

2.1.3

La clause de sauvegarde conventionnelle

Aperçu à la lumière du modèle OCDE et de la convention fiscale franco-luxembourgeoise



Jérôme MONSENEGO
Professeur de droit fiscal international
à l'Université de Stockholm

La nouvelle convention fiscale franco-luxembourgeoise contient une « clause de sauvegarde » limitée permettant notamment d'éviter une limitation du droit d'imposer de l'État de la résidence de l'associé d'une société de personnes étrangère. Cette clause reproduit une formulation suggérée dans l'Instrument multilatéral, à défaut d'intégrer la clause de sauvegarde désormais incluse dans le modèle OCDE.

Cet aperçu est l'occasion de se pencher sur un mécanisme inhabituel dans les conventions fiscales françaises, mais fréquent dans la pratique

conventionnelle américaine. Au final, la clause de sauvegarde du modèle OCDE ne se révèle pas nécessaire au regard de l'architecture actuelle des conventions fiscales. En revanche, une telle clause pourrait être amenée à se répandre car elle offre une flexibilité qui permet une évolution des systèmes fiscaux. La clause de sauvegarde pourrait ainsi être un choix judicieux afin de permettre tant un déplacement de la base imposable vers l'État de marché qu'une imposition minimale, voire l'introduction d'une imposition fondée sur la nationalité.

Introduction

1. La nouvelle convention fiscale franco-luxembourgeoise, tout récemment publiée¹, est présentée comme un modèle pour les futures conventions fiscales conclues par la France². Cette convention, largement inspirée par les travaux de

l'OCDE dans le cadre du projet BEPS³, contient une *saving clause* limitée qui reproduit une formulation suggérée dans l'Instrument multilatéral, à défaut de celle désormais incluse

¹ D. n° 2019-1274, 2 déc. 2019 : JO 4 déc. 2019, texte n° 2 (FI 1-2020, n° 2, § XX).

² Pour une analyse de la convention, v. B. Gibert et F. Roux, Nouvelle convention fiscale franco-luxembourgeoise : analyse du point de vue de la France : FI 4-2019, n° 2.1.3.

³ Il peut notamment être relevé que si le préambule de la convention inclut naturellement l'élimination de la double imposition en matière d'impôts sur le revenu et sur la fortune, il précise dans le même temps que les États contractants entendent éviter la non-imposition ou l'imposition réduite par l'évasion ou la fraude fiscale, y compris par des mécanismes de chalandage fiscal. Par ailleurs, l'article 28 de la convention limite le droit aux avantages de la convention, mais seulement par l'intermédiaire d'une clause anti-abus de type « *principal purposes test* ». Les États contractants n'ont en effet pas souhaité inclure de clause du type « *limitation on benefits* », bien que désormais présente aux articles 1 à 8 de l'article 29 de la convention modèle OCDE de 2017. Ce choix est conforme tant à la pratique conventionnelle française, qu'aux choix faits par la plupart des États signataires de l'Instrument multilatéral. Plusieurs autres mécanismes anti-abus sont inclus tant dans la convention que dans le protocole conclu le même jour.

dans le modèle OCDE. Cet aperçu est l'occasion de se pencher sur un mécanisme quelque peu méconnu issu de la pratique conventionnelle américaine⁴. En effet la *saving clause*, ou « clause de sauvegarde », est inhabituelle dans les conventions fiscales françaises⁵. La France s'est d'ailleurs montrée méfiante à l'égard d'une telle clause, et a émis une réserve en ce sens en vertu de l'article 11(3)(a) de l'Instrument multilatéral⁶. La clause de sauvegarde pourrait néanmoins être amenée à se répandre, tant avec l'évolution des positions de la France et des autres États signataires de l'Instrument multilatéral, que par l'effet de la mise à jour de la convention modèle OCDE en 2017. Par ailleurs, si les avantages d'une clause de sauvegarde sont plutôt maigres au regard de l'architecture actuelle des systèmes fiscaux, la flexibilité qu'offre une telle clause pourrait être un choix judicieux afin de permettre tant un déplacement de la base imposable vers l'État de marché qu'une imposition minimale, voire l'introduction d'une imposition fondée sur la nationalité. Quelques propos introductifs consacrés à la clause de sauvegarde peuvent donc se révéler utiles, à défaut d'analyser cette clause en détail⁷. Nous nous pencherons d'abord sur la clause de sauvegarde qui figure désormais à l'article 1(3) de la convention modèle OCDE (I), avant de nous intéresser à la clause de sauvegarde limitée suggérée à l'article 3(3) de l'Instrument multilatéral et incluse à l'article 1(2) de la convention fiscale franco-luxembourgeoise (II).

