

15 Juillet 2011

Mr. Jeffrey Owens
Director CTPA
OECD
2, rue André Pascal
75775 Paris

Objet : Appel à commentaires / Notion de bénéficiaire effectif

Monsieur le Directeur,

Le cabinet d'avocats d'affaires Fidal a souhaité présenter ses premières réflexions concernant les propositions de modifications des Commentaires sur les articles 10, 11 et 12 du Modèle de Convention Fiscale de l'Organisation de Coopération et de Développement Economiques (« **OCDE** ») relatifs à la notion de bénéficiaire effectif.

Ces propositions de modification ont été rédigées par le Groupe de Travail n°1 sur les Conventions fiscales et questions annexes (« **le Groupe** ») suite aux différentes interprétations retenues par les tribunaux et les administrations fiscales des Etats membres de l'OCDE afin de lutter contre les risques de double imposition ou de non imposition qui peuvent en résulter.

Ainsi, nous comprenons que l'objectif poursuivi est de dégager une définition internationale de la notion de bénéficiaire effectif en vue d'améliorer la sécurité juridique des acteurs économiques œuvrant dans un contexte transfrontalier.

Vous trouverez ci-après nos observations sur les propositions rendues publiques et serions ravis de les partager avec vous à l'occasion d'une réunion de travail sur ce sujet, organisée à votre convenance.

Pour toutes questions ou remarques sur nos commentaires, vous trouverez ci-dessous mes coordonnées.

Nathalie Cordier-Deltour
Directeur de la Direction Internationale de Fidal
32, Place Ronde
92035 Paris La Défense Cedex
Téléphone : + 33 (0) 1 55 68 15 15
ncordierdeltour@fidalinternational.com

Remarque liminaire :

Il nous semble utile de rappeler que dans bon nombre de cas, le prélèvement de l'impôt à la source est effectué par un agent payeur (souvent un établissement financier) à qui il convient de conférer la sécurité juridique la plus grande possible car cet agent payeur est souvent considéré comme le contribuable aux yeux de l'Etat de la source et par conséquent tenu des rappels d'impôt et pénalités correspondantes (à charge pour l'agent de se retourner contre son client). Il nous semble aussi utile de rappeler que dans bon nombre de cas, la dissociation bénéficiaire apparent/bénéficiaire effectif n'est pas le fruit d'une volonté d'éluider l'impôt.

Par conséquent, les commentaires révisés devraient, selon nous, avoir pour finalité première de permettre au débiteur des revenus de déterminer la personne qui en est le véritable titulaire, en particulier lorsqu'il peut exister un doute entre la personne qui en réclame le paiement et celle qui a droit au paiement. Par exemple, une personne A facture des redevances à une personne B et cède la créance correspondante à une personne C à qui B paie effectivement les redevances. Dans ce cas, il nous paraît clair que le bénéficiaire effectif des redevances est la personne A et non C. B saura à quoi s'en tenir en demandant à la personne qui réclame le paiement de la redevance en quelle qualité agit-elle ainsi que les justificatifs de cette qualité : est-elle le prestataire ? Le représentant du prestataire ? Un ayant-droit du prestataire qui n'a pas réalisé la prestation ?

Utiliser la notion de bénéficiaire effectif pour prévenir ou réprimer les abus (du type « *treaty shopping* ») ne nous semble pas approprié. Il est préférable à notre avis de recourir à d'autres instruments qui ont pour seul objectif de prévenir ou réprimer les abus, comme par exemple les clauses de limitation de bénéfice (LOB), les dispositifs anti-abus spécifiques (SAAR) ou généraux (GAAR). C'est pourquoi, à notre sens, les paragraphes 12.5 sous l'article 10, 10.3 sous l'article 11 et 4.4 sous l'article 12 devraient être modifiés.

I. PROBLEMATIQUE GENERALE RELATIVE A LA DEFINITION DU BENEFICIAIRE EFFECTIF

Le Groupe propose une modification des Commentaires relatifs aux articles 10, 11 et 12 en augmentant le nombre de situations dans lesquelles le bénéficiaire apparent ne peut être considéré comme bénéficiaire effectif (l'exemple donné est celui du dividende mais la rédaction est similaire pour les trois types de revenus que sont les dividendes, intérêts et redevances):

Dans ces divers exemples (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 pleinement le droit d'utiliser le dividende qu'il perçoit et d'en jouir, et que ce dividende n'est pas le sien ; de fait, les pouvoirs du récipiendaire sur ce dividende sont limités par l'obligation qui lui est impartie (cette obligation étant contractuelle, fiduciaire ou autre) de transférer le paiement reçu à une tierce personne. 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 ; de plus, il

convient de distinguer l'utilisation et la jouissance d'un dividende de la propriété légale, ainsi que de l'utilisation et de la jouissance, des actions au titre desquelles le dividende est payé.

