment celui des mesures prises pour s'assurer que les réunions du conseil d'administration d'une société aient lieu dans un pays différent afin de pouvoir faire valoir que la société a changé de résidence³²¹. **142**

³¹⁸OCDE, *BEPS Action 6*, p.61; Commentaires du MC-OCDE 2017, article 29, paragraphe 169.

³¹⁹OCDE, *BEPS Action 6*, p.24.

³²⁰OCDE, *BEPS Action 6*, p.62; Commentaires du MC-OCDE 2017, article 29, paragraphe 169.

³²¹*Ibidem*.

143 Tout compte fait, une transaction peut, soit intrinsèquement permettre d'obtenir un avantage, soit — associée à une série plus alambiquée de transactions— concourir à l'obtention d'un avantage³²².

3.1.3. « Ayant permis directement ou indirectement l'octroi d'un avantage en vertu d'une CDI »

144 Pour mieux appréhender le contenu de cette section, il est convenable de la disséquer en deux : d'une part, l'expression « **un avantage en vertu d'une CDI** » et, d'autre part, la formule « **ayant permis directement ou indirectement l'octroi** ».

145 En effet, le concept « avantage » fait référence à « toutes les formes de limitation (réduction, exonération, report ou remboursement d'impôt) de l'imposition appliquées à l'État de la source au titre des dispositions distributives de la CDI³²³, de la suppression de la double imposition³²⁴ et la protection assurée aux résidents et aux nationaux d'un État contractant³²⁵ ainsi que toute autre limitation similaire »³²⁶. Dans ce sens, il est reconnu au titre d'illustration d'avantage lié à la CDI, notamment les limitations des droits d'imposition d'une juridiction contractante sur les dividendes³²⁷, intérêts³²⁸ ou redevances³²⁹ provenant de cette juridiction et versés à un résident —qui est le bénéficiaire effectif— de l'autre juridiction. Il en est de même des limitations des droits d'imposition d'une juridiction contractante —en vertu de l'article 13— sur les gains provenant de l'aliénation, par un résident de l'autre juridiction, de biens mobiliers situés dans la première juridiction³³⁰.

146 Il convient de faire remarquer qu'il existe une controverse dans la doctrine sur la question de savoir si le terme « avantage » fait référence à l'imposition dans un État contractant ou à la charge fiscale globale dans les deux États contractants combinés. Selon DANON³³¹, « le terme "avantage" couvre exclusivement la réduction des impositions que l'État appliquant la CDI est tenu d'accepter en vertu de la règle distributive applicable —par exemple, une réduction de l'impôt à la source en cas de dividendes, d'intérêts et de redevances. [...] Il s'ensuit que la règle PPT ne peut être utilisée pour refuser un avantage découlant exclusivement du droit interne (par exemple, une exemption de participation) ou d'une autre CDI. De même, un impôt sur le revenu des sociétés moins élevé dans l'État de résidence n'est pas un avantage couvert aux fins de la règle PPT »³³². DE BROE/LUTS partagent également ce point de vue³³³.

147 Par ailleurs, en ce qui concerne la formule « ayant permis, directement ou indirectement, l'octroi... », elle sous-tend l'extension de la portée de la clause dans une acception très large³³⁴, de manière à appréhender toutes « les situations dans lesquelles la personne qui revendique l'octroi des avantages conférés par une convention fiscale peut le faire au titre d'une transaction qui n'est pas celle qui a été effectuée en ayant comme un de ses principaux objets l'obtention de cet avantage »³³⁵. A notre avis, cette formule a pour effet l'exigence d'un *nexus* ou lien de connexité et de causalité directe ou

³²²Ibidem.

³²³Telles que cristallisées par les articles 6 à 22 du MC-OCDE.

³²⁴Telle qu'envisagée par l'article 23 du MC-OCDE.

³²⁵Telle que prévue par l'article 24 du MC-OCDE.

³²⁶OCDE, *BEPS Action 6*, p.61 ; Commentaires du MC-OCDE 2017, article 29, paragraphe 175.

³²⁷Voy. Article 10 du MC-OCDE.

³²⁸Voy. Article 11 du MC-OCDE.

³²⁹Voy. Article 12 du MC-OCDE.

³³⁰OCDE, *BEPS Action 6*, p.61 ; Commentaires du MC-OCDE 2017, article 29, paragraphe 175.

³³¹DANON, *Treaty abuse*, p.43.

³³²Traduction libre de l'auteur, le texte original correspondant étant : « *the term "benefit" exclusively covers the reduction of domestic taxation that the state applying the tax treaty must accept under the applicable distributive rule (for example, a reduction of source taxation in the case of dividends, interest and royalties). [...] It consequently follows that the PPT may not be used to deny a benefit stemming exclusively from domestic law (for example, a participation exemption) or another tax treaty. Similarly, for these reasons, a lower domestic corporate income tax in the residence state is not a covered benefit for the purpose of the PPT rule.* ».

³³³DE BROE/ LUTS, *Tax Treaty Abuse*, p.131 N.25.

³³⁴Du même avis, DANON, *Treaty abuse*, p.43.

³³⁵OCDE, *BEPS Action 6*, p.61 ; Commentaires du MC-OCDE 2017, article 29, paragraphe 176.

indirecte entre le montage (ou transaction) mis en place par le contribuable et l'avantage octroyé ou recherché. En l'absence de ce *nexus*, l'élément matériel de la règle PPT ne serait pas réuni, avec pour conséquence l'octroi systématique au contribuable de l'avantage conventionnel recherché.

3.1.4. « Un des principaux objectifs ... »

Préalablement à tout refus par une juridiction contractante d'octroyer un quelconque avantage lié à la CDI, la règle PPT postule d'examiner le mobile du montage ou transaction mis en cause pour savoir s'il en résulte une certaine recherche des avantages fiscaux. Cette démarche peut être considérée comme un test subjectif, et est au cœur même de la règle PPT. **148**

En effet, l'obtention d'un avantage au titre d'une CDI ne doit pas nécessairement être le seul objet — ou l'objet essentiel — d'un montage ou d'une transaction ; il faut et il suffit seulement qu'au moins un des principaux objets ait été l'obtention de l'avantage, pour que l'octroi de ce dernier soit refusé. Pour illustration, un sujet de droit est libre de vendre un bien pour diverses raisons possibles ; néanmoins, au cas où le concerné devenait — quelque temps avant son acte de vente — un résident d'une des juridictions contractantes d'une CDI et qu'un des principaux objets de ce changement de résidence est d'obtenir un avantage fiscal lié à ladite CDI, l'avantage recherché pourrait être refusé quand bien même le changement de résidence aurait d'autres principaux objets, notamment la facilitation de la vente du bien ou le réinvestissement du produit de la cession³³⁶. **149**

Au regard de ce qui précède, la question que l'on se poserait logiquement est celle de savoir comment démontrer, en pratique, qu'au moins l'un des principaux objectifs d'un acte (montage ou transaction) posé par un sujet de droit est la recherche d'un avantage intrinsèque à la CDI. A cette préoccupation, l'OCDE postule que la détermination des objets d'un montage ou d'une transaction est « une question d'ordre factuel à laquelle on ne peut répondre qu'en examinant cas par cas toutes les circonstances qui entourent ce montage ou cette transaction »³³⁷. De ce fait, il est notamment nécessaire de procéder par une analyse objective de l'intention (buts et objectifs poursuivis) de l'ensemble des personnes qui sont associées à la conclusion du montage ou de la transaction en cause ou qui y participent³³⁸. Dans la même veine, il n'est pas obligatoire de trouver une preuve concluante de l'intention recherchée, mais « il doit être possible de conclure raisonnablement, après analyse objective des faits et circonstances propres à chaque situation, qu'un des objets principaux du montage ou de la transaction était d'obtenir les avantages de la convention fiscale »³³⁹. Cette analyse objective exclut, d'une part, tout argumentaire focalisé sur des simples présomptions, et d'autre part, tout perfectionnisme dans la fourniture de la preuve. En d'autres termes, l'adverbe « raisonnablement » implique, non pas nécessairement une analyse convaincante, mais simplement celle fondée sur des faits et circonstances objectifs³⁴⁰, avec pour conséquence une prise en compte objective de la possibilité qu'il puisse exister des interprétations différentes des faits³⁴¹. **150**

Ce critère subjectif, tel que sus défini, n'est pas à l'abri de critique, notamment en ce qui concerne la difficulté qui se pose pour identifier une intention sur la base d'une analyse objective. Dans ce sens, DANON³⁴² suggère carrément le remplacement de l'expression « l'un des objectifs principaux » par celle de « but unique » ou « but prédominant » qui serait plus appropriée³⁴³. Dans la même veine, DE **151**

³³⁶OCDE, *BEPS Action 6*, p.63; Commentaires du MC-OCDE 2017, article 29, paragraphe 180.

³³⁷OCDE, *BEPS Action 6*, p.62; Commentaires du MC-OCDE 2017, article 29, paragraphe 178.

³³⁸Ibidem.

³³⁹Ibidem.

³⁴⁰Voy. KOK, *Tax treaties*, p.408 et références citées ; CHAND, *Multilateral convention*, p. 21 N.10 et références citées.

³⁴¹OCDE, *BEPS Action 6*, p.63 ; Commentaires du MC-OCDE 2017, article 29, paragraphe 179.

³⁴²DANON, *Treaty abuse*, p.45 et références citées.

³⁴³Traduction libre de l'auteur. Le texte original correspondant est : « *Considered in this light, the text of the PPT rule thus makes it easier for tax administrations to assume abuse since it is by no means required that the "sole purpose" of the arrangement must consist in obtaining a tax benefit. [...] It is conceptually unacceptable to deny treaty benefits to a taxpayer merely because the obtaining of such benefits is one of the principal motives, if that taxpayer is also able to present important economic motives that are unrelated to taking advantage of the tax treaty. This criticism is not new and was also made at the time the guiding principle was intro-*

BROE/ LUTS³⁴⁴ estiment que « la clause PPT ne devrait être appliquée que lorsqu’une transaction ou opération était seulement ou au moins de manière prépondérante motivée par les avantages de la CDI »³⁴⁵.

3.1.5. « L’octroi de l’avantage non conforme à l’objet et au but des dispositions pertinentes de la CDI »

- 152 Le quatrième et dernier critère ou condition d’application de la règle PPT se trouve à la fin de la formulation même de ladite règle, et constitue une exception au principe. En effet, la règle PPT devrait être mise en branle « à moins qu’il soit établi que l’octroi de cet avantage dans ces circonstances serait conforme à l’objet et au but des dispositions pertinentes de cette Convention fiscale couverte ». Cette stipulation peut être considérée comme le critère ou test objectif de la règle PPT, à ne pas néanmoins confondre avec l’analyse objective de l’intention du contribuable à déduire de faits et de circonstances objectifs, telle que sus examinée dans le cadre du test subjectif.
- 153 Ce critère objectif offre à la personne à laquelle le bénéficiaire de l’avantage serait par ailleurs refusé, la possibilité d’établir que l’octroi de l’avantage, dans ces circonstances, est conforme à l’objet et au but des dispositions pertinentes de la CDI³⁴⁶. C’est le cas lorsqu’il est raisonnable d’admettre, au regard de l’ensemble des faits et circonstances propres à la situation, que l’obtention de l’avantage n’était pas un élément essentiel et n’aurait pas constitué de mobile à la conclusion d’un montage ou d’une transaction qui —seul ou joint à d’autres— a permis d’obtenir l’avantage ; tel étant le cas particulièrement « lorsqu’un montage est inextricablement lié à une activité commerciale essentielle et que sa forme n’a pas été dictée par des considérations liées à l’obtention d’un avantage »³⁴⁷.
- 154 De l’avis de DANON³⁴⁸, « pour déterminer si un arrangement est inextricablement lié à une activité commerciale de base, les principes de prix de transfert peuvent servir de guide. Clairement, si l’entité dans l’État de résidence exerce et assume respectivement les fonctions pertinentes (par exemple, les fonctions DEMPE³⁴⁹ dans le cas d’une société de propriété intellectuelle) et assume les risques, il faut supposer que l’arrangement est en effet lié à une activité commerciale de base. A fortiori, cette condition serait également remplie dans le cas d’une société de propriété intellectuelle dont les revenus provenant de l’État de source seraient considérés comme un revenu privilégié dans le cadre d’un régime de droits de propriété intellectuelle, au sens de l’action 5 du Plan BEPS. De tels revenus seraient sans doute liés à des activités de R&D substantielles dans l’État de résidence »³⁵⁰.
- 155 De tout ce qui précède, il ressort que —pour autant que ce test objectif accorde une possibilité au contribuable de prouver que l’octroi de l’avantage est conforme à l’objet et au but des dispositions pertinentes de la CDI— la charge de la preuve dans l’application de la règle PPT est répartie entre

duced into the 2003 OECD Commentaries. It was suggested that a reference to the “sole purpose” or to the “predominant purpose” would have been more appropriate ».

³⁴⁴DE BROE/ LUTS, *Tax Treaty Abuse*, p.132 N.26.

³⁴⁵Traduction libre de l’auteur. Le texte original correspondant est : « [...] the PPT should only be applied if a transaction or arrangement was solely or at least predominantly inspired by treaty benefits, i.e., benefits of the treaty should be granted even if there is a tax motive, provided a genuine economic objective is being pursued ».

³⁴⁶OCDE, *BEPS Action 6*, p.60; Commentaires du MC-OCDE 2017, article 29, paragraphe 170.

³⁴⁷OCDE, *BEPS Action 6*, p.63; Commentaires du MC-OCDE 2017, article 29, paragraphe 181.

³⁴⁸DANON, *Treaty abuse*, p.48 s.

³⁴⁹DEMPE est l’acronyme de « *Development, Enhancement, Maintenance, Protection and Exploitation* (développement, amélioration, maintenance, protection et exploitation).

³⁵⁰Traduction libre de l’auteur, le texte original correspondant étant : « [...] in determining whether an arrangement is “inextricably linked to a core commercial activity”, transfer pricing principles may serve as guidance. That is, if the entity in the residence state exercises and respectively bears the relevant functions (for example, the “DEMPE functions” in the case of an IP company) and risks, it should be assumed that the arrangement is indeed linked to a core commercial activity. A fortiori, this condition would also be satisfied in the case of an IP company whose income derived from the State of source qualifies as privileged income under a nexus based IP box regime within the meaning of BEPS Action 5. Such income would indeed undoubtedly be linked to substantial R&D activities in the residence state ».

l'administration fiscale et le contribuable³⁵¹. Il appartient ainsi à chacune de ces parties de s'en décharger légitimement en renvoyant le fardeau à l'autre, ainsi de suite.

Par ailleurs, il n'est pas sans intérêt de chercher à savoir si le critère objectif de la règle PTT doit être examiné à la lumière de l'objectif de la seule disposition de la CDI applicable ou par référence à la CDI prise dans son ensemble. En adéquation avec l'article 31 de la Convention de Vienne sur les traités³⁵², la doctrine majoritaire estime que seuls l'objectif et le but de la disposition conventionnelle pertinente doivent être pris en compte dans l'évaluation du critère objectif³⁵³. 156

3.2. Application de la règle PPT aux potentiels cas d'abus des CDI à la lumière des Commentaires du MC-OCDE 2017

3.2.1. Remarques préliminaires

Les Commentaires du MC-OCDE mis à jour en 2017, ont le mérite de préciser en pratique la règle PPT, telle que théoriquement proposée par l'Action 6 du Plan BEPS et codifiée au sein de l'Instrument multilatéral et du MC-OCDE 2017. Globalement, dix-neuf (19) exemples ou cas de figure sont fournis pour démontrer la possibilité ou non de mise en branle de la règle PPT. 157

Les treize (13) premiers exemples sont formulés dans le cadre de mécanismes de financement par intermédiaire³⁵⁴, et quelques-uns d'entre eux sont inspirés de certaines jurisprudences en la matière rendues dans le monde³⁵⁵. Quant aux six (6) autres exemples, ils interviennent pour étayer les pratiques de relais (« *conduit arrangement* »)³⁵⁶, telles que nous les avons précédemment explicitées lors de la mise en évidence du chalandage fiscal (« *treaty shopping* »)³⁵⁷. Ces six exemples ressemblent directement à ceux contenus dans l'échange de lettres (« *exchange of letters* ») entre les États-Unis (US) et le Royaume-Uni (UK)³⁵⁸ dans le cadre de l'interprétation de la disposition anti-relais (« *anti-conduit provision* ») figurant à l'article 3 (1) (n)³⁵⁹ de la CDI signée en 2001 entre les deux pays, notamment en ce qui concerne les dispositions relatives aux dividendes, aux intérêts et aux redevances³⁶⁰. 158

Il convient de préciser que tous les dix-neuf exemples précités peuvent être subdivisés en deux catégories : d'une part, les exemples dans lesquels l'application de la règle PPT conduit à conclure 159

³⁵¹DE BROE/ LUTS, *Tax Treaty Abuse*, p.132 N27 ; CHAND, *Multilateral convention*, p.21 N10.

³⁵²En effet, l'alinéa 1er de l'article 31 de la Convention de Vienne du 23 mai 1969 sur le droit des traités, stipule : « Un traité doit être interprété de bonne foi suivant le sens ordinaire à attribuer aux termes du traité dans leur contexte et à la lumière de son objet et de son but ».

³⁵³DANON, *Treaty abuse*, p.45 et références citées.

³⁵⁴Commentaires du MC-OCDE 2017, article 29, paragraphe 182.

³⁵⁵CHAND, *Multilateral convention*, p. 27 N26.

³⁵⁶Commentaires du MC-OCDE 2017, article 29, paragraphe 187.

³⁵⁷Voy. section 1.3.3.

³⁵⁸« Convention between the Government of the United States of America and the Government of the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland for the avoidance of double taxation and the prevention of fiscal evasion with respect to taxes on income and on capital gains», Done at London, 24 July, 2001, online : <https://www.treasury.gov/resource-center/tax-policy/treaties/Documents/uktreaty.pdf> (consulté le 22 mai 2018).

³⁵⁹En effet, l'article 3 (1) (n) de la CDI US-UK de 2001 précitée, stipule : « For the purposes of this Convention, unless the context otherwise requires [...]. The term "conduit arrangement" means a transaction or series of transactions: (i) which is structured in such a way that a resident of a Contracting State entitled to the benefits of this Convention receives an item of income arising in the other Contracting State but that resident pays, directly or indirectly, all or substantially all of that income (at any time or in any form) to another person who is not a resident of either Contracting State and who, if it received that item of income direct from the other Contracting State, would not be entitled under a convention for the avoidance of double taxation between the state in which that other person is resident and the Contracting State in which the income arises, or otherwise, to benefits with respect to that item of income which are equivalent to, or more favourable than, those available under this Convention to a resident of a Contracting State; and (ii) which has as its main purpose, or one of its main purposes, obtaining such increased benefits as are available under this Convention».

³⁶⁰Dans ce sens, Voy. CHAND, *Multilateral convention*, p. 27 N26 et références ; DANON, *Treaty abuse*, p.45 et références citées.

que les avantages de la CDI doivent être refusés³⁶¹ ; et d'autre part, les cas de figure qui aboutissent à accorder des avantages liés à la CDI, à l'issue de l'application du criterium PPT³⁶². Ces deux catégories font l'objet d'une analyse distincte dans les sections suivantes, sans néanmoins qu'il soit besoin de reprendre *in extenso* tous les dix-neuf exemples. Pour chaque catégorie, nous évoquerons seulement deux exemples tirés respectivement de paragraphes 182 et 187 des Commentaires du MC-OCDE 2017 sur l'article 29.

3.2.2. Quelques cas dans lesquels les avantages de la CDI sont raisonnablement déniés à l'aune de la règle PPT

- 160 D'entrée de jeu, il convient d'indiquer que les Commentaires du MC-OCDE 2017 mettent l'accent — dans la démarche d'application de la règle PPT aux éventuelles pratiques d'abus des CDI— sur la substance, la logique commerciale et l'organisation commerciale³⁶³. Si un montage ou transaction péchait notamment contre ces postulats, il est fort probable qu'il tombe sous le coup de la règle PPT.
- 161 En l'espèce, le premier exemple (Exemple A du paragraphe 182) aboutissant à la dénégalion des avantages liés à une CDI, est formulé comme ci-après :
- 162 « TCO, société résidente de l'État T, détient des actions de SCO, société cotée sur le marché boursier de l'État S. L'État T n'a pas conclu de convention fiscale avec l'État S et, en conséquence, tout dividende versé par SCO à TCO est soumis à une retenue à la source sur les dividendes au taux de 25 pour cent conformément au droit interne de l'État S. Toutefois, en vertu de la convention fiscale conclue entre l'État R et l'État S, aucune retenue ne doit être appliquée aux dividendes versés par une société résidente d'un État contractant dont le bénéficiaire effectif est une société résidente de l'autre État. TCO conclut un accord avec RCO, institution financière indépendante, en vertu duquel TCO confère à RCO le droit au versement de dividendes qui ont été déclarés mais non encore versés par SCO »³⁶⁴.
- 163 Cette illustration de financement par intermédiaire qui caractérise assez nettement la technique de « *treaty shopping* »³⁶⁵, dont la finalité est de faire profiter à la société TCO des avantages³⁶⁶ d'une CDI signée entre deux juridictions fiscales (État S et État R) dont elle n'est pas considérée comme résidente, en faisant interposer entre sa débitrice (société SCO) et elle une société-relais (« *conduit company* »), à savoir la société RCO, perturbe fondamentalement l'équilibre conventionnel intrinsèque à la CDI État R - État S, et lèse ce dernier cocontractant qui aurait dû normalement prélever à la source une retenue sur les dividendes à verser normalement par la société SCO à la société TCO³⁶⁷. Dès lors, en l'absence d'autres éléments factuels ou circonstanciels prouvant le contraire, il serait raisonnable de dénier à la société RCO l'exonération de l'impôt de 25% perçu à la source par les autorités fiscales de la juridiction S sur les dividendes versés par SCO, pour autant que RCO n'est pas le bénéficiaire effectif des dividendes à recevoir et que la transaction de financement par intermédiaire intervenue entre TCO et RCO aurait pour l'un des principaux objets de bénéficier des avantages liés à la CDI État R - État S, en contraste avec l'objet et le but de cette dernière³⁶⁸.
- 164 Tout en étant d'accord avec la solution fournie par les Commentaires du MC-OCDE 2017 sur cet Exemple A, CHAND³⁶⁹ estime pour sa part que « l'inconvénient de cet exemple est qu'il ne prend en considération que l'objet et le but globaux des CDI et n'aborde pas la question de l'objet et du but de

³⁶¹Les cas fondant le refus des avantages liés à la CDI à la lumière de la règle PPT sont minoritaires, soit cinq (5) seulement sur les dix-neuf (19). Il s'agit des exemples A, B et J du paragraphe 182, ainsi que des exemples A et C présentés au paragraphe 187 des Commentaires du MC-OCDE 2017, article 29.

³⁶²Les cas dans lesquels il serait non raisonnable de refuser les avantages liés à la CDI à la lumière de la règle PPT sont majoritaires, soit quatorze (14) seulement sur les dix-neuf (19). Il s'agit des exemples C, D, E, F, G, H, I, K, L et M du paragraphe 182, ainsi que des exemples B, D, E et F présentés au paragraphe 187 des Commentaires du MC-OCDE 2017, article 29.

³⁶³Voy. DANON, *Treaty abuse*, p.49 et références.

³⁶⁴Commentaires du MC-OCDE 2017, article 29, paragraphe 182 (Exemple A).

³⁶⁵Pour plus de détails sur cette technique, voy. section 1.3.3.

³⁶⁶En l'occurrence l'exonération de l'impôt perçu à la source sur les dividendes.

³⁶⁷Dans ce sens, voy. DANON/OBRIST, *Anciennes réserves*, p.621

³⁶⁸Voy. Commentaires du MC-OCDE 2017, article 29, paragraphe 182 (Exemple A).

³⁶⁹CHAND, *Multilateral convention*, p.27 N27.

la disposition conventionnelle abusée, à savoir l'article 10 du MC-OCDE qui traite des dividendes »³⁷⁰.

Par ailleurs, la solution de la dénégalation à RCO des avantages liés à la CDI État R - État S, est celle que les Commentaires du MC-OCDE 2017 a également retenue à l'égard des faits dégagés dans les exemples B³⁷¹ et J³⁷² du paragraphe 182 de l'article 29. Tel est aussi le cas dans les exemples A³⁷³ et C formulés au paragraphe 187 du même article. Intéressons-nous en particulier à l'exemple C de ce paragraphe 187, qui cristallise le cas d'abus de l'article 11 (intérêt) d'une CDI conclue selon le MC-OCDE :

« TCO, société résidente de l'État T qui n'a pas conclu de convention fiscale avec l'État S, prête 1 000 000 à SCO, société résidente de l'État S qui est une filiale en propriété exclusive de TCO, en contrepartie d'un billet à ordre émis par SCO. TCO se rend alors compte qu'elle peut éviter la retenue d'impôt sur les intérêts prélevés par l'État S en cédant le billet à ordre à sa filiale en propriété exclusive RCO, résidente de l'État R (la convention entre les États R et S n'autorise pas l'imposition à la source des intérêts dans certaines circonstances). En conséquence, TCO cède le billet à ordre à RCO en contrepartie d'un billet émis par RCO à TCO. Le billet émis par SCO produit 7 pour cent d'intérêts et celui émis par RCO produit 6 pour cent d'intérêts »³⁷⁴.

166

Cet exemple ressemble directement au cas de figure esquissé dans l'exemple 3 contenu dans l'échange de lettres entre les États-Unis et le Royaume-Uni relativement à l'interprétation de la disposition anti-relais figurant dans la CDI US-UK de 2001³⁷⁵. Aussi bien dans cette CDI que dans les Commentaires du MC-OCDE 2017, il est reconnu que les avantages fiscaux conventionnels ne devraient pas être accordés dans l'exemple sus évoqué, pour autant que la transaction par laquelle RCO a acquis le billet à ordre émis par SCO constitue un mécanisme de financement par intermédiaire parce qu'elle a été structurée dans le seul but de faire obtenir à TCO les avantages fiscaux liés à la CDI État R – État S, en l'occurrence la suppression de la retenue d'impôt que TCO aurait dû acquitter à l'État S³⁷⁶. Néanmoins, au-delà de cette commune mesure sur l'exemple en question, il existe une différence entre la règle PPT de l'OCDE et la clause de montage-relais (« *conduit arrangement clause* ») ou disposition anti-relais (« *anti-conduit provision* ») de la CDI US-UK. En effet, contrairement à la règle PPT de l'OCDE, la clause de montage-relais US-UK prévoit expressément qu'elle ne vise que les situations dans lesquelles l'un des principaux objectifs de la transaction est d'augmenter les avantages prévus par la CDI applicable, au-delà de ce que le bénéficiaire final aurait reçu s'il avait reçu le paiement directement³⁷⁷.

167

3.2.3. Quelques cas dans lesquels les avantages de la CDI sont raisonnablement accordés à l'aune de la règle PPT

Nous avons relevé précédemment que les Commentaires du MC-OCDE mis à jour en 2017, énumère plus ou moins quatorze (14) cas de figure dans lesquels il est raisonnable de conclure —à la lumière de la règle PPT— que les avantages liés à une CDI doivent être concédés à un montage ou transaction donné. Ces exemples qui sont formulés pour étayer tant le paragraphe 182³⁷⁸ que celui

168

³⁷⁰Traduction libre de l'auteur, le texte original correspondant étant : « *While the author agrees with the outcome as the sole purpose of the arrangement was to avoid source taxation, a downside of this example is that it only takes into consideration the treaties overall object and purpose and does not discuss the object and purpose of the provision that is being abused i.e. Article 10* ».

³⁷¹Qui cristallise également un cas de financement par intermédiaire. Voy. Commentaires du MC-OCDE 2017, article 29, paragraphe 182 (Exemple B)

³⁷²Qui cristallise un cas de fractionnement des contrats en vue de contourner le seuil de douze mois qui autorise l'État contractant dans lequel est situé un bien immobilier à imposer les actions de sociétés qui tirent principalement leur valeur de ces biens immobiliers. Voy. Commentaires du MC-OCDE 2017, article 29, paragraphe 182 (Exemple J) ; OCDE, *BEPS Action 6*, p.75. Pour quelques commentaires dans la doctrine, voy. CHAND, *Multilateral convention*, p.29 s N34.

³⁷³Qui met en relief un cas d'émission d'actions privilégiées par SCO à RCO avec contrat correspondant avec TCO. Voy. Commentaires du MC-OCDE 2017, article 29, paragraphe 187 (Exemple A)

³⁷⁴Commentaires du MC-OCDE 2017, article 29, paragraphe 187 (Exemple C)

³⁷⁵Voy. CHAND, *Multilateral convention*, p.28 N30.

³⁷⁶Voy. Commentaires du MC-OCDE 2017, article 29, paragraphe 187 (Exemple C) ; Echange des lettres sur l'interprétation de l'article 3(1)(n) de la CDI US-UK (Exemple 3).

³⁷⁷Voy. DANON, *Treaty abuse*, p.50.

³⁷⁸Soit au total dix (10) exemples : C, D, E, F, G, H, I, K, L et M.

187³⁷⁹ de l'article 29, mettent en relief l'évidence que les faits sont dépourvus d'au moins l'un des principaux objets visant la recherche d'un avantage fiscal lié à une CDI.

169 Dans l'exemple D³⁸⁰, les Commentaires du MC-OCDE 2017 laissent entendre que le seul fait pour la société RCO de prendre une décision d'investir (placements) dans les actions de sociétés résidentes de l'État S tout en tenant compte de l'existence d'un avantage dont bénéficient les dividendes au titre de la CDI État R – État S, ne suffit pas à lui seul à refuser l'octroi des avantages liés à ladite CDI, pour autant que l'objectif des CDI est « *d'offrir des avantages en vue d'encourager les investissements transnationaux* ». De ce fait, pour pouvoir raisonnablement dénier les avantages de la CDI au placement effectué par la société RCO, il est « *nécessaire d'examiner le contexte dans lequel celui-ci[placement] a été réalisé* », notamment en jugeant « *si l'investissement de RCO s'inscrit dans le cadre d'un montage ou se rapporte à une autre transaction effectuée principalement dans le but de bénéficier de la Convention* » ; ce qui n'est pas le cas dans l'exemple sous revue. En effet :

170 « RCO est un organisme de placement collectif résident de l'État R et gère un portefeuille diversifié de placements réalisés sur les marchés financiers internationaux. RCO détient actuellement 15 pour cent de son portefeuille sous forme d'actions de sociétés résidentes de l'État S qui lui versent chaque année des dividendes. En vertu de la convention fiscale conclue entre l'État R et l'État S, le taux de l'impôt prélevé à la source sur les dividendes est ramené de 30 à 10 pour cent. Les décisions d'investissement de RCO tiennent compte de l'existence d'avantages fiscaux offerts dans le cadre du large réseau de conventions fiscales conclues par l'État R. Les actionnaires de RCO sont en majorité des résidents de l'État R, mais un certain nombre d'entre eux (les actionnaires minoritaires) sont des résidents d'États avec lesquels l'État S n'a pas signé de convention fiscale. Les décisions prises par les actionnaires d'investir dans RCO ne sont pas motivées par la réalisation d'un investissement particulier effectué par RCO, et la stratégie d'investissement de RCO n'est pas déterminée par la situation fiscale de ses actionnaires. RCO distribue chaque année la quasi-totalité de ses bénéfices à ses actionnaires et acquitte dans l'État R des impôts sur les bénéfices non distribués au cours de l'année »³⁸¹.

171 Dans cet exemple, nous estimons qu'il aurait pu être raisonnable de refuser les avantages à RCO au titre de la CDI État R – État S, si par exemple RCO détenait la quasi-majorité de son portefeuille sous forme d'actions de sociétés résidentes de l'État S, et ce notamment pour bénéficier de l'exonération partielle (remise de 30 à 10%) de l'impôt à la source sur les dividendes. Pourtant, dans le cas d'espèce, la part du portefeuille de RCO située dans l'État S n'est que de 15 pour cent. Dans la même veine, il aurait été raisonnable de dénier les avantages fiscaux à RCO si la majorité de ses actionnaires seraient des résidents des juridictions avec lesquelles l'État S n'a pas signé des CDI, pour pouvoir arriver à la conclusion que RCO ne constitue que de société-relais à des actionnaires (personnes physiques ou morales) qui visent à bénéficier indûment des avantages fiscaux liés à la CDI État R – État S. Pourtant, les faits sont exactement contraires et seule une minorité d'actionnaires de RCO sont des résidents des juridictions sans lien conventionnel avec l'État S. Somme toute, un examen du contexte dans lequel le placement de RCO a été effectué dans l'État S, ne laisse aucunement entrevoir un certain montage ou transaction ayant pour l'un des principaux objets de bénéficier de la CDI État R – État S. A cet effet, il est congruent de rappeler que :

172 « Un objet ne sera pas un objet principal lorsqu'il est raisonnable de conclure, compte tenu de l'ensemble des faits et circonstances propres à la situation, que l'obtention de l'avantage n'était pas un élément essentiel et n'aurait pas justifié la conclusion d'un montage ou d'une transaction qui, seul ou conjugué à d'autres, a permis d'obtenir l'avantage. En particulier, lorsqu'un montage est inextricablement lié à une activité commerciale essentielle et que sa forme n'a pas été dictée par des considérations liées à l'obtention d'un avantage, il est peu probable que l'on considère que son principal objet est d'obtenir l'avantage »³⁸².

173 Tournons à présent le regard vers un autre exemple cristallisant une structure commerciale normale dans laquelle des activités économiques réelles sont exercées, et qui ne devrait pas être considérée comme un cas relevant du financement par intermédiaire :

³⁷⁹Soit au total 4 exemples : B, D, E et F.

³⁸⁰Commentaires du MC-OCDE 2017, article 29, paragraphe 182 (Exemple D).

³⁸¹Commentaires du MC-OCDE 2017, article 29, paragraphe 182 (Exemple D).

³⁸²OCDE, *BEPS Action 6*, p.63 ; Commentaires du MC-OCDE 2017, article 29, paragraphe 181.

« SCO, société résidente de l'État S, a émis une seule catégorie d'actions détenues en totalité par RCO, société résidente de l'État R. RCO a également une seule catégorie d'actions en circulation, détenues en totalité par TCO, société résidente de l'État T, qui n'a pas conclu de convention fiscale avec l'État S. RCO fabrique des composants électroniques et SCO est le distributeur exclusif de RCO dans l'État S. En vertu du paragraphe 3 de la règle de la limitation des avantages, RCO pourra prétendre aux avantages au titre des dividendes reçus de SCO même si les actions de RCO sont détenues par un résident d'un pays tiers »³⁸³.

Cet exemple ressemble directement aux faits décrits dans l'exemple 2³⁸⁴ contenu dans l'échange de lettres entre les États-Unis et le Royaume-Uni, relativement à l'interprétation de la disposition anti-relais figurant dans la CDI US-UK de 2001, telle que déjà évoqué³⁸⁵. Les États-Unis et le Royaume-Uni considèrent —tous les deux— que les avantages de la CDI doivent être accordés dans l'exemple sus formulé, en particulier parce que RCO satisfait au critère de la conduite active de la clause LOB³⁸⁶. Ce résultat est aussi retenu par les Commentaires du MC-OCDE 2017, qui estiment que RCO et SCO exercent —dans le cadre d'une structure normale— des activités économiques réelles dans les États R et S, avec pour conséquence que « *le paiement de dividendes par des filiales telles que SCO constitue une transaction commerciale normale. En l'absence d'éléments démontrant que l'un des objets principaux de la création de cette structure était le transfert de dividendes de SCO à TCO, cette structure ne constituerait pas un mécanisme de financement par intermédiaire* »³⁸⁷. Pour sa part, CHAND³⁸⁸ note qu'effectivement « en analysant les faits brandis dans cet exemple, l'élément subjectif de la règle PTT n'est pas satisfait, spécialement compte tenu de la présence de plusieurs objectifs non fiscaux. De ce fait, il n'est même pas nécessaire de soumettre les faits au test objectif. Néanmoins, quand bien même le test objectif serait requis, si on lisait l'article 10 à la lumière du préambule des CDI, le contribuable pourrait établir que ce montage n'est pas un chalandage fiscal par lequel les revenus sont transmis aux résidents des États tiers »³⁸⁹.

3.3. Conséquences juridiques de la dénégation des avantages liés à la CDI

3.3.1. Remarques préliminaires

Logiquement, il ressort du contenu de la règle PPT —telle que codifiée dans l'Instrument multilatéral³⁹⁰ ainsi que le MC-OCDE 2017³⁹¹— que, si les conditions d'application en sont réunies, aucun avantage lié à la CDI ne sera accordé au titre d'un élément de revenu ou de fortune. En d'autres termes, la juridiction fiscale auprès de laquelle les avantages sont postulés, est tenue d'en refuser l'octroi. Au titre de rappel, le terme « avantage » implique notamment les réductions, exonérations, reports ou remboursements d'impôts ainsi que la suppression de la double imposition³⁹².

Cette solution sous-jacente à la mise en branle de la règle PPT est certes simple théoriquement, mais en pratique elle peut soulever d'autres importantes questions. Dans cette veine, il y a lieu de relever notamment le fait que la contexture de la règle PPT n'indique pas clairement la disposition de la CDI qu'il faille appliquer au montage (ou transaction) qualifié d'abusif, après avoir dénié l'avantage

³⁸³Commentaires du MC-OCDE 2017, article 29, paragraphe 187 (Exemple B).

³⁸⁴Echange des lettres sur l'interprétation de l'article 3(1)(n) de la CDI US-UK (Exemple 2).

³⁸⁵Voy. supra section 3.3.2.1.

³⁸⁶Voy. CHAND, *Multilateral convention*, p.31 N38.

³⁸⁷Commentaires du MC-OCDE 2017, article 29, paragraphe 187 (Exemple B).

³⁸⁸Voy. CHAND, *Multilateral convention*, p.31 N38.

³⁸⁹Traduction libre de l'auteur, le texte original correspondant étant : « *If these facts had to be analysed under the PPT, the author's opinion is that the subjective element should not be satisfied, especially, in light of several non-tax purposes. Thus, we do not need to analyse the case under the objective element. Nonetheless, if required, with respect to the objective element, if one reads Article 10 in light of the treaties preamble, the taxpayer can establish that this arrangement is not a treaty shopping arrangement whereby the income is passed on to residents of third States* ».

³⁹⁰Voy. Article 7, paragraphe 1^{er}, de l'Instrument multilatéral.

³⁹¹Article 29, paragraphe 9, du MC-OCDE 2017.

³⁹²Voy. supra, section 3.3.1.3.

postulé sur base de telle ou telle autre disposition conventionnelle³⁹³. En d'autres termes, on pourrait notamment se demander si le contribuable est en droit de réclamer automatiquement les avantages conventionnels qui auraient autrement été applicables en l'absence du montage (ou transaction) considéré comme abusif (par exemple, un taux résiduel de 15% au lieu d'un 0% taux résiduel dans un cas de *rule shopping*³⁹⁴)³⁹⁵. A ce propos, tout ce qui peut être affirmé, c'est qu'à la suite d'un refus d'octroi à une personne d'un avantage au titre d'une CDI par application de la règle PPT, il est optionnellement reconnu à l'autorité compétente de la juridiction contractante qui aurait normalement accordé l'avantage « *de considérer que cette personne peut prétendre à cet avantage ou à d'autres avantages au titre de l'élément de revenu ou de capital concerné si ces avantages lui auraient été octroyés en l'absence de la transaction ou du montage qui a déclenché l'application du paragraphe 9* »³⁹⁶. Ainsi, les États contractants peuvent —et c'est nettement une simple option³⁹⁷— prévoir une telle clause discrétionnaire d'exonération (« *discretionary relief clause* »³⁹⁸) au sein de leur CDI.

- 178 Dans le cadre de cette réflexion, cela nous permet de distinguer, d'une part, les conséquences juridiques de la dénégaration des avantages liés aux CDI dotées d'une clause discrétionnaire d'exonération et, d'autre part, les conséquences juridiques de la dénégaration des avantages liés aux CDI non dotées d'une clause discrétionnaire d'exonération.

3.3.2. Conséquences juridiques dans les CDI avec clause d'exonération discrétionnaire

- 179 Tant au sein de l'Instrument multilatéral qu'au regard de Commentaires du MC-OCDE 2017, il est consacré la possibilité pour les juridictions contractantes d'une CDI d'y inclure une disposition qui reconnaît à l'autorité fiscale compétente pour accorder un avantage au titre de ladite CDI, d'accorder finalement cet avantage sous certaines conditions, après qu'il ait été dénié en application de la règle PPT³⁹⁹. Cette clause d'exonération discrétionnaire doit être insérée sous la forme d'un paragraphe dont la formulation recommandée est la suivante :

- 180 « Lorsqu'un avantage prévu par cette Convention est refusé à une personne en vertu du paragraphe 9, l'autorité compétente de l'État contractant qui aurait normalement accordé cet avantage doit néanmoins traiter cette personne comme ayant droit à cet avantage, ou à d'autres avantages au titre d'un élément de revenu ou de capital spécifique, si cette autorité compétente, à la demande de cette personne et après examen des faits et circonstances propres au cas, conclut que ces avantages auraient été octroyés à cette personne en l'absence de la transaction ou du montage mentionné au paragraphe 9. L'autorité compétente de l'État contractant à laquelle la demande a été adressée consulte l'autorité compétente de l'autre État avant de rejeter une demande présentée par un résident de cet autre État en vertu du présent paragraphe »⁴⁰⁰.

- 181 L'exemple classique⁴⁰¹ d'un simple *rule shopping* qui est formulé pour expliciter la clause d'exonération discrétionnaire sus évoquée, est celui d'une personne physique (Supposons Mme X) résidente de l'État R, qui détient des actions dans une société résidente de l'État S (supposons la société « CoS »). Madame X cède le droit de percevoir des dividendes déclarés par CoS à une autre société résidente de l'État R (supposons « CoR ») qui détient plus de 10 pour cent du capital de CoS qui paie ces dividendes, dans le but principal de bénéficier du taux réduit d'imposition à la source prévu par l'alinéa a) du paragraphe 2 de l'article 10 (15%). Tel que présenté, cet état de fait tombe sous le coup de la règle PPT et l'avantage fiscal recherché⁴⁰² doit être refusé. Néanmoins, le

³⁹³LANG M, *Antiabuse*, p.661.

³⁹⁴Sur les abus des CDI par usage de la méthode de *rule shopping*, nous renvoyons à la section 3.1.3.3.

³⁹⁵Voy. DANON, *Treaty abuse*, p.50; DE BROE/ LUTS, *Tax Treaty Abuse*, p.133 N29.

³⁹⁶Commentaires du MC-OCDE 2017, article 29, paragraphe 184.

³⁹⁷Voy. Article 7, paragraphe 3, de l'Instrument multilatéral.

³⁹⁸Voy. DANON, *Treaty abuse*, p.51; CHAND, *Multilateral convention*, p.38 N64.

³⁹⁹Dans le même sens, voy. DE BROE/ LUTS, *Tax Treaty Abuse*, p.130 N23.

⁴⁰⁰Commentaires du MC-OCDE 2017, article 29, paragraphe 184. Dans la même veine, Voy. Article 7, paragraphe 4, de l'Instrument multilatéral.

⁴⁰¹Voy. Commentaires du MC-OCDE 2017, article 29, paragraphe 186.

⁴⁰²C'est-à-dire 15%, au lieu d'un taux d'impôt supérieur normalement applicable dans l'État S.

mécanisme d'exonération discrétionnaire (« *discretionary relief mechanism* »)⁴⁰³ autoriserait l'autorité compétente de l'État S à accorder le bénéfice du taux de 15%, si cette autorité détermine qu'un tel avantage aurait été accordé en l'absence de la cession à une autre société du droit de percevoir des dividendes.

Par ailleurs, il y a lieu de préciser —à la suite des Commentaires du MC-OCDE⁴⁰⁴— que la question de savoir si les avantages auraient été octroyés en l'absence de la transaction ou du montage reconnu comme abusif et la détermination de la nature des avantages à octroyer, sont à la discrétion de l'autorité fiscale compétente saisie de la demande. Certes, cette autorité dispose à cet effet d'une grande latitude, mais il ne s'agit pas d'un chèque en blanc à sa disposition, pour autant qu'il lui incombe —avant toute décision de sa part— de prendre en considération les faits et circonstances propres à chaque cas, ce en vue de garantir une appréciation intrinsèquement objective de chaque demande. Dans la même veine, cette autorité compétente est tenue —préalablement au rejet d'une demande visant à bénéficier d'avantages, formulée par un résident de l'autre juridiction contractante— de se concerter avec l'autorité compétente de cette autre juridiction, sans qu'il soit nécessaire d'obtenir un accord de cette dernière juridiction, mais dans le but essentiel de garantir une cohérence dans l'éventuel traitement des cas similaires par les deux juridictions. 182

3.3.3. Conséquences juridiques dans les CDI sans clause d'exonération discrétionnaire

D'entrée de jeu, il convient d'indiquer que seulement une minorité de juridictions qui ont adopté la règle PPT, ont également opté pour une clause d'exonération discrétionnaire⁴⁰⁵. A ce propos, la question qui se pose est de savoir le sort à réserver aux états de fait qualifiés —sur base de la règle PPT— d'abusifs d'une CDI qui ne contient pas de clause d'exonération discrétionnaire. Dans ce cas, logiquement, la juridiction compétente pour accorder l'avantage conventionnel postulé, ne devrait pas l'accorder conformément à l'interprétation littérale de la règle PPT (*un avantage...ne sera pas accordé...*). 183

La doctrine⁴⁰⁶ ne partage pas du tout cette logique et estime que, pour autant que la clause d'exonération discrétionnaire ne constitue pas une norme minimale obligatoire pour les États, son absence ou sa non insertion dans une CDI ne signifie pas qu'en cas d'abus constatés sur base de la règle PPT un avantage au titre de ladite CDI ne devrait pas être accordé ; surtout si cet avantage est disponible en vertu des dispositions du droit interne. En d'autres termes, une juridiction peut toujours accorder des avantages conventionnels sur base d'une requalification des faits selon son droit interne, quand bien même cette juridiction s'est réservé le droit de ne pas inclure dans ses CDI une clause d'exonération discrétionnaire telle que prévue à l'article 7 (paragraphe 4) de l'Instrument multilatéral. 184

Ce raisonnement est en congruence avec la position de la Suisse qui, tout en s'étant réservé le droit d'insérer dans ses CDI une telle clause d'exonération discrétionnaire⁴⁰⁷, prévoit néanmoins dans la jurisprudence et la pratique internes un octroi des avantages conventionnels sur la base d'une requalification de faits en ce qui concerne les restructurations abusives (« théorie des anciennes réserves »)^{408/409}. Cette « théorie des anciennes réserves » conduit, dans le cadre d'une CDI, à 185

⁴⁰³DANON, *Treaty abuse*, p.51.

⁴⁰⁴Commentaires du MC-OCDE 2017, article 29, paragraphe 184.

⁴⁰⁵C'est la position exprimée, lors de la signature de l'Instrument multilatéral, notamment par les juridictions suivantes : Andorre, Australie, Belgique, Costa Rica, Chypre, Fidji, Gabon, Guernesey, Hongrie, Irlande, Île d'Oman, Jersey, Liechtenstein, Lituanie, Luxembourg, Malte, Nouvelle-Zélande, Pakistan, Pays-Bas, République Tchèque, Royaume-Uni, Saint Marin, Sénégal, Seychelles, Singapour, et Uruguay.

⁴⁰⁶Voy. DANON, *Treaty abuse*, p.51 s.; CHAND, *Multilateral convention*, p.40 N70.

⁴⁰⁷Voy. DFF, *Rapport Convention multilatérale*, p.13.

⁴⁰⁸DANON, *Treaty abuse*, p.52 et références citées.

⁴⁰⁹Sur l'application de la théorie des anciennes réserves en cas de restructurations, Voy. OBRIST, *Réalisation systématique*, p.317 ss.

l'application du taux de retenue à la source (résiduel conventionnel) sur les réserves générées avant le transfert d'actions⁴¹⁰.

3.4. La règle PPT en droit conventionnel suisse : « *Nihil novi sub sole* » !

3.4.1. Remarques préliminaires

186 Nous avons vu précédemment⁴¹¹ que, lors de la signature officielle de l'Instrument multilatéral en date du 7 juin 2017, la Suisse avait nettement opté pour l'implémentation de la règle PPT dans ses CDI, à condition que le même idéal soit partagé par ses partenaires conventionnels. Cette position transparaît de la liste de réserves et des notifications⁴¹² que la Confédération suisse avait confirmée au moment du dépôt de l'instrument de ratification, d'acceptation ou d'approbation, en vertu des articles 28(6) et 29 (3) de l'Instrument multilatéral, en rapport avec les réserves formulées en marge de celui-ci.

187 Par ailleurs, dans cette liste de réserves et des notifications, la Confédération suisse avait estimé que sept parmi les quatorze CDI présentées pour être modifiées sur pied de l'Instrument multilatéral, contenaient déjà une règle PPT. La Confédération consentait néanmoins de transmettre ces sept CDI au Dépositaire de l'Instrument multilatéral —avec tous les détails y afférents, tels que repris en gras dans le tableau ci-après— afin que la formulation de la règle PPT de l'Instrument multilatéral puisse être substituée aux formulations préexistantes du critère des objets principaux contenues dans lesdites CDI⁴¹³.

N°	AUTRES JURIDICTIONS CONTRACTANTES	NUMÉROS DE L'ARTICLE ET DU PARAGRAPHE DES DISPOSITIONS PERTINENTES (REGLE PPT)
1	Afrique du Sud	
2	Argentine	
3	Autriche	
4	Chili	Protocole (5)
5	Inde	Protocole (5), les deux premières phrases (selon la modification par l'Article 15 du (a) et par l'Article 11 du (b))
6	Islande	Protocole (4)
7	Italie	Article 23
8	Liechtenstein	Protocole (4)
9	Lituanie	
10	Luxembourg	
11	Pologne	
12	Portugal	Article 27(3)
13	Tchéquie	Protocole (8) (selon la modification par l'Article XI du (a))
14	Turquie	

3.4.2. Portée et limites de l'ancienne règle PPT contenue dans quelques CDI signées par la Confédération suisse

188 Au regard du tableau présenté précédemment, force est de constater que la règle PPT —telle que présentée dans son esprit par l'Action 6 du Plan BEPS— était déjà existante en droit conventionnel suisse. Dès lors, il ne s'agit pas d'une nouveauté comme telle en ce qui concerne notamment les sept CDI prérappelées. En effet, celles-ci contiennent (ou contenaient) déjà des dispositions qui refusent d'accorder tous les avantages qui seraient par ailleurs accordés par la CDI si le « but principal » d'un montage ou d'une transaction, ou de toute personne concernée par un montage ou une transaction, est

⁴¹⁰DANON/OBRIST, *Anciennes réserves*, p.621 ss.

⁴¹¹Voy. section 2.3.3.

⁴¹²Confédération suisse, « Statut de la liste de réserves et des notifications au moment de la signature », disponible en ligne : <https://www.news.admin.ch/news/message/attachments/48551.pdf> (consulté le 25 mai 2018).

⁴¹³Dans ce sens, voy. également DFF, *Rapport Convention multilatérale*, p.14

d'obtenir ces avantages⁴¹⁴. Pour illustration, l'article 27, alinéa 3, de la Convention entre la Suisse et le Portugal en vue d'éviter les doubles impositions en matière d'impôts sur le revenu et sur la fortune, conclue le 26 septembre 1974 et entrée en vigueur le 17 décembre 1975⁴¹⁵, stipule :

« Il est entendu que les dispositions de la Convention ne s'appliquent pas si le but principal de toute personne concernée par la création ou l'assignation d'un bien ou d'un droit au titre duquel les revenus sont payés est de profiter des avantages de ces dispositions par le biais de cette création ou assignation. »

189

L'esprit de cette disposition figure également dans les CDI conclues par la Suisse avec le Chili⁴¹⁶, l'Inde⁴¹⁷, l'Islande⁴¹⁸, l'Italie⁴¹⁹, le Liechtenstein⁴²⁰ et la République Tchèque⁴²¹. A notre avis, pour ces CDI, il s'agira exactement d'une simple « réécriture » de la règle PPT afin de la rendre plus visible et congruente avec le standard de l'OCDE en matière de lutte contre les abus conventionnels qui facilitent l'évasion fiscale internationale.

190

Cette réécriture est pour autant justifiée que les dispositions PPT préexistantes dans les CDI 191 prérappelées font plutôt référence au « but principal », à la différence de la règle PPT de l'Action 6 BEPS qui parle de « l'un des objets principaux ». Sémantiquement, dans le premier cas, il y a nettement un risque de voir un montage ou une transaction passer par les mailles du filet du test PPT, pour la simple raison que la recherche de l'avantage fiscal conventionnel n'est pas le seul objet principal, mais l'un des objets principaux du montage. En d'autres termes, si le montage a également d'autres objets principaux en dehors de celui de rechercher un avantage conventionnel, ce dernier pourrait être accordé. Un avantage conventionnel ne pourrait être dénié que si et seulement si l'unique objet principal du montage est de l'obtenir. Ce qui n'est pas le cas avec la règle PPT de l'action 6 BEPS qui ignore tous les autres objets principaux du montage et se concentre uniquement sur l'un d'eux qui rechercherait un avantage conventionnel, pour ainsi fonder le refus d'octroi de cet avantage.

191

Par ailleurs, cette réécriture (règle PPT de l'Action 6 BEPS) a l'avantage de ne pas se limiter aux 192 différents types de revenus, tels que les dividendes, les intérêts et les redevances (comme c'est le cas avec l'ancienne règle PPT contenue dans les sept CDI sous examen), mais qu'elle s'applique à toutes les dispositions de la CDI prise dans une approche holistique, avec pour effet que tout avantage tiré de la CDI est soumis à la réserve concernant l'usage abusif⁴²².

192

Au reste, la réécriture de la règle PPT est cohérente dans la mesure où les formulations préexistantes 193 dans les CDI précitées, ne contiennent pas notamment une clause d'exonération discrétionnaire qui

193

⁴¹⁴Dans ce sens, voy. également DFF, *Rapport Convention multilatérale*, p.12.

⁴¹⁵RO 1975 2457.

⁴¹⁶Protocole 5 (Ad art. 10, 11 et 12) de la Convention entre la Confédération suisse et la République du Chili en vue d'éviter les doubles impositions en matière d'impôts sur le revenu et sur la fortune, conclue le 2 avril 2008 et entrée en vigueur par échange de notes le 5 mai 2010 (RO 2010 2269).

⁴¹⁷Voy. Protocole 5 (Ad art. 10, 11, 12 et 22) du 30 août 2010 entrée en vigueur depuis le 7 octobre 2011 (RO 2011 4617 4615; FF 2010 8081) de la Convention entre la Confédération suisse et la République de l'Inde en vue d'éviter les doubles impositions en matière d'impôts sur le revenu conclue le 2 novembre 1994 et entrée en vigueur par échange de notes le 29 décembre 1994 (RO 1995 845).

⁴¹⁸Voy. Protocole 4 (Ad art. 10, 11, 12 et 21) de la Convention entre la Confédération suisse et l'Islande en vue d'éviter les doubles impositions en matière d'impôts sur le revenu et sur la fortune, conclue le 10 juillet 2014 et entrée en vigueur le 6 novembre 2015 (RO 2015 4841).

⁴¹⁹Voy. Article 23 de la Convention entre la Confédération suisse et la République italienne en vue d'éviter les doubles impositions et de régler certaines autres questions en matière d'impôts sur le revenu et sur la fortune, conclue le 9 mars 1976 et entrée en vigueur le 27 mars 1979 (RO 1979 461).

⁴²⁰Voy. Protocole 4 (Ad art. 10, 11, 12 et 21) de la Convention entre la Confédération suisse et la Principauté du Liechtenstein en vue d'éviter les doubles impositions en matière d'impôts sur le revenu et sur la fortune, conclue le 10 juillet 2015 et entrée en vigueur par échange de notes le 22 décembre 2016 (RO 2016 4765).

⁴²¹Voy. Protocole 8 (RO 2013 3605 3603; FF 2012 8861) de la Convention entre le Conseil fédéral suisse et le Gouvernement de la République tchèque en vue d'éviter les doubles impositions en matière d'impôts sur le revenu et sur la fortune, conclue le 4 décembre 1995 et entrée en vigueur le 23 octobre 1996 (RO 1997 961).

⁴²²Dans ce sens, voy. également DFF, *Rapport Convention multilatérale*, p.12.

—comme nous l’avons déjà analysée⁴²³— permet à l’autorité de la juridiction normalement compétente pour accorder un avantage conventionnel dont l’octroi est refusé pour abus avéré de la CDI, d’apprécier objectivement les faits et circonstances du montage (ou transaction) abusif et d’accorder éventuellement ledit avantage, si ce dernier aurait pu être accordé même en l’absence du montage abusif. Néanmoins, il convient de rappeler que, pour la Suisse, cette clause n’a qu’un caractère déclaratoire car les autorités fiscales peuvent toujours accorder de tels avantages selon la législation interne⁴²⁴.

Conclusion

- 194** La règle PPT vise à garantir que la CDI soit appliquée conformément à son objectif, à savoir octroyer un traitement fiscal favorable aux résidents de deux juridictions contractantes afin de faciliter certains flux économiques au profit desdites juridictions. Elle vise à refuser l’octroi des avantages de la CDI en présence de montages dont l’existence entraîne généralement l’octroi indirect des avantages conventionnels à des non-résidents qui n’y ont pas droit directement.
- 195** Si les conditions d’application de la règle PPT sont réunies, aucun avantage lié à la CDI ne sera accordé au titre d’un élément de revenu ou de fortune. En d’autres termes, la juridiction fiscale auprès de laquelle les avantages sont postulés, est tenue d’en refuser l’octroi. Toutefois, lorsque la CDI contient une clause discrétionnaire d’exonération, il est optionnellement reconnu à l’autorité compétente de la juridiction qui aurait normalement accordé l’avantage, de l’octroyer finalement s’il est considéré que cet octroi serait possible en l’absence même de la transaction ou du montage qualifié d’abusif en application du criterium PPT.
- 196** En souscrivant aux travaux de l’OCDE, la Confédération suisse a désormais opté pour l’implémentation de la règle PPT dans ses CDI, pour autant que cet idéal soit également partagé par ses partenaires conventionnels. Mais, les autorités fédérales n’ont pas approuvé la reprise de la clause discrétionnaire d’exonération, dans la mesure où certaines dispositions du droit interne ouvrent déjà la possibilité d’octroyer les avantages conventionnels même dans des cas où les éléments du test PPT seraient réunis.
- 197** La règle PPT n’est pas nouvelle en droit conventionnel suisse ; elle existait déjà dans certaines CDI signées —antérieurement au Plan BEPS de l’OCDE— entre la Suisse et d’autres juridictions fiscales, notamment le Chili, l’Inde, l’Islande, l’Italie, le Liechtenstein, le Portugal et la République Tchèque. Dès lors, l’avènement de la règle précitée ne constitue qu’une « réécriture » de son contenu dans les CDI signées avec ces juridictions.

⁴²³Voy. section 3.2.2.

⁴²⁴Voy. DFF, *Rapport Convention multilatérale*, p.13.