I. La clause de sauvegarde de la convention modèle OCDE de 2017

2. Alors que les conventions fiscales sont principalement destinées à limiter le droit d'un État contractant d'imposer les non-résidents⁸, se pose la question de savoir si une convention fiscale peut aussi restreindre le droit d'un État contractant d'imposer ses propres résidents, voire ses propres citoyens⁹. L'OCDE a relevé que « dans un nombre limité de cas, l'on a fait valoir que certaines dispositions visant l'imposition des non-résidents pourraient être interprétées comme limitant le droit d'un État contractant d'imposer ses propres résidents »¹⁰. Une telle interprétation d'une convention fiscale pouvant empêcher le bon fonctionnement de certaines règles, l'OCDE précisait déjà avant le projet BEPS, notamment au sujet de la relation entre l'éligibilité d'une société de personnes aux avantages d'une convention et celle des associés, qu'une convention fiscale ne saurait faire échec à l'imposition par un État contractant de ses propres résidents (en l'espèce, les associés résidents sur leur part du revenu d'une société de personnes)¹¹. Cette interprétation était confirmée au sujet de l'imposition des sociétés étrangères contrôlées¹².

C'est notamment afin d'éviter qu'une convention fiscale puisse être interprétée de façon à contourner l'application du droit interne d'un État contractant qu'il a été décidé en 2017 d'inclure une clause de sauvegarde à l'article 1(3) de la convention modèle OCDE. Celle-ci permet à un État contractant d'imposer ses résidents en dépit des termes de la convention fiscale, à l'exception de certains articles dont le respect doit être assuré : « Cette Convention n'affecte pas l'imposition par un État contractant de ses résidents, sauf en ce qui concerne les avantages accordés en vertu du paragraphe 3 de l'article 7, du paragraphe 2 de l'article 9 et des articles 19, 20, 23 [A] [B], 24, 25 et 28 ». L'emplacement de cette clause est plutôt bien choisi, puisqu'il prévient d'emblée le lecteur d'une convention fiscale que l'État de la résidence se réserve le droit, dans certains cas, d'appliquer son droit interne en dépit de la convention.

3. Sans prétendre à l'exhaustivité, **trois points peuvent être soulevés au sujet de la clause de sauvegarde** présente à l'article 1(3) de la convention modèle OCDE de 2017 : son fonctionnement (A), son objectif (B), et son interaction avec l'article 9 des conventions fiscales (C).

4. **Le fonctionnement de la clause** - D'abord, puisque la clause de sauvegarde du modèle OCDE permet de préserver le

4 V. les articles 1(4) et 1(5) de la convention modèle américaine de 2016, qui préservent le droit des États-Unis d'imposer ses propres résidents et citoyens. La clause de sauvegarde fait depuis longtemps partie de la politique conventionnelle des États-Unis. Les tribunaux américains ont confirmé le droit pour les États-Unis d'imposer non seulement les résidents, mais aussi les citoyens non-résidents sur le fondement de la clause de sauvegarde, en dépit de l'absence de droit d'imposer en vertu des articles distributifs des conventions fiscales : v. par ex. les décisions citées in A. Rust et E. Reimer (éditeurs), Klaus Vogel on Double Taxation Conventions, 4^e éd., p. 119 ; ces derniers auteurs ont par ailleurs noté que le Japon, le Libéria et les Philippines ont inclus des clauses de sauvegarde dans certaines de leurs conventions fiscales (*Ibidem*, p. 121).