La référence aux « *faits* » et « *circonstances* » qui attesteraient que le récipiendaire d'un revenu passif ne dispose pas du plein droit de l'utiliser et d'en jouir mériterait d'être précisée. La rédaction retenue est susceptible de jeter le doute sur un nombre important d'opérations dans lesquelles, par exemple, une partie significative du revenu reçu doit être reversée à un tiers, soit en raison d'un contrat auquel le débiteur de revenus ne participe d'ailleurs généralement pas (exemple : financement/refinancement, concession/sous-concession, existence de produits financiers dérivés...) ou en raison d'une situation factuelle dont il n'a pas la moindre connaissance. Il nous semblerait opportun de préciser que ce type d'opération n'est pas concerné par la notion de bénéficiaire effectif, sauf cas manifestement abusifs.

Cette illustration soulève la question de savoir si la définition de la notion de bénéficiaire effectif doit être juridique ou économique. Il semble que les paragraphes 12.4 pour l'article 10, 10.2 pour l'article 11 et 4.3 pour l'article 12 retiennent une approche juridique de la définition. Au contraire, les paragraphes 12.5, 10.3 et 4.4 relatifs à ces mêmes articles semblent retenir une approche économique (approche dite de « *substance over form* »). Cela reviendrait-il à dire que la notion de bénéficiaire effectif est duale ? Une lecture doit-elle être privilégiée par rapport à l'autre ? Là encore, des précisions nous sembleraient les bienvenues.

II. PROBLEMATIQUE RELATIVE A LA SPECIFICITE DES REVENUS

La question d'une définition unique de la notion de bénéficiaire effectif pour les trois catégories de revenus passifs mérite d'être posée. Nous sommes d'avis que les conditions d'appréciation de la notion de bénéficiaire effectif devraient être différenciées selon la nature des revenus passifs en cause : dividendes versus intérêts/redevances.

En effet, la perception de dividendes est liée au statut d'actionnaire : le bénéficiaire effectif des dividendes devrait être celui qui a la qualité d'actionnaire de la société distributrice. En revanche, les autres revenus passifs (intérêts/redevances) sont les contreparties de prestations (prêts et concessions de brevets ou marques). Le bénéficiaire effectif des intérêts ou redevances doit donc se comporter comme le prestataire, avec ses droits et obligations.

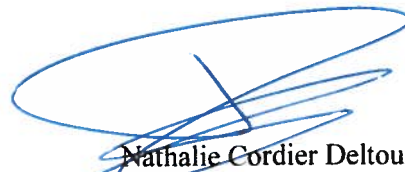
III. PROBLEMATIQUE CONCERNANT LA PROTECTION DE L'ETABLISSEMENT PAYEUR

Il pourrait être opportun de préciser le niveau de diligences qui doivent être accomplies par l'établissement payeur pour l'application d'une limitation du taux de retenue à la source ou d'une exonération. En effet, lorsque l'établissement payeur ne peut pas normalement avoir connaissance du fait que le récipiendaire n'est pas le

bénéficiaire effectif (société relais par exemple) et ce au regard des relations entretenues avec ledit récipiendaire (société appartenant ou pas au même groupe), le refus par une Administration fiscale de l'Etat de la source dans le cadre d'un contrôle postérieur d'appliquer le taux réduit de retenue à la source ou une exonération ne devrait être possible qu'en cas de montage abusif. En effet, les contribuables ne disposant pas du même niveau d'information que l'Administration de l'Etat de la source et ce, notamment par le jeu des clauses d'échange d'informations, il serait particulièrement rigoureux, voir déséquilibré, de faire porter un coût fiscal à une société qui a agi en toute bonne foi.

Par ailleurs, les paragraphes 12.7 de l'article 10, 11 de l'article 11 et 4.6 de l'article 12 font référence aux hypothèses dans lesquelles le récipiendaire et le bénéficiaire effectif sont deux résidents du même Etat contractant. Il est alors précisé que les réductions du taux de retenue à la source ou de la renonciation du droit d'imposer par l'Etat de la source seraient maintenues. Afin d'accroître la sécurité juridique des contribuables, la situation dans laquelle le récipiendaire et le bénéficiaire effectif sont résidents de deux Etats différents devrait également être commentée et il conviendrait de préciser que la convention fiscale signée avec l'Etat de résidence du bénéficiaire effectif devrait trouver à s'appliquer.

Nous vous prions d'agréer, Monsieur le Directeur, l'expression de nos salutations distinguées.



Nathalie Cordier Deltour
Avocat au Barreau des Hauts de Seine
Directeur Associé

NCD/mlb