

# ÉDITORIAL

## Contre la théorie du bénéficiaire effectif en droit fiscal européen et international



**Daniel GUTMANN,**

Professeur à l'École de droit de la Sorbonne  
(Université Paris I Panthéon)  
Avocat associé, CMS Francis Lefebvre Avocats  
Co-directeur scientifique de la revue Fiscalité  
Internationale

La lecture des récents arrêts de la CJUE relatifs aux directives intérêts-redevances et mère-fille révèle que l'articulation entre théorie du bénéficiaire effectif et abus de droit est devenue si inutilement

complexe que le droit de l'Union européenne comme les conventions fiscales gagneraient à se débarrasser d'une notion floue, viciée et obsolète : celle de bénéficiaire effectif.

La grande chambre de la Cour de justice de l'Union européenne (CJUE) a rendu, le 26 février 2019, plusieurs arrêts intéressant la mise en œuvre de la directive 2003/49, dite « intérêts-redevances »<sup>1</sup> et de la directive 90/435, dite « mère-fille » dans sa rédaction initiale de 1990<sup>2</sup>. Ces arrêts se prononcent en particulier sur les conditions dans lesquelles une administration fiscale peut écarter l'exonération de retenue à la source prévue par ces directives au motif que ces dernières auraient fait l'objet d'un abus de droit et/ou que le bénéficiaire effectif n'est pas l'entité qui a directement reçu le paiement.

Sans traiter l'ensemble des points tranchés par ces arrêts, nous voudrions dans cet éditorial nous arrêter sur quelques questions, aussi fondamentales en théorie que pertinentes en pratique, qui naissent à leur lecture. En tentant de répondre à ces questions, nous verrons que l'articulation entre théorie du bénéficiaire effectif et abus de droit est devenue si inutilement complexe que le droit de l'Union européenne comme les conventions fiscales gagneraient à se débarrasser d'une notion floue, viciée et obsolète : celle de bénéficiaire effectif.

***La qualité de bénéficiaire effectif est-elle en principe nécessaire pour revendiquer le bénéfice d'une exonération de retenue à la source prévue par les directives IR et MF ?***

La réponse est claire s'agissant de la directive intérêts-redevances. Elle figure dans son article 1<sup>er</sup> qui énonce que la directive s'applique « lorsque le bénéficiaire [beneficial owner dans la version anglaise] des intérêts ou redevances est une société d'un autre État membre ». La CJUE le confirme dans son arrêt IR. Il faut ainsi que la société qui reçoit les intérêts ou les redevances soit le bénéficiaire effectif pour se prévaloir de l'exonération de retenue à la source dans l'État de source.

L'état du droit est moins évident pour la directive mère-fille car celle-ci ne contient pas, contrairement à sa petite sœur, de référence à la notion de « bénéficiaire » ou de « bénéficiaire effectif ». La CJUE n'en considère pas moins que ce silence contient un enseignement : la qualité de bénéficiaire effectif est présente, même si elle n'existe qu'à l'état latent. Cette exigence résulte du paragraphe 111 de l'arrêt MF qui énonce que « lorsque le bénéficiaire effectif d'un paiement de dividendes a sa résidence fiscale dans un État tiers, le refus de l'exonération prévue à l'article 5 de la directive 90/435 n'est nullement soumis au constat d'une fraude ou d'un abus de droit ». C'est dire que la qualité de bénéficiaire effectif semble être, en principe, une condition non écrite d'applicabilité de la

1 CJUE, gde ch., 26 févr. 2019, C-115/16, C-118/16, C-119/16, C-299/16, N Luxembourg 1 e.a, ci-après « arrêt IR » (FI 2-2019, n° 5.3).

2 CJUE, gde ch., 26 févr. 2019, C-116/16, C-117/16, T Danmark e.a., ci-après « arrêt MF » (FI 2-2019, n° 5.2).

directive mère-fille, qu'il y ait ou non abus. Reste à savoir si cette condition doit être systématiquement requise, ce qu'on reverra plus loin.

La boucle est bouclée. La CJUE pose une même exigence pour les deux directives. L'opportunité y gagne. Le respect de la lettre des textes, un peu moins.

### **Comment la notion de bénéficiaire effectif doit-elle être entendue pour les besoins des directives ?**

La directive intérêts-redevances énonce qu'« 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 » (art. 1.4). La CJUE en déduit, tirant les enseignements des différentes versions linguistiques de la directive, que la notion de bénéficiaire effectif « vise non pas un bénéficiaire identifié formellement, mais bien l'entité qui bénéficie économiquement des intérêts perçus et dispose dès lors de la faculté d'en déterminer librement l'affectation » (pt 89).