5 V. cependant l'article 29 de la convention fiscale de 1994 conclue avec les États-Unis. Par ailleurs, plusieurs conventions fiscales conclues par la France permettent de préserver l'application de certaines règles anti-abus, ce qui conduit à un résultat en partie comparable à celui atteint par une clause de sauvegarde.

6 La clause de sauvegarde n'est pas considérée comme une norme minimale que les États participant au projet BEPS s'engageraient à mettre en œuvre ; il est donc possible d'émettre une réserve à l'égard de cette clause dans le cadre de l'Instrument multilatéral. La liste des réserves et des notifications de la France en vertu des articles 28(6) et 29(3) de l'Instrument multilatéral indique qu'« En vertu de l'article 11(3)(a) de la Convention, la France se réserve le droit de ne pas appliquer l'intégralité de l'article 11 à ses Conventions fiscales couvertes ». Il peut par ailleurs être constaté que les clauses de sauvegarde incluses dans l'Instrument multilatéral et dans la convention modèle OCDE de 2017 ne sont pas identiques.

7 V., pour une telle analyse, G. Kofler, Some Reflections on the 'Saving Clause' : Intertax 2016-8/9, p. 574-589.

8 Une exception notable est l'article 23 de la convention modèle OCDE, qui régit l'élimination de la double imposition par l'État de la résidence.

9 Ce dernier point ne concerne que les États qui fondent l'imposition, dans certains cas, sur la nationalité.

10 V. OCDE (2017), Empêcher l'octroi inapproprié des avantages des conventions fiscales, Action 6 - Rapport final 2015, Projet OCDE/G20 sur l'érosion de la base d'imposition et le transfert de bénéfices, pt 61.

11 V. Commentaires sur l'article 1^{er} de la convention modèle OCDE de 2014, § 6.1.

12 *Ibidem*, § 23 et Commentaires sur l'article 7 de la convention modèle OCDE de 2014, § 14.

droit d'imposer de l'État de la résidence, il convient de **déterminer de quels résidents il s'agit**. Deux options peuvent être envisagées : il pourrait s'agir de préserver l'imposition de résidents qualifiés comme tels par le droit interne d'un État contractant, ou de résidents conventionnels, tels que définis par l'article 4 d'une convention, le cas échéant après application de la « *tie-breaker rule* » des paragraphes 2 et 3 de l'article 4. Au regard du texte de la convention modèle OCDE, c'est la seconde option qui est privilégiée : l'article 1(3) indique que la convention n'affecte pas l'imposition par un État contractant de ses « résidents » ; le terme « résidents » étant utilisé dans un contexte conventionnel, c'est aussi conformément à la convention qu'il convient de l'interpréter, puisque ce terme est défini à l'article 4¹³. **Le champ d'application de la clause de sauvegarde conventionnelle est donc limité aux résidents conventionnels** ; les personnes dont la résidence est attribuée à un autre État en vertu de l'article 4 ne pourront pas être imposées sur le fondement de la clause de sauvegarde. Cette solution est aussi celle qui a été retenue tant par les commentaires OCDE¹⁴ que par le *Treasury* américain¹⁵.

