



FEDERATION
BANCAIRE
FRANCAISE

Paris, le 11 juillet 2011

Monsieur,

La Fédération Bancaire Française (FBF), organisme professionnel regroupant l'ensemble des établissements de crédit en France, est heureuse de l'opportunité qui lui est offerte de présenter ses observations dans le cadre de la consultation organisée par l'Organisation de Coopération et de Développement Economiques (OCDE), sur le projet de commentaires relatifs à la clarification de la signification du concept de « bénéficiaire effectif » dans le modèle de convention fiscale de l'OCDE.

Le document mis en consultation, qui comporte les propositions de modification des commentaires sur les articles 10, 11 et 12 proposées par le Groupe de Travail n°1 sur les Conventions Fiscales, fait l'objet d'un certain nombre d'observations de notre part que vous trouverez dans la note ci-jointe.

Nous restons à votre entière disposition pour tout renseignement complémentaire dont vous auriez besoin. Vous pouvez me joindre par téléphone au 01 48 00 50 75, ainsi que ma collaboratrice Mme Saulnier au 01 48 00 50 74.

Je vous prie d'agréer, Monsieur, l'expression de mes sentiments distingués.

Pierre Reynier

Monsieur Jeffrey Owens
Directeur du Centre de Politique et d'Administration Fiscale
Organisation de Coopération et de Développement Economiques (OCDE)
2 rue André Pascal
75775 Paris Cedex

POSITION DE LA FBF CONCERNANT LES PROPOSITIONS DE MODIFICATION DES COMMENTAIRES SUR LES ARTICLES 10, 11 ET 12

Nous comprenons que les modifications proposées par le Groupe de Travail n°1 sur les Conventions Fiscales visent à clarifier le concept de "bénéficiaire effectif" dans le cadre des articles 10, 11 et 12 du Modèle de Convention Fiscale.

Nos observations ci-après portent sur les commentaires proposés aux paragraphes 12 à 12.7 (Dividendes) mais sont également valables s'agissant des propositions de commentaires relatives à l'article 11 (Intérêts) et 12 (Redevances).

A titre liminaire, il convient de remarquer que le concept de "bénéficiaire effectif" est certainement l'un des concepts les plus complexes et les plus difficiles à appréhender dans le domaine de la fiscalité, notamment sur le plan international. Dès lors, tout travail de définition et/ou toute modification de la Convention Modèle sur ce concept devrait faire l'objet d'une large concertation et d'un dialogue nourri entre administrations fiscales membres de l'OCDE et organisations professionnelles représentatives des contribuables. Des rencontres entre ces représentants, comme vous les avez déjà organisées sur certains thèmes, devraient notamment être prévues.

S'agissant plus particulièrement des modifications mises en consultation par l'OCDE, nous avons des doutes importants quant à leur portée notamment en ce qui concerne les développements du nouveau paragraphe 12.4. En effet, ceux-ci semblent être en rapport avec le cas des agents, mandataires et sociétés relais mais sont rédigés de manière si large que la question se pose de savoir s'ils devraient ou pourraient être compris dans un contexte plus étendu.

Selon nous, la rédaction proposée comporte un risque sérieux de voir différentes administrations fiscales en faire une lecture très extensive, hors de leur contexte initial, et se fonder sur ces commentaires afin d'établir une définition « autonome » du bénéficiaire effectif. Des divergences d'interprétation entre administrations fiscales pourraient générer une insécurité fiscale préjudiciable aux contribuables, alors même que l'objectif de l'OCDE est d'apporter davantage de précisions afin de clarifier les relations entre administrations et contribuables, mais également des frottements fiscaux alors que le but des conventions est d'éviter la double imposition.

Par ailleurs, les développements du paragraphe 12.5 nous paraissent peu clairs et devraient être revus.

Nous détaillons ces points ci-après :

1. *Paragraphe 12.4 : les modifications proposées doivent être limitées aux cas des agents, mandataires et sociétés relais*

Selon notre compréhension, l'article 12.4 vient compléter et illustrer les développements des paragraphes 12.2 et 12.3 qui visent les cas des agents, mandataires et sociétés relais (telles que définies dans le rapport « Les conventions préventives de la double imposition et l'utilisation des sociétés relais »). A la suite de ces développements, le paragraphe 12.4 apparaît comme apportant des précisions complémentaires quant aux critères à retenir pour déterminer si le récipiendaire d'un revenu en est le bénéficiaire effectif.

Il est ainsi précisé que « *le récipiendaire d'un dividende n'en est le bénéficiaire effectif qu'à condition de pouvoir l'utiliser et d'en jouir pleinement sans être tenu par une obligation contractuelle ou légale de transférer le paiement reçu à une tierce personne. Une telle obligation résulte généralement des documents juridiques pertinents, mais peut aussi découler de faits et de circonstances qui attestent que, en substance, le récipiendaire ne dispose pas, de toute évidence, du plein droit d'utiliser le dividende et d'en jouir* ».

A notre sens, ces commentaires peuvent se comprendre dans le cas des agents, mandataires et sociétés relais. En revanche, ils seraient totalement inadaptés et inappropriés dans d'autres contextes, notamment s'ils devaient s'appliquer au secteur financier (à supposer que ce dernier soit effectivement concerné par les propositions du Groupe de Travail n°1) comme nous l'expliquons ci-après.

Pour illustrer la non-application de ces propositions au secteur financier, on peut notamment se référer à l'activité de transformation exercée par les banques : d'une part, celles-ci collectent les dépôts des épargnants, qu'elles rémunèrent, et d'autre part, elles octroient des crédits à des emprunteurs qui leur versent à ce titre des intérêts. Les fonds collectés sont donc en quelque sorte « transférés » à des tiers, sans pour autant que les banques puissent être qualifiées de simples « conduits » puisqu'elles exercent une véritable activité de transformation financière qui implique notamment une prise de risque. Dans cette situation, il ne fait pas de doute que les banques sont bien les bénéficiaires effectifs des intérêts versés par les emprunteurs et qui seront en partie affectés à la rémunération des dépôts. Cette même logique existe plus généralement dans les activités de « *capital markets* ».

Il nous semble donc important de rappeler de manière générale que les établissements financiers, lorsqu'ils agissent dans le cadre de leurs activités habituelles, doivent être considérés par principe comme les bénéficiaires effectifs des revenus perçus au titre des opérations dans lesquelles ils sont engagés, notamment celles destinées à gérer le risque. Il faut en effet souligner que les établissements financiers sont confrontés à différentes natures de risque – risque opérationnel, commercial, de crédit, de marché, risques de contreparties etc. – de sorte que leur métier consiste intrinsèquement non seulement à les gérer mais également à transformer et distribuer les fonds sous une autre forme pour répondre à des demandes ou des besoins de populations variées d'investisseurs.

On ne peut donc pas considérer que les opérations de gestion du risque dans lesquelles les établissements s'engagent et qui peuvent impliquer la perception de dividendes et d'intérêts ainsi que le reversement de certaines sommes à des tiers, doivent s'analyser comme des limitations à l'utilisation et à la jouissance du revenu perçu. Ce n'est que dans le cadre de circonstances particulières que les établissements peuvent être amenés à intervenir en tant que simples agents ou mandataires de leurs clients. Dans ces situations, ils ne sont bien entendu pas les bénéficiaires effectifs des revenus.

Notre recommandation :

Parce que les modifications proposées par le Groupe de Travail n°1 sont trop larges, qu'elles ne sont pas applicables selon nous au secteur financier et qu'elles créeraient si elles étaient maintenues comme telles une insécurité juridique mettant en péril la stabilité des marchés financiers, il est important qu'elles fassent l'objet d'amendements afin :

- de préciser qu'elles ne s'appliquent que dans le cas des agents, mandataires et sociétés relais agissant comme fiduciaire ou administrateur. Il nous semble plus opportun de préciser que le récipiendaire n'est pas le bénéficiaire effectif lorsqu'il exerce en droit ou en fait les droits d'un tiers, plutôt que de faire référence à une obligation contractuelle ou légale de transférer le revenu à un tiers qui viendrait limiter les droits d'utiliser et de jouir dudit revenu.

- d'insérer des développements indiquant que les établissements financiers qui agissent dans le cadre normal de leurs activités doivent par principe être considérés comme des bénéficiaires effectifs, sauf preuve contraire. Dans cette situation, la détermination du bénéficiaire effectif doit non seulement prendre en compte les caractéristiques juridiques des relations considérées (obligations contractuelles et légales), mais également les attributs économiques tels que la prise de risque par les établissements financiers.