La CJUE considère également que puisque le modèle de l'OCDE a servi historiquement d'inspiration à la directive intérêts-redevances, « la notion de "bénéficiaire effectif", qui figure dans les conventions bilatérales fondées sur ce modèle, ainsi que les modifications successives apportées audit modèle et aux commentaires y afférents sont, dès lors, pertinentes pour l'interprétation de ladite directive ». Il faut donc lire la directive à l'aune du modèle OCDE et de ses commentaires « successifs ». Mais les difficultés ne sont pas pour autant résolues car on peut sérieusement s'interroger sur la portée de ce renvoi : s'étend-il aux commentaires postérieurs à 2003, année d'adoption de la directive, et notamment à ceux de 2014 qui comportent la « théorie générale » du bénéficiaire effectif selon l'OCDE ? La réponse semble négative, la CJUE ne considérant comme pertinents que le modèle et les commentaires de l'OCDE qu'elle mentionne aux points 4 à 6 de son arrêt... alors que les commentaires OCDE de 2014 sont décrits au point 7. Il y aurait donc implicitement dans l'arrêt une interprétation « statique » (à la française, pourrait-on dire) du modèle OCDE.

Peut-être est-ce ainsi qu'il faut lire l'arrêt, mais en réalité peu importe... Car, dans son long passage sur les « indices d'un montage artificiel » que les autorités fiscales peuvent relever pour écarter la directive intérêts-redevances sur le fondement de la théorie générale de l'abus de droit qui irrigue toutes les branches du droit de l'Union européenne, la CJUE relève « l'absence de pouvoir des sociétés relais de disposer économiquement des intérêts perçus. À cet égard, sont susceptibles de constituer de tels indices non seulement une obligation contractuelle ou légale, pour la société qui perçoit des intérêts, de les reverser à un tiers, mais également le fait que, "fondamentalement", [...] cette société, sans être tenue par une telle obligation contractuelle ou légale, ne dispose pas du droit d'utiliser ces sommes et d'en jouir » (pt 132). La formule rappelle de façon évidente celle qui figure dans les commentaires de 2014 de l'OCDE (v. par ex. § 10.2 des commentaires sur l'article 11) et paraît même légèrement plus large.

Il apparaît ainsi qu'au fond, la définition du bénéficiaire effectif n'a qu'une importance réduite : à supposer qu'une définition trop restreinte (celle qui figure dans les commentaires de l'OCDE jusqu'en 2003) empêche une administration d'écarter la directive, la théorie générale de l'abus de droit de l'Union peut toujours prendre le relais. À quoi sert, dans ce contexte, la théorie du bénéficiaire effectif ?

La même question se pose, *a fortiori*, pour les besoins de la directive mère-fille. Comment interpréter le concept de bénéficiaire effectif dans le cadre de ce texte qui n'y fait pas référence ? En reproduisant la démarche historique de la Cour (qui ne répond pas à la question), on est tenté de dire que le modèle et les commentaires de l'OCDE ne servent d'outil interprétatif que jusqu'en 1990..., c'est-à-dire bien avant les commentaires de 2003 et 2014. Mais ici encore, peu importe que le concept n'ait, à cette aune, qu'une portée quasi-nulle ; la théorie de l'abus de droit est là pour prendre le relais.

### **Une société ayant la qualité de bénéficiaire effectif peut-elle se voir refuser l'exonération de retenue à la source au motif qu'elle a commis un abus de droit ?**

Pas de réponse directe à la Cour dans les deux arrêts commentés... mais une quasi-certitude dans les deux cas : le principe général du droit selon lequel les justiciables ne sauraient frauduleusement ou abusivement se prévaloir des normes du droit de l'Union permet en toutes circonstances de faire échec à une directive, quand bien même celle-ci verrait ses conditions remplies par ailleurs (y compris celle tenant à la qualité de bénéficiaire effectif). C'est d'ailleurs la position qu'adoptent les commentaires du modèle OCDE lorsqu'ils examinent la relation entre théorie du bénéficiaire effectif et clause générale anti-abus.

### **En sens inverse, une société n'ayant pas la qualité de bénéficiaire effectif peut-elle se voir refuser l'exonération de retenue à la source si elle peut démontrer qu'elle n'a pas commis d'abus de droit ?**

Il faut ici distinguer que le bénéficiaire effectif est établi dans l'Union européenne ou non.

Si le bénéficiaire effectif est établi dans l'UE et satisfait par ailleurs les conditions d'éligibilité à l'exonération de retenue à la source, la Cour admet l'applicabilité de la directive intérêts-redevances (v. pt 94 de l'arrêt IR). La solution est de bon sens. Elle semble pouvoir être étendue par analogie à la directive mère-fille, même si l'arrêt MF ne le dit pas (il n'avait d'ailleurs pas à le dire).

Si le bénéficiaire effectif est établi en-dehors de l'UE, la question est bien plus délicate et la solution à laquelle semble parvenir la Cour est objectivement proche de l'absurde. Exemple : une société A établie en France verse un dividende à une société B néerlandaise qui la détient à 100%. La convention franco-néerlandaise prévoit une retenue à la source de 5%. La société B reverse un dividende de même

montant à une société C établie aux États-Unis qui la détient à 100%, et ce paiement est exonéré de retenue à la source conformément à la convention entre les Pays-Bas et les États-Unis. Si A avait versé le dividende à C, aucune retenue à la source n'aurait été due en France, conformément à la convention franco-américaine. L'interposition de personne ne génère donc aucune économie d'impôt. Refusera-t-on à la société B le bénéfice de la directive au motif qu'elle n'est pas le bénéficiaire effectif ?

La réponse de la Cour semble positive (pt 111 de l'arrêt MF et pt 138 de l'arrêt IR), ce qui s'explique sans doute par le fait que la Cour ne peut étendre à des situations impliquant des États tiers l'exonération prévue par la directive si l'une des conditions d'applicabilité de la directive entre États membres (celle tenant à la qualité de bénéficiaire effectif) n'est pas remplie. Tant pis pour les mauvais « *tax planners* », dira-t-on. Mais la lecture des arrêts de la Cour est complexe, et la solution plus ambiguë qu'il n'y paraît. Les paragraphes concernés sont insérés dans un long développement sur les indices de l'abus de droit en général. La qualité de bénéficiaire effectif n'y intervient que pour étayer les indices pertinents.

Naît alors chez le lecteur la tentation de ne voir dans l'absence de qualité de bénéficiaire effectif qu'une présomption d'abus, susceptible d'être renversée par le contribuable. La Cour reconnaît elle-même que dans le cas ci-dessus, « *il ne saurait être reproché au groupe d'avoir opté pour une telle structure plutôt que pour un versement direct des dividendes à ladite société* » (pt 110 de l'arrêt MF et, par analogie, pt 137 de l'arrêt IR). La tentation est peut-être compatible avec le texte originel de la directive mère-fille ; elle ne l'est vraisemblablement pas avec celui de la directive intérêts-redevances, puisque celui-ci, qu'on le veuille ou non, contient l'exigence formelle du bénéficiaire effectif.

En attendant, dans l'exemple précité, le flux franco-néerlandais devrait vraisemblablement être assujéti à une retenue à la source conventionnelle de 5%, le droit français ne semblant pas permettre à une entité néerlandaise de se prévaloir du fait qu'elle n'est pas le bénéficiaire effectif pour obtenir une exonération de retenue à la source prévue dans la convention fiscale entre la France et l'État tiers où le bénéficiaire effectif est situé.

## Conclusion

Les développements qui précèdent paraissent assez clairement démontrer que la théorie du bénéficiaire effectif n'est pas (ou plus) l'outil le plus approprié pour lutter contre l'optimisation fiscale agressive.

Pour les besoins de la mise en œuvre des directives, le concept est trop flou pour être opératoire, et son contenu varie d'une directive à l'autre en raison de considérations historiques mais non rationnelles.

Le concept est en outre vicié en son principe. Refuser le bénéfice d'une directive à une personne établie dans l'Union européenne auquel aucun montage défiscalisant ne peut être reproché confine à l'absurde. L'approche purement objective de la notion de bénéficiaire effectif est donc fortement contestable.

Le concept est en outre daté, pour ne pas dire obsolète. À l'époque où les directives ne contenaient aucune clause générale anti-abus autonome et où le principe général anti-abus du droit de l'UE n'avait pas encore distillé tout son suc, il avait peut-être son utilité. Ce n'est plus le cas à l'heure actuelle, ce que montrent clairement les arrêts du 26 février 2019 qui invitent à sanctionner ce qui doit l'être, et rien d'autre : un montage artificiel.

Pour l'avenir, deux conclusions s'imposent donc :

- il faut **réformer la directive intérêts-redevances** en cessant de faire référence à la notion de bénéficiaire effectif et y incorporant une clause générale anti-abus, à l'instar de ce qui existe déjà pour la directive mère-fille ;

- la **directive mère-fille peut et doit être interprétée sans référence aucune à la notion de bénéficiaire effectif**. N'oublions pas que l'arrêt MF du 26 février 2019 a été rendu en application de la directive dans son état de 1990, donc bien avant son enrichissement en 2015 par une clause générale anti-abus. Celle-ci doit désormais pouvoir s'appliquer sans être polluée par un concept qui n'y figure nulle part et dont on peut soutenir qu'il a été implicitement été écarté lors de la réécriture de la directive en 2015.

Le droit de l'Union européenne et la crédibilité de la lutte contre l'optimisation fiscale agressive gagneraient donc à ce que les arrêts de 2019 deviennent rapidement obsolètes.

Si le lecteur est parvenu jusqu'à ce stade de cet éditorial, il a compris que le concept de bénéficiaire effectif n'est guère plus opératoire dans le cadre des conventions fiscales...

D. GUTMANN ■