

**La clause du bénéficiaire effectif et de la réserve  
de l'abus dans les conventions de double  
imposition suisses :  
développements récents et impact de la  
jurisprudence de la Cour de justice de l'Union  
européenne sur la pratique suisse**

Maximilien De Ridder  
Avocat

Texte présenté dans le cadre du prix OREF 2021  
Rolle, le 30 juin 2021

## Table des matières

|  |     |
|--|-----|
| Table des matières .....   | II  |
| Table des abréviations .....   | IV  |
| Bibliographie .....  | VII |
| Conférences et présentations .....   | XI  |
| Documentation officielle OCDE .....  | XII |
| Documentation officielle Suisse.....   | XIV |
| Introduction .....   | 1   |
| I. Bénéficiaire effectif.....  | 2   |
| A. Généralités.....  | 2   |
| 1. Principes de fiscalité internationale et considérations économiques.....                    | 2   |
| 2. La Suisse et le principe d'imposition à la source.....                                      | 3   |
| 3. Approche envisagée .....  | 3   |
| B. Interprétation d'une disposition conventionnelle : méthode(s).....                          | 4   |
| C. Commentaire MC OCDE .....   | 6   |
| 1. Pertinence générale dans l'interprétation d'une norme conventionnelle.....                  | 6   |
| 2. Renvoi statique ou dynamique ? .....  | 7   |
| 3. Bénéficiaire effectif.....  | 8   |
| a. Commentaire MC OCDE 1977 .....  | 8   |
| b. Rapport 1986 relatif à l'utilisation des sociétés relais.....                               | 9   |
| c. Commentaire MC OCDE 2003 .....  | 10  |
| d. Évolutions récentes : commentaire MC OCDE 2017 et BEPS .....                                | 12  |
| D. Droit de jouissance : article 23 alinéa 1 LIA.....  | 13  |
| II. Réserve de l'abus dans les conventions de double imposition suisses et le droit interne... | 15  |
| A. Généralités.....  | 15  |
| B. Réserve de l'abus dans les conventions de double imposition suisses.....                    | 15  |
| C. Article 21 alinéa 2 LIA : l'évasion fiscale .....   | 19  |
| 1. Généralités.....  | 19  |
| 2. Application de l'article 21 alinéa 2 LIA dans un contexte international.....                | 20  |
| III. Développements récents.....   | 22  |
| A. Généralités.....  | 22  |
| 1. État des lieux .....  | 22  |
| 2. Approche envisagée .....  | 23  |
| B. Pratiques anti-abus générales de l'AFC entre 2017 et 2020 .....                             | 24  |
| 1. État de fait de base.....   | 24  |
| 2. Actionnaire direct de la société suisse (société B) : critères de substance .....           | 25  |

|     |   |    |
|-----|---|----|
| 3.  | Actionnaire ultime de la société suisse : forme juridique .....   | 26 |
| C.  | Pratiques anti-abus spécifiques de l'AFC : anciennes réserves .....   | 28 |
| D.  | Nouveauté : de la transposition internationale classique à l'étendue.....   | 30 |
| 1.  | La transposition internationale classique .....   | 30 |
| 2.  | La transposition internationale étendue.....  | 31 |
| IV. | Impact de la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne sur la pratique suisse .....                                     | 35 |
| A.  | Généralités.....  | 35 |
| B.  | Arrêts de la cour (grande chambre) du 26 février 2019 .....   | 35 |
| 1.  | Généralités.....  | 35 |
| 2.  | Faits pertinents : affaire C-115/16 (HoldCo 2 alias <i>N Luxembourg 1</i> ) et affaire C-116/16 (Target alias <i>T Danemark</i> ) ..... | 36 |
| 3.  | Fondements juridiques : Directives Intérêts/Redevances et Mère-Fille.....   | 37 |
| 4.  | Considérants de la CJUE : affaires C-115/16 et C-116/16.....  | 38 |
| a.  | Bénéficiaire effectif.....  | 38 |
| b.  | Développement d'une nouvelle notion anti-abus européenne .....  | 39 |
| 5.  | Analyses et perspectives suite aux arrêts de la CJUE .....  | 40 |
| a.  | Bénéficiaire effectif.....  | 40 |
| b.  | Développement d'une nouvelle notion anti-abus européenne .....  | 40 |
| C.  | Arrêt du Tribunal fédéral 2C_354/2018 du 20 avril 2020.....   | 41 |
| 1.  | Généralités.....  | 41 |
| 2.  | Faits pertinents .....  | 41 |
| 3.  | Considérants du Tribunal administratif fédéral.....   | 42 |
| 4.  | Considérants du Tribunal fédéral .....  | 43 |
| 5.  | Analyses et perspectives suite à l'arrêt du Tribunal fédéral 2C_354/2018.....   | 43 |
| a.  | Introduction .....  | 43 |
| b.  | Bénéficiaire effectif : l'existence d'une condition non écrite.....   | 44 |
| c.  | Nouvel abus européen en matière d'impôt direct.....   | 45 |
| d.  | Considérations temporelles sur la pertinence des arrêts de la CJUE .....  | 45 |
| e.  | Conséquences d'un abus de droit : refus total du remboursement.....   | 46 |
|     | Conclusion.....   | 50 |

## Table des abréviations

|                   |   |
|-------------------|---|
| ACF62             | Arrêté du Conseil fédéral instituant des mesures contre l'utilisation sans cause légitime des conventions conclues par la Confédération en vue d'éviter les doubles impositions du 14 décembre 1962 (RS 672.202) (État le 5 décembre 2006) (cet arrêté a été transformé en ordonnance le 24 mai 2017 ; (RO 2017 3343))                  |
| AFC               | Administration fédérale des contributions   |
| AFisE             | Accord du 26 octobre 2004 entre la Confédération suisse et la Communauté européenne prévoyant des mesures équivalentes à celles prévues dans la directive 2003/48/CE du Conseil du 3 juin 2003 en matière de fiscalité des revenus de l'épargne sous forme de paiements d'intérêts (RS 0.642.926.81)                                    |
| al.               | alinéa(s)   |
| art.              | article(s)  |
| ASA               | Archives de droit fiscal suisse   |
| ATF               | Arrêt du Tribunal fédéral   |
| BEPS              | <i>Base erosion and profit shifting</i> (= l'érosion de la base d'imposition et le transfert de bénéfices)  |
| BO                | Bulletin officiel de l'Assemblée fédérale   |
| CC                | Code civil suisse du 10 décembre 1907 (RS 210)  |
| CDI               | Convention de double imposition   |
| CE                | Conseil des États   |
| cf.               | confer  |
| CF                | Conseil fédéral   |
| ch.               | chiffre(s)  |
| Chap.             | Chapitre  |
| CJUE              | Cour de justice de l'Union européenne   |
| consid.           | considérant   |
| CV                | Convention de Vienne sur le droit des traité conclue à Vienne le 23 mai 1969 (RS 0.111)   |
| CO                | Loi fédérale complétant le Code civil suisse du 30 mars 1911 (RS 220)   |
| DFF               | Département fédéral des finances  |
| Directive Fusions | Directive 2009/133/CE du Conseil du 19 octobre 2009 concernant le régime fiscal commun applicable aux fusions, scissions, scissions partielles, apports d'actifs et échanges d'actions intéressant des sociétés d'États membres différents, ainsi qu'au transfert du siège statutaire d'une SE ou d'une SCE d'un État membre à un autre |

|                              |   |
|------------------------------|---|
| Directive Intérêts/Redevance | 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  |
| Directive Mère-Fille         | 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   |
| Directive sur les fusion     | Directive 2009/133/CE du Conseil du 19 octobre 2009 concernant le régime fiscal commun applicable aux fusions, scissions, scissions partielles, apports d'actifs et échanges d'actions intéressant des sociétés d'États membres différents, ainsi qu'au transfert du siège statutaire d'une SE ou d'une SCE d'un État membre à un autre |
| Dr.                          | Docteur   |
| EAR                          | Accord entre la Confédération suisse et l'Union européenne sur l'échange automatique d'informations relatives aux comptes financiers en vue d'améliorer le respect des obligations fiscales au niveau international conclu le 26 octobre 2004 (RS 0.641.926.81)   |
| éd.                          | édition   |
| édit.                        | éditeur(s)  |
| FF                           | Feuille fédérale  |
| HSG                          | <i>Universität St. Gallen</i> (= Université de Saint-Gall)  |
| <i>Ibid.</i>                 | Ibidem (= au même endroit)  |
| IFA                          | International Fiscal Association (= Association Fiscale Internationale)   |
| IFD                          | impôt fédéral direct  |
| IFF                          | Institut für Finanzwissenschaft, Finanzrecht und Law and Economics (= Institut des finances publiques, du droit financier et du droit et de l'économie)   |
| lit.                         | littera (= lettre)  |
| LIA                          | Loi fédérale du 13 octobre 1965 sur l'impôt anticipé (RS 642.21)  |
| LHID                         | Loi fédérale du 14 décembre 1990 sur l'harmonisation des impôts directs des cantons et des communes (RS 642.14)   |
| LIFD                         | Loi fédérale du 14 décembre 1990 sur l'impôt fédéral direct (RS 642.11)   |
| MC OCDE                      | Modèle de Convention fiscale concernant le revenu et la fortune   |
| n <sup>o(s)</sup>            | numéro(s)   |
| OCDE/OECD                    | Organisation de coopération et de développement économiques/ <i>Organisation for Economic Cooperation and Development</i>   |
| OREF                         | Ordre romand des experts fiscaux  |
| p.                           | page  |
| para.                        | paragraphe(s)   |

|       |  |
|-------|--|
| phr.  | Phrase   |
| pp    | pages  |
| Prof. | Professeur   |
| RAC   | réserve issue d'apports de capital   |
| RFFA  | Réforme fiscale et financement de l'AVS  |
| RO    | Recueil officiel   |
| s.    | et suivant(e)  |
| ss    | et suivant(e)s   |
| TFUE  | Version consolidée du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (JO C 326 du 26.10.2012, p. 47-390) |
| VSt   | Verrechnungssteuer (= impôt anticipé)  |

## Bibliographie

AVERY JONES John, *in*: LANG Michael (édit.), *Tax Treaty Interpretation in the European Union*, Vienne 2001, p. 357 ss (cité : AVERY JONES, *Tax Treaty*).

BAUMGARTNER Beat, *Das Konzept des beneficial owner im internationalen Steuerrecht der Schweiz unter besonderer Berücksichtigung von abkommensbegünstigten Dividenden- und Zinseinkünften*, *in*: SIMONEK Madeleine (édit.), *Schriften zum Steuerrecht*, Zürich/Basel/Genf 2010 (cité: BAUMGARTNER, *Beneficial owner*).

BAUER-BALMELLI, Maja, *Der Sicherungszweck der Verrechnungssteuer, Unter besonderer Berücksichtigung der Erträge aus Beteiligungsrechten*, Dissertation, Zürich 2001 (cité: BAUER-BALMELLI, *Sicherungszweck*).

BAUER-BALMELLI, Maja / FISLER Thomas, *Die Praxis der Bundessteuern, Stempelabgaben, Verrechnungssteuer, II. Teil* (cité: BAUER-BALMELLI, *Die Praxis*).

BLUMENSTEIN Ernst / LOCHER Peter, *System des Steuerrechts*, 7 éd., Zürich 2016 (cité: BLUMENSTEIN/LOCHER, *System*).

BLUMENSTEIN Ernst, *Steuerumgehung und Steuerhinterziehung*, ASA 14 (1945/46), p. 273 ss (cité: BLUMENSTEIN, *Steuerumgehung*).

BLUMENSTEIN Ernst, *Die Auslegung der Steuergesetze in der schweizerischen Rechtsprechung*, ASA 8 (1939/40), p. 161 ss, p- 225 ss, p. 273 ss (cité: BLUMENSTEIN, *Auslegung*).

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 2011/7-8, p. 581. ss (cité: DANON, *Projet OCDE 2011*).

DANON Robert, *Le concept de bénéficiaire effectif dans le cadre du MC OCDE*, IFF 2007/1, p. 38 ss (cité: DANON, *Bénéficiaire effectif MC OCDE*).

DANON Robert/MALEK Benjamin, *Influence of EU case law on the prohibition of international tax abuse in Swiss practice*, ASA 89 (2020/21), p. 477 ss (cité: DANON/ MALEK, *EU case law*).

BLUMENSTEIN Ernst, *Die Auslegung der Steuergesetze in der schweizerischen Rechtsprechung*, ASA 8 (1939/40), p. 161 ss, p- 225 ss, p. 273 ss (cité: BLUMENSTEIN, *Auslegung*).

DANON Robert, *Switzerland's direct and international taxation of private express trusts, With particular references to US, Canadian and New Zealand trust taxation*, Dissertation, Zürich 2003 (cité: DANON, *Trust taxation*).

GANI Raphaël, *La clause de limitation des bénéfices dans la convention de double imposition entre la Suisse et les États-Unis*, Dissertation, Lausanne 2007 (cité : GANI, *LOB*).

GLAUSER Pierre-Marie, *Évasion fiscale et interprétation économique en matière de TVA*, ASA 75 (2007), p. 727 (cité : GLAUSER, *Évasion*).

HERNÁNDEZ GONZÁLEZ-BARRERA Pablo, *Beneficial Ownership in Tax Law and Tax Treaties*, 1 éd., Grande-Bretagne 2020 (cité: HERNÁNDEZ GONZÁLEZ-BARRERA, BO in Tax Law).

HÖHN Ernst, *Handbuch des Internationalen Steuerrechts*, in: HÖHN Ernst (édit.), 2 éd., Berne 1994, p. 45 ss (cité: HÖHN, Handbuch).

HÖHN Ernst, *Internationale Steuerplanung*, 1 éd., Berne 1997 (cité: HÖHN, Steuerplanung).

JAUSSI Thomas / GHIEMMETTI Costante, *Die eidgenössische Verrechnungssteuer*, Ein Praktiker-Lehrbuch in zwei Bänden, Berne 2016 (cité: JAUSSI, VStG).

JUNG Marcel, *Abkommensmissbrauch im internationalen Steuerrecht der Schweiz*, Berne 2011 (cité: JUNG, Abkommensmissbrauch).

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, 88 (2014), p. 1176-1184 (cité : STOYANOV/ SANSONETTI, Bénéficiaire effectif et mesures anti-abus).

LOCHER Peter / MARANTELLI Adriano / OPEL Andrea, *Einführung in das internationale Steuerrecht der Schweiz*, 4 éd., Bern 2005 (cité. LOCHER, Einführung).

LOCHER Peter, *Grenzen der Rechtsfindung im Steuerrecht*, Berne 1983 (cité: LOCHER, Rechtsfindung).

LÜTHI Daniel, *Die Vorschriften gegen den Missbrauch von Doppelbesteuerungsabkommen des Bundes*, in: Ernst Höhn (édit.), *Handbuch des Internationalen Steuerrechts der Schweiz*, 2 éd., Bern/Stuttgart/ Wien 1993, p. 381 ss (cité: LÜTHI, Missbrauch).

LUTZ Georg, *Die Massnahmen gegen die missbräuchliche Inanspruchnahme von Doppelbesteuerungsabkommen*, Zürich 2000 (cité: LUTZ, Missbrauchsbestimmung).

MATTEOTTI René, *Der Durchgriff bei von Inländern beherrschten Auslandsgesellschaften im Gewinnsteuerrecht*, Ein Betrag zum Verhältnis des Rechtsmissbrauchsverbots im Steuerrecht zum Verfassungs- und Völkerrecht, Dissertation, Berne 2003 (cité: MATTEOTTI, Durchgriff).

MATTEOTTI René, *Die Verweigerung der Entlastung von der Verrechnungssteuer wegen Treaty Shoppings*, ASA 75 (2006/07), p. 767 (cité: MATTEOTTI, Treaty shoppings).

MATTEOTTI René, «Treaty Shopping» und seine Grenzen in der schweizerischen Rechtsprechung, in: *Zentrum für Schweizerisches und Internationales Steuerrecht (zsis) 2008*, Aufsätze, n°1 (cité: MATTEOTTI, Treaty Shopping und seine Grenzen).

MÄUSLI Peter, *Die Ansässigkeit von Gesellschaften im internationalen Steuerrecht*, Berne/Stuttgart/Vienne 1993.

OBERSON Xavier, *Précis de droit fiscal international*, Berne 2014 (cité : OBERSON, Précis).

OBERSON Xavier, *La notion de bénéficiaire effectif en droit fiscal international*, in : SUBILIA-ROUGE Liliane / MOLLARD Pascal / TISSOT Benedetto Anne (édit.), *Festschriften SRK*, Zum

10. Geburtstage der Eidgenössischen Steuerrekurskommission, Lausanne 2014 p. 213 ss (cité : OBERSON, Bénéficiaire effectif).

OESTERHELT Stefan, Aus der Rechtsprechung in den Jahren 2019/2020 (Teil 2), *in*: IFF Forum für Steuerrecht 2021/1, p. 42 ss (cité: OESTERHELT, Rechtsprechung 2019/2020).

OESTERHELT Stefan, Altreservenpraxis, internationale Transponierung und stellvertretende Liquidation, *in*: IFF Forum für Steuerrecht 2017/2, p. 99 ss (cité: OESTERHELT, Altreservenpraxis, int. Transponierung und stellv. Liquidation).

OESTERHELT Stefan, Altreservenpraxis, vor Bundesgericht, *in*: IFF Forum für Steuerrecht 2020/4, p. 902 ss (cité: OESTERHELT, Altreservenpraxis BGer).

OESTERHELT Stefan, Erweiterte internationale Transponierung, *in*: IFF Forum für Steuerrecht 2020/1, p. 40 ss (cité: OESTERHELT, erw. int. Transponierung).

OESTERHELT Stefan / FELLAY Raphaël, La pratique des anciennes réserves de l'AFC, *in*: Revue de droit administratif et de droit fiscal (RDAF), Lausanne/Genève 2021 II, p. 481 ss (cité: OESTERHELT/FELLAY, Anciennes réserves).

OESTERHELT Stefan / OPEL Andrea, Abkommensberechtigung von Personal Holdings, *in*: Revue fiscale (RF), Berne 2021/5, p. 338 ss (cité: OESTERHELT/OPEL, Personal Holding).

OESTERHELT Stefan / WINZAP Maurus, Abkommensmissbrauch, Dänemark-Entscheid zum Treaty-Shopping, ST 2006, P. 773 (cité: OESTERHELT/WINZAP, Dänemark-Entscheid).

PONCE Floran, 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*: Revue de droit administratif et de droit fiscal, Lausanne/Genève, Année 66(2010), p. 125-167 (cité : PONCE, Évasion fiscale).

SEILER Moritz, Aus der Rechtsprechung des EuGH in den Jahren 2018/2019, *in*: IFF Forum für Steuerrecht 2020/1, p. 51 ss.

VOGEL Klause *in* VOGEL Klause / LEHNER Moris (édit.): Doppelbesteuerungsabkommen der Bundesrepublik Deutschland auf dem Gebiet der Steuern von Einkommen und Vermögen ; Kommentar auf der Grundlage der Musterabkommen, 5ième éd., München 2008 (cité: VOGEL, Kommentar).

WASSERMEYER Franz, Kommentierung des Artikels 3 OECD-MA, *in*: DEBATIN Helmut / WASSERMEYER Franz (édit.), Doppelbesteuerung, Kommentar zu allen deutschen Doppelbesteuerungsabkommen, Band I, München 2007.

WALDBURGER Robert, Die Auslegung von Doppelbesteuerungsabkommen in der Rechtsprechung des Schweizerischen Bundesgerichts, *in*: LANG Michael / MÖSSNER Jörg / WALDBURGER Robert (édit.), Die Auslegung von Doppelbesteuerungsabkommen in der Rechtsprechung der Höchstgerichte Deutschlands, der Schweiz und Österreichs, Schriftenreihe zum Internationalen Steuerrecht, Band 6, Vienne 1998, p. 51 ss (cité: WALDBURGER, Auslegung).

ZWEIFEL Martin/BEUSCH Michael/BAUER-BALMELLI Maja (édit.), Kommentar zum Schweizerischen Steuerrecht – Bundesgesetz über die Verrechnungssteuer, 1<sup>ère</sup> éd., Bâle 2012 (cité: VStG-AUTEUR).

ZWEIFEL Martin/BEUSCH Michael/MATTEOTTI René (édit.), Kommentar zum internationalen Steuerrecht, Bâle 2015 (cité: Int.StR-AUTEUR).

## **Conférences et présentations**

DANON ROBERT/ OPPLIGER Olivier, L'abus en matière internationale : pratique récente au niveau suisse et européen, Assemblée extraordinaire des membres du 11 février 2021 (Webinar), p. 31 ss (cité : DANON/ OPPLIGER, IFA).

OESTERHELT Stefan / OPPLIGER Olivier, Aktuelle Entwicklungen im Bereich Rückerstattung der Verrechnungssteuer, IFF Seminar Internationales Steuerrecht 2020, 23/24 novembre 2020 (cité: OESTERHELT/ OPPLIGER, IFF Int. StR 2020).

OESTERHELT Stefan / OPPLIGER Olivier, Aktuelle Entwicklungen im Bereich Rückerstattung der Verrechnungssteuer, IFF Seminar Internationales Steuerrecht 2019, 19/20 novembre 2019 (cité: OESTERHELT/ OPPLIGER, IFF Int. StR 2019).

OESTERHELT Stefan / OPPLIGER Olivier, Aktuelle Entwicklungen im Bereich Rückerstattung der Verrechnungssteuer, IFF Seminar Internationales Steuerrecht 2018, 13/14 novembre 2018 (cité: OESTERHELT/ OPPLIGER, IFF Int. StR 2018).

OESTERHELT Stefan / OPPLIGER Olivier, Aktuelle Entwicklungen im Bereich Rückerstattung der Verrechnungssteuer, IFF Seminar Internationales Steuerrecht 2017, 21/22 novembre 2017 (cité: OESTERHELT/ OPPLIGER, IFF Int. StR 2017).

PONCE Floran, Cessions de participations, Anciennes réserves, transposition internationale et liquidation par représentation, Séminaire OREF du 19 septembre 2019 (cité : PONCE, OREF).

## **Documentation officielle OCDE**

OCDE, Les conventions préventives de la double imposition et l'utilisation des sociétés relais, *in* : L'Évasion et la fraude fiscale internationales, Quatre Études, Paris 1986 (cité : OCDE, Sociétés relais).

OCDE, Modèle de convention fiscale concernant le revenu et la fortune 2017 (Version complète) (cité: Commentaire OCDE 2017).

OCDE, Modèle de convention fiscale concernant le revenu et la fortune 2014 (Version complète) (cité: Commentaire OCDE 2014).

OCDE, Modèle de convention fiscale concernant le revenu et la fortune 2010 (Version abrégée) (cité: Commentaire OCDE 2010).

OCDE, Modèle de convention fiscale concernant le revenu et la fortune 2008 (Version abrégée) (cité: Commentaire OCDE 2008).

OCDE, Modèle de convention fiscale concernant le revenu et la fortune 2005 (Version abrégée) (cité: Commentaire OCDE 2005).

OCDE, Modèle de convention fiscale concernant le revenu et la fortune 2003 (Version complète) (cité: Commentaire OCDE 2003).

OCDE, Modèle de convention fiscale concernant le revenu et la fortune 2000 (Version abrégée) (cité: Commentaire OCDE 2000).

OCDE, Modèle de convention fiscale concernant le revenu et la fortune 1998 (Version abrégée) (cité: Commentaire OCDE 1998).

OCDE, Modèle de convention fiscale concernant le revenu et la fortune 1992 (Version abrégée) (cité: Commentaire OCDE 1992).

OCDE, Modèle de convention fiscale concernant le revenu et la fortune 1977 (Version complète) (cité: Commentaire OECD 1977).

OCDE, Report of informal consultative group on the taxation of collective investment vehicles and procedures for tax relief for cross-border investors on the granting of treaty benefits with respect to the income of collective investment vehicles, Paris 2009 (cité: OCDE, Rapport placements collectifs).

OCDE, Model Tax Convention: Revised proposals concerning the meaning of “Beneficial Owner” in Articles 10, 11 and 12, Paris 2012 (cité: OCDE, Projet révisé 2012).

OCDE, la mise à jour 2017 du modèle de convention fiscale de l'OCDE, Paris 2017 (cité : OCDE, Mise à jour 2017).

OCDE, Projet OCDE/G20 sur l'érosion de la base d'imposition et le transfert de bénéficiaires, Empêcher l'octroi inapproprié des avantages des conventions fiscales, Action 6 – Rapport final 2015, Paris 2017 (cité: OCDE, BEPS Action 6).

OCDE, Projet OCDE/G20 sur l'érosion de la base d'imposition et le transfert de bénéfices, Prévention de l'utilisation abusive des conventions, Rapport d'examen par les pairs sur le chalandage fiscal : Cadre inclusif sur le BEPS : Action 6, Paris 2019 (cité : OCDE, BEPS Action 6, Rapport par les pairs).

## Documentation officielle Suisse

Administration fédérale des contributions, Limitations conventionnelles des impôts étrangers, Aperçu des taux d'impôt admis en pour cent, État au 1<sup>er</sup> janvier 2021, <https://www.estv.admin.ch/dam/estv/fr/dokumente/intsteuerrecht/themen/auslaendische-quellensteuern-pro-land/dba-steuerentlastungen.pdf.download.pdf/Steuerentlastungen-2021-f.pdf>> (consulté le 30 juin 2021) (cité: AFC, Limitations conventionnelles des impôts étrangers).

Département fédéral des finances, Condition pour les dégrèvements d'impôts sur la base des conventions contre les doubles impositions, État fin 2017, <<https://www.sif.admin.ch/dam/sif/fr/dokumente/DBA-Missbrauch/DBA%20Voraussetz.pdf.download.pdf/DBA%20Voraussetz%20f%C3%BCr%20Steuerentlastungen%20f%20barrierefrei.pdf>> (consulté le 30 juin 2021) (cité: DFF, Conditions pour les dégrèvements d'impôts).

Administration fédérale des contributions, Wegleitung betreffend die Aufhebung der schweizerischen Verrechnungssteuer auf Dividendenzahlungen zwischen verbundenen Kapitalgesellschaften im Verhältnis zwischen der Schweiz und den Mitgliedstaaten der Europäischen Union, 15 juillet 2005, <[https://www.estv.admin.ch/dam/estv/de/dokumente/intsteuerrecht/themen/eu-zinsbesteuerung/wegleitungen/EUZ\\_Wegleitung\\_050715.pdf.download.pdf/EUZ\\_Wegleitung\\_050715\\_d.pdf](https://www.estv.admin.ch/dam/estv/de/dokumente/intsteuerrecht/themen/eu-zinsbesteuerung/wegleitungen/EUZ_Wegleitung_050715.pdf.download.pdf/EUZ_Wegleitung_050715_d.pdf)> (consulté le 30 juin 2021) (cité: AFC, Guide accord EAR).

## Introduction

*Beneficial owners are like elephants; you know them when you see them*

1987, Gouverneur de la banque d'Angleterre

Complicé à décrire, mais immédiatement reconnaissable. C'est le sens du test dit de l'éléphant et popularisé par de très nombreuses décisions jurisprudentielles anglo-saxonnes pour identifier un bénéficiaire effectif. Le bénéficiaire effectif dans le cadre des conventions de double imposition suisses est-il, tout comme un éléphant, difficile à décrire, mais immédiatement reconnaissable ?

La réponse est aujourd'hui sans doute négative. La notion de bénéficiaire effectif, *Nutzungsberechtigung* en allemand, ou encore de *beneficial owner* en anglais, est une notion juridique indéterminée. On en veut pour preuve le fait que même les fiscalistes les plus avisé(e)s ne se risqueraient pas à se prononcer de façon univoque sur un état de fait, relativement complexe, concernant le remboursement de l'impôt anticipé dans un contexte international. Dans cette constellation, l'impôt anticipé perd sa principale qualité : il n'est plus un simple impôt de sûreté, mais un impôt prélevé à des fins fiscales.

Rares sont donc les fiscalistes pouvant circonscrire avec clarté la notion de bénéficiaire effectif et encore plus rares sont ceux qui peuvent prétendre pouvoir anticiper la réaction de la division remboursement de l'administration fédérale des contributions et ses célèbres demandes de renseignements.

En plus de l'incertitude entourant la notion, le fiscaliste romand se trouve confronté à une difficulté supplémentaire. Il doit au moins une fois par année tourner son regard vers l'est, au-delà de l'Eigerstrasse 65, pour découvrir la dernière évolution pratique en matière de remboursement de l'impôt anticipé. En effet, comme nous le verrons plus loin, c'est lors du séminaire organisé annuellement par l'IFF de l'Université de St. Gall que sont généralement annoncées les nouveautés par Messieurs Olivier Oppliger et Stefan Oesterheld.

Avant d'analyser les développements récents de cette matière et notamment le potentiel impact de la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne, il conviendra de brosser un portrait exhaustif de la situation. Nous plongerons donc au cœur du sujet, soit l'analyse de la notion de bénéficiaire effectif (Chap. I) et la réserve de l'abus de droit dans les conventions de double imposition adoptées par la Suisse (Chap. II). Cette analyse est indispensable pour comprendre l'évolution de ces notions et surtout les récentes décisions tant au niveau suisse qu'européen (Chap. III et IV). Nous proposerons et opposerons notre avis là où ceux des autres divergent ou sont absents.

À ce stade, nous souhaitons exclure du champ de notre analyse les problématiques spécifiques liées à la notion de bénéficiaire effectif dans le cadre de transactions financières relativement complexes qui ont occupé, à plusieurs reprises, les plus hautes juridictions de notre pays. Les récentes jurisprudences de la Cour de justice de l'Union européenne n'ayant que peu d'emprise dans ce domaine.

# I. Bénéficiaire effectif

## A. Généralités

### 1. Principes de fiscalité internationale et considérations économiques<sup>1</sup>

De nos jours, presque tous les États du monde font usage de leur possibilité d'imposer des constellations internationales. Ces derniers distinguent principalement entre :

- (i) les résidents qui sont généralement imposés sur leurs revenus et leur patrimoine au niveau mondial (**principe dit de l'imposition du revenu mondial**) ; et
- (ii) les non-résidents qui ont généralement une obligation fiscale limitée et ne sont imposés que sur leurs revenus provenant de certaines sources nationales (**principe dit de l'imposition à la source**).

La coexistence de l'imposition mondiale des revenus des résidents et de l'imposition à la source des non-résidents s'est établie au cours du XX<sup>e</sup> siècle et est pratiquée par presque tous les États. La Suisse ne fait pas exception à ce principe. Ces deux concepts sont conformes au droit international, pour autant que l'assujettissement soit fondé sur un lien factuel suffisant avec le territoire national d'un État.

Cependant, en combinant ces deux concepts, un État entretient une contradiction. D'une part, il s'estime en droit d'imposer certains revenus nationaux des non-résidents et, d'autre part, il soutient que les revenus de source étrangère des résidents de son État doivent également être imposés. Un État applique donc des principes différents aux résidents et aux non-résidents et accepte délibérément la double imposition. L'imposition du revenu mondial des résidents et l'imposition à la source des non-résidents est l'une des principales causes de la double imposition internationale. Elle conduit inévitablement à une collision entre l'assujettissement illimité à l'impôt dans l'État de résidence et l'assujettissement limité à l'impôt dans l'État source.

Il est vrai que presque tous les pays ont des dispositions unilatérales pour éviter la double imposition internationale. Ces règles conduisent généralement à une atténuation et à un affaiblissement de l'imposition des résidents sur leur revenu mondial. Toutefois, elles n'atténuent que marginalement la problématique de la double imposition internationale.

Le fondement d'une législation fiscale sur le principe de l'imposition du revenu mondial ou à la source n'est pas seulement une question de droit fiscal. Il s'agit avant tout d'une question économique. Dans une économie de marché, on cherche à tâtons l'efficacité économique dans l'allocation des ressources que sont le travail et le capital. La fiscalité ne doit pas influencer l'efficacité de l'allocation des ressources. Elle doit rester neutre.

Les États combattent les effets néfastes de la mauvaise allocation des facteurs de production en concluant des conventions destinées à lutter contre les doubles impositions, plus communément appelées conventions de double imposition (CDI).

---

1 Ce premier chapitre est inspiré et basé sur le cours introductif proposé le 15 septembre 2015 par Prof. Dr. Madeleine Simonek à l'université de Zürich à l'occasion d'un séminaire intitulé *Internationales Steuerrecht I*.

## 2. La Suisse et le principe d'imposition à la source

La Suisse ne fait pas exception à la règle et prélève également un impôt à la source, appelé impôt anticipé, sur les revenus de capitaux mobiliers et notamment sur les participations aux bénéficiaires et tous autres rendements des actions émises par une société anonyme suisse, en particulier les dividendes<sup>2</sup>. L'obligation fiscale incombe à la société qui doit verser 35% du montant de la prestation imposable (dividende) à l'Administration fédérale des contributions (AFC)<sup>3</sup>. En revanche, aucun impôt à la source n'est prélevé sur les intérêts<sup>4</sup> ou les redevances.

En droit interne, l'impôt anticipé vise uniquement à **garantir que l'impôt sur le revenu et la fortune** soient payés et à empêcher les cas de soustraction fiscale par des contribuables domiciliés en Suisse<sup>5</sup>. Lorsque les bénéficiaires des prestations imposables sont **domiciliés à l'étranger**, l'impôt anticipé poursuit **uniquement un but fiscal**<sup>6</sup>. Toutefois, la Suisse accepte de limiter sa souveraineté lorsqu'une CDI l'y contraint<sup>7</sup>. Le contribuable résidant à l'étranger a ainsi droit au dégrèvement ou remboursement de l'impôt pour autant qu'une convention de double imposition entre la Suisse et l'État de résidence de ladite personne<sup>8</sup> le prévoie.

Conformément à la disposition conventionnelle classique que l'on retrouve généralement à l'article 10, les dividendes payés par une société qui est un résident d'un État contractant (la Suisse) à un résident de l'autre État contractant (tiers) sont imposables dans cet autre État (tiers)<sup>9</sup>. Toutefois, ces dividendes peuvent être imposés dans l'État contractant dont la société qui paie les dividendes est un résident (Suisse), mais si la personne qui perçoit les dividendes en est le bénéficiaire effectif, l'impôt à la source ne peut excéder un certain pourcentage (par exemple 5% ou 15%).

La souveraineté de la Suisse est donc limitée (réduction du taux d'impôt anticipé) par une mécanique de dégrèvement ou de remboursement pour autant que la personne à qui le dividende est payé remplisse les conditions posées par les dispositions conventionnelles et nationales pertinentes.

## 3. Approche envisagée

La question du **bénéficiaire effectif** du dividende est aujourd'hui une condition pivot du dégrèvement ou remboursement de l'impôt anticipé. Les autres conditions usuelles comme, par exemple, la résidence, le pourcentage ou la durée de détention ne seront donc volontairement pas abordées dans le cadre de ce travail.

La notion de bénéficiaire effectif ayant été introduite dans un cadre conventionnel, il convient, au préalable, de s'accorder sur : (i) la méthodologie juridique à employer pour interpréter une notion conventionnelle (*infra* I.B) et (ii) définir la pertinence du commentaire MC OCDE pour son interprétation (*infra* I.C.1 et 2).

---

2 Art. 4 al. 1 LIA.

3 Art. 10 al. 1 et art. 13 al. 1 let. a LIA.

4 Dans le cadre de cette affirmation, nous excluons naturellement les obligations (Art. 4 al. 1 LIA).

5 VStG-BAUER-BALMELLI/REICH, Vorbemerkungen, n°66 ss.

6 VStG-BAUER-BALMELLI/REICH, Vorbemerkungen, n°71 ss.

7 Int.StR-MATTEOTTI/HORN, Einleitung, n°12.

8 Le terme « personne » est employé de façon neutre dans le cadre de ce travail et désigne tant une personne physique qu'une personne morale.

9 Art. 10 al. 1 et al. 2 MC OCDE 2017.

Une fois que les bases seront posées, nous nous attaquerons à la notion de bénéficiaire effectif. Afin de prendre le contre-pied de BAUMGARTNER<sup>10</sup> – qui a probablement rédigé l'étude la plus exhaustive à ce sujet en 2010 – nous débiterons l'analyse par l'approche adoptée par l'OCDE (*infra* I.C.3). Nous nous tournerons ensuite vers la notion de droit de jouissance propre au droit interne (*infra* I.D).

À titre préliminaire, il convient de préciser qu'il est aujourd'hui impossible de présenter de façon exhaustive toutes les facettes de la notion de bénéficiaire effectif. DANON a déjà fait cette constatation en 2011 et l'état des lieux n'est certainement pas meilleur aujourd'hui<sup>11</sup>. Parce qu'une présentation exhaustive n'est ni possible ni souhaitable et qu'elle déborderait inévitablement du cadre de ce travail, notre approche cherchera à faciliter l'interprétation des récentes décisions jurisprudentielles et les développements récents (*infra* III et IV).

## **B. Interprétation d'une disposition conventionnelle : méthode(s)**

La méthode adéquate pour procéder à l'interprétation d'une disposition conventionnelle **n'est pas explicitement définie** par la doctrine ou la jurisprudence et est, peut-être, tout aussi controversée que la notion de bénéficiaire effectif elle-même.

En effet, l'article 3 alinéa 2 de la MC OCDE 2017 prévoit que tout terme ou expression qui n'est pas défini dans la convention a le sens que lui attribue, à ce moment, le droit de l'État concernant les impôts auxquels s'applique ladite convention. Une exception est faite si le contexte exige une interprétation différente ou que les autorités compétentes conviennent d'un sens différent.

La doctrine apprécie différemment ce renvoi à la *lex fori*. Un courant minoritaire considère que ce renvoi est prioritaire si l'on se base sur une interprétation grammaticale et systématique stricte<sup>12</sup>. À l'opposé, le courant majoritaire tient le renvoi à la *lex fori* pour l'*ultima ratio*<sup>13</sup>. L'opposition n'est pas limitée à la doctrine, mais trouve également son fondement dans les traditions juridiques des différents États.

En substance, les États anglo-saxons privilégient la protection de leur tradition juridique et donc le renvoi à la *lex fori*<sup>14</sup>. La tradition en Suisse et en Allemagne est de rejeter ce renvoi trop rapide à la *lex fori* pour privilégier d'autres formes d'interprétations, notamment celles relatives aux traités internationaux<sup>15</sup>.

Une CDI, comme tout traité international, doit s'interpréter à la lumière de la Convention de Vienne sur le droit des traités conclue à Vienne le 23 mai 1969<sup>16</sup> (CV). Cette convention prévoit,

---

10 BAUMGARTNER, Beneficial Owner, II. Aufbau der Arbeit.

11 DANON, Projet OCDE 2011, Chap. I.

12 MÄUSLI, p. 156 s. ; WASSERMEYER, n°71a et n°82.

13 Pour n'en citer que quelques-uns : HÖHN, Handbuch, p. 81 ss ; DANON, bénéficiaire effectif MC OCDE, p. 48 ou encore WALDBURGER, Auslegung, p. 62.

14 AVERY JONES, Tax Treaty, p. 369 : « The cases where the context requires that internal law should not be used are exceptional [...] ». Traduction libre : « Les cas où le contexte exige que le droit interne ne soit pas utilisé sont exceptionnels [...] ».

15 LOCHER, Einführung, p. 63 ss.

16 FF 1989 II 697, 776 et 777 ; HÖHN, Handbuch, p. 73 ; WALDBURGER, Auslegung, p. 54. Le Tribunal fédéral cite dans son arrêt 2A.239/2005 du 28 novembre 2005, consid. 3.4.1., une pléthore de source doctrinale. À notre connaissance, les développements récents n'ont pas remis en cause ce principe.

à son article 31, qu'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. L'interprétation d'un contrat international se fait donc sur les critères suivants : (i) le sens grammatical, (ii) la systématique, et (iii) la téléologie.

Enfin, le principe de la bonne foi doit également être pris en considération<sup>17</sup>. C'est seulement dans un second temps, en application de l'article 32 CV, que des moyens complémentaires d'interprétation peuvent être utilisés, notamment les travaux préparatoires et autres éléments du contexte historique<sup>18</sup>.

Si l'on dresse un parallèle avec la méthodologie employée par le Tribunal fédéral pour interpréter le droit national et, bien que les méthodes d'interprétation ne soient pas codifiées, contrairement à celles des traités internationaux, on retrouve finalement les mêmes critères. Ce dernier fonde sa première interprétation, naturellement, sur le texte de la loi avant de procéder à une analyse systématique, téléologique et historique<sup>19</sup>. Cependant, le Tribunal fédéral souligne également qu'il s'emploie à appliquer un pluralisme des méthodes (*Methodenmix*) pour rechercher le sens véritable de la norme<sup>20</sup>.

Si le texte de la loi ou du traité international fonde le point de départ de l'interprétation, il convient donc d'aller au-delà du texte pour accorder la norme avec l'état de fait qui doit être jugé et trouver la solution matériellement la plus juste possible et conforme à la volonté du législateur, soit le rédacteur de la disposition légale<sup>21</sup>. Pour les traités internationaux et donc les conventions de double imposition, c'est la volonté des parties et donc des États qui négocient le traité qui est déterminante<sup>22</sup>.

À première vue, et contrairement, au droit national, l'interprétation d'un traité international s'interpréterait selon une **certaine hiérarchie**. Si, de façon tautologique ou circulaire, on interprète les articles 31 et 32 CV selon leur propre règle d'interprétation (après tout la CV est un traité international comme un autre), il ne faut utiliser les moyens complémentaires d'interprétation et les travaux préparatoires que lorsque le sens est ambigu ou obscur, ou encore, lorsqu'il conduit à un résultat qui est manifestement absurde ou déraisonnable. L'application de l'article 32 CV devrait, par conséquent, être systématiquement justifiée.

Quelle est l'approche choisie par le Tribunal fédéral et le Tribunal administratif fédéral ? Selon WALDBURGER<sup>23</sup>, la jurisprudence du tribunal fédéral ne **suivait aucune méthodologie particulière entre 1934 et 1996**. La première évocation d'une méthodologie fut dans le célèbre arrêt *Danemark* rendu le 28 novembre 2005<sup>24</sup> (*infra* II.B). Or, bien que les articles 31 et 32 CV aient été fidèlement reproduits dans cet arrêt, ils ont été évoqués pour analyser si une norme

---

17 HÖHN, Handbuch, p. 74 ; MATTEOTTI, Durchgriff, p. 260.

18 Art. 32 CV.

19 Pour ne citer que quelques arrêts : ATF 132 III 226, consid. 3.3.5 ; Arrêt du Tribunal fédéral 2C\_62/2015 du 2 novembre 2016, consid. 6 ; ATF 142 III 402 consid. 2.5.1.

20 ATF 138 II 557 consid. 7.1 p. 565 et les références citées.

21 ATF 105 Ib 49, consid. 5b : « Une interprétation contra legem n'est possible que si, sans doute possible, l'application de la loi serait déraisonnable et contraire au sens de la norme ».

22 Il revient in fine aux Chambres de ratifier la convention de double imposition. Par exemple pour la convention de double imposition avec le Gouvernement de la République populaire de Chine (RO 2014 3581).

23 WALDBURGER, Auslegung, p. 66 ; Il s'agit de propos repris par BAUMGARTNER, Beneficial Owner, p. 16.

24 Arrêt du Tribunal Fédéral 2A.239/2005 du 28 novembre 2005, consid. 3.4.1.

anti-abus générale non écrite pouvait être déduite de la CDI applicable entre la Suisse et le Danemark<sup>25</sup> et donc pas, en premier lieu, pour interpréter une disposition du traité<sup>26</sup>. Enfin, au considérant 3.4.5, le commentaire MC OCDE est directement évoqué sans même envisager une autre forme d'interprétation ou encore proposer sa place dans la systématique des articles 31 et 32 CV.

Pour conclure de façon intermédiaire, le juriste « méthodologiste » peut faire le constat amer que le Tribunal administratif fédéral et le Tribunal fédéral n'ont jamais réellement appliqué les articles 31 et 32 CV pour les besoins de l'interprétation d'une CDI<sup>27</sup>. En effet, le Tribunal Fédéral semble préférer la recherche d'une solution juridique guidée par les principes de **fiscalité internationale** (*international tax language*) dont le commentaire MC OCDE récapitule les points de vue les plus consensuels des États.

## C. Commentaire MC OCDE

### 1. Pertinence générale dans l'interprétation d'une norme conventionnelle

Face à l'émergence des principes dits de fiscalité internationale (*international tax language*), quelle place sied-il d'accorder au commentaire MC OCDE pour interpréter une CDI et, surtout, quelle version de ce commentaire doit-on retenir<sup>28</sup>?

La place à accorder au commentaire MC OCDE dans la systématique proposée par la CV est encore incertaine à ce jour<sup>29</sup>.

Tout d'abord, le commentaire MC OCDE est uniquement pertinent pour les dispositions conventionnelles qui sont **calquées sur la convention modèle de l'OCDE**<sup>30</sup>. De plus, Il faut prendre garde de ne pas oublier les réserves que les États ont exprimées à l'égard de certaines normes du commentaire qu'ils ont adoptées. Les normes visées par ces réserves et le passage du commentaire MC OCDE correspondant sont en effet inopposables aux États.

La doctrine majoritaire considère que le commentaire est une sorte d'outil ayant pour but de faciliter l'interprétation (*Auslegungshilfe*) d'une disposition conventionnelle. Tant que la disposition conventionnelle correspond mot pour mot à celle de la convention modèle de l'OCDE, la doctrine majoritaire soutient que les États parties à la convention ont voulu donner aux dispositions le **sens tel que décrit dans le commentaire MC OCDE**. Cette position conduit donc à considérer que le MC OCDE est le sens ordinaire selon l'article 31 alinéa 1 de

---

25 Convention 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 (RS 0.672.931.41) (version en vigueur au moment de l'arrêt *Danemark*, note de bas de page 21).

26 «*Es fragt sich, ob auf dem Wege der Auslegung ein Missbrauchsvorbehalt begründet werden kann*» (Arrêt du Tribunal fédéral 2A.239/2005, consid. 3.4 1<sup>ère</sup> phrase).

27 À titre d'exemple : ATF 138 II 524 où le Tribunal fédéral évoque les articles 31 et 32 de la CV, mais sans, à notre avis, appliquer de manière systématique la convention. Plus récemment, l'arrêt du Tribunal fédéral 2C\_364/2012 du 5 mai 2015.

28 La problématique des traités antérieurs à l'existence du commentaire MC OCDE n'est pas abordée.

29 Cette incertitude était déjà évoquée par BAUMGARTNER (Beneficial owner, p. 18) et par Prof. Dr. Madeleine Simonek lors du semestre d'automne 2015 à l'université de Zürich à l'occasion d'un séminaire intitulé *Internationales Steuerrecht I*.

30 LOCHER, Einführung, p. 70 s. et les références citées; HÖHN, Handbuch, n°76 ; WALDBURGER, Auslegung, p. 59.

la CV<sup>31</sup>. La doctrine minoritaire, elle, considère que le MC OCDE n'est qu'un moyen complémentaire, parmi d'autres, d'interprétation au sens de l'art 32 CV<sup>32</sup>.

En réalité, à relire des arrêts rendus par les plus hautes juridictions de notre pays en matière de fiscalité internationale<sup>33</sup>, on constate que le commentaire OCDE est systématiquement évoqué et sa place dans l'interprétation d'une norme conventionnelle conforme au modèle n'est aujourd'hui plus réellement remise en cause. Cette approche se justifie, selon nous, par sa **finalité**, c'est-à-dire le développement d'un **langage fiscal international commun** (*international tax language*). Après tout, un renvoi systématique à la *lex fori* et un commentaire OCDE relégué au second plan conduiraient à de nombreux conflits d'attribution et de qualification qui seraient parfaitement insolubles<sup>34</sup>. Les mécanismes de résolution des litiges n'étant, en règle générale, pas contraignants et peu adaptés à ce type de conflit, les conventions de double imposition seraient *de facto* inapplicables<sup>35</sup>. Par conséquent et c'est presque une litote, il n'est pas téméraire d'affirmer que le commentaire OCDE jouit d'une certaine autorité dans la jurisprudence et la doctrine suisse.

## 2. Renvoi statique ou dynamique ?

Une fois que l'utilisation presque systématique du commentaire OCDE n'est plus remise en cause, il convient encore de clarifier **quelle version** du commentaire est pertinente : celle en vigueur au moment de la ratification de la convention ou la plus récente ?

La doctrine majoritaire en Suisse considère que seule la version du commentaire OCDE en vigueur au moment où la CDI a été ratifiée est pertinente<sup>36</sup>. Il s'agit donc d'un renvoi **statique** au commentaire OCDE. Cette approche se justifie principalement par le fait que les modifications du commentaire ne sont pas soumises à un **processus démocratique**. L'influence du Comité des affaires fiscales de l'OCDE sur l'interprétation d'une disposition conventionnelle, pour autant que celle-ci corresponde à la convention modèle, et donc *in fine* sur le contenu de ladite CDI, serait trop importante. Le Comité aurait le pouvoir de modifier le contenu d'une disposition conventionnelle par le biais de son interprétation et ceci sans que cette modification ne soit spécifiquement approuvée ni son application validée par les deux États contractant<sup>37</sup>.

En revanche, le Comité des Affaires fiscales et, par extension, l'OCDE, défendent l'approche d'un renvoi **dynamique**. Il considère en effet déjà dans le cadre de l'élaboration du MC OCDE

---

31 HÖHN, Handbuch, p. 76 ; OESTERHELT/WINZAP, Dänemark-Entscheid, p. 776 ou encore MATTEOTTI, Durchgriff, p. 261.

32 BAUMGARTNER, Beneficial Owner, p. 23 s. Il revoit par ailleurs à MATTEOTTI (Treaty shoppings, p. 794) qui fait apparemment également parti de ce courant doctrinal. Or, le passage évoquant précisément le renvoi au commentaire MC OCDE et sa classification sous l'article 32 CV est, à notre grand étonnement, tout simplement incorrect. Enfin, la théorie selon laquelle le commentaire OCDE doit être rangé dans l'article 32 CV est loin d'être malvenue, puisque c'est précisément la solution choisie, à l'origine, par la Commission fédérale de recours en matière de contributions dans l'arrêt *Danemark*.

33 À titre d'exemple, l'arrêt que nous analyserons en détail dans les chapitres subséquents : Arrêt du Tribunal fédéral 2C\_354\_2018 du 20 avril 2020, consid. 4.3.1 et les références citées.

34 On retrouve partiellement cette remarque chez BAUMGARTNER, Beneficial Owner, p. 31.

35 On soulignera la volonté dans le cadre du projet BEPS d'améliorer les mécanismes de résolution de litiges qui est un standard minimal (action 14).

36 WALDBURGER, Auslegung, p. 61 ; OBERSON, Précis, § 3 ; OBERSON, bénéficiaire effectif avec les références citées, p. 219 ; ou encore OESTERHELT/WINZAP, Dänemark-Entscheid, p. 776.

37 Cette position est également décrite par BAUMGARTNER, Beneficial Owner, p. 27.

1997 que les conventions alors en vigueur devaient, dans la mesure du possible (*as far as possible*), être interprétées dans l'esprit des commentaires révisés<sup>38</sup>. La seule limite apportée à cette application est lorsque la modification du commentaire OCDE se lie à une évolution « au fond » de la convention modèle. Ce principe ne s'applique pas si l'évolution du commentaire (et de la convention modèle) est le résultat d'une simple précision d'un principe déjà contenu dans la précédente version<sup>39</sup>. Il s'agirait donc d'appliquer systématiquement **la version la plus récente** du commentaire OCDE, l'application d'une version plus ancienne étant l'exception. Le principe du renvoi dynamique a d'ailleurs été confirmée récemment par le Tribunal fédéral<sup>40</sup>.

L'approche préconisée par l'OCDE et appliquée par le Tribunal fédéral trouve sa justification, à notre avis, à nouveau dans le but poursuivi par l'OCDE. En effet, la volonté de développer des principes de fiscalité partagés au niveau international (*international tax language*) passe par une interprétation commune et identique d'une disposition conventionnelle. Par l'application de la version la plus récente du commentaire OCDE, on favorise une **interprétation commune des conventions de double imposition**.

### 3. Bénéficiaire effectif

#### a. Commentaire MC OCDE 1977

La notion de bénéficiaire effectif fut introduite dans les articles 10 (dividendes), 11 (intérêts) et 12 (redevances) pour la première fois dans le MC OCDE 1977. Le commentaire précisait à cet égard que cette limitation de l'impôt prélevé dans l'État de la source ne s'applique pas lorsqu'un intermédiaire, tel qu'un agent ou autre mandataire – il s'agit d'une liste exemplative<sup>41</sup> – s'interpose entre le créancier et le débiteur. Cette règle aurait été introduite pour éviter le chalandage de traités (*treaty shopping*).

BAUMGARTNER<sup>42</sup> et d'autres<sup>43</sup> y font référence comme étant une notion destinée à combattre une forme d'utilisation abusive des conventions. Ils reprennent la terminologie employée par l'OCDE qui donnait le terme de bénéficiaire effectif en exemple comme ayant été introduit pour combattre expressément ces formes d'**évasion fiscale**. Il s'agit d'empêcher des stratagèmes particuliers qui avaient été détectés à l'époque<sup>44</sup>.

DANON<sup>45</sup> et BAUMGARTNER<sup>46</sup> considèrent que l'emploi du terme intermédiaire dans le commentaire MC OCDE 1977 est générique et sous-entend que ce ne sont pas les rapports juridiques, mais les **rapports économiques** qui sont pertinents (*substance over form*). Cette conclusion, en conjonction avec les règles d'interprétation décrites plus haut (*supra* I.B),

---

38 Commentaire OCDE 2017, Introduction n°33.

39 Commentaire OCDE 2017, Introduction n°34 ss.

40 Arrêt du Tribunal fédéral 2C\_880/2018 du 19 mai 2020, consid. 4.1 ss ; Pour OESTERHELT, la question est encore ouverte (OESTERHELT, Rechtsprechung 2019/2020, ch. 3.3).

41 DANON, Bénéficiaire effectif MC OCDE, p. 41 ; DANON, Trust taxation, p. 333.

42 BAUMGARTNER, Beneficial Owner, p. 92 ss.

43 Par exemple : LUTZ, Abkommensmissbrauch, p. 21.

44 Commentaire MC OCDE 2017, n°9.6 et n°10 ; Une formulation explicitement reprise par BAUMGARTNER « [...] *eine bestimmte Form des Abkommensmissbrauch* » (Beneficial Owner, p. 92) ou encore LUTZ [...] *mit dem Phänomen des Abkommensmissbrauchs [...] wurde [...] das Konzept des Nutzungsberechtigten [eigeführt]* » (Abkommensmissbrauch, p. 21).

45 DANON, Bénéficiaire effectif MC OCDE, p. 42.

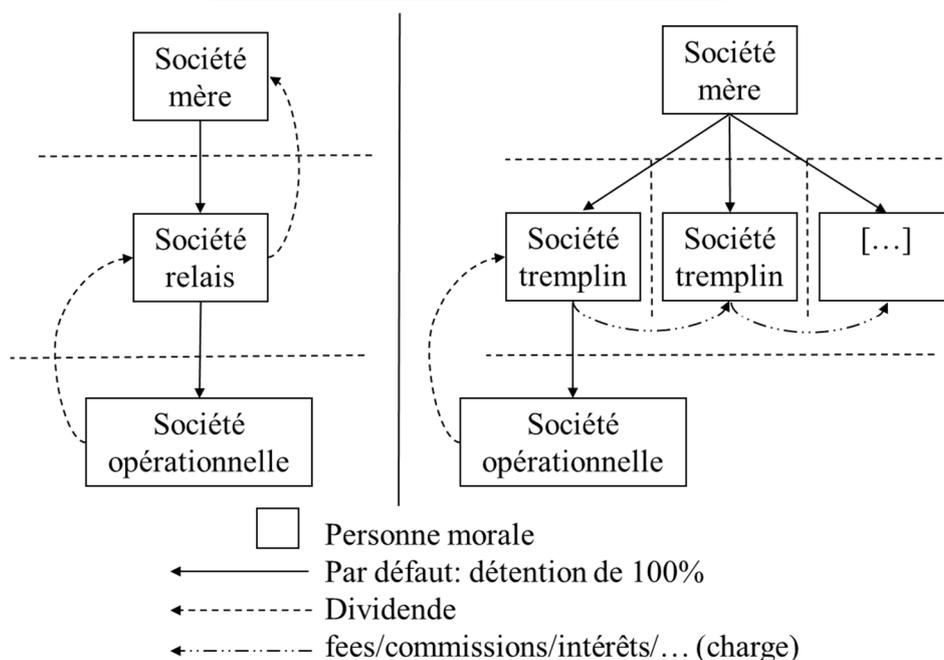
46 BAUMGARTNER, Beneficial owner, p. 93.

impliquerait que l'approche économique a toujours été contenue dans la notion de bénéficiaire effectif. Par conséquent, les développements les plus récents en relation avec **l'approche économique** seraient **intrinsèquement inclus dans la notion de bénéficiaire effectif** introduite en 1977. Il s'agirait donc d'une simple clarification et non d'une évolution de la notion. Bien que cette interprétation soit tout à fait défendable et compréhensible au regard du but poursuivi, soit la volonté de développer des principes de fiscalité partagés au niveau international (*international tax language*), il apparaît anachronique de considérer qu'en 44 ans la notion de bénéficiaire effectif n'aurait jamais évolué et que les développements présentés plus loin sont des simples précisions de ladite notion.

b. Rapport 1986 relatif à l'utilisation des sociétés relais

Pour poursuivre le développement de la notion de bénéficiaire effectif et celle du *treaty shopping*, le Conseil de l'OCDE a adopté un rapport le 27 novembre 1986, relatif à l'utilisation des sociétés relais<sup>47</sup>. Le *treaty shopping* y est décrit comme étant le fait de faire transiter un revenu dont le bénéfice est, d'un point de vue économique, recueilli par une personne domiciliée dans un autre État et qui est alors en mesure de profiter indûment des avantages prévus par une convention fiscale<sup>48</sup>. Deux stratégies principales y sont décrites : le relais direct (*conduit company*) et celle du tremplin (*stepping stone*)<sup>49,50</sup>:

**Schéma n°1 : société relais ou tremplin**



Par le biais de la société relais, respectivement la société tremplin, il s'agit de transférer le revenu sous la forme de (i) dividendes ou (ii) de charges (paiement de *fees*, commissions et autres intérêts). Pour la société relais, il s'agit de **transférer un dividende en profitant d'une CDI plus favorable**. La réduction de la base imposable intervient par un mécanisme de réduction de la double imposition économique (par exemple, la réduction pour participation) au

47 Pour une analyse quant à la portée des rapports adoptés par le Conseil de l'OCDE : BAUMGARTNER, Beneficial Owner, p. 24.

48 OCDE, Sociétés relais, n°2.

49 OCDE, Sociétés relais, n°4.

50 Ce schéma est largement inspiré de BAUMGARTNER, Beneficial Owner, p. 99.

niveau de la société relais et la société mère. Pour la stratégie du tremplin, la réduction de la base imposable de la première société tremplin va de pair avec le transfert du revenu vers la deuxième société qui est généralement dans un État avec taux marginal d'imposition plus faible.

On soulignera d'ailleurs que le Comité des Affaires fiscales de l'OCDE se posait déjà en 1986 la question suivante : comment contrecarrer l'utilisation de combinaisons très sophistiquées ? Il évoque notamment la piste d'appliquer le principe général selon lequel **le fond l'emporte sur la forme** (*substance over form approach*) pour éviter le développement de règles extrêmement complexes qui seraient difficiles à appliquer et prêteraient les activités économiques dites de bonne foi<sup>51</sup>.

Enfin, il convient de reconnaître que le rapport précité pose des cautions à la limitation du bénéfice d'une convention en raison de l'absence de la qualité de bénéficiaire effectif. Cela est vrai parce qu'il reconnaît qu'une entité juridique peut être créée dans un État conventionné dans **un autre but que purement fiscal**<sup>52</sup>. BAUMGARTNER<sup>53</sup> souligne à juste titre que cette restriction des bénéfices de la convention pour les sociétés relais doit être comprise de manière très restrictive.

Au risque de nous répéter, nous soulignons que la notion de bénéficiaire effectif telle que conçue en 1977, ne suivrait donc pas le principe de *substance over form approach*. Sinon, le Comité des Affaires fiscales de l'OCDE n'aurait pas eu besoin de recommander l'adoption de ce principe général en 1986.

#### c. Commentaire MC OCDE 2003

Le commentaire MC OCDE de l'article 10 a fait l'objet d'un remaniement en 2003 dans le cadre duquel les conclusions du rapport sur les sociétés relais exposées ci-avant ont été intégrées<sup>54</sup>. Bien que cela n'ait pas été mis en avant dans les commentaires de 1977<sup>55</sup>, 1992<sup>56</sup>, 1998<sup>57</sup>, 2000<sup>58</sup>, cette version (2003) précise à présent que la notion de bénéficiaire effectif a été introduite pour clarifier le sens des mots « **payés [...] à** » tels qu'ils sont utilisés au paragraphe 1 de l'article. Il s'agissait de préciser que le paiement à un résident d'un État contractant n'est pas suffisant. Le résident doit également être le bénéficiaire effectif<sup>59</sup>.

BAUMGARTNER<sup>60</sup> propose alternativement une analyse basée sur l'exposition au risque pour justifier l'absence de droit aux bénéfices d'une CDI. C'est **l'absence d'exposition au risque** (risque de dividende, marché, contrepartie etc.) qui servirait d'indice pour déterminer qui est le bénéficiaire effectif. Ce dernier place le risque de dividende (*Dividendenrisiko*) au niveau de l'actionnaire de la société relais qui, elle-même, n'est pas directement exposée à celui-ci, mais

---

51 OCDE, Sociétés relais, n°45.

52 OCDE, Sociétés relais, n°3.

53 Beneficial owner, p. 100, dernière phrase.

54 Commentaire MC OCDE 2003, art. 10, n°12.1.

55 Commentaire MC OCDE 1977, art. 10.

56 Commentaire MC OCDE 1992, art. 10.

57 Commentaire MC OCDE 1998, art. 10.

58 Commentaire MC OCDE 2000, art. 10.

59 Commentaire MC OCDE 2003, art. 10, n°12, première phrase.

60 Beneficial Owner, p. 106 s. L'absence de tout renvoi à une source laisse penser que cette approche liée au risque a, à tout le moins dans la littérature Suisse, pour la première fois été développée ou évoquée par ce dernier.

seulement indirectement par le biais de sa filiale. Selon cette conception, ce n'est donc pas à la société relais qu'il convient d'attribuer le risque de dividende, bien que ce soit formellement elle qui perçoive le dividende en premier, mais à l'actionnaire de la société relais. Le motif est que le pouvoir décisionnel relatif à l'utilisation du dividende lui revient.

Nous souhaitons nuancer cette appréciation. Il ne fait aucun doute que c'est la société relais qui est formellement exposée au risque de dividende, de marché et de contrepartie selon la constellation choisie (versement d'un dividende, intérêts au redevance). C'est d'ailleurs cette **apparence d'exposition au risque** et la détention des droits relatif au paiement d'un dividende (participations), intérêts (créances) ou redevances (droits immatériels) qui laisse penser que la société relais aurait le droit aux bénéfices de la convention.

En réalité, le problème réside, selon nous, dans le fait que la société relais n'est jamais **réellement exposée au risque**. Si le risque du dividende se matérialise, soit aucun dividende n'est payé, la société **ne risque en aucune manière la faillite**. Il en va de même pour la société relais impliquée dans une stratégie tremplin (ci-avant, schéma n° 1) qui, si elle ne perçoit pas de revenus, est généralement exposée **uniquement à des créanciers du groupe** auquel elle appartient et qui peuvent postposer leurs créances.

Nous préférons une vision selon laquelle l'exposition au risque est certes un excellent critère, mais pour autant que l'on considère les risques effectivement encourus par le bénéficiaire effectif ou supposé en cas de leur réalisation.

À la suite du projet révisé portant sur la signification du terme bénéficiaire effectif, une première tentative de définition de la notion a fait son entrée dans le commentaire MC OCDE. Il s'agit d'une délimitation négative puisque l'on définit ce que le bénéficiaire effectif n'est pas<sup>61</sup> : « [...] le récipiendaire direct du dividende n'est pas le bénéficiaire effectif parce que le droit du récipiendaire d'utiliser le dividende et d'en jouir est limité par une obligation contractuelle ou légale de céder le paiement reçu à une autre personne ».

Cette obligation découlerait de documents juridiques ou en raison de faits et de circonstances montrant que, fondamentalement, le récipiendaire ne peut, en réalité, que jouir de façon limitée du dividende versé<sup>62</sup>. Dans un second temps, le commentaire MC OCDE va limiter la portée de sa délimitation négative – ce qui ne contribue certainement pas à la clarté du propos – en précisant, par une double négation, que : « ce type d'obligation ne comprend pas les obligation contractuelles ou légales qui ne dépendent pas de la réception du paiement par le récipiendaire direct [...] ». La liste exemplative qui suit nomme par exemple la qualité de débiteur du récipiendaire ou sa partie à des transactions financières ou encore les obligations générales de distribution des placements collectifs<sup>63</sup>.

Si on peut louer l'effort de vouloir enfin définir un terme introduit depuis plus de trois décennies dans le commentaire MC OCDE, on remarque toute la difficulté que cette tâche implique. En effet, dans ce premier projet de définition, on commence par définir ce que le bénéficiaire économique n'est pas (obligation contractuelle ou légale de céder le dividende), puis on limite la restriction qui vient d'être posée (liste exemplative de transferts qui sont autorisés). On ne

---

61 OCDE, Projet révisé 2012, commentaire art. 10, n°12.4 ; Commentaire MC OCDE 2014, art. 10, n°12.4.

62 *Idem.*

63 *Idem.*

peut donc être que perplexe sur l'application pratique de la notion, mais avec la certitude que l'approche *substance over form* est maintenant ancrée.

Dans la jurisprudence du Tribunal administratif fédéral, puis du Tribunal fédéral c'est la notion de **double interdépendance** ou **deux causalités**, jamais traduite dans un arrêt en français à ce jour, qui fait son chemin.

Elle est considérée comme reflétant fidèlement le principe précédemment évoqué de *substance over form* et peut être traduit comme suit sur la base de l'arrêt du Tribunal administratif fédéral du 22 août 2018 : Premièrement, le **revenu** doit être **dépendant de l'obligation de le transmettre** (1<sup>ère</sup> causalité). Cette condition est remplie si le revenu ne peut être réalisé sans la présence de l'obligation de transmission. *A contrario*, si les revenus sont perçus, quelle que soit l'obligation de transmission, alors cette condition n'est pas remplie. Secondement et d'autre part, **l'obligation de transmettre le revenu** doit dépendre de sa **perception** (2<sup>e</sup> causalité)<sup>64</sup>.

Ces deux causalités forment donc le concept d'interdépendance qui peut paraître quelque peu abstrait. Il prend particulièrement de l'importance dans les arrêts portants sur des relations financières relativement complexes, mais moins dans les constellations que nous examinerons.

L'arrêt en question du Tribunal administratif fédéral du 22 août 2018 a été confirmé par le Tribunal fédéral le 19 mai 2020<sup>65</sup>, preuve s'il en fallait une, que le principe est toujours d'actualité. Il convient de souligner qu'OESTERHELT considère, au contraire, que le Tribunal fédéral a, dans le cadre de cet arrêt, abandonné le principe de double interdépendance<sup>66</sup>. Des discussions informelles avec des représentants de l'AFC et du Tribunal administratif fédéral nous ont conforté dans l'affirmation qu'il s'agit d'une continuation ou confirmation de la jurisprudence précédente.

#### d. Évolutions récentes : commentaire MC OCDE 2017 et BEPS

Les modifications les plus récentes du commentaire MC OCDE ont été approuvées en 2017<sup>67</sup> et ne concernent pas directement la notion de bénéficiaire effectif, mais plutôt sa relation avec la notion d'abus de droit que nous aborderons dans le chapitre II. Elles sont principalement portées par la publication en 2015 du rapport OCDE relatif à l'Action 6 (Empêcher l'octroi inapproprié des avantages des conventions fiscales).

Le standard minimum établi par l'Action 6 vise à introduire dans toutes les CDI :

- (i) une **déclaration explicite** sur la volonté d'éliminer la double imposition sans créer de possibilités de non-imposition (généralement dans le préambule) ; et
- (ii) une des **trois méthodes** suivantes proposées pour combattre le chalandage fiscal.

Les trois méthodes sont : (i) le critère des objets principaux accompagné d'une version simplifiée ou détaillée de la règle de la limitation des avantages, ou (ii) le critère des objets principaux uniquement, ou encore (iii) une version détaillée de la règle de la limitation des

---

64 Arrêt du Tribunal administratif fédéral A-1951/2017 du 22 août 2018, consid. 3.5.4 ; OESTERHELT/OPPLIGER, IFF Int. StR 2018, p. 30 ss.

65 Arrêt du Tribunal fédéral 2C\_880/2018 du 19 mai 2020.

66 OESTERHELT, Rechtsprechung 2019/2020, ch. 3.3.

67 OCDE, Mise à jour 2017, commentaire art. 10, n°12.5.

avantages complétée par un système permettant de viser les mécanismes de relais qui ne sont pas déjà traités dans les conventions fiscales<sup>68</sup>.

La Suisse a choisi d'introduire un nouveau préambule et d'adopter le critère dit des objets principaux (COP) plus connu sous le nom de *Principal Purposes Test* (PPT)<sup>69</sup>. La question du risque auquel le bénéficiaire effectif est effectivement exposé et que nous favorisons n'est, elle, pas abordée. Pour paraphraser les propos d'OPPLIGER lors du séminaire de IFF fiscalité internationale 2017, **la Suisse a toujours effectué une forme de PPT**. Son introduction formelle dans une CDI ne devrait pas conduire à une modification significative de la pratique administrative.

Cette analyse rapide de la notion de bénéficiaire effectif telle que définie par l'OCDE conduit à un bilan mitigé. Elle apparaît trop abstraite pour être une condition formelle nécessaire à l'obtention du dégrèvement ou remboursement et trop concrète pour être une norme anti-abus spécifique aux articles 10, 11 et 12.

#### **D. Droit de jouissance : article 23 alinéa 1 LIA**

Bien que la notion de bénéficiaire effectif s'entend comme une notion **autonome**, le Comité des affaires fiscales de l'OCDE avait initialement prévu, dans sa version 2014, que le commentaire MC OCDE de l'article 10 contienne la précision suivante<sup>70</sup> : « Toutefois, cela ne veut pas dire que la signification donnée à l'expression bénéficiaire effectif par la législation nationale soit automatiquement à exclure pour l'interprétation de cette expression dans le contexte de l'article [10], la signification de la législation nationale s'applique dans la mesure où elle est conforme aux indications générales figurant dans ces Commentaires ».

Cette phrase a finalement été supprimée, car elle risquait, selon plusieurs observateurs, de créer une **confusion** quant à l'interprétation autonome de la notion de bénéficiaire effectif<sup>71</sup>. Toutefois, l'importance du droit national et surtout du droit national suisse qui, contrairement à beaucoup d'autres, connaît à l'article 21 alinéa 1 lettre a LIA une **condition similaire** à celle du bénéficiaire effectif, à savoir **le droit de jouissance**<sup>72</sup>, ne doit historiquement pas être sous-estimée.

Aujourd'hui, la description faite de cette notion par la jurisprudence du Tribunal administratif fédéral est celle d'une notion qu'il convient **d'approcher d'un point de vue économique**<sup>73</sup>, ce qui est *in fine* comparable, voire identique, à la notion conventionnelle. La doctrine majoritaire ne remet pas non plus en cause cette approche<sup>74</sup>. Le Tribunal fédéral renvoie lui-même dans un arrêt relatif au remboursement de l'impôt anticipé pour une société ayant son siège en Suisse

---

68 OCDE, BEPS Action 6, Rapport par les pairs, p. 16.

69 OCDE, BEPS Action 6, Rapport par les pairs, p. 231 ; Commentaire MC OCDE 2017, art. 1 n°61.

70 OCDE, Clarification de la signification du concept de « bénéficiaire effectif » dans le modèle de convention fiscale de l'OCDE, Projet pour commentaires, 29 avril 2011 au 15 juillet 2011, n°12.1, Paris 2011, <<https://www.oecd.org/fr/ctp/conventions/47655601.pdf>> (consulté le 30 juin 2021).

71 OCDE, OECD Model tax Convention: Revised proposals concerning the meaning of "beneficial owner" in articles 10, 11 and 12, 19 October 2012 to 15 December 2012, p. 3, Paris 2012, <<http://www.oecd.org/ctp/treaties/Beneficialownership.pdf>> (consulté le 30 juin 2021).

72 Parmi d'autres : OBERSON, Bénéficiaire effectif, p. 228 ; OBERSON, Précis, § 8.

73 Arrêt du Tribunal administratif fédéral A-2163/2007 du 30 octobre 2008, consid. 3.3 ; Arrêt du Tribunal fédéral 2A.660/2006 du 8 juin 2007, consid. 4.1 ; On retrouve déjà cette approche dans un arrêt du Tribunal fédéral de 1985 (BAUER-BALMELLI, Die Praxis, art. 21 al. 1 n°35).

74 VStG-BAUER-BALMELLI, art. 21 n°7 et de la même autrice, Sicherungszweck, p. 118.

aux considérations internationales<sup>75</sup>. Il confirme donc *de facto* que la notion de bénéficiaire effectif du droit conventionnel ou le droit de jouissance du droit national sont (pratiquement) identiques. Le pouvoir décisionnel relatif à l'utilisation des revenus perçus est déterminant.

On adoptera dans les deux cas une **approche économique** (*substance over form*). La notion de risque, qui nous est chère comme elle l'est à BAUMGARTNER, n'est à nouveau pas évoquée<sup>76</sup>.

---

75 Arrêt du Tribunal fédéral 2C\_383/2013, consid. 4.1. On retrouve également la référence dans BAUER-BALMELLI, Die Praxis, art. 21 al. 1 n°91.

76 BAUMGARTNER, Beneficial Owner, p. 106 s.

## II. Réserve de l'abus dans les conventions de double imposition suisses et le droit interne

### A. Généralités

Tout comme le chapitre précédent s'ouvrait sur le constat de l'impossibilité d'analyser dans leur entièreté tous les rameaux de la notion de bénéficiaire effectif, celui-ci s'ouvre sur le constat suivant : l'**abus de droit**, conçu à l'origine comme un **garde-fou** contre l'inflation démesurée des dispositions légales, a fini par se prêter à une extension de tous bords par nos administrations et juridictions fiscales, au point qu'il s'en trouve dévoyé par rapport à son sens originel.

Nous l'observons, lorsque le Tribunal fédéral se prononce dans des cas de dégrèvement ou de remboursement de l'impôt anticipé : il peine régulièrement à déterminer si le refus est fondé sur (i) l'absence de la qualité de bénéficiaire effectif ou de droit de jouissance pour la requérante ou (ii) la constitution d'un abus<sup>77</sup>. Un exemple est l'arrêt 2C\_753/2014 du 27 novembre 2015 dans lequel le remboursement de l'impôt anticipé est refusé en raison de l'absence de la qualité de bénéficiaire effectif, mais sur des critères qui selon la pratique de l'AFC relèvent de l'abus (*infra* III.B).

Cette différenciation a son importance, car les conséquences d'un refus du remboursement ou du dégrèvement en raison de l'absence de la qualité de bénéficiaire effectif ou en raison d'un abus sont radicalement différentes. Dans le premier cas, une condition à l'application de la CDI fait défaut. On ne pourra donc pas prétendre à ces bénéfices. Le second est examiné ci-dessous.

Le présent chapitre retracera l'évolution de la notion suisse d'abus de droit, tant en droit interne que conventionnel. Tout comme pour le chapitre précédent, nous analyserons dans un premier temps la notion conventionnelle de l'abus (*infra* II.B) avant de nous verser dans celle codifiée à l'article 23 alinéa 2 LIA (*infra* II.C).

### B. Réserve de l'abus dans les conventions de double imposition suisses

La question de l'existence d'un principe implicite et non écrit de l'interdiction d'utilisation abusive d'une CDI s'était déjà posée dans la doctrine suisse avant l'arrêt du 28 novembre 2005 du Tribunal fédéral<sup>78</sup>.

En effet, déjà 5 ans auparavant, LUTZ s'était interrogé sur la possibilité de son existence<sup>79</sup>. Pour ce faire, il examinait s'il existait une **notion générale et abstraite existe** en droit Suisse visant à **lutter contre l'évasion fiscale** avant de vérifier si ce principe était extensible à une CDI<sup>80</sup>. Bien que les visions divergent quant à son fondement, tant dans la doctrine que dans la jurisprudence du Tribunal fédéral<sup>81</sup>, la nécessité d'une telle notion n'est majoritairement pas disputée. En effet, face à l'ingéniosité de certains conseillers et au vu de la relative minceur de

---

77 Du même avis : OESTERHELT, Rechtsprechung 2019/2020, p. 51.

78 Arrêt du Tribunal fédéral 2A. 239/2005 du Tribunal fédéral du 28 novembre 2005.

79 LUTZ, Abkommensmissbrauch, p. 31 ss et 144 ss.

80 *Idem*, p. 144.

81 Pour une analyse complète des différents fondements juridiques évoqués par la doctrine et la jurisprudence pour le principe de l'évasion fiscale en droit suisse (principe de la bonne foi, principe de l'abus de droit, principe de l'interdiction de l'arbitraire) : LUTZ, Abkommensmissbrauch, p. 144 s. ; PONCE, Évasion fiscale, ch. 3. Ce dernier remet néanmoins en cause la légitimité de la notion autonome d'évasion fiscale.

notre législation fiscale par rapport aux États voisins, le substrat fiscal suisse devait naturellement être protégé. Cependant, le fait de choisir la structure juridique la plus avantageuse sur le plan fiscal, même sur le plan international, n'est pas proscrit<sup>82</sup>.

Depuis des dizaines d'années, la jurisprudence du Tribunal fédéral souscrit à **la théorie de l'évasion fiscale** développée par BLUMENSTEIN<sup>83</sup> :

- (i) la forme dont le contribuable a revêtu une opération est insolite, inadéquate ou anormale en tout cas inadaptée au vu du but économique poursuivi (élément dit objectif) ;
- (ii) le choix de cette forme est abusif et n'a pour but que de faire l'économie d'impôts qui auraient été perçus si l'on avait organisé les rapports juridiques de façon ordinaire (élément dit subjectif) ; et
- (iii) la voie choisie entraînerait effectivement une notable économie d'impôts si celle-ci était acceptée par l'AFC (élément dit effectif).

En matière internationale, en raison de la variété et l'hétérogénéité des législations fiscales nationales, il est difficile de définir une construction juridique qui serait systématiquement inadéquate ou insolite. L'élément déterminant, selon LUTZ, est d'analyser si les avantages d'une convention bénéficient *in fine* à des personnes qui n'y ont pas droit<sup>84</sup>.

De plus, il faut que l'économie d'impôt liée à cette structure insolite soit suffisamment importante et que ce soit l'application de la CDI qui conduise à l'allègement de la charge fiscale. Enfin, il doit y avoir une volonté dans la mise en place d'une structure permettant d'économiser de l'impôt (élément subjectif) bien qu'en pratique cette condition est considérée comme remplie dès qu'une économie fiscale est réalisée<sup>85</sup>.

Une fois que ces conditions sont réunies, l'AFC a la capacité de s'écarter de la **construction juridique insolite** choisie (généralement pleinement valable en droit privé), pour y opposer sa vision d'une structuration adéquate de l'opération et des conséquences fiscales correspondantes. L'autorité aura donc loisir **d'opposer un état de fait fictif** (*Sachverhaltsfiktion*) ou une requalification des faits à celui choisi par le contribuable. Il s'agit d'opposer au contribuable audacieux (ou à son conseiller) la constellation juridique et les conséquences fiscales qui auraient prévalu dans une situation ordinaire (toujours selon l'appréciation de l'AFC bien sûr)<sup>86</sup>. Une fois cet état de fait fictif arrêté, l'AFC en tire les conséquences fiscales correspondantes.

---

82 HÖHN, Steuerplanung, p. 213. Dans le même sens, le Tribunal fédéral lui-même (traduction libre) : « Toutes les solutions fiscalement avantageuses, qu'elles soient nationales ou internationales, ne sont pas forcément condamnables. Les contribuables peuvent, en principe, organiser leur situation économique de la manière qui leur semble la plus favorable d'un point de vue fiscal » (Arrêt du Tribunal fédéral 2A.239/2005 du Tribunal fédéral du 28 novembre 2005, consid. 3.5.1).

83 BLUMENSTEIN, Steuerumgehung, p. 276 ; BLUMENSTEIN, Auslegung, p. 278. Pour ne citer que quelques arrêts du Tribunal fédéral : ATF 102 Ib 151, consid. 3.b ; 2P.16/2005 du 9 août 2005, consid. 5.2 ; 2C\_449/2008 du 16 octobre 2008, consid. 4.1.

84 LUTZ, Abkommensmissbrauch, p. 146 s.

85 LUTZ, Abkommensmissbrauch, p. 147 s. ; Dans un arrêt récent en matière de transposition, la condition subjective de l'évasion fiscale connaît, à notre grand étonnement et celui de la majorité des observateurs, une seconde jeunesse (Arrêts du Tribunal fédéral 2C\_681/2018 et 2C\_692/2018 du 16 janvier 2020, consid. 7.3).

86 Arrêt du Tribunal fédéral 2P.16/2005 du 9 août 2005 ; BLUMENSTEIN/LOCHER, System, p. 39 ; LOCHER, Rechtsfindung, p. 197 ss ; GLAUSER, Évasion, p. 740.

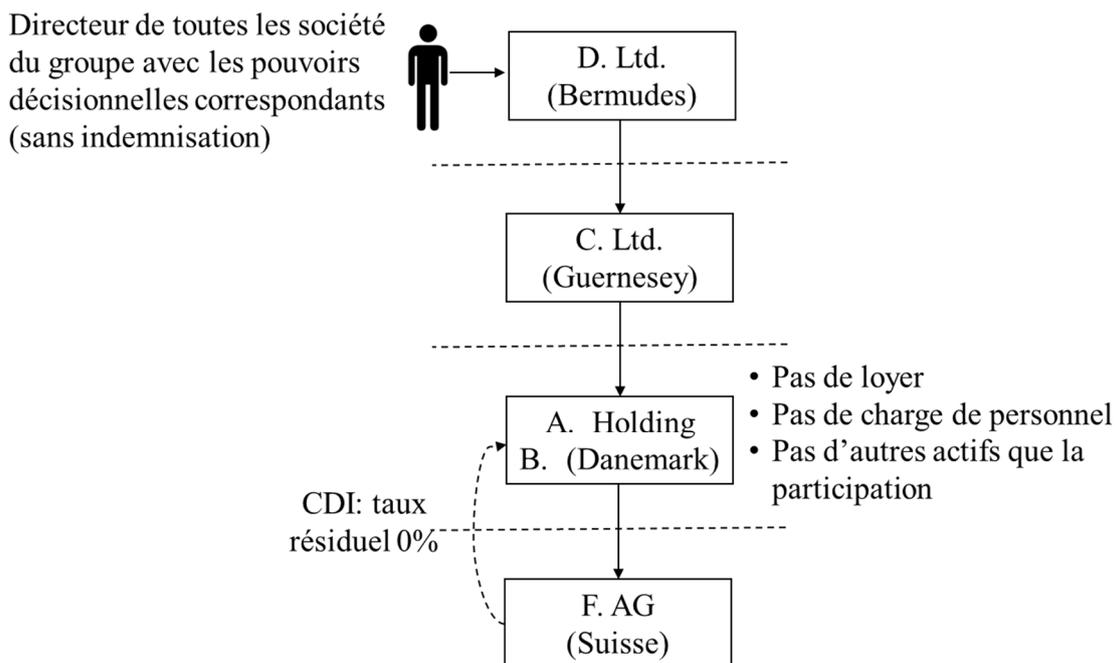
La possibilité d'étendre le principe général de la fraude fiscale en droit national à celui de fraude fiscale en droit international ne semble *a priori* pas contestable. Une disposition nationale reste dans tous les cas indispensables afin de pouvoir prélever un impôt. Une fois que les conditions de l'évasion fiscale sont réunies, il convient de s'assurer que la CDI qui, par son **effet négatif**, limite le droit national<sup>87</sup>, ne limite pas également la possibilité pour la Suisse d'étendre sa notion interne d'abus aux situations internationales.

LUTZ<sup>88</sup> n'écartait pas la possibilité du **principe implicite et non écrit de l'interdiction d'utilisation abusive d'une CDI**. Cette solution aurait permis d'éviter de chercher une base légale dans le droit national qui serait potentiellement en conflit avec le droit conventionnel (supérieur). Ce dernier appelait de ses vœux une clarification de la part du législateur ou du Tribunal fédéral.

Cette décision tombera cinq ans plus tard puisque, dans un arrêt du 28 novembre 2005, le Tribunal fédéral se trouve confronté à un dilemme. La CDI dont se prévalait une société holding sise au Danemark pour obtenir le remboursement complet de l'impôt anticipé ne contenait ni le terme bénéficiaire effectif ni une norme anti-abus (générale ou spécifique)<sup>89</sup>.

Les éléments factuels pertinents peuvent être résumés graphiquement comme suit :

**Schéma n°2 : arrêt du Tribunal fédéral 2A.239/2005 du 28 novembre 2005**



Sans examiner la relation entre le Danemark et Guernesey ou les Bermudes, la situation factuelle est **manifestement abusive**, car la société sise au Danemark n'exerce aucune activité économique (société boîte aux lettres). C'est pourquoi le Tribunal fédéral va s'atteler à identifier ou découvrir une disposition permettant de refuser le remboursement. Dans un premier temps, le Tribunal fédéral évoque l'ACF 62 et constate très vite que celui-ci vise uniquement à protéger

87 Ce principe fondamental est évoqué notamment dans : Int.StR-MATTEOTTI/HORN, Einleitung, n°12.

88 LUTZ, Abkommensmissbrauch, p. 149, première phrase et p. 162.

89 L'arrêt du Tribunal fédéral 2A. 239/2005 du 28 novembre 2005 évoque la notion de bénéficiaire effectif alors qu'il ne s'agit pas d'une condition au remboursement prévue par la convention de double imposition applicable. Le Tribunal fédéral ne se prononce *in fine* d'ailleurs pas sur la question (consid. 3.5.3).

le substrat fiscal étranger contre la planification fiscale internationale des entreprises suisses<sup>90</sup>. Il examine ensuite la possibilité d'appliquer l'article 21 alinéa 2 LIA que la commission de recours en matière fiscale avait écarté, notamment en s'appuyant sur LUTZ<sup>91</sup>, considérant que seule une disposition conventionnelle était en mesure de limiter le remboursement de l'impôt anticipé<sup>92</sup>. Le Tribunal fédéral ne s'est finalement pas directement prononcé sur la question<sup>93</sup>. Cela n'a pas été nécessaire, car il a profité de cet arrêt pour développer **la notion d'abus conventionnelle non écrit**.

Le concept se base sur l'interprétation de bonne foi des conventions de double imposition à la lumière de leur objet et de leur but (article 31 alinéa 1 de la CV en conjonction avec l'article 26 de la CV)<sup>94</sup>. Par le biais d'une seule phrase : « cela comprend également le fait de combattre l'abus »<sup>95</sup>, le Tribunal fédéral entérine l'existence du principe dit de **disposition anti-abus conventionnelle** qui est mis sur le même plan que l'interdiction de l'abus de droit (*Rechtsmissbrauchsverbot*) au sens du code civil<sup>96</sup>. Comme PONCE<sup>97</sup> le relève à juste titre, les conditions de l'abus de droit ne sont pourtant jamais examinées par le Tribunal fédéral, même dans le cadre cet arrêt fondateur.

Pour développer son argumentation, le Tribunal fédéral s'appuie surtout sur le commentaire MC OCDE et les mises-à-jour de l'époque que nous avons déjà examinées plus haut (*supra* I.C.3). Problème, la Suisse avait explicitement émis une **réserve** quant à l'extension du but poursuivi par les conventions de double imposition à la **prévention de l'évasion et la fraude fiscale**. Ce point qui n'est même pas évoqué par le Tribunal fédéral est particulièrement dérangeant, car il contredit la position officielle de la Suisse. Il s'appuie également sur la clause de la transparence introduite dans le commentaire MC OCDE alors que celle-ci était vouée à être reprise dans une CDI et non être un élément d'interprétation pour déterminer si une situation est abusive<sup>98</sup>. À nouveau, l'approche du Tribunal fédéral n'est pas satisfaisante sur ce point.

Le Tribunal fédéral examine également la pratique danoise de convenir de dispositions anti-abus dans ses CDI et constate que certaines de ses conventions contiennent ce type de disposition<sup>99</sup>. On peine à comprendre la portée de cet argument, d'autant plus que la convention citée est celle avec les États-Unis. Il s'agit donc d'un État notoirement connu pour imposer ses propres dispositions anti-abus lorsqu'il négocie ses conventions bilatérales, ce qu'il fit également à l'égard de la Suisse. Enfin, cela fait partie de la liberté conventionnelle d'un État de ne pas inclure une disposition anti-abus dans une CDI. Le fait que le Danemark accepte ce principe vis-à-vis des États-Unis ne signifie en rien que celui-ci est admis vis-à-vis de la Suisse.

---

90 Arrêt du Tribunal fédéral 2A. 239/2005 du 28 novembre 2005, consid. 3.3.2.

91 LUTZ, *Abkommensmissbrauch*, p. 159.

92 Arrêt du Tribunal fédéral 2A. 239/2005 du 28 novembre 2005, consid. 3.3.3.

93 *Idem*, consid. 3.3.3, dernière phrase.

94 *Idem*, consid. 3.4.3.

95 Traduction libre de la phrase : « Das umfasst auch die Missbrauchsabwehr ».

96 Article 2 alinéa 2 CC. Dans le même esprit, Jung, *Abkommensmissbrauch*, p. 127

97 PONCE, *Évasion fiscale*, ch. 3.1.6.

98 Commentaire MC OCDE 2003, art. 1 n°13 et 14 et Arrêt du Tribunal fédéral 2A. 239/2005 du 28 novembre 2005, consid. 3.6 ; Du même avis : BAUMGARTNER, *Beneficial Owner*, p.228 ; DANON, *Bénéficiaire effectif MC OCDE*, p. 50 ; MATTEOTTI, *Treaty Shopping und seine Grenzen*, ch. 2.3 ; OESTERHELT/WINZAP, *Dänemark-Entscheid*, p. 775.

99 Arrêt du Tribunal fédéral 2A. 239/2005 du Tribunal fédéral du 28 novembre 2005, consid. 3.4.4.

Selon nous, il est tout à fait envisageable de **construire un principe implicite et non écrit de l'interdiction d'utilisation abusive d'une CDI**. En effet, il est par définition impossible d'anticiper et capturer toutes les constellations d'abus excessifs sans quoi les conventions devraient être révisées à intervalles réguliers. Elles deviendraient illisibles en raison de leur longueur et complexité. À cela, il faut opposer le principe général de **sécurité juridique**<sup>100</sup>. En effet, tout acteur économique doit pouvoir avoir la sécurité nécessaire pour organiser ses affaires au niveau international avec une certaine prévisibilité.

BAUMGARTNER<sup>101</sup> plaide pour une interprétation très restrictive de la notion développée par le Tribunal fédéral pour ces motifs et il convient de souscrire entièrement à cette position. En effet, l'abus étant l'exception (et non la règle) – ceci d'autant plus lorsqu'il est basé sur une norme non écrite – il faut éviter à tout prix d'étendre *ad infinitum* une notion qui doit être comprise comme étant un garde-fou, une *ultima ratio*. Son application ne peut en aucun cas être justifiée par l'absence de norme anti-abus conventionnelle classique.

Le meilleur argument, selon nous, est que la notion de **bénéficiaire effectif** a été introduite afin **d'éviter les constellations manifestement abusives**. Le cas examiné par le Tribunal fédéral doit en effet être analysé sous l'angle de la question du bénéficiaire effectif, car la société sise au Danemark, A. Holding, n'est vraisemblablement exposée à aucun risque si elle ne perçoit pas le dividende de la société suisse. Elle ne fait que le transférer au bénéficiaire effectif réel.

En l'absence de l'emploi explicite du terme bénéficiaire effectif, car non prévu par la disposition conventionnelle considérée, il convient de refuser le remboursement lorsque celui qui le requiert n'est **manifestement pas et de façon crasse bénéficiaire effectif**. L'absence de la qualité de bénéficiaire effectif, dans son sens le plus strict, constitue également une violation du principe implicite et non écrit de **l'interdiction d'utilisation abusive d'une CDI**. Notre position est donc plus nuancée que celle de la doctrine majoritaire qui considère qu'il faut entièrement dissocier la notion de bénéficiaire effectif (condition au dégrèvement) et la notion d'abus<sup>102</sup> ou encore considère que la condition dit du bénéficiaire effectif pourrait également être une condition non écrite<sup>103</sup>.

## C. Article 21 alinéa 2 LIA : l'évasion fiscale

### 1. Généralités

Le substrat fiscal suisse est protégé face aux États étrangers, outre les normes anti-abus spécifiques, par le **principe implicite et non écrit de l'interdiction d'utilisation abusive d'une CDI**. Cette notion, très restrictive, est naturellement insuffisante. C'est pourquoi celui-ci doit être protégé par des dispositions additionnelles. Dans ce contexte et comme nous le verrons ci-après, l'AFC a vraisemblablement considéré que l'article 21 alinéa 2 LIA constitue<sup>104</sup>, ou pourrait constituer, une base légale adéquate.

---

100 MÄUSLI, p. 221 cité par BAUMGARTNER, Beneficial owner, p. 228 s., dernière phrase.

101 BAUMGARTNER, Beneficial owner, p. 227 s.

102 Pour une analyse exhaustive de la doctrine à ce sujet : BAUMGARTNER, Beneficial Owner, p. 222 ss ainsi que les références citées.

103 Int.StR-MATTEOTTI/KRENGER, art. 1 n°336 ss. C'est par ailleurs la position adoptée par le Tribunal fédéral dans l'arrêt 2C\_689/2011 du 23 novembre 2012 pour l'ancien accord sur la fiscalité et l'épargne avec l'Union Européenne.

104 Celui-ci se lit comme suit : le remboursement de l'impôt anticipé est inadmissible dans tous les cas où il pourrait permettre d'éviter l'impôt (art. 21 al. 2 LIA).

Il convient néanmoins, dans un premier lieu, d'examiner cette affirmation.

Selon l'AFC, on peut interpréter l'article 21 alinéa 1 lettre a LIA de deux façons en fonction de son contexte :

- (i) **droit interne** : selon le but principal poursuivi par l'impôt anticipé, soit un **impôt de sûreté** pour assurer le prélèvement des impôts directs cantonaux et communaux<sup>105</sup>. Dans tous les cas, il n'a pas pour vocation primaire d'être une charge définitive, mais à être remboursé<sup>106</sup>. Cette charge poursuit un but fiscal lorsque le contribuable suisse ne déclare pas correctement le rendement objet de l'impôt anticipé<sup>107</sup> ; et
- (ii) **droit international** : pour un contribuable étranger, l'impôt anticipé a un **pur but fiscal** (*Fiskalzweck*), puisqu'il est, par définition, pas assujéti de façon illimitée à des impôts cantonaux ou communaux<sup>108</sup>.

Ce but fiscal poursuivi au niveau international n'est pas remis en cause, mais n'a pourtant jamais été retranscrit dans une loi fédérale. Bien que nous ne le contestons pas, nous pouvons légitimement s'interroger dans quelle mesure l'article 21 alinéa 2 LIA est applicable dans un contexte international.

## 2. Application de l'article 21 alinéa 2 LIA dans un contexte international

De façon générale, l'abus consisterait à réduire ou soustraire les réserves issues du bénéfice du prélèvement ordinaire de l'impôt anticipé. Il convient de différencier schématiquement deux constellations : (i) lorsque la personne demandant le dégrèvement est domiciliée ou a son siège en **Suisse** et (ii) lorsque celle-ci est domiciliée à **l'étranger**.

Dans la première constellation, il n'y a manifestement aucune réserve à l'application de l'article 21 alinéa 2 LIA. En effet, la personne demandant le dégrèvement de l'impôt anticipé étant sise en Suisse, la disposition anti-abus encrée dans le droit national s'applique. Dans la seconde constellation, la personne sise à l'étranger invoque l'application d'une CDI. Dans ce contexte, la disposition anti-abus de la LIA trouve-t-elle également application ?

Au sein même de l'AFC, la question était controversée. En effet, cette dernière avait dans un premier temps (2005) considéré que l'article 21 alinéa 2 LIA ne trouvait pas application conformément au principe de **primauté du droit international** et donc des dispositions conventionnelles<sup>109</sup>. Deux ans plus tard, en 2007, l'AFC changeait complètement sa pratique en considérant que la disposition anti-abus LIA était applicable dans un contexte international, la réserve de l'abus étant un principe général international. Elle citait pour appuyer son propos le commentaire MC OCDE<sup>110</sup>.

---

105 BAUER-BALMELLI, Die Praxis, art. 21 al. 1 let. a, n°65 ; Pour ne citer qu'un seul arrêt : arrêt du Tribunal fédéral 2C\_404/2015 du 15 septembre 2016, consid. 3.5.

106 VStG-BAUER-BALMELLI, art. 1 n°1 ss.

107 JAUSSE, VStG, chap. 5.

108 *Idem*, chap. 5 ; Pour ne citer qu'un seul arrêt : Arrêt du Tribunal fédéral 2C\_597/2016 du 19 août 2017, consid. 2.4.

109 BAUER-BALMELLI, Die Praxis, art. 21 al. 2, ch. 24.

110 BAUER-BALMELLI, Die Praxis, art. 21 al. 2, ch. 31. L'AFC se réfère au commentaire OCDE, tout comme le Tribunal fédéral (arrêt du Tribunal fédéral 2A. 239/2005 du 28 novembre 2005, consid. 3.3). Or, là encore, l'AFC ignore le fait que la Suisse a explicitement émis à une réserve à l'extension du commentaire MC OCDE sur ce point.

De l'avis de JUNG, il convient d'appliquer tant sur le plan national qu'international l'article 21 alinéa 2 LIA. Il s'agirait là en réalité d'une norme anti-abus spécifique par rapport au principe général de l'évasion fiscale introduite par le Tribunal fédéral. Il reconnaît cependant qu'en droit international une CDI empêche l'application de cette disposition pour autant que les normes anti-abus ne soient pas spécifiquement réservées par ladite convention<sup>111</sup>.

Comme le souligne à juste titre OESTERHELT, l'article 21 alinéa 2 LIA reste essentiel dans un contexte international puisqu'il constitue la base légale nationale pour percevoir l'impôt anticipé dans des contextes internationaux considérés comme abusifs<sup>112</sup>.

Nous anticipons donc les chapitres suivants et rappelons qu'une CDI ne fonde jamais un droit d'imposition, mais peut uniquement restreindre les velléités d'un État d'attirer l'imposition sur son territoire. Cette réflexion est également applicable pour les constellations abusives où la CDI ne limite pas la capacité d'un État à faire appliquer une théorie anti-abus internationale. Ce dernier doit encore également disposer, selon le principe de légalité, d'une **disposition nationale permettant de percevoir un impôt**. En droit Suisse et pour l'impôt anticipé, nous considérons que c'est la disposition générale article 21 alinéa 2 LIA qui le permet, comme elle permet d'empêcher le remboursement.

---

111 JUNG, *Abkommensmissbrauch*, p. 80. JUNG évoque également une réserve émise par un autre État à la propre réserve émise par la Suisse à l'art. 1 du commentaire OCDE (Commentaire MC OCDE 2003, art. 1 n°13 et 14).

112 OESTERHELT, *Altreservenpraxis BGer*, ch. 4.8 ; OESTERHELT/OPEL, *Personal Holding*, ch. 2.3.

### III. Développements récents

#### A. Généralités

##### 1. État des lieux

Dans les chapitres précédents, nous avons passé en revue le bagage technique nécessaire pour appréhender la notion de bénéficiaire effectif. Cette analyse s'est faite principalement en exposant le développement de la notion par le Comité des affaires fiscales de l'OCDE dans le cadre de l'évolution du commentaire MC OCDE qui est systématiquement reprise par le Tribunal fédéral.

Par la suite, nous avons pris soin de différencier la notion de bénéficiaire effectif de celle de l'abus. Dans ce contexte, nous avons également différencié la notion d'abus conventionnelle de celle de l'abus en droit interne (article 21 alinéa 2 LIA), en mettant en avant sa portée internationale. Il est essentiel de rappeler la systématique qu'il convient impérativement d'adopter lorsque l'on analyse, si une personne sise à l'étranger est en mesure de se prévaloir des bénéfices d'une CDI et plus particulièrement les articles mentionnant explicitement la notion de bénéficiaire effectif :

- (i) vérifier la condition dite du bénéficiaire effectif en privilégiant les **rapports économiques** aux relations juridiques (*substance over form approach*) ; puis
- (ii) vérifier les dispositions **anti-abus spécifiques** prévues par la CDI applicable ; et
- (iii) vérifier dans quelle mesure le principe implicite et non écrit de **l'interdiction d'utilisation abusive d'une CDI** est applicable ; enfin
- (iv) vérifier que l'article 21 alinéa 2 LIA ou une autre base légale constitue une base légale nationale suffisante pour fonder le **droit d'imposition de la Suisse**.

Lorsque l'on considère les développements récents en la matière, trois pistes sont à explorer : (i) la jurisprudence du Tribunal administratif fédéral, (ii) la jurisprudence du Tribunal fédéral et (iii) la pratique de l'AFC qui se développe derrière une porte fermée à double tour, celle du secret fiscal. De temps à autre, cette pratique est dévoilée dans des séminaires fiscaux dédiés, principalement, pour ne pas dire uniquement, en Suisse alémanique.

Depuis la publication de l'ouvrage de BAUMGARTNER en 2010, le terme bénéficiaire effectif apparaît dans cent cinquante-neuf arrêts du Tribunal administratif fédéral et quarante-six arrêts du Tribunal fédéral<sup>113</sup>. Parmi les arrêts rendus par le Tribunal fédéral, c'est seulement dans une poignée, soit onze, que la question du bénéficiaire effectif est centrale. Parmi ces onze arrêts,

---

113 Ces chiffres se basent sur le résultat proposé par le moteur de recherche de Swisslex en restreignant la recherche aux arrêts du Tribunal fédéral et du Tribunal administratif fédéral où le terme « beneficial owner » apparaît.

sept sont en matière financière (produits financiers)<sup>114</sup> et seulement trois<sup>115</sup> rentrent potentiellement dans le cadre de la présente analyse. Parmi ces trois arrêts, seul un est réellement pertinent, l'arrêt du Tribunal fédéral 2C\_354/2018 du 20 avril 2020 qui sera analysé au chapitre IV.C.

Au niveau du Tribunal administratif fédéral et en excluant les arrêts qui sont allés jusqu'au Tribunal fédéral, seuls deux arrêts traitent de la question du bénéficiaire effectif et ils sont en matière financière (produits financiers)<sup>116</sup>.

Nous avons volontairement exclu de notre analyse les arrêts en lien avec des produits financiers, car ces derniers ne font finalement que confirmer les arrêts *swap*<sup>117</sup> et *future*<sup>118</sup> et l'on ne peut pas relever, à notre avis, une évolution récente à ce sujet<sup>119</sup>. L'impact de la récente jurisprudence de la CJUE est d'ailleurs marginal sur ce domaine (*infra* IV.B). Il s'agit là d'une raison supplémentaire pour laquelle ces arrêts ne sont pas analysés.

Le but de cette courte et imparfaite analyse statistique est de montrer que la **pratique développée par l'AFC** au cours de la dernière décennie prend toute son importance, car elle est finalement très peu contrôlée par les autorités judiciaires. Lorsque l'on évoque les développements récents et, à l'exception de l'arrêt précédemment cité, on s'attardera donc particulièrement à analyser l'évolution de la pratique de l'AFC.

## 2. Approche envisagée

Tout comme pour l'analyse de la notion de bénéficiaire effectif, il convient de circonscrire notre champ lorsque nous nous attaquons à la question des développements récents. Nous observons qu'au cours des dernières années, la pratique de l'AFC s'est principalement développée, nuancée, complexifiée **autour de la notion d'abus**. Nous sommes d'avis que la notion de bénéficiaire effectif a été partiellement oubliée dans cette approche.

Nonobstant notre appréciation, il convient d'exposer les développements récents de la pratique de l'AFC. La toute première demande de dégrèvement ou remboursement de l'impôt anticipé fait en règle générale l'objet d'une liste de questions par l'AFC destinées à s'assurer que la

---

114 Les arrêts relatifs à l'application de la procédure de déclaration ne sont pas pris en compte dans cette statistique. Les sept arrêts dans le domaine financier sont les suivants : (i) arrêt du Tribunal fédéral 2C\_383/2015 du 22 novembre 2015, (ii) arrêt du Tribunal fédéral 2C\_895/2012 du 5 mai 2015, (iii) arrêt du Tribunal fédéral 2C\_964/2016 du 5 avril 2017, (iv) arrêt du Tribunal fédéral 2C\_209/2017 du 16 décembre 2019, (v) arrêt du Tribunal fédéral du 2C\_936/2017 du 22 août 2019, (vi) arrêt du Tribunal fédéral 2C\_880/2017 du 19 mai 2020 et (vii) arrêt du Tribunal fédéral 2C\_364/2012 et 2C\_377/2012 du 5 mai 2015 (publié ATF 144 II 447).

115 (i) arrêt du Tribunal fédéral 2C\_753/2014 et 2C\_752/2014 du 27 novembre 2015, (ii) arrêt du Tribunal fédéral 2C\_354/2018 du 20 avril 2020 et (iii) arrêt du Tribunal fédéral 2C\_344/2018 du 4 février 2020.

116 Les arrêts relatifs à l'application de la procédure de déclaration ne sont pas pris en compte dans cette statistique. Les deux arrêts dans le domaine financier sont les suivants : (i) arrêt du Tribunal administratif fédéral A-1246/2011 du 23 juillet 2012 et, (ii) arrêt du Tribunal administratif fédéral A-2516/2018 du 29 mai 2020.

117 ATF 144 II 447.

118 Arrêt du Tribunal fédéral 2C\_895/2012 du 5 mai 2015.

119 D'un autre avis : OESTERHELT, Rechtsprechung 2019/2020, ch. 1.3.

personne (physique ou morale) mise en avant dans la demande a bien le **droit aux bénéficiaires de la convention** examinée. Ces questions sont destinées à écarter l’abus conventionnel<sup>120</sup>.

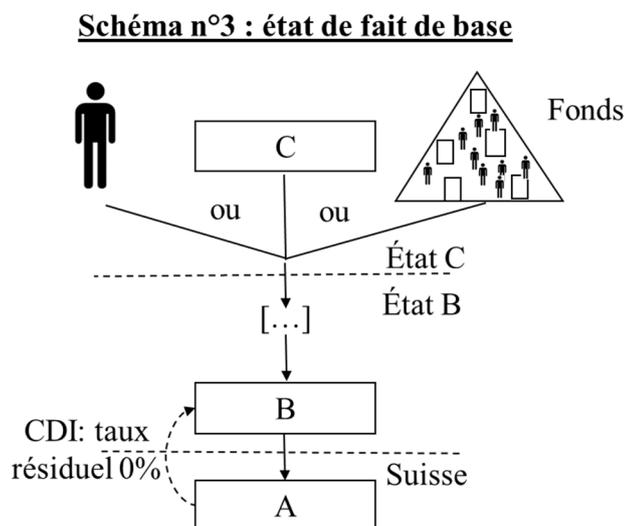
Nous proposons d’adopter une approche dichotomique de la pratique de l’AFC en distinguant entre (i) la **pratique anti-abus générale** et (ii) la **pratique anti-abus spécifique** (anciennes réserves, transposition internationale ou liquidation par représentation) et, enfin, (iii) la **transposition internationale étendue**. Cet exposé de la pratique actuelle de l’AFC est loin d’être anodine puisque ces séminaires ne font pas ou que très rarement, l’objet d’une publication en langue française<sup>121</sup>. Enfin, l’intérêt de montrer l’évolution dans le temps et de permettre d’apprécier la vitesse à laquelle la pratique évolue et l’incertitude juridique à laquelle celle-ci conduit.

## B. Pratiques anti-abus générales de l’AFC entre 2017 et 2020

### 1. État de fait de base

Comme mentionné en introduction, depuis plusieurs années, OPPLIGER (AFC, Division Remboursement, Equipe 5 (Contrôles spécifiques)) et OESTERHELT ont pris à cœur de présenter ensemble au séminaire annuel organisé par l’IFF de l’Université de Saint-Gall l’évolution de la pratique administrative en matière de dégrèvement et de remboursement de l’impôt anticipé. Nous nous n’attèlerons à présenter l’évolution de la pratique entre 2017 et 2020 de façon synthétique, soit en essayant d’esquisser les traits communs de cette évolution.

L’état de fait de base peut être abstraitement représenté comme suit :



120 Nous ne disposons pas de l’espace nécessaire pour aborder et reproduire ces questions, mais renvoyons à l’article STOYANOV/SANSONETTI qui évoque les questions posées par l’AFC (Bénéficiaire effectif et mesures anti-abus).

121 Lors de la rédaction de ce travail, un article intitulé « La pratique des anciennes réserves de l’AFC 2018-2020 » et basé sur les présentations de OESTERHELT/ OPPLIGER à l’IFF de Saint-Gall a été publié (OESTERHELT/FELLAY, Anciennes réserves, p. 481 ss). Il ne se focalise que sur les anciennes réserves et donc pas sur les éléments abordés au chapitre III.B.

Les constellations proposées lors des quatre derniers séminaires reposent donc sur<sup>122</sup>:

- (i) une société suisse (A) détenue à 100% par une autre société (B) sise dans un État conventionné (généralement le Luxembourg) avec un taux résiduel de l'impôt anticipé réduit à 0% ;
- (ii) la société B possiblement (mais pas nécessairement) détenue par une seconde société sise dans l'État B ; et
- (iii) l'actionnaire ultime de la société suisse qui peut être alternativement une personne physique, une personne morale ou un fonds d'investissement.

Les critères posés par l'AFC peuvent être scindées en deux catégories : (i) la substance à l'étranger du détenteur direct (société B) de la participation dans la société suisse (société A) et (ii) la forme juridique et les qualités de l'investisseur ultime dans la société suisse.

## 2. Actionnaire direct de la société suisse (société B) : critères de substance

En 2017, si la société sise dans l'État B remplissait **alternativement** un des trois critères suivants, les droits aux bénéfices de la convention entre la Suisse et l'État B n'était pas remis en cause<sup>123</sup>:

- (i) **la substance bilantielle** (*bilanzielle Substanz*) : les critères de sous-capitalisation posés par la circulaire AFC n°6<sup>124</sup> doivent être respectés. Sur la base de cette dernière, on parle généralement d'un ratio maximum de 70% entre les fonds étrangers et le total du bilan en partant du principe que les seuls actifs au bilan sont des participations ; ou
- (ii) **la substance fonctionnelle** (*funktionelle Substanz*) : en plus de la gestion de la participation dans la société suisse A, on requiert que la société B exerce d'autres fonctions opérationnelles. On aimerait par exemple voir la société B gérer d'autres participations en Europe et acquérir ainsi le statut d'holding européenne (*Euroholding*) ou ailleurs dans le monde. La détention d'une autre participation dans une société suisse n'est pas considérée comme suffisante (B ne serait alors pas considérée comme étant une holding internationale)<sup>125</sup>. Un autre type d'activité opérationnelle est naturellement également possible (financement, etc.) ; ou
- (iii) **la substance personnelle** (*personelle Substanz*) : afin de pouvoir déployer son activité opérationnelle, la société B doit disposer de personnel et de locaux.

---

122 OESTERHELT/ OPPLIGER, IFF Int. StR 2017, p. 5 ss ; OESTERHELT/ OPPLIGER, IFF Int. StR 2018, p. 2 ss ; OESTERHELT/ OPPLIGER, IFF Int. StR 2019, p. 6 ss ; OESTERHELT/ OPPLIGER, IFF Int. StR 2020, p. 2 ss.

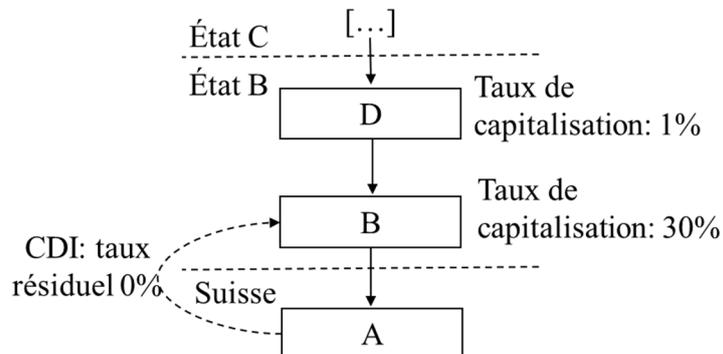
123 *Idem*. Toutes les présentations commencent par rappeler en introduction ces trois conditions relatifs à la substance.

124 Circulaire n°6 publiée le 6 juin 1997 par l'Administration fédérale des contributions relatif au capital propre dissimulé de sociétés de capitaux et de sociétés coopératives (art. 65 et 75 LIFD).

125 OESTERHELT/ OPPLIGER, IFF Int. StR 2020, p. 9. Cette participation doit par ailleurs avoir une réelle substance et ne pas être une coquille vide.

Si nous sommes face à une double structure de détention (B et D), soit deux sociétés dans l'État B, dont l'une d'entre-elles fortement sous-capitalisée, cela ne remettrait pas en cause le fait que le critère de la substance bilantielle du détenteur direct est rempli<sup>126</sup>. Pour faciliter la compréhension, voici une représentation graphique :

**Schéma n°4 : variante dans la structure intermédiaire de détention de la société suisse**



On peut tout à fait s'imaginer que d'autres variantes seraient acceptées par l'AFC. De façon générale, plus la substance est importante dans le pays intermédiaire (État B), plus la situation est perçue de façon positive en plus la possibilité d'un abus s'éloigne.

### 3. Actionnaire ultime de la société suisse : forme juridique

Après 2017, la **forme juridique** du bénéficiaire économique ultime a commencé à jouer un rôle de plus en plus important. En fonction de la forme juridique du bénéficiaire économique ultime, les critères de substance discutés plus haut et exigés de la société B (ou dans l'État B de façon générale) sont plus ou moins stricts.

Il convient de différencier trois constellations :

- (i) Lorsque le bénéficiaire économique ultime (État C) est une **société opérationnelle**<sup>127</sup>, une société holding ayant une activité opérationnelle par le biais d'une filiale dans le même État C<sup>128</sup> ou encore est cotée en bourse. Dans ce cas, la société intermédiaire dans l'État B ne doit remplir qu'**un seul des trois critères** (bilantiel, fonctionnel ou personnel).
- (ii) Lorsque le bénéficiaire économique ultime (État C) est **un fonds d'investissement**, celui-ci n'est en règle générale par un sujet fiscal à part entière, mais transparent et n'a, par définition, pas droit aux bénéfices d'une CDI. Par conséquent, l'AFC considère que la société intermédiaire dans l'État B devra remplir **au moins deux des trois critères de substance** pour avoir le droit aux bénéfices de la CDI entre la Suisse et l'État B<sup>129</sup>. À noter que l'identité des investisseurs ultimes peut à nouveau « guérir » la structure si ces derniers avaient, de toute manière, droit aux bénéfices de la convention ou au

126 OESTERHELT/ OPPLIGER, IFF Int. StR 2019, p. 16 s.

127 OESTERHELT/ OPPLIGER, IFF Int. StR 2019, p. 14 ss.

128 OESTERHELT/ OPPLIGER, IFF Int. StR 2019, p. 18 s.

129 OESTERHELT/ OPPLIGER, IFF Int. StR 2020, p. 5 ss. La présentation évoque également les fonctions qui doivent être présentes dans l'État intermédiaire pour que le critère de la substance personnelle soit rempli.

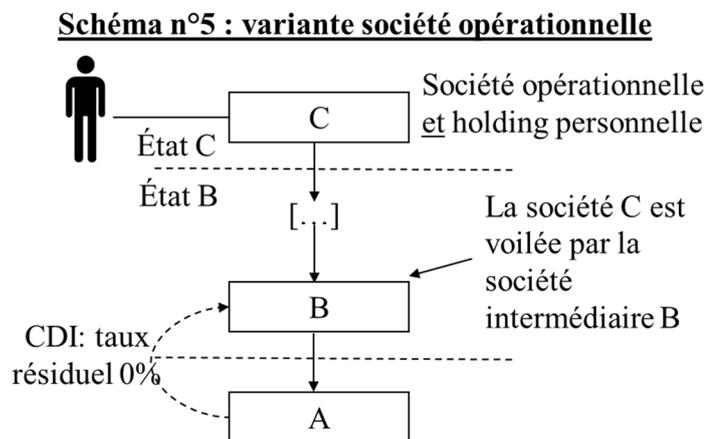
remboursement de l'impôt anticipé (par exemple investisseur(s) ultime(s) dans l'État B ou en Suisse)<sup>130</sup>.

- (iii) Lorsque le bénéficiaire économique ultime (État C) est une personne physique. Dans ce cas, il faut encore différencier entre la holding personnelle étant uniquement destinée à détenir une société suisse (et peut-être d'autres participations de sociétés sises en Suisse ou à l'étranger) et la structure développant également une autre activité opérationnelle. Nous analysons ces aspects en détail ci-dessous.

En l'absence d'une activité opérationnelle, la chaîne de société est uniquement dédiée à la détention de la société suisse et exerce en cela une activité holding. Cette constellation est forcément *prima facie* plus suspecte pour l'AFC. On peut donc légitimement se poser la question du motif de **l'absence de la détention directe**. Lorsque la personne physique, bénéficiaire ultime, réside dans le même pays que sa holding personnelle (par exemple, tous les deux dans l'État B), cette dernière peut se contenter de remplir un des trois critères de substance<sup>131</sup>.

La holding personnelle peut se situer dans un État tiers (par exemple l'État B), mais les conditions de dégrèvement ou de remboursement de l'impôt anticipé ne doivent pas être plus favorable que si celle-ci se trouvait dans le même État de résidence que la personne physique (État C)<sup>132</sup>. Si les conditions de dégrèvement ou remboursement sont plus favorables, alors la société holding dans l'État intermédiaire doit remplir deux des trois critères pour avoir droit aux bénéfices de la convention<sup>133</sup>.

Enfin, si, en plus de la société suisse, la holding personnelle (dans l'État C) développe également une activité opérationnelle dans l'État du domicile du bénéficiaire ultime (l'État C), la société intermédiaire sert à **voiler** la société opérationnelle (*Abschirmung der operativen Gesellschaft*) comme on peut le voir sur la représentation graphique suivante<sup>134</sup>:



Dans le schéma exposé ci-dessus, l'activité opérationnelle va « sauver » la structure puisque la société B doit dans tous les cas disposer que d'un seul des critères de substance pour avoir droit

130 OESTERHELT/ OPPLIGER, IFF Int. StR 2020, p. 10. L'exemple évoque une fond de pension suisse, allemand et suédois.

131 OESTERHELT/ OPPLIGER, IFF Int. StR 2020, p. 2 ss ; OESTERHELT/OPEL, Personal Holding, ch. 2.4.

132 OESTERHELT/ OPPLIGER, IFF Int. StR 2020, p. 5 ; OESTERHELT/OPEL, Personal Holding, ch. 2.2.

133 OESTERHELT/ OPPLIGER, IFF Int. StR 2020, p. 7 ; OESTERHELT/OPEL, Personal Holding, ch. 2.2, 2.3 et 3.

134 OESTERHELT/ OPPLIGER, IFF Int. StR 2019, p. 14 ss.

aux bénéficiaires de la convention<sup>135</sup>. Une holding supplémentaire dans l'État C pour ségréger l'activité opérationnelle de la détention n'est pas non plus dommageable<sup>136</sup>.

Enfin, si la société intermédiaire B ne remplit aucun des trois critères de substance, la CDI entre l'État C et la Suisse doit être examinée. S'il n'y pas d'amélioration du taux de dégrèvement ou de remboursement de l'impôt anticipé par rapport à celle avec l'État B, on considère, à nouveau, que la situation n'est pas dommageable<sup>137</sup>. Cependant, si une des sociétés dans la chaîne de détention est dans un État non conventionné, alors l'AFC ne reconnaît pas les bénéficiaires de la CDI à la société B<sup>138</sup>.

### C. Pratiques anti-abus spécifiques de l'AFC : anciennes réserves

Certains abus internationaux ont fait l'objet d'une catégorisation tant par l'AFC que par la doctrine et la jurisprudence. Il faut saluer cette démarche qui contribue grandement à la sécurité juridique. Celles-ci ont été récemment synthétisées dans le cadre d'un séminaire OREF du 19 septembre 2019<sup>139</sup>. Nous pensons bien sûr à (i) la théorie des anciennes réserves, (ii) la transposition internationale et (iii) la liquidation par représentation. Ces trois types d'abus développés par l'AFC pourraient à eux seuls faire l'objet d'une thèse. Nous traiterons en particulier la problématique des anciennes réserves puisque celle-ci est au cœur de l'arrêt du Tribunal fédéral 2C\_354/2018 et examiné dans le chapitre IV.C. La transposition internationale classique et étendue sera également évoquée (*infra* III.D)

La théorie des **anciennes réserves** se caractérise par la vente d'une société disposant à la fois d'actifs non nécessaires à l'exploitation et de réserves issues du bénéfice qui sont distribuables<sup>140</sup>. Il s'agit du pendant international de la liquidation partielle indirecte<sup>141</sup>. Par analogie, on peut dire qu'il s'agit de la **vente d'un porte-monnaie** plein où la charge fiscale latente (l'impôt anticipé) diminue ou disparaît par le biais de la transaction onéreuse entre tiers.

---

135 OESTERHELT/ OPPLIGER, IFF Int. StR 2019, p. 17.

136 OESTERHELT/ OPPLIGER, IFF Int. StR 2019, p. 18 ; OESTERHELT/OPEL, Personal Holding, ch. 3.

137 OESTERHELT/ OPPLIGER, IFF Int. StR 2019, p. 20.

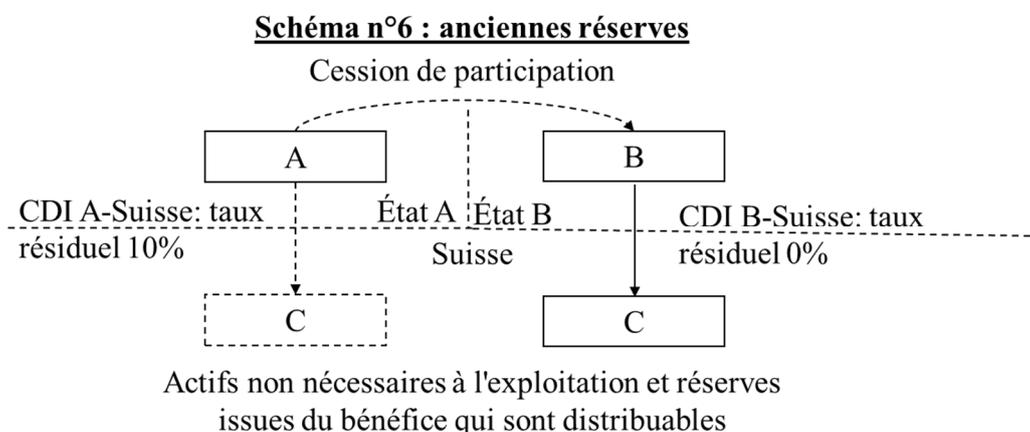
138 OESTERHELT/ OPPLIGER, IFF Int. StR 2019, p. 17. Cette situation peut être guérie si l'État C sont les États-Unis et que la société holding intermédiaire est une «*Disregarded entity*». OESTERHELT considère, lui, que cette situation n'est pas dommageable et que seules les qualités du détenteur direct, la société B, est déterminante (OESTERHELT/ OPPLIGER, IFF Int. StR 2019, p. 17).

139 PONCE, OREF, p. 1.

140 Par analogie à la liquidation partielle indirecte, on effectue un test de l'actif et du passif. Pour une introduction à cette thématique : OESTERHELT, Altreservenpraxis, int. Transponierung und stellv. Liquidation, chap. 2.3.

141 VStG-BAUER-BALMELLI, art. 21, n° 62 ; OESTERHELT, Altreservenpraxis, int. Transponierung und stellv. Liquidation, chap. 2 ; PONCE, OREF, p. 3 s. Contrairement à la transposition en droit interne, les conséquences fiscales ne sont pas pour l'actionnaire, mais pour la société suisse qui distribue le dividende, respectivement son nouvel actionnaire.

La conséquence de la vente du point de vue de l'impôt anticipé, pour l'acquéreur, est que le taux de récupération de l'impôt anticipé est plus favorable pour celui-ci que pour le vendeur ; ceci indépendamment du fait que l'acquéreur soit suisse ou étranger. Cette forme d'abus spécifique peut être représentée graphiquement comme suit<sup>142</sup> :



Si la présence d'anciennes réserves est avérée, l'AFC va exiger le paiement de l'impôt anticipé dû par C au taux qui prévalait pour l'ancien détenteur de la participation au moment de la cession. On appliquera donc une situation de fait fictive ou **requalification des faits** (*Sachverhaltsverhaltensfiktion*) pour déterminer la proportion de l'abus et comment « guérir » cette situation<sup>143</sup>. Pour ce faire, elle va appliquer le principe dit du « *first-in-first-out* »<sup>144</sup>. Ce sont donc les réserves les plus anciennes de la société dont la participation a été transférée qui doivent être distribuées en premier, avant de pouvoir procéder à la distribution des bénéfices plus récents.

À l'instar de la liquidation partielle indirecte<sup>145</sup>, l'examen **des liquidités non nécessaires à l'exploitation** est effectué au niveau du groupe tout entier, soit également les sociétés filles ou petites-filles<sup>146</sup>. Les **réserves librement distribuables** s'examinent uniquement au niveau de la société dont les participations ont été cédées (dans le schéma, C)<sup>147</sup>. C'est le plus bas de ces deux montants qui sera déterminant pour quantifier la proportion de l'abus<sup>148</sup>. La charge fiscale se limite donc à l'économie d'impôt abusive réalisée au moment de la transaction. On relèvera donc l'absence de tout caractère punitif.

Enfin, les réserves sont, en principe grevée d'une charge d'impôt anticipé latente pour une **durée indéterminée**, il est donc inutile d'attendre cinq ans<sup>149</sup>. On soulignera qu'un arrêt récent

142 Le schéma, très classique, est inspiré de PONCE (OREF). Les pourcentages sont à titre d'exemple afin de faciliter la compréhension.

143 OESTERHELT, Altreservenpraxis, int. Transponierung und stellv. Liquidation, chap. 2.4.

144 OESTERHELT, Altreservenpraxis, int. Transponierung und stellv. Liquidation, chap. 2.4.2 ; OESTERHELT/FELLAY, Anciennes réserves, ch. 3.5.3.

145 Circulaire n°14 de l'AFC relative à la liquidation partielle indirecte du 6 novembre 2007, ch. 4.6.

146 OESTERHELT/FELLAY, Anciennes réserves, ch. 3.4.2.

147 OESTERHELT/FELLAY, Anciennes réserves, ch. 3.4.3 et 3.4.4.

148 OESTERHELT, Altreservenpraxis, int. Transponierung und stellv. Liquidation, chap. 2.3 ; PONCE, OREF, p. 6 et 7 ; OESTERHELT/FELLAY, Anciennes réserves, ch. 3.5.1. Contrairement à la liquidation partielle indirecte en droit interne, il n'existe pas de pratique clairement établie relative la vente de concert ou un seuil minimum. Enfin, les conséquences fiscales déploient leur effet pour l'acquéreur et non le vendeur (PONCE, OREF, p. 6 et 7).

149 OESTERHELT, Altreservenpraxis, int. Transponierung und stellv. Liquidation, chap. 2.4.3.

d'une Tribunal administratif fédéral A-1795/2017 du 1<sup>er</sup> décembre 2020 a admis la possibilité d'apporter une justification économique à la transaction qui empêche l'application de la théorie des anciennes réserves après l'écoulement d'un délai de cinq ans<sup>150</sup>. Cet arrêt est attaqué devant le Tribunal fédéral, c'est pourquoi nous nous abstenons de le commenter plus en détail ; sa portée étant encore incertaine<sup>151</sup>.

Cette pratique anti-abus spécifique est applicable indépendamment du fait que le remboursement soit fondé sur la LIA (la société acquéreuse B est en Suisse) ou sur une CDI (la société acquéreuse B est dans un autre pays conventionné). On est, par conséquent, face à un cas d'application internationale et donc à l'entrée en scène du principe non écrit de l'interdiction de l'utilisation abusive des conventions<sup>152</sup> qui admet le caractère abusif de cette opération et autorise la Suisse à taxer l'opération puisqu'une CDI à par définition uniquement un effet négatif. La LIA et sa disposition anti-abus nationale fondent le refus du remboursement (*supra* II.C).

## D. Nouveauté : de la transposition internationale classique à l'étendue

### 1. La transposition internationale classique

La typologie de l'abus qualifiée de **transposition internationale** se caractérise par la vente ou l'apport d'une société suisse à une autre société suisse qui est également contrôlée par le même actionnaire. Le prix de vente est plus élevé que les fonds propres (capital-actions et réserves d'apport en capital) de la société dont les participations ont été transférées<sup>153</sup>. Par ce biais, des réserves ouvertes ou latentes sont transformées en capital-actions, réserves d'apport en capital ou encore en prêt<sup>154</sup>.

Comme le nom l'indique, il s'agit du pendant en droit international de la transposition en droit interne<sup>155</sup>. La vente a pour conséquence une **réduction partielle ou totale de l'impôt anticipé sur les distributions de la société** dont les participations ont été transférées. Ces dernières sont ensuite remontées au niveau de l'actionnaire (remboursement d'un prêt, réduction de capital-actions, remboursement de réserves issues d'apports en capital).

---

150 Tribunal administratif fédéral A-1795/2017 du 1<sup>er</sup> décembre 2020, consid. 5.9 et 5.10 ; OESTERHELT/FELLAY, Anciennes réserves, ch. 3.1.3 et 3.5.4.

151 OESTERHELT/FELLAY, Anciennes réserves, ch. 3.1.3, 3.5.4 et surtout la note de bas de page 19, pour un contre-exemple où l'AFC admet des motifs économiques suffisants.

152 OESTERHELT, Altreservenpraxis, int. Transponierung und stellv. Liquidation, chap. 3 ; PONCE, OREF, p. 6 et 7.

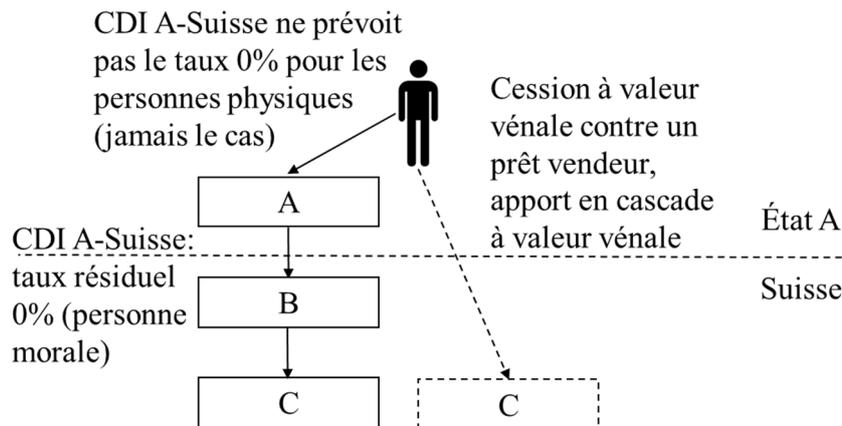
153 VStG-BAUER-BALMELLI, art. 21, n°42 ; OESTERHELT, Altreservenpraxis, int. Transponierung und stellv. Liquidation, chap. 3 ; PONCE, OREF p. 8 ; OESTERHELT/FELLAY, Anciennes réserves, ch. 5.

154 PONCE, OREF p. 8 ; OESTERHELT/FELLAY, Anciennes réserves, ch. 5.

155 Art. 20 al. 1 let. b : Contrairement à la transposition en droit interne, il n'existe pas de pratique clairement établie relative la vente de concert ou un seuil minimum. Enfin, les conséquences fiscales déploient leur effet pour l'acquéreur et non le vendeur (PONCE, OREF p. 8 s.). On soulignera que pour la transposition en droit interne, l'entrée en vigueur de la troisième réforme de la fiscalité des entreprises a conduit à la disparition du seuil de 5% (FF 2018 2607, ch. 1.2.3.3).

Cette typologie se laisse représenter graphiquement (par exemple) comme suit<sup>156</sup>:

**Schéma n°7 : transposition internationale classique**



Contrairement aux anciennes réserves, l'AFC n'applique pas le taux d'impôt résiduel qui prévalait avant le transfert de participations<sup>157</sup>. Le remboursement est **intégralement refusé** à hauteur des réserves ouvertes et des réserves latentes<sup>158</sup>. Cette pratique est uniquement applicable lorsque la demande de remboursement est basée sur la **LIA** (entre la société B et C sur le schéma n°7). On pourrait considérer que la non-application du taux résiduel qui prévalait avant la transaction, soit la limitation du prélèvement de l'impôt anticipé à l'économie réalisée, a un **caractère punitif**.

Les conséquences fiscales seraient différentes, si la société C était vendue à la société A. Dans ce cas, le transfert de participations s'effectue entre deux personnes étrangères (avec une CDI entre la Suisse et l'État A). L'AFC se contentera d'appliquer la théorie des anciennes réserves<sup>159</sup>.

2. La transposition internationale étendue

Les fiscalistes font depuis peu face à une **extension** de la théorie de la transposition internationale. Celle-ci a été théorisée et déjà appliquée par l'AFC. Elle a pour la première fois été exposée à un plus large public au séminaire de fiscalité internationale de Saint-Gall<sup>160</sup> puis a fait l'objet d'un article par OESTERHELT<sup>161</sup>. Ce dernier a par ailleurs baptisé cette théorie (de concert avec l'AFC) : la **transposition internationale étendue** (*Erweiterte internationale Transponierung*)<sup>162</sup>. Bien que cette nouvelle théorie soit en pleine évolution, nous souhaitons essayer d'en esquisser les contours.

156 Le schéma, très classique, est inspiré de PONCE (OREF), p. 8 s.

157 Il convient de souligner que OESTERHELT est d'un autre avis et considère que le taux résiduel prévu par la CDI correspondante serait applicable (Altreservenpraxis, int. Transponierung und stellv. Liquidation, chap. 3). Cependant et sur la base de notre relative expérience, cette position par OESTERHELT ne reflète pas la position usuelle de l'autorité fiscale qui tend à suivre la jurisprudence stricte du Tribunal fédéral.

158 PONCE, OREF p. 8 s ; OESTERHELT/FELLY, Anciennes réserves, ch. 5.

159 OESTERHELT, Altreservenpraxis, int. Transponierung und stellv. Liquidation, chap. 3 ; PONCE, OREF, p. 22 ; OESTERHELT/FELLY, Anciennes réserves, ch. 5.6.

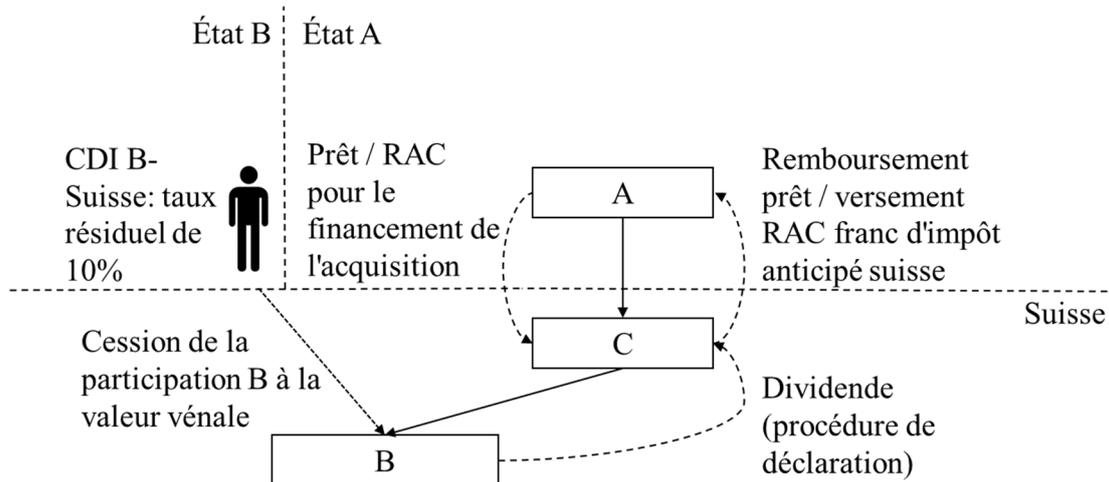
160 OESTERHELT/ OPPLIGER, IFF Int. StR 2019, p. 61 ss p. 1 et pour l'évolution de pratique sur une année OESTERHELT/ OPPLIGER, IFF Int. StR 2020, p. 10 ss.

161 OESTERHELT, erw. int. Transponierung, p. 40 ss.

162 *Idem*.

Cette théorie se caractérise par la vente d'une société suisse, par une personne sise en Suisse ou à l'étranger, à une autre société suisse (généralement un véhicule d'acquisition) contrôlée *in fine* par un **actionnaire tiers** ayant des conditions de dégrèvement ou remboursement de l'impôt anticipé moins favorable que le vendeur en cas de détention direct (et non via le véhicule d'acquisition suisse). Le prix de vente doit être supérieur aux fonds propres (réserves d'apports en capital comprises) de la société cible Suisse. On peut schématiquement représenter cet abus comme suit<sup>163</sup> :

**Schéma n°8 : transposition internationale étendue**



Premièrement, nous souhaitons critiquer la **sémantique employée**. En effet, l'élément vente à soi-même, caractéristique de la transposition nationale ou internationale, a entièrement disparu. C'est pourquoi nous considérons que le terme transposition est dévoyé et utilisé à mauvais escient. La sémantique donne au fiscaliste la fausse impression qu'il s'agit de quelque chose d'ancien remis au goût du jour alors qu'il s'agit d'un concept, comme nous le verrons ci-après, entièrement nouveau.

Selon la vision adoptée par l'AFC, des réserves présentes et futures seraient transposées dans un environnement franc d'impôt anticipé de la façon suivante : (i) par le versement d'un dividende de la société B à C (la réduction pour participation s'applique), puis (ii) par le remboursement du prêt, réserves d'apports en capital ou capital de la société C à A. En application de l'article 21 alinéa 2 LIA, le remboursement/application de la procédure de déclaration serait bloqué au niveau de la société suisse B.

L'AFC va refuser le remboursement de l'impôt anticipé ou la procédure de déclaration jusqu'à ce que le solde d'impôt anticipé dû ait été payé. Il n'est même pas certain que l'ancien taux résiduel (dans notre schéma n°8, 10%), celui qui prévalait pour le vendeur, soit applicable<sup>164</sup>.

Dans le cadre d'une discussion téléphonique avec la division remboursement de l'AFC, l'application du taux résiduel qui prévalait pour le vendeur a été confirmée pour autant que la situation soit déclarée **proactivement** à l'AFC (avant l'opération et sous forme de ruling).

163 L'exemple est inspiré et simplifié des séminaires de OESTERHELT et OPPLIGER sur le sujet (OESTERHELT/ OPPLIGER, IFF Int. StR 2019 et OESTERHELT/ OPPLIGER, IFF Int. StR 2020). Naturellement, celui-ci n'est pas exhaustif. Le vendeur pourrait également se trouver en Suisse.

164 OESTERHELT/ OPPLIGER, IFF Int. StR 2019, p. 61 ss.

Selon notre compréhension, l'abus résulterait du fait que le remboursement ou le dégrèvement de l'impôt anticipé est péjoré par rapport à la situation initiale du vendeur. En effet, si le nouvel actionnaire ultime, la société A, avait détenu la société cible directement (sans société d'acquisition intermédiaire C), il aurait bénéficié d'un dégrèvement ou remboursement moins favorable que le vendeur. Seulement, en raison des modalités de financement de l'acquisition que l'on retrouve au passif de la société acquéreuse suisse (prêt, réserves d'apports en capital et capital-actions), les revenus futurs de la société cible suisse pourraient être extraits sans être soumis à l'impôt anticipé suisse.

Quelle que soit la structure du passif de la société C acquéreuse (fonds propres, réserves d'apports en capital ou prêt), l'AFC considère donc que des **réserves ont été transposées dans un environnement libre de tout impôt anticipé suisse** dans la mesure où les fonds propres, réserves d'apports en capital ou prêt à l'acquéreuse dépasse les fonds propres (réserves d'apports en capital comprises) de la société cible suisse. Ce montant est considéré comme transposé, car la société C acquéreuse peut les transférer à son actionnaire A franc d'impôt anticipé. Il s'agit de rembourser un prêt actionnaire, des réserves d'apports en capital ou encore du capital-actions (réduction formellement plus compliquée) <sup>165</sup>.

Contrairement à la théorie des anciennes réserves et tout comme la transposition internationale, cette nouvelle théorie de l'abus ne s'applique pas dans un contexte international, c'est-à-dire lorsque la société acquéreuse n'est pas sise en Suisse. En effet, si la société acquéreuse est sise dans un autre pays conventionné, l'AFC considère, tout comme pour la transposition internationale, que la transposition internationale étendue n'est pas applicable en raison de **l'effet négatif des traités**. Il convient d'appliquer dans ce cas la théorie des anciennes réserves.

En effet, dans le cas des anciennes réserves, c'est uniquement le plus petit de deux montants (les liquidités du groupe vs les réserves librement distribuables) qui sont considérées comme ayant été transposées dans un environnement plus favorable en terme de remboursement de l'impôt anticipé. Or, ici, les conséquences de l'abus sont beaucoup plus importantes puisque jusqu'à ce que la société cible B se soit acquittée de l'impôt anticipé dû sur la différence entre les fonds propres de la société cible et les montants qui peuvent être remboursé franc d'impôt à l'actionnaire de la société acquéreuse, la procédure de déclaration sera refusée.

Par exemple, imaginons que la société suisse B dispose de fonds propres (capital-actions et réserves issues d'apports en capital) pour un montant de CHF 10 millions et qu'elle soit vendue pour CHF 100 millions à C. La transaction est financée par un tiers à hauteur de CHF 30 millions et le reste est issu de réserves d'apports en capital à hauteur de CHF 69 millions et CHF 1 million de capital-actions. Le montant transposé se chiffre à CHF 60 millions (100-10-30).

L'AFC a admis appliquer avec parcimonie cette nouvelle théorie. Si certains actionnaires suisses restent investis dans la structure (par exemple le management), il est également possible que l'AFC renonce à l'application de cette pratique<sup>166</sup>.

---

165 OESTERHELT/ OPPLIGER, IFF Int. StR 2019, p. 63 s.

166 OESTERHELT/ OPPLIGER, IFF Int. StR 2020, p. 10 ss.

Enfin, si un **tiers finance au moins à hauteur de 50% la transaction**, elle renoncera à l'appliquer<sup>167</sup>. Dans tous les cas, le financement étranger a naturellement pour effet de réduire la portion du montant transposé de façon correspondante (dans notre exemple, 30 millions)<sup>168</sup>.

Une alternative pour guérir la situation est de comptabiliser les fonds apportés par l'actionnaire A **en réserves ouvertes** (*Agio-Lösung*). Ceci permettrait de transférer à nouveau le montant transposé dans un environnement soumis à l'impôt anticipé. Dans l'exemple présenté ci-avant, il faudrait comptabiliser CHF 60 millions en réserves ouvertes. Cette solution, comme le souligne OESTERHELT, va à l'encontre du principe d'apport en capital<sup>169</sup>.

À notre avis, la critique principale à formuler contre cette nouvelle forme d'abus peut être résumée comme suit. Contrairement à la transposition internationale classique, il n'y a **aucune vente à soi-même**, mais à un tiers. La vente n'est donc *prima facie* pas abusive. Il n'est pas non plus inusuel de financer l'acquisition d'une société suisse par le biais, par exemple, d'une banque suisse qui requiert que la société acquéreuse soit également en Suisse.

Une fois ces éléments posés et si on prend en compte les trois éléments constitutifs d'un abus (objectif, subjectif et effectif) (*supra* II.C), nous souhaitons poser les questions suivantes à l'AFC : en quoi est-ce que la structure d'acquisition est insolite ? Quelle serait une structure d'acquisition plus adéquate économiquement ? Quelle requalification des faits l'AFC souhaite-t-elle opérer ?

Enfin, on soulignera qu'à ce jour (30 juin 2021) aucune juridiction n'a eu l'occasion de se pencher sur la validité de cette nouvelle théorie. C'est donc volontairement que nous ne souhaitons pas nous attarder sur cette dernière, car il est à ce stade trop tôt pour faire le lien entre celle-ci et la récente jurisprudence de l'Union européenne examinée ci-après et qui est le cœur de notre sujet (*infra* IV).

---

167 OESTERHELT/ OPPLIGER, IFF Int. StR 2020, p. 14.

168 OESTERHELT/ OPPLIGER, IFF Int. StR 2020, p. 13 ss.

169 OESTERHELT/ OPPLIGER, IFF Int. StR 2020, p. 21.

## IV. Impact de la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne sur la pratique suisse

### A. Généralités

Lorsque l'on se réfère à l'impact de la jurisprudence de la CJUE sur la pratique suisse, il convient de se pencher, dans un premier temps, sur la question suivante : Dans quelle mesure la Suisse serait-elle liée ou contrainte, en dehors des accords bilatéraux<sup>170</sup>, par la jurisprudence de la CJUE? Le maître-mot est **l'harmonie des décisions** (*Entscheidungsharmonie*).

Afin de garantir l'application la plus uniforme possible des dispositions d'une CDI par les États contractants et minimiser les possibles conflits, les décisions judiciaires étrangères (de l'autre État contractant) peuvent être prises en compte pour interpréter les conventions<sup>171</sup>.

C'est sur cette base que le Tribunal fédéral va s'inspirer des décisions judiciaires étrangères pour l'interprétation d'une CDI ou un autre accord bi- ou multilatéral. Cette façon de procéder a au moins le mérite de contribuer à la sécurité juridique, puisqu'elle minimise les divergences d'interprétation d'une convention qui lie deux États souverains. On peut d'ailleurs faire le parallèle de cette façon de procéder avec l'emploi quasi systématique du commentaire MC OCDE pour interpréter une disposition conventionnelle et le développement d'**un langage fiscal international** (*international tax language*) que nous avons abordé en introduction du chapitre traitant de la notion de bénéficiaire effectif (*supra* I.C.3).

Nous procéderons à l'examen de deux arrêts récents de la CJUE (*infra* IV.B) et un arrêt du Tribunal fédéral s'y référant explicitement (*infra* IV.C) avant d'évaluer l'impact sur la pratique suisse.

### B. Arrêts de la cour (grande chambre) du 26 février 2019

#### 1. Généralités

L'intérêt principal de ces arrêts est de cerner l'existence et l'évolution de principes inhérents que sont la notion de bénéficiaire effectif et d'abus du droit fiscal dont nous avons tenté d'esquisser les grandes lignes dans les chapitres précédant. C'est donc à dessin que nous simplifierons les faits, tout comme la CJUE, pour s'arrêter sur les traits principaux.

À titre préliminaire, il convient de rappeler que la CJUE est, conformément à l'article 267 du TFUE, compétente pour **statuer à titre préjudiciel**, lorsqu'elle est saisie par une juridiction d'un des États membre de l'Union européenne.

Dans le cadre de deux arrêts récents de la CJUE (grande chambre) du 26 février 2019, cette dernière a regroupé cinq affaires dans lesquelles des sociétés danoises avaient payé des intérêts ou des dividendes à des sociétés liées. Comme des questions similaires se posaient dans toutes

---

170 La question de l'impact de la jurisprudence de la CJUE en lien avec les libertés fondamentales de l'Union européenne et volontairement écartée, car elle n'est pas pertinente pour la suite de l'analyse.

171 Arrêt du Tribunal fédéral 2C\_354/2018 du 20 avril 2020, consid. 3.4.1 ; Arrêt du Tribunal fédéral 2C\_344/2018 du 4 février 2020, consid. 3.4.5 ; Arrêt du Tribunal fédéral 2C\_707/2016 du 23 mars 2018, consid. 2.4.3 ; BAUMGARTNER, Beneficial Owner, p. 17 et les références citées.

les affaires, la CJUE a regroupé les affaires ayant trait aux dividendes<sup>172</sup> et aux paiements d'intérêts<sup>173</sup>. Les principales questions juridiques se posent en lien avec la notion de (i) bénéficiaire effectif et (ii) d'abus de droit. Ces deux aspects seront notre grille de lecture pour l'analyse des arrêts de la CJUE.

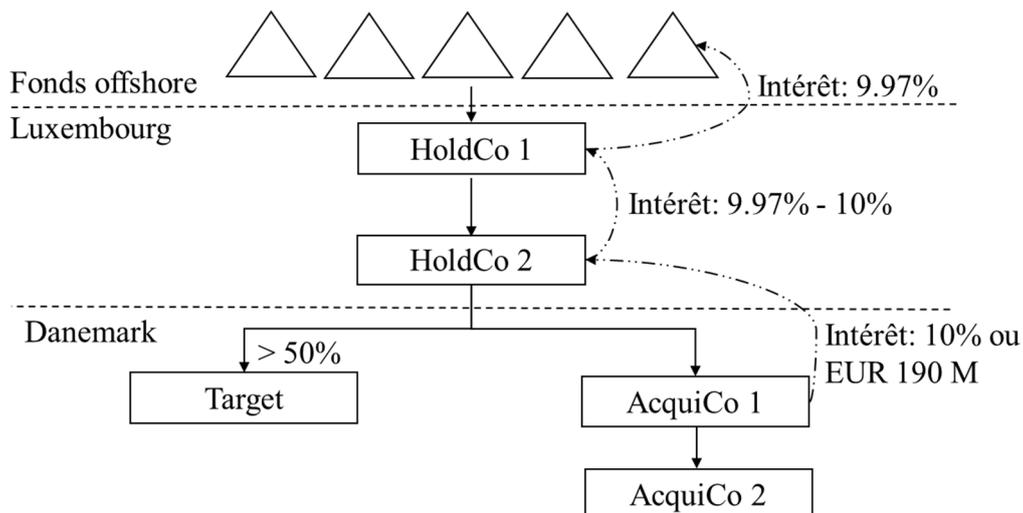
Nous nous concentrerons sur les deux affaires principales que sont : l'affaire *N Luxembourg I* relatif aux **intérêts** et l'affaire *T Danemark* relatif aux **dividendes**. Comme les deux affaires concernent le même état de fait, nous nous attacherons d'abord à les exposer avant de faire une analyse commune des considérants.

2. Faits pertinents : affaire C-115/16 (HoldCo 2 alias *N Luxembourg I*) et affaire C-116/16 (Target alias *T Danemark*)

À titre préliminaire, nous souhaitons relever que le résumé factuel fait par la CJUE est imprécis et que nous peinons, parfois, à comprendre les modalités civiles et la rationalité économique de l'acquisition et des restructurations subséquentes. Par conséquent, les éléments factuels qui ne paraissent pas ou peu pertinents sont systématiquement écartés.

La structure finale et les éléments factuels pertinents se présentent comme suit :

**Schéma n°9 : affaire C-115/16 – Intérêts (HoldCo alias *N Luxembourg I*)**



Cinq fonds d'investissement offshore et fiscalement transparents envisagent d'acquérir en 2005 la société mère ultime (*Target*) d'un groupe danois, active dans le domaine des services. La structure d'acquisition consiste en un certain nombre de sociétés au Luxembourg, notamment *HoldCo 1* et *HoldCo 2*, et, au Danemark, notamment *AcquiCo 1* et *AcquiCo 2*.

Le financement de l'opération est vraisemblablement purement interne (divers prêts et apports en capital). Les éléments pertinents sont représentés dans le schéma ci-dessus ainsi que la structure de prêts *down-stream* rémunéré à plus ou moins 10%.

*HoldCo 2* a des frais de personnel inférieures à EUR 10'000 et d'autres frais opérationnelles avoisinant les EUR 100'000, respectivement EUR 200'000. En 2006, après un certain nombre

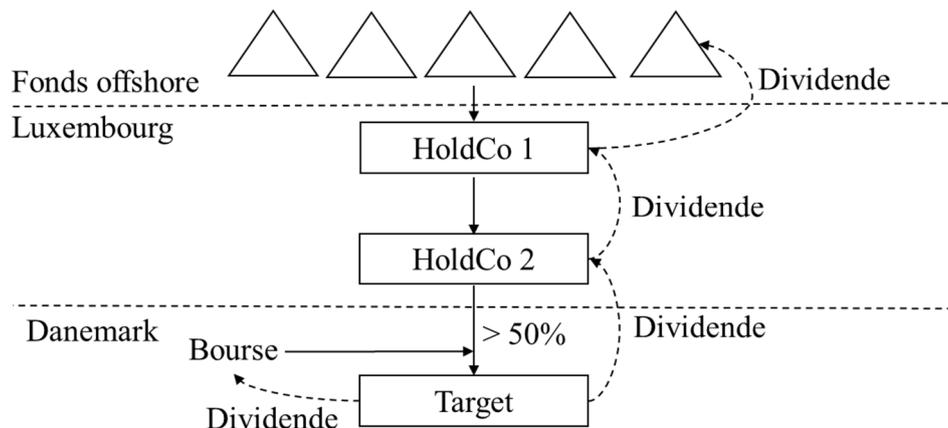
172 Arrêt du 26 février 2019 C-115/16 *N Luxembourg I*, C-118/16 *X Danmark*, C-119/16 *C Danmark I*, C-299/16 *Z Danmark*.

173 Arrêt du 26 février 2019 C-116/16 *T Danmark*; C-117/16 *Y Danmark Aps*.

de restructurations, elle devient le nouvel actionnaire de *Target*<sup>174</sup>. À la suite de ces différentes opérations, *AcquiCo 1* va verser un intérêt d'environ EUR 190 millions dans le cadre de la structure de prêt en cascade exposé ci-avant. Les autorités fiscales danoises ont considéré que l'actionnaire luxembourgeois (*HoldCo 2*) n'était **pas le bénéficiaire effectif** des intérêts payés par *AcquiCo 1*. Par conséquent, les intérêts payés devaient être sujets à un impôt source danois de 22%.

Dans la seconde affaire examinée (C-116/16), la même société, *Target*, envisageait de distribuer un dividende conséquent d'environ EUR 805 millions. Face au refus des autorités fiscales danoises d'appliquer la Directive Mère-Fille, *Target* finit par verser un dividende moins important (EUR 241 millions) et conteste la décision des autorités devant les tribunaux nationaux. La situation factuelle peut être résumée graphiquement comme suit :

**Schéma n°10 : affaire C-116/16 – Dividende (Target alias T Danmark)**



3. Fondements juridiques : Directives Intérêts/Redevances et Mère-Fille

Le paiement d'intérêts ou de redevances et la distribution de dividendes au sein de l'Union européenne s'effectue sous l'égide de deux directives bien connues, la Directive Intérêts/Redevances et Directive Mère-Fille, et censées faciliter les opérations entre sociétés d'États membres. Ces dernières ne doivent pas être soumises à des conditions fiscales moins favorables que celles qui sont applicables aux mêmes opérations effectuées entre sociétés au sein du même État membre<sup>175</sup>.

La **Directive Intérêts/Redevances** permet d'exonérer les paiements d'intérêts et de redevances échus dans un État membre de toute imposition, retenue à la source 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<sup>176</sup>.

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<sup>177</sup>.

174 Arrêt du 26 février 2019 C-115/16 *N Luxembourg I*, ch. 30 ss.

175 Directive Intérêts/Redevances, Considérant (1) du préambule et Directive Mère-Fille, Considérant (4) du préambule.

176 Art. 1 al. 1 Directive Intérêts/Redevances.

177 Art. 1 al. 4 Directive Intérêts/Redevances.

Comme le précise la CJUE, La notion de « bénéficiaire des intérêts », au sens de la directive, doit être interprétée comme désignant une entité qui **bénéficie réellement des intérêts** qui lui sont versés<sup>178</sup>. La CJUE se réfère directement aux considérations du commentaire MC OCDE et au sens large (non technique) à donner à la notion de bénéficiaire effectif<sup>179</sup> (*supra* I.C.3). Enfin, les dispositions anti-abus nationales sont explicitement réservées par la Directive Intérêts/Redevances<sup>180</sup>.

La Directive Mère-Fille permet que les bénéfices distribués par une filiale à sa société mère soient exonérés de retenue à la source<sup>181</sup>. Contrairement à la Directive Intérêts/Redevances, la **Directive Mère-Fille n'emploie pas le terme « bénéficiaire »** de sorte que le principe de *substance over form* précédemment mentionné ne peut s'appliquer aussi largement que pour les intérêts ou les redevances<sup>182</sup>.

Pour la CJUE, tout l'enjeu est donc d'identifier une disposition qui permettrait tout de même de refuser l'application de la Directive Mère-Fille.

#### 4. Considéranants de la CJUE : affaires C-115/16 et C-116/16

En raison des particularités procédurales évoquées en introduction, la CJUE se prononce **uniquement sur les questions préjudicielles** qui lui sont posées. Notre analyse se concentrera et sera structurée autour de (a) la notion de bénéficiaire effectif et (b) d'abus.

##### a. Bénéficiaire effectif

Étant donné que seule une des deux directives, celle relative aux intérêts et redevances, emploie la notion de « bénéficiaire », c'est principalement dans l'affaire C-115/16 que la CJUE s'est penchée sur la question. Ce n'est cependant pas le cœur de l'arrêt comme le montre le résumé des éléments pertinents ci-dessous particulièrement court.

Le premier élément mis en avant la CJUE est que seule une entité qui bénéficie réellement des intérêts versés peut être considéré comme bénéficiaire. On s'appuie donc sur la **réalité économique** et non purement formelle, étroite ou technique. Bien que la CJUE ne l'évoque pas directement, on se retrouve face à tous les éléments de langage de la dernière version du commentaire OCDE et donc à un **renvoi dynamique** (*supra* I.C.2). Les conseils de *AcquiCo 1* ont fait valoir que cette interprétation n'avait aucune légitimité démocratique – une critique que nous avons déjà évoquée<sup>183</sup>. Cet argument est balayé par la CJUE, car ladite directive serait inspirée du commentaire OCDE : on pourrait donc s'en servir pour l'interpréter. C'est là l'unique argument mis en avant par la CJUE<sup>184</sup>.

Enfin, la CJUE ne prend pas position sur le point de savoir si une disposition d'une convention bilatérale employant le terme bénéficiaire effectif est susceptible de constituer une base légale

---

178 Arrêt du 26 février 2019 C-115/16 *N Luxembourg I*, ch. 87 ss.

179 Arrêt du 26 février 2019 C-115/16 *N Luxembourg I*, ch. 87 ss.

180 Art. 5 al. 1 et 2 Directive Intérêts/Redevances.

181 Art. 5 Directive Mère-Fille.

182 Art. 1 Directive Mère-Fille vs. Article 1 Directive Intérêts/Redevances.

183 *Supra* I.C.2.

184 Arrêt du 26 février 2019 C-115/16 *N Luxembourg I*, ch. 84 ss dont les éléments pertinents sont résumés dans ce paragraphe.

anti-abus<sup>185</sup>. En d'autres termes, si le terme bénéficiaire effectif est intrinsèquement une notion anti-abus. La CJUE va donc se pencher sur la possibilité d'étendre une notion d'abus existante.

b. Développement d'une nouvelle notion anti-abus européenne

Bien que les dispositions anti-abus nationales soient explicitement réservées, le droit danois ne contenait aucune disposition applicable dans le cas d'espèce. Ces dernières ne sont cependant pas les seules pertinentes. En effet, il est de jurisprudence constante qu'il existe, dans le droit de l'Union européenne, un **principe général de droit** selon lequel les justiciables ne sauraient frauduleusement ou abusivement se prévaloir des normes du droit de l'Union<sup>186</sup>. En principe, s'organiser civilement de façon fiscalement avantageuse ne fonde pas une présomption générale de fraude ou d'abus. Il n'en demeure pas moins qu'un tel contribuable ne saurait bénéficier d'un avantage découlant du droit de l'Union européenne lorsque l'opération en cause est purement artificielle sur le plan économique et vise à échapper à l'emprise de la législation de l'État membre concerné<sup>187</sup>.

De façon générale, on peut considérer comme étant un **montage artificiel** un groupe de sociétés qui n'est pas mis en place pour des motifs qui reflètent la réalité économique, mais qui est une structure purement formelle ayant pour principal objectif ou pour l'un de ses objectifs principaux **l'obtention d'un avantage fiscal** allant à l'encontre de l'objet ou de la finalité du droit fiscal applicable. Tel est le cas notamment lorsque, grâce à une entité relais insérée dans la structure du groupe entre la société qui verse des dividendes et la société du groupe qui en est le bénéficiaire effectif, le paiement d'impôts sur les dividendes est évité<sup>188</sup>. **L'activité économique réelle** d'une société est donc déterminante.

L'absence d'activité économique effective doit être déduite d'une analyse de l'ensemble des éléments pertinents relatifs, notamment, à la gestion de la société, à son bilan comptable, à la structure de ses coûts et aux frais réellement supportés, au personnel qu'elle emploie ainsi qu'aux locaux et à l'équipement dont elle dispose. Les indices mis en avant par la CJUE sont les suivants<sup>189</sup> :

- le transfert effectif de la totalité ou de la quasi-totalité des intérêts ou des dividendes ;
- les modalités de financement et de capitalisation des sociétés intermédiaires (entre le bénéficiaire effectif et la source de l'intérêt/du dividende) ;
- la capacité pour la société intermédiaire de disposer économiquement dudit dividende/intérêt (obligation contractuelle ou effective) ; ou encore
- la proximité temporelle entre la mise en place d'une structure particulière et l'entrée en vigueur de nouvelle disposition légale.

---

185 Arrêt du 26 février 2019 C-115/16 *N Luxembourg I*, ch. 96.

186 Arrêt du 26 février 2019 C-116/16 *T Danmark*, ch. 70.

187 Arrêt du 26 février 2019 C-115/16 *N Luxembourg I*, ch. 109.

188 Arrêt du 26 février 2019 C-116/16 *T Danmark*, ch. 100.

189 Arrêt du 26 février 2019 C-116/16 *T Danmark*, ch. 104.

## 5. Analyses et perspectives suite aux arrêts de la CJUE

### a. Bénéficiaire effectif

Un des tous premiers commentaires de cet arrêt proposé en Suisse par SEILER<sup>190</sup> met en avant le fait que la CJUE ne s'est pas définitivement prononcée sur la question de savoir si une **obligation factuelle de transférer** un intérêt conduit au rejet de la qualité de la bénéficiaire effectif. Le Tribunal fédéral, lui, s'est prononcé contre<sup>191</sup>. La frontière entre le concept de double interdépendance et d'obligation factuelle nous paraît donc particulièrement floue dans un grand nombre de constellation pour la raison suivante.

L'analyse proposée par la CJUE fait clairement référence à une **approche économique**. Lorsque l'on privilégie l'approche économique d'une notion, les rapports contractuels cèdent généralement le pas aux **réalités financières**. Dans cette situation, la nuance entre l'obligation légale qui peut découler du contexte (double interdépendance) et l'obligation factuelle paraît difficilement identifiable et applicable en pratique. Notre opinion est renforcée par le fait que le commentaire MC OCDE prévoit effectivement que de simples faits et circonstances peuvent conduire à nier au récipiendaire sa qualité de bénéficiaire effectif<sup>192</sup>.

Bien que la CJUE ne se soit pas explicitement prononcée sur l'aspect de l'obligation factuelle, on peut raisonnablement supposer que l'interprétation faite de la notion de bénéficiaire effectif par la CJUE est en grande partie comparable à celle du Tribunal fédéral. Après tout, les deux interprétations reposent en grande partie sur le commentaire MC OCDE.

### b. Développement d'une nouvelle notion anti-abus européenne

Comme souligné par de nombreux observateurs, c'est la première fois que la CJUE applique un **principe général anti-abus en matière d'impôt direct**. À l'origine, celui-ci était relégué aux impôts indirects tels que la taxe sur la valeur ajoutée<sup>193</sup>. Il s'agit d'une évolution très importante puisque dans un arrêt de 2007 relatif à la Directive Fusions c'est précisément la position contraire qui avait été adoptée. Les États membres de l'Union Européenne ne pouvaient pas poser des conditions légales supplémentaires à celles édictées par ladite directive. Une disposition anti-abus devait (i) être explicite et (ii) compatible avec la directive applicable. On assiste donc à un changement de paradigme au niveau de la jurisprudence dans cet arrêt.

Du point de vue suisse, la position adoptée par la CJUE ne semble en aucun cas insolite. Le Tribunal fédéral a également développé le principe implicite et non écrit de l'interdiction d'utilisation abusive d'une CDI (*supra* II.B). La CJUE a simplement adopté une notion comparable pour la Directive Intérêts et Redevance et la Directive Mère-Fille. On peut donc valablement s'interroger sur la portée réelle de la nouvelle jurisprudence de la CJUE pour la Suisse. La nouvelle notion anti-abus européenne paraît reprendre en substance à la conception que s'en fait le Tribunal fédéral.

---

190 SEILER, Rechtsprechung EuGH, ch. 1.3.1.

191 Arrêt du Tribunal fédéral 2C\_880/2018 du 19 mai 2020. Ce point est, entre autres, rappelé par SEILER, Rechtsprechung EuGH, ch. 1.3.1. et OESTERHELT, Rechtsprechung 2019/2020, p. 50.

192 Commentaire MC OCDE 2017, Art. 10, ch. 12.4.

193 Arrêt du 26 février 2019 C-116/16 *T Danmark*, ch. 74 ; Arrêt du 26 février 2019 C-115/16 *N Luxembourg I*, ch. 100.

## C. Arrêt du Tribunal fédéral 2C\_354/2018 du 20 avril 2020

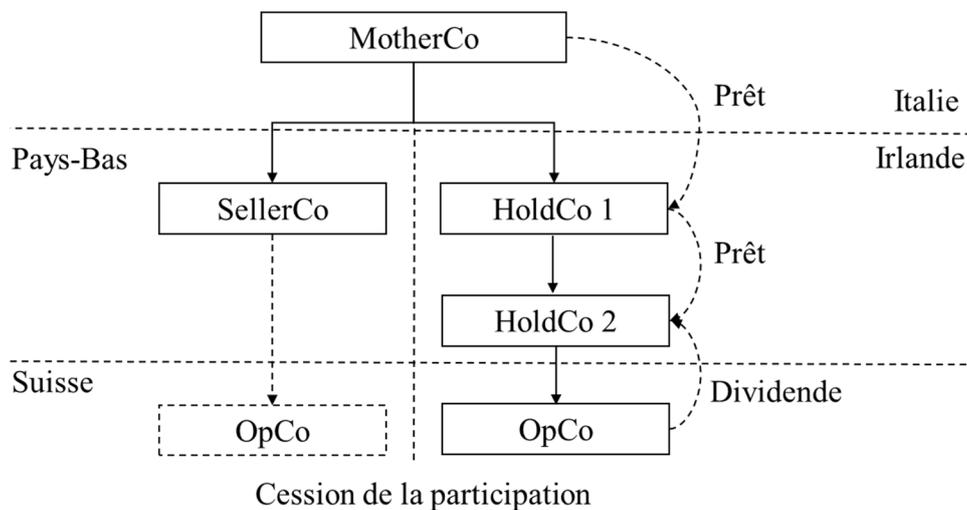
### 1. Généralités

À ce stade, nous n'avons pas encore examiné les **conséquences fiscales** qu'une partie de la doctrine considère comme envisagées par la CJUE lorsqu'une **situation abusive** conduit à la non-application de la Directive Intérêts et Redevance ou la Directive Mère-Fille. En lieu et place de se pencher sur la question de façon abstraite, une récente décision du Tribunal fédéral vient illustrer avec plus de force le propos.

### 2. Faits pertinents

La structure de détention se présente comme suit<sup>194</sup>:

#### **Schéma n°11 : arrêt du Tribunal Fédéral 2C 354/2018 du 20 avril 2020**



La société mère ultime *MotherCo*, sise en Italie, est active dans la production de machines à café. Elle détient une filiale aux Pays-Bas, *SellerCo*, et deux sociétés irlandaises, *HoldCo 1* et *HoldCo 2*. *HoldCo 2* n'a pas de personnel en Irlande et ne dispose pas de locaux. Cette dernière a acquis de *SellerCo* *OpCo*, une société suisse, ainsi que d'autres actifs. Cette opération a été financée par le biais d'un prêt de sa société mère, *HoldCo*, qui a elle-même obtenu des fonds de la société mère du groupe, *MotherCo*.

Par le passé, *OpCo* avait versé des dividendes à *SellerCo* et se prévalait partiellement de la CDI entre les Pays-Bas et la Suisse. L'AFC **refusait le dégrèvement complet** (limité à 20%), car, selon les propres termes de l'AFC, les raisons économiques du transfert n'étaient pas suffisamment claires et l'actionnaire originel était une société sise aux Antilles néerlandaises<sup>195</sup>. Nous ne disposons donc d'aucune indication précise quant à la situation qui prévalait à ce moment ou une quelconque explication sur la forme de l'abus allégué.

194 Les schémas sont inspirés de ceux reproduits dans l'arrêt du Tribunal fédéral 2C\_354/2018 du 20 avril 2020 et dans l'arrêt du Tribunal administratif fédéral A-7299/2016 du 28 février 2018. Enfin, les éléments factuels relatifs aux péripéties judiciaires en matière de procédure de déclaration ont également été pris en compte, soit l'arrêt du Tribunal administratif fédéral A-633/2010 du 25 août 2010 et l'arrêt du Tribunal fédéral 2C\_801/2015 du 24 juillet 2017.

195 Arrêt du Tribunal fédéral 2C\_354/2018 du 20 avril 2020, consid. A.b «Die ESTV begründete dies damit, dass die E. \_\_\_\_\_ die schweizerische Beteiligung ohne wirtschaftlich motivierte Verbindung von einer Gesellschaft in den niederländischen Antillen erworben hätte».

Après la vente de la participation, *HoldCo 2* souhaite procéder à un remboursement partiel du prêt octroyé. Ce remboursement serait financé par le biais d'un dividende de CHF 14 millions. Les intérêts sur le prêt étaient financés par d'autres source de revenu de *HoldCo 2*.

Le 25 juin 2007, *OpCo* décide de verser un dividende avec échéance au 25 septembre 2007. Malheureusement, seul un formulaire 823B est déposé le 18 septembre 2007. On suppose qu'aucun formulaire 103 et 108 n'a été déposée à cette date. Le formulaire 823B est refusé par l'AFC. Il s'ensuit une discussion dont les contours sont ombrageux entre l'AFC et *HoldCo 2* et qui conduit au dépôt d'une nouvelle demande, cette fois par le biais d'un formulaire 823C non daté, un formulaire 108 daté du 25 septembre 2007 et un formulaire 103 non daté<sup>196</sup>.

*HoldCo 2* a fait recours pour tenter d'obtenir la procédure de déclaration et ceci jusqu'au Tribunal fédéral. Celle-ci sera refusée pour une raison formelle. La demande était **hors délai**. *HoldCo 2* va ensuite tenter de faire valoir ses droits dans une procédure de demande de remboursement classique. Elle avait d'ailleurs préventivement fait parvenir à l'AFC un formulaire de demande de remboursement complet basé sur l'(ancien<sup>197</sup>) accord EAR ainsi qu'une demande de remboursement partiel basé sur la CDI applicable.

Après discussion avec l'AFC, une décision finale sujette à réclamation est émise, confirmée, puis attaquée par devant le Tribunal administratif fédéral. La demande de remboursement objet de la décision initiale de l'AFC et celle basée sur l'accord EAR. Le refus initial était basé sur le fait que *HoldCo 2* n'était pas la bénéficiaire effective et que la demande de remboursement serait **abusive**.

Comme nous le verrons ci-après, on ne différencie pas les deux notions dans l'approche adoptée par le Tribunal administratif fédéral ce qui est problématique pour la systématique de l'analyse comme nous l'avions souligné en introduction du chapitre III.

### 3. Considérants du Tribunal administratif fédéral

Le Tribunal administratif fédéral va refuser le remboursement en considérant que *HoldCo 2* n'est pas bénéficiaire effective. L'élément principal mis en avant est l'identité des membres du conseil d'administration de *HoldCo 1*, *HoldCo 2* et *OpCo*. Les compositions des conseils d'administration sont pratiquement identiques. À notre avis, cet argument est tout simplement sans fondement pour une raison simple. En droit suisse, l'assemblée générale a le droit intransmissible de nommer les membres du conseil d'administration et de déterminer l'emploi du bénéfice résultant du bilan, en particulier de fixer le dividende<sup>198</sup>. L'exercice d'un droit civil intransmissible ne peut pas, à lui seul, constituer un élément permettant de nier la qualité de bénéficiaire effectif. Sinon, une société intermédiaire comme *HoldCo 2* ne pourrait jamais être considérée comme bénéficiaire effective.

---

196 À toute fins utiles, nous rappellerons qu'il n'y a aucune obligation à déposer un formulaire 823B ou 823C parallèlement aux formulaires 103 et 108. Toutefois, le processus de contrôle dans le cadre d'une première demande 108 ou une première autorisation 823B ou 823C est sensiblement identique. Pour le surplus, nous renvoyons au site de l'AFC pour retrouver les formulaires correspondants.

197 Il convient de préciser que la demande était basée sur l'accord entre la Confédération Suisse et la Communauté Européenne prévoyant des mesures équivalentes à celles prévues dans la directive 2003/48/CE. Par soucis de simplification, nous continuerons d'y référer en employant le terme EAR.

198 Art. 698 al. 2 ch. 2 et ch. 4 CO.

Nous ne comprenons pas l'appréciation faite par le Tribunal administratif fédéral. Il n'y a aucune obligation légale de transférer le dividende. Ce ne serait de toute façon pas nécessaire étant donné qu'en sa qualité d'actionnaire unique *HoldCo 2*, puis *HoldCo 1* et enfin *MotherCo* contrôlent la politique de dividende du groupe. De plus, l'article 9 de l'accord EAR n'emploie pas le terme bénéficiaire effectif sur lequel repose le jugement. Le Tribunal administratif fédéral considère cependant qu'être bénéficiaire effectif est une condition implicite et non écrite. Il va donc rejeter entièrement la demande de remboursement. Heureusement, l'argumentation choisie par le Tribunal Fédéral est diamétralement opposée.

#### 4. Considérants du Tribunal fédéral

Le Tribunal fédéral va analyser l'état de fait sous l'angle des **anciennes réserves**. En effet, si *HoldCo 2* obtenait pleinement les bénéfices de l'accord EAR le dégrèvement initial de 20% passerait à 35%. Les conditions d'application de la théorie des anciennes réserves paraissent donc manifestement remplies (*supra* III.C).

Sur le fond et contrairement au Tribunal administratif fédéral, le Tribunal fédéral reconnaît d'emblée que l'article 9 EAR ne contient pas le terme bénéficiaire effectif. Dans le cas d'espèce, la notion de bénéficiaire effectif n'entre pas en ligne de compte comme condition explicite à l'application de l'accord EAR. Le Tribunal fédéral va donc se pencher sur la réserve de l'abus nationale ou conventionnel expressément mentionné par l'article 9 EAR. La base légale applicable (article 21 alinéa 2 LIA, article 2 alinéa 2 CC ou encore la réserve générale contre l'abus conventionnel) importe peu puisque les principes sont les mêmes<sup>199</sup>.

Les conséquences de l'abus sont analysées comme suit par le Tribunal fédéral. Dans un premier temps, ce dernier constate que l'accord EAR ne prévoit rien de façon explicite.

Il va donc se pencher sur les récents arrêts rendus par la CJUE en application du principe de l'harmonie des décisions (*supra* IV.A). Dans le cadre de ces arrêts, le bénéfice des directives européennes a été **complètement refusé** lorsque son application était considérée comme abusive. Le principe d'harmonisation des décisions conduirait donc le Tribunal fédéral à refuser entièrement le remboursement de l'impôt anticipé à *HoldCo 2*. Il va d'ailleurs rejeter la demande de remboursement dans son entièreté.

Pour conclure, le Tribunal fédéral prend cependant grand soin de préciser le point volontairement laissé **ouvert**, soit dans quelle mesure la **pratique développée par l'AFC relative aux anciennes réserves** et résumées ci-haut (*supra* III.C), reste applicable. La question ne se pose pas dans le cas d'espèce, car des anciennes réserves sont manifestement encore présentes dans *OpCo*.

#### 5. Analyses et perspectives suite à l'arrêt du Tribunal fédéral 2C\_354/2018

##### a. Introduction

Au cours des chapitres précédents, nous avons particulièrement critiqué la systématique de l'approche adoptée par les tribunaux. Nous attacherons donc à systématiser la réflexion et abordant les thématiques de la façon suivante : (b) bénéficiaire effectif : l'existence d'une

---

199 Arrêt du Tribunal fédéral 2C\_354/2018 du 20 avril 2020, consid. 4 ; OESTERHELT/OPEL, Personal Holding ch. 2.3.

condition non écrite (c) le nouvel abus européen en matière d'impôt direct, (d) considérations temporelles sur la pertinence des arrêts de la CJUE, (e) conséquences d'un abus de droit : refus total du remboursement.

L'arrêt de la CJUE consacre pour la première fois une notion anti-abus générale et abstraite en matière d'impôt direct et, selon une partie de la doctrine (*infra* IV.C.5.c), sur les conséquences d'un tel abus. Comme SEILER l'a correctement identifié, la Suisse ne prévoit pas dans son droit national une notion anti-abus ou une disposition aussi stricte en termes de conséquence<sup>200</sup>. À l'exclusion de toute autre forme de sanction administrative ou pénale, en droit fiscal suisse, **la sanction de l'abus est la requalification des faits** (*Sachverhaltsfiktion*). Avant la parution de l'arrêt du Tribunal fédéral 2C\_354/208, SEILER se demandait à juste titre si l'abus d'une disposition de l'accord EAR pouvait conduire à des conséquences plus strictes que la pratique suisse, soit un refus total du remboursement. La question de la portée de l'arrêt, au-delà de l'accord EAR, soit pour les CDI, est également posée<sup>201</sup>.

Nous souhaitons préciser qu'à la lecture de l'arrêt de la CJUE, il ne nous semblait pas que cette dernière prenne position sur la question des conséquences d'un abus de la Directive Intérêts/Redevance ou la Directive Mère-Fille. Il convient de relever que cette question n'était pas non plus posée par la cour nationale qui a saisi la CJUE à titre préjudiciel. Elle ne s'est donc, par définition, pas penchée sur la question. Nous constatons cependant que SEILER avait vu juste sur les questions posées par l'arrêt de la CJUE, soit les conséquences de l'abus. C'est précisément le sujet central de l'arrêt du Tribunal fédéral que nous avons examiné.

Dans le cadre de notre analyse, nous nous concentrerons sur les commentaires principaux proposés, soit ceux de : DANON/MALEK<sup>202</sup>, *International Fiscal Association* (IFA)<sup>203</sup> et OESTERHELT<sup>204</sup>.

b. Bénéficiaire effectif : l'existence d'une condition non écrite

Comme le relèvent à juste titre DANON/MALEK<sup>205</sup>, la question de **l'existence d'une notion de bénéficiaire effectif non écrite** n'a pas été posée à la CJUE. On ne peut donc pas considérer que cette dernière se soit implicitement penchée sur l'existence d'une notion implicite. Sur la question de l'existence implicite d'une notion de bénéficiaire effectif, DANON/MALEK répondent donc clairement par la négative<sup>206</sup>, ce que nous saluons. En effet, il faut s'écarter du texte légal que dans des situations extrêmement restreintes.

Cependant, l'AFC dans un guide peu connu relatif à l'application de l'ancien accord EAR, mais toujours applicable *mutatis mutandis* à l'accord actuel, considère que la condition dite du bénéficiaire effectif est un prérequis général pour pouvoir bénéficier de l'accord EAR<sup>207</sup>. Pour ajouter à la confusion, le Tribunal fédéral s'est prononcé à demi-mot en faveur l'existence d'une

---

200 SEILER, Rechtsprechung EuGH, ch. 1.3.2.

201 *Idem*.

202 DANON/MALEK, EU case law, p. 477. Cette publication consolide les publications précédentes sur divers autres supports, c'est pourquoi nous nous contenterons de nous baser sur celle-ci.

203 DANON/OPPLIGER, IFA, p. 32 ss.

204 OESTERHELT, Altreservenpraxis BGer, p. 902 ss. L'article de OESTERHELT/FELLAY, Anciennes réserves, a également été pris en compte.

205 DANON/MALEK, EU case law, p. 498.

206 DANON/MALEK, EU case law, p. 496 ss.

207 AFC, Guide accord EAR, ch. 10.

condition implicite de bénéficiaire effectif dans un ancien arrêt. Il s'agissait d'un cas particulier puisque la CDI applicable dans le cas d'espèce n'employait pas le terme « bénéficiaire effectif », mais un protocole qui est entré postérieurement en vigueur à l'état de fait analysé l'a introduit<sup>208</sup>. Les parties à la convention auraient donc implicitement souhaité l'application du critère dit du bénéficiaire effectif.

Enfin, on retrouve cette confusion dans d'autres pays européens puisque certains États concluent, dans le cadre de leur analyse de la Directive Intérêts/Redevance ou la Directive Mère-Fille, à l'existence de cette **condition implicite** alors que d'autres non<sup>209</sup>. La question n'est donc de loin pas encore tranchée en pratique.

c. Nouvel abus européen en matière d'impôt direct

Comme mentionné par SEILER, puis par DANON/MALEK, c'est la première fois que la CJUE reprend la notion **générale anti-abus européenne** en l'applique en matière **d'impôt direct**<sup>210</sup>.

En droit suisse, le fondement juridique national de la notion anti-abus conventionnelle non écrite n'est pas tranché. DANON/MALEK considèrent que l'abus conventionnel non écrit se rapproche en réalité de l'ancêtre du *Principal Purposes Test* dans le commentaire MC OCDE de 2003<sup>211</sup>. Ils en tirent la conclusion que ce principe général d'abus conventionnel non écrit introduit par le Tribunal fédéral peut restreindre l'application d'une CDI uniquement dans **des cas extrêmes**<sup>212</sup>. Cette position est naturellement louable et nous l'avons défendue dans les chapitres précédents (*supra* II.C.2).

Enfin, DANON/MALEK<sup>213</sup> s'interrogent sur la portée de l'article 9 alinéa 2 EAR et le renvoi fait aux dispositions anti-abus conventionnelles et nationales. Comme ces derniers le relèvent à juste de titre, le Danemark ne disposait d'aucune disposition anti-abus conventionnelle. La CJUE n'avait donc pas la nécessité de se pencher sur la question. Elle n'a d'ailleurs pas non plus été saisie sur ce point.

d. Considérations temporelles sur la pertinence des arrêts de la CJUE

D'un point de vue temporel, on peut se poser la question suivante : est-ce qu'un arrêt postérieur à la signature de l'accord EAR peut-il être pris en compte pour interpréter le même accord ? La CJUE, dans sa jurisprudence, considère que de simples clarifications d'une notion conventionnelle peuvent être prises en compte<sup>214</sup>.

Nous rappelons que, pour le commentaire MC OCDE, le principe du **renvoi dynamique** a été confirmé par le Tribunal fédéral. À notre avis, on interprète de toute manière de façon tellement large ce qu'est une clarification versus une évolution d'une notion conventionnelle que la nuance paraît aujourd'hui parfois purement théorique.

---

208 Arrêt du Tribunal fédéral 2C\_753/2014 du 27 novembre 2015, consid. 4.

209 IFA, p. 43 et les différents arrêts qui y sont cités ; DANON/MALEK, EU case law, p. 480 s et les références citées.

210 SEILER, Rechtsprechung EuGH, ch. 1.3.2 ; DANON/MALEK, EU case law, p. 480.

211 Commentaire MC OCDE, art. 1, n°9.5.

212 DANON/MALEK, EU case law, p. 488.

213 DANON/MALEK, EU case law, p. 503.

214 DANON/MALEK, EU case law, p. 492 s.

OESTERHELT défend la position contraire et considère que le Tribunal fédéral n'est pas lié par des **décisions postérieures à l'entrée en vigueur de l'accord EAR**<sup>215</sup>. Sans entrer dans les nuances entre droit européen primaire ou secondaire comme DANON/MALEK<sup>216</sup>, il convient de souligner que le Tribunal fédéral a laissé la question ouverte. Il n'a donc pas trouvé la nécessité de se pencher sur la question. Nous comprenons cette position comme suit.

Le **principe de l'harmonisation des décisions** permet de parvenir à un résultat en s'inspirant d'une décision d'une autorité étrangère qui est pertinente. La base ou le concept juridique ne doit pas forcément être identique, mais être transposé dans un concept juridique compatible pour l'autre État. La portée de l'argument temporel pour considérer que le Tribunal fédéral n'est pas lié par l'arrêt de la CJUE paraît donc assez faible, car la réflexion de la CJUE est largement fondée sur le commentaire MC OCDE. Le Tribunal fédéral n'aurait donc aucun mal à faire sien ce raisonnement dans le cadre de l'application de l'accord EAR sans pour autant se référer explicitement à l'arrêt européen.

e. Conséquences d'un abus de droit : refus total du remboursement

Après avoir examiné ces quelques thématiques, le cœur du sujet demeure les conséquences juridiques d'une constellation qualifiée d'abus. Le Tribunal fédéral considère que les conséquences de l'abus doivent être tirées des concepts fiscaux internationaux<sup>217</sup>. À ce titre, le droit conventionnel ou la Directive Mère-Fille, selon l'interprétation faite des arrêts de la CJUE par le Tribunal fédéral, ne permet pas d'accorder un remboursement partiel au titre d'une **requalification des faits** (*Sachverhaltsfiktion*). *It's all or nothing* selon l'expression choisie par OESTERHELT<sup>218</sup>.

Le Tribunal fédéral fonde l'appropriation de l'arrêt de la CJUE sur le principe de l'harmonie des décisions. Ce principe **d'harmonisation des décisions** que nous avons déjà évoqué (*supra* IV.C.1) n'est pas contesté par OESTERHELT ou DANON/MALEK<sup>219</sup>. Ces derniers considèrent que le principe découle directement de la CL elle-même, soit l'interprétation d'une convention à la lumière de son but. Nous ne pouvons que souscrire à cette analyse juridique, car elle s'inscrit également dans la réflexion développée dans les précédents chapitres. En effet, sans une certaine unité d'interprétation des termes et notion d'une CDI, celle-ci serait inapplicable (*supra* I.C.1).

DANON/MALEK ainsi que l'IFA, contrairement à SEILER<sup>220</sup>, considèrent que la CJUE ne s'est pas prononcée sur les conséquences d'un abus, puisqu'elle n'a pas été interpellée à ce sujet<sup>221</sup>. Cette interprétation que nous avons déjà évoquée précédemment se trouve ici, à notre avis, confirmée. En effet, la CJUE ne peut pas avoir implicitement répondu à une question qui ne lui a pas été posée. Ce premier constat est particulièrement problématique, car nous avons souligné en introduction que l'intérêt principal de l'arrêt du Tribunal fédéral 2C\_354/2018 semble être la position adoptée sur la conséquence d'un abus. Celui-ci fonde sa réflexion sur les récents arrêts de la CJUE en question. Il faudrait donc lire entre les lignes de la décision de la CJUE pour en

---

215 OESTERHELT, *Altreservenpraxis* BGer, p. 407.

216 DANON/MALEK, *EU case law*, p. 493.

217 Arrêt du Tribunal fédéral 2C\_354/2018 du 20 avril 2020, consid. 4.3.

218 OESTERHELT, *Altreservenpraxis* BGer, ch. 5.2.

219 DANON/MALEK, *EU case law*, p. 490.

220 SEILER, *Rechtsprechung EuGH*, ch. 1.3.2.

221 DANON/MALEK, *EU case law*, p. 482 et 490 ; IFA, p. 42.

tirer une conclusion à ce sujet. Enfin, DANON/MALEK rappellent, à juste titre, la jurisprudence *Halifax* de la CJUE qui retient le principe de **proportionnalité** dans le cadre des conséquences d'un abus. Le principe est, à gros trait, comparable avec le principe de **requalification des faits** (*Sachverhaltsfiktion*). Pour eux et c'est également notre avis, il n'y a aucune raison de s'écarter de cette jurisprudence<sup>222</sup>.

Un argument supplémentaire que l'on retrouve de façon claire au dernier séminaire de l'IFA<sup>223</sup> est qu'une disposition conventionnelle ne peut pas péjorer une norme nationale, mais seulement la restreindre (effet négatif d'une CDI). Cet argument est dans la même veine que celui proposé par OESTERHELT<sup>224</sup> qui rappelle que l'abus international doit passer un **double test** :

- (i) est-ce que le remboursement de l'impôt anticipé est abusif selon le droit interne ; et
- (ii) est-ce que le principe d'abus conventionnel non écrit est applicable ou, en d'autres termes, si aucune disposition conventionnelle ne limite l'application de la pratique anti-abus national dans un contexte international.

Les conséquences de l'abus devraient *ipso jure* découler du **droit national**. Il est ensuite, dans un deuxième temps, limité par le droit conventionnel.

OESTERHELT se montre très critique face à cet arrêt, qu'il qualifie de **changement de paradigme**, et se penche plus en détail sur le rapport entre l'arrêt et la pratique de l'AFC<sup>225</sup>. Il souligne que le refus complet du remboursement est en contradiction radicale avec la pratique antérieure de l'AFC. La notion d'abus a comme prérequis l'élément subjectif, soit l'économie d'impôt. Cet élément subjectif est non seulement un prérequis, mais pose également une limite à l'usage de l'abus. De cette prise de position, on peut en conclure que le refus complet du remboursement introduit finalement un aspect punitif qui ne suit pas la tradition suisse (*supra* II.C). Le terme « punitif » n'est pas employé par OESTERHELT, mais on pourrait voir dans cet aspect le réel changement de paradigme.

D'ailleurs, la portée de ce changement de paradigme est également envisagée par OESTERHELT qui constate que la « **nouvelle** » **pratique** peut être étendue aux cas de liquidation par représentation (*stellvertretende Liquidation*). La transposition internationale, nous le rappelons, n'appelle pas l'application d'une disposition conventionnelle<sup>226</sup>. OESTERHELT envisage même le refus du remboursement une fois les anciennes réserves, fixées par l'AFC, distribuées. Il relève cependant à juste titre que la pratique actuelle des anciennes réserves ne permettrait pas, une fois les mêmes anciennes réserves épuisées, de refuser le dégrèvement ou le remboursement. Il faudrait alors inventer une nouvelle théorie anti-abus, peut-être les **anciennes réserves « étendues »** afin d'aller au-delà de la pratique actuelle, ce qui semble très improbable.

Enfin, il est essentiel de rappeler – OESTERHELT<sup>227</sup> le fait également – que la pratique administrative de longue date et validée par le Tribunal fédéral est de refuser entièrement le remboursement de l'impôt anticipé tant que la **totalité de l'impôt anticipé dû n'a pas été payé** à l'AFC.

---

222 Arrêt de la CJUE du 22 décembre 2010, C-103/09 *Weald Leasing*, ch. 94.

223 DANON/ OPPLIGER, IFA, p. 47

224 OESTERHELT, *Altreservenpraxis* BGer, ch. 4.8 ; OESTERHELT/FELLAY, *Anciennes réserves*, ch. 2.1.

225 OESTERHELT, *Altreservenpraxis* BGer, ch. 4.5.

226 OESTERHELT, *Altreservenpraxis* BGer, ch. 5.1.

227 OESTERHELT, *Altreservenpraxis* BGer, ch. 5.1.

Pour illustrer cette pratique de longue date, imaginons qu'une société suisse dispose d'anciennes réserves pour un montant de CHF 1'000'000 et, comme dans l'arrêt examiné, la part non récupérable est de 15% (*Sockelbesteuerung*), soit un montant de CHF 150'000. Dans ce cas, le remboursement partiel de 20% sera refusé, jusqu'à concurrence du montant de CHF 150'000. Si la société suisse verse un dividende de CHF 428'571.43 (CHF 150'000 / 35%), le remboursement de l'impôt anticipé sera entièrement refusé. Le montant d'impôt anticipé payé sera de CHF 150'000 et les anciennes réserves auront été entièrement consommées.

Si un dividende supérieur à CHF 428'571.43 est versé, le montant d'impôt anticipé non récupérable est, dans tous les cas et selon la pratique de l'AFC, arrêté à CHF 150'000. Le montant d'impôt anticipé dû est donc circonscrit. Si on poursuit notre exemple, un refus complet signifierait qu'en cas de versement d'un dividende de CHF 1'000'000, l'AFC pourrait prélever un impôt anticipé de CHF 350'000. Ce montant serait donc largement supérieur aux CHF 150'000 qui correspondent à l'impôt anticipé dû sur les anciennes réserves.

Par souci d'exhaustivité, il convient d'apporter la précision suivante : il est tout à fait possible de verser plusieurs dividendes successifs qui n'atteignent pas encore le seuil fatidique des CHF 150'000 d'impôt anticipé dû. Par exemple, trois dividendes de CHF 100'000, soit une charge totale d'impôt anticipé de CHF 105'000 (CHF 100'000 \* 35% \* 3). C'est lorsque l'on atteint le seuil de CHF 150'000 qu'il convient d'être particulièrement vigilant. Par exemple et dans le cas d'un refus complet de la demande de remboursement, un quatrième dividende supérieur à CHF 128'571.42 (CHF 45'000 / 35%) conduirait à une charge fiscale supérieure à celle due selon la théorie des anciennes réserves. Pour la suite du propos, nous dénommerons ce dividende qui atteint le seuil déterminant : **le dividende charnière**.

Dans l'arrêt rendu par le Tribunal fédéral, le dividende n'atteignait vraisemblablement pas le **seuil** requis pour que **les anciennes réserves soient consommées dans leur totalité**. Nous concluons donc sur une première interrogation : Pourquoi le Tribunal fédéral a-t-il proposé ces considérants sur l'harmonie des décisions si le refus était si évident dans tous les cas ? Cette incertitude invite à conclure que le Tribunal fédéral pourrait être en train de préparer une future décision dans laquelle il refuserait intégralement le remboursement au-delà des anciennes réserves lorsque celles-ci n'ont pas été totalement épuisées (notre exemple ci-avant avec le dividende de CHF 1'000'000). Cette possibilité se heurte, à notre avis, à une considération pratique.

En effet, il suffirait de **calibrer le montant du dividende charnière**<sup>228</sup> pour qu'il corresponde exactement aux anciennes réserves restantes (dans notre premier exemple CHF 428'571.43 et CHF 128'571.42 dans le second) et la « nouvelle » pratique quant aux conséquences d'un abus serait neutralisée.

Une alternative serait également de déposer parallèlement des demandes de remboursement basés sur la CDI applicable. L'AFC pourrait donc se voir confrontée à des demandes de ruling ou un nombre de formulaire plus conséquent à l'avenir sur ce sujet. À ce jour<sup>229</sup>, seules quatre

---

228 Nous pouvons par exemple imaginer une assemblée générale décidant de verser deux dividendes avec deux dates d'échéance différentes. Le premier étant le dividende charnière et le second un montant au-delà. Ceux-ci seront alors déclarés sur deux formulaires séparés.

229 Le 30 juin 2021.

CDI européennes ne prévoient pas un taux de récupération de 35% : **l'Italie, la Grèce, la Croatie et la Lituanie**<sup>230</sup>. C'est donc avec ces pays-là que la vigilance doit être particulière.

Pour conclure, il convient de souligner que l'ensemble de la doctrine considère que, à ce stade, cette nouvelle pratique ne s'applique qu'en relation avec l'accord EAR et ne pas s'entendre aux autres CDI conclues par la Suisse<sup>231</sup>. Le motif principal évoqué étant que les conclusions auxquelles le Tribunal fédéral est parvenu repose principalement sur le principe d'harmonisation des décisions. Il convient de souscrire avec précaution à cette affirmation pour le motif suivant : la décision de la CJUE est principalement fondée sur le commentaire MC OCDE qui également largement utilisé par le Tribunal fédéral. Il est dès lors tout à fait envisageable que le Tribunal fédéral reproduise l'argumentaire de la CJUE (bien qu'elle ne se prononce pas sur la question) et prétende arriver à la même conclusion pour les CDI (sans s'appuyer cette fois-ci sur le principe d'harmonisation des décisions).

L'AFC, elle, a déjà pris position sur le sens à donner à cet arrêt lors du séminaire IFF du 23 et 24 novembre 2020<sup>232</sup>. En substance, elle s'accommode de la lecture *stricto sensu* de l'arrêt, soit, lorsque la demande de remboursement est fondée sur l'accord EAR. Les conséquences sont : le refus total du remboursement (notre exemple avec le dividende à CHF 1'000'000, un montant de 350'000 est prélevé, même si les anciennes réserves ont été arrêtées à CHF 150'000). Cela équivaut à abandonner partiellement le principe de la requalification des faits dans un contexte international (*Sachverhaltsfiktion*).

Lorsque la demande de remboursement est fondée sur une CDI avec un taux de récupération de 35%, la pratique actuelle est toujours en vigueur (dans notre exemple, un maximum d'impôt anticipé de CHF 150'000 est prélevé quel que soit le montant du dividende). **La modulation du dividende charnière** apparaît, au regard des exemples donnés, clairement une option.

À ce stade, deux suites sont envisageables à cette lecture faite par l'AFC :

- (i) celle-ci est désavouée par le Tribunal fédéral qui aura l'élégance de pouvoir dire qu'il ne s'est en réalité jamais posé la question (ce qui est le cas) ; ou
- (ii) cette nouvelle approche, pourrait être l'aune d'un réel changement de paradigme avec **l'abandon partiel du principe de la requalification des faits dans un contexte international**.

Dans le cadre de la seconde option, ceci aurait pour conséquence d'introduire un élément punitif dans les conséquences de l'abus et de ne plus les limiter à la récupération par l'AFC de l'économie d'impôt. Enfin, la nuance entre demande de remboursement basé sur la CDI ou l'accord EAR paraît également particulièrement instable et peu cohérente d'un point de vue pratique. Elle est donc également appelée à évoluer.

---

230 OESTERHELT, *Altreservenpraxis BGer*, ch. 6. Nous ajoutant la Lituanie (AFC, Limitations conventionnelles des impôts étrangers). On soulignera que Gibraltar ne fait plus partie de l'Union Européenne. L'accord EAR ne trouve donc pas application.

231 OESTERHELT, *Altreservenpraxis BGer*, ch. 5.1 ; DANON/MALEK, *EU case law*, p. 482 et 490 ; IFA, p. 42 ; OESTERHELT/FELLAY, *Anciennes réserves*, ch. 3.5.2.

232 OESTERHELT/OPPLIGER, *IFF Int. StR 2020*, p. 44.

## Conclusion

*Beneficial owners are like elephants; you know them when you see them.* Après une cinquantaine de pages, nous constatons que l'affirmation du Gouverneur de la banque d'Angleterre en 1987 ne correspond plus à la réalité à laquelle les fiscalistes suisses et l'AFC sont confrontés en 2021.

Nous nous sommes penchés sur l'évolution de la notion de bénéficiaire effectif depuis son introduction dans le commentaire MC OCDE et remarquons l'importance croissante des rapports économiques par rapport aux juridiques selon le principe *substance over form*. Cela conduit à une certaine « archipelisation » de la notion de bénéficiaire effectif qui est de plus en plus difficile à cerner. Il revient au conseiller de s'assurer que le propriétaire juridique de la participation peut jouir à un degré suffisant et sans contrainte manifeste du rendement qu'elle génère afin d'être considéré par l'AFC comme bénéficiaire effectif.

Être le bénéficiaire effectif constitue généralement une condition nécessaire, mais non suffisante pour obtenir le dégrèvement des rendements soumis à l'impôt anticipé suisse. L'absence de toute forme d'abus selon la pratique existante de l'AFC, très peu contrôlée par l'autorité judiciaire, doit encore être démontrée. Cette pratique non publiée est rigide puisqu'elle ne permet, en principe, aucun motif permettant de justifier la rationalité économique de la structure juridique choisie. Un recours au Tribunal fédéral est actuellement pendante sur ce point.

Sur le terrain de l'abus, nous avons vu que nous faisons face à une évolution rapide de la pratique sur plusieurs fronts :

- (i) un durcissement constant des critères de substance modulés en fonction de la structure de détention ;
- (ii) l'émergence d'une nouvelle théorie anti-abus spécifique : la transposition internationale étendue ; et
- (iii) un durcissement des conséquences de l'abus dans un contexte international.

Alors que les deux premiers aspects n'ont pas fait l'objet d'un contrôle par une autorité judiciaire, le troisième est paradoxalement le fruit d'une évolution récente déclenchée par une autorité judiciaire étrangère.

En effet, le durcissement des conséquences de l'abus dans un contexte international est la conséquence directe des récentes jurisprudences de la CJUE reprises de façon contestable par le Tribunal fédéral, mais dont la mise en œuvre est déjà actée par l'AFC. Si cette évolution se confirme, le droit fiscal suisse ferait face à un réel changement de paradigme puisque le principe de requalification des faits pour les constellations abusives serait partiellement abandonné dans le cadre de l'accord EAR. À notre avis, cette évolution introduit un aspect punitif qui est étranger à la tradition fiscale suisse. Son extension au cadre conventionnel général doit être craint et ne peut être d'office exclu.