Nous proposons en annexe une rédaction modifiée du paragraphe 12.4 qui prend en compte ces observations.

2. Paragraphe 12.5 : Une clarification nécessaire de l'articulation / application des dispositifs anti-abus

S'agissant des commentaires proposés au nouveau paragraphe 12.5, la signification de la seconde phrase rédigée comme suit « *cette limitation ne devrait pas être accordée dans les cas d'usage abusif de cette disposition* » n'est pas claire. Si la « disposition » visée est bien celle afférente au bénéficiaire effectif, nous ne comprenons pas ce que pourrait constituer un « usage abusif » de cette notion : en effet, soit les conditions seraient remplies pour qu'un récipiendaire puisse être considéré comme le bénéficiaire effectif, auquel cas il aurait droit à la limitation de l'impôt à la source ; soit ces conditions ne le seraient pas et le récipiendaire ne serait tout simplement pas le bénéficiaire effectif.

Cette phrase introduit donc un flou non souhaitable quant à la compréhension de la notion de bénéficiaire effectif (à supposer que ce soit bien cette disposition qui soit visée) et devrait donc être supprimée.

Par ailleurs, nous comprenons que le Groupe de Travail n°1 souhaite indiquer que l'utilisation du concept de « bénéficiaire effectif » empêche certaines formes de chalandage fiscal et ne doit pas être considéré comme limitant d'une quelconque manière l'application d'autres approches pour contrecarrer certaines pratiques d'évasion fiscale.

Toutefois, et à la lumière des commentaires précédents sur le paragraphe 12.5, il nous paraît important que soit souligné le fait que si les conditions posées par la convention fiscale sont remplies pour qu'un récipiendaire soit considéré comme le bénéficiaire effectif, une remise en cause des avantages conventionnels ne pourrait alors être possible que sur le fondement des autres dispositions contenues dans la convention fiscale (approche « *Limitation On Benefits* » par exemple, lorsque celle-ci a été prévue par les parties à la convention), ou en vertu du droit interne.

Notre recommandation :

- il convient de supprimer la deuxième phrase dont le sens est peu clair et créerait des incertitudes
- il convient également de préciser que dès lors qu'un récipiendaire remplit les critères posés par la convention applicable pour être considéré comme le bénéficiaire effectif, toute remise en cause de l'application des avantages conventionnels ne pourrait alors être fondée que sur d'autres dispositions de la convention ou sur le droit interne.

Nous proposons en annexe une rédaction modifiée du paragraphe 12.5 qui prend en compte ces observations.

Annexe : Proposition d'amendements de la FBF des paragraphes 12.4 et 12.5

Nos amendements apparaissent ci-après en mode correction :

12.4.1 Dans ces divers cas (agent, mandataire, société relais agissant comme fiduciaire ou administrateur), le récipiendaire du dividende n'est pas le « bénéficiaire effectif » parce qu'il n'a pas droit au dividende et que ce dividende n'est pas le sien parce que le récipiendaire est intervenu « au nom et pour le compte » (agent, mandataire) ou « pour le compte » d'un tiers (société relais) ; de fait, le récipiendaire n'a pas de droits sur ce dividende ne faisant qu'exercer les droits des tiers et ce conformément à une obligation contractuelle, fiduciaire ou autre, résultant généralement de documents juridiques pertinents, mais pouvant aussi découler de faits et de circonstances qui attestent que, en substance, le récipiendaire ne dispose pas, de toute évidence, du droit au dividende. C'est dans ce cadre que le récipiendaire doit reverser le dividende auxdits tiers.

12.4.2 Dans les autres cas, le récipiendaire d'un dividende en est le « bénéficiaire effectif ».

12.5 Cependant, le fait que le récipiendaire d'un dividende en soit le « bénéficiaire effectif » ne signifie pas que la limitation d'impôt mentionnée au paragraphe 2 doive être automatiquement accordée. En effet, il convient de réserver l'application éventuelle d'autres dispositions de la convention prévoyant un dispositif anti-abus (« Limitations on Benefits » par exemple).