5. S'il est clair qu'en vertu du texte de la convention modèle OCDE ce sont les résidents conventionnels pour lesquels la clause de sauvegarde entend préserver le droit d'imposer, **ce choix peut interroger** : si la clause de sauvegarde a principalement pour objectif de préserver l'application du droit interne, n'est-il pas nécessaire de définir les personnes auxquelles s'applique la clause au regard du droit interne ? En effet, les conventions fiscales prévoient le plus souvent que l'État de la résidence a un droit d'imposer, sans pour autant se fonder sur une clause de sauvegarde. Si par exemple un État souhaite considérer comme résidentes les personnes qui ont quitté cet État mais qui y gardent une connexion importante, ne faudrait-il pas, pour permettre l'application de règles anti-abus, appliquer la clause de sauvegarde aux résidents tels que définis par le droit interne ? Une réponse qui paraît s'imposer est la volonté d'éviter la double imposition des personnes qui sont résidentes des deux États contractants : si la clause de sauvegarde permettait de préserver l'imposition des résidents de droit interne, les situations de double imposition seraient bien plus fréquentes, et la « *tie-breaker rule* » des articles 4(2) et 4(3) serait dénuée de sens.

13 En revanche, lorsqu'un terme n'est pas défini dans une convention, l'article 3(2) du modèle OCDE indique qu'il a le sens que lui attribue le droit fiscal de l'État concernant les impôts auxquels s'applique la convention, sauf si le contexte exige une interprétation différente ou que les autorités compétentes conviennent d'un sens différent conformément à l'article 25.

14 V. Commentaires sur l'article 1^{er} de la convention modèle OCDE de 2017, § 2.

15 V. United States model technical explanation accompanying the United States model income tax convention of November 15, 2006, p. 4 : « *For purposes of the saving clause, "residence" is determined under Article 4 (Resident). Thus, an individual who is a resident of the United States under the Code (but not a U.S. citizen) but who is determined to be a resident of the other Contracting State under the tie-breaker rules of Article 4 would be subject to U.S. tax only to the extent permitted by the Convention. The United States would not be permitted to apply its statutory rules to that person to the extent the rules are inconsistent with the treaty.* ».

6. Notons enfin que **la mise à jour de 2017 de la convention modèle OCDE implique un changement de la « *tie-breaker rule* »** concernant les personnes autres que les personnes physiques : alors que la résidence était précédemment attribuée à l'État du siège de direction effective, le modèle OCDE de 2017 implique que les autorités compétentes des États contractants s'efforcent de déterminer d'un commun accord l'État de la résidence¹⁶. En l'absence d'un tel accord, la dernière phrase de l'article 4(3) précise que la société « *ne pourra prétendre à aucun des allègements ou exonérations prévus par la convention* », sauf s'il en est décidé autrement par les autorités compétentes. Il existe donc un risque qu'un État qui ne cède pas lors des négociations entre les autorités compétentes se considère comme l'État de la résidence conventionnelle, et impose la personne sur ses revenus mondiaux sans se soucier des exceptions qui figurent à la clause de sauvegarde, si ces exceptions sont considérées par cet État comme des « *allègements ou exonérations prévus par la convention* ». La seule solution serait alors l'arbitrage ; cependant, même lorsqu'une convention fiscale inclut une clause d'arbitrage, l'article 4(3) est parfois hors du champ d'application de l'article 25(5), à l'instar de certaines conventions fiscales américaines¹⁷.

7. **L'objectif de la clause de sauvegarde** - Après avoir brièvement défini la notion de résidence dans la clause de sauvegarde, venons-en à l'objectif d'une telle clause, qui est de **préserver le droit d'imposer de l'État de la résidence**. Il s'agit en quelque sorte de permettre la réalisation du principe de mondialité de l'impôt, qui n'est toutefois pas garanti puisque l'État de la résidence devra éliminer la double imposition et respecter certains cas d'imposition exclusive dans l'État de la source. À la différence de la pratique américaine, le modèle OCDE ne prévoit pas de préserver le droit d'imposer les nationaux non-résidents¹⁸. **C'est néanmoins eu égard à la préservation du droit d'imposer les nationaux que la clause de sauvegarde semble la plus justifiée**¹⁹. En effet, dans la plupart des cas un État contractant peut imposer ses résidents sur ses revenus mondiaux, sous réserve de l'élimination de la double imposition, sans avoir recours à la clause de sauvegarde. À l'inverse, si un État entend imposer ses nationaux non résidents sur leurs revenus étrangers la clause de sauvegarde est indispensable, puisqu'en présence d'une convention fiscale l'État dont un contribuable a la nationalité mais est n'est pas résident est normalement dépourvu de droit d'imposer. C'est la raison principale de l'inclusion d'une telle clause

16 V. l'article 4(3) de la convention modèle OCDE de 2017. Cette appréciation est faite eu égard au lieu où se situe le siège de direction effective, au lieu où la société a été constituée, ou à tout autre facteur pertinent.

17 V. J. Monsenego, L'expérience américaine en matière de clauses d'arbitrage dans les conventions fiscales : un exemple pour la France ? : Dr. fisc. 2014, n° 6, p. 13-22.

18 Il n'est pas étonnant que le modèle OCDE ne permette pas d'imposer les nationaux non résidents, puisque la très grande majorité des États n'impose pas sur le fondement de la nationalité. Le droit des États-Unis d'imposer ses propres nationaux sur leurs revenus mondiaux est, en revanche, un principe ancien, confirmé dès 1924 par la Cour suprême américaine (US Supreme Court, 5 mai 1924, Cook v. Tait).

19 V. R. L. Doernberg et K. van Raad, The forthcoming U.S. model income tax treaty and the saving clause : Tax Notes International, 12 oct. 1992, p. 776.

dans les conventions fiscales américaines. Par conséquent, puisque la très grande majorité des États n'impose pas sur la base de la nationalité, la clause de sauvegarde n'est pas fondamentalement nécessaire. Il peut toutefois y avoir d'autres raisons qui justifient le choix d'inclure une telle clause dans une convention fiscale.

8. L'objectif de protéger le droit d'imposer de l'État de la résidence pourrait se justifier par la volonté de **préserver l'application de règles de droit interne telles que les dispositions relatives à l'imposition des sociétés étrangères contrôlées**, afin d'éviter l'écueil de l'incompatibilité entre celles-ci et une convention fiscale. Une telle précaution, qui s'impose en France²⁰, ne nécessite toutefois pas une clause de sauvegarde : il est suffisant de préciser dans la convention qu'un pays se réserve le droit d'appliquer ses règles CFC, ce qui n'a pas échappé aux rédacteurs de la convention fiscale franco-luxembourgeoise²¹.

De même, une clause de sauvegarde pourrait permettre **d'assurer l'imposition d'un associé résident sur ses revenus dans une société de personnes** sans en être empêché par la convention fiscale, même dans le cas où l'autre État contractant considère la société comme opaque et l'impose en conséquence. Cependant, cet objectif peut être atteint avec une clause de sauvegarde limitée, ce sur quoi nous reviendrons plus bas lors de l'analyse de la convention fiscale franco-luxembourgeoise.

9. Une clause de sauvegarde pourrait aussi **offrir une flexibilité pour permettre l'évolution d'un système fiscal, par la prévention de certains conflits entre droit interne et conventionnel**. On pourrait par exemple considérer qu'une clause de sauvegarde serait utile si, à l'avenir, la France souhaitait compléter l'article 209 B du code général des impôts par un mécanisme destiné à assurer une imposition minimale des sociétés étrangères contrôlées, tel que le dispositif américain GILTI²² instauré par la réforme fiscale américaine de 2017. Le second pilier du programme de travail du Cadre inclusif conduit par l'OCDE, dont l'objectif est de permettre une imposition minimale des entreprises multinationales, pourrait d'ailleurs déboucher sur une proposition en ce sens²³. De même, si la France souhaitait introduire une règle

applicable aux paiements insuffisamment imposés de type BEAT²⁴, une clause de sauvegarde permettrait de diminuer le risque de conflit avec une convention fiscale, si cette taxe est effectivement couverte par la convention²⁵. À ce sujet, on peut constater que les rédacteurs de la convention fiscale franco-luxembourgeoise ont astucieusement prévu au § 7 du protocole relatif à la convention que celle-ci n'empêche en rien la France d'appliquer certaines règles du code général des impôts (notamment l'article 209 B), « *ou d'autres dispositions analogues qui amèneraient ou remplaceraient celles de ces articles* ». Reste à définir ce que les États contractants entendent par d' « *autres dispositions analogues* ». Une clause de sauvegarde présente donc de meilleures garanties pour éviter l'incompatibilité de futurs dispositifs avec une convention fiscale.

10. La clause de sauvegarde pourrait par ailleurs **se justifier par la volonté de modifier la répartition conventionnelle des droits d'imposer**. Une telle volonté de modification paraît *a priori* incohérente avec le concept même d'une convention fiscale bilatérale, puisque celle-ci est l'occasion pour les États contractants de décider, article par article, comment répartir les droits d'imposer. De plus, ce sont les résidents conventionnels pour lesquels la clause de sauvegarde entend préserver le droit d'imposer ; l'imposition de ceux-ci est normalement déjà possible par l'attribution de la résidence, sous réserve de l'élimination de la double imposition à laquelle il n'est pas permis de déroger. Ce ne serait donc que dans l'hypothèse où la convention attribue le droit d'imposer exclusivement à l'autre État contractant, celui de la source, que la clause de sauvegarde permettrait de déroger à la convention, et donc de remplir une fonction fiscale particulière. La clause de sauvegarde de la convention modèle OCDE ne permet pas toujours une telle modification, puisque celle-ci est inapplicable aux articles 19, 20 et 28, en vertu desquels les droits d'imposer de l'État de la résidence peuvent être limités. Néanmoins, **une clause de sauvegarde pourrait permettre d'éviter certaines situations de double non-imposition**, par exemple lorsqu'une convention fiscale prévoit l'imposition exclusive dans l'État de la source et que ce dernier État n'exerce pas son droit d'imposer, ce qui peut être le cas si le revenu est non-imposable en vertu du droit interne de l'État de la source²⁶. Grâce à la clause de sauvegarde, l'État de la résidence pourrait retrouver son droit d'imposer, de sorte que la double non-imposition est évitée. Un tel effet reste contraire à la logique d'une convention fiscale, puisque la double non-imposition peut avoir été acceptée par les États contractants. C'est d'ailleurs le sens du point j) de l'article 11(1) de l'Instrument multilatéral, en vertu duquel une convention fiscale couverte n'affecte pas le droit d'une juridiction contractante d'imposer ses résidents, sauf en ce qui concerne les situations où la convention attribue exclusivement le droit

20 V. CE, ass., 28 juin 2002, n° 232276, min. c/ Sté Schneider Electric : RJF 10/02 n° 1080. La position de la France concernant l'interaction entre les règles sur l'imposition des sociétés étrangères contrôlées et les conventions fiscales est plutôt minoritaire, la majorité des États considérant qu'une convention fiscale ne constitue pas un obstacle à l'application de ces règles.

21 Voir le § 7 du protocole de 2018 conclu entre la France et le Luxembourg, où il est notamment précisé que la convention n'empêche en rien la France d'appliquer l'article 209 B du CGI. Des clauses similaires sont incluses dans plusieurs autres conventions fiscales conclues par la France.

22 V. la section 951A de l'*Internal Revenue Code* américain, consacrée à l'imposition des revenus faiblement taxés et considérés comme tirés d'actifs incorporels (*Global intangible low-taxed income*). Pour une présentation de ce régime dans les présentes colonnes, v. F. Karaman, Essai d'explication des régimes GILTI et FDII : FI 4-2019, n° 11.2.

23 V. OCDE (2019), Document de consultation publique, Proposition globale de lutte contre l'érosion de la base d'imposition (« GloBE ») – Pilier deux. Ce document est présenté dans le présent numéro par le Professeur Kouraleva-Cazals (FI 1-2020, n° 9, § XX).

24 V. la section 59A de l'*Internal Revenue Code* américain, consacrée à la « *Tax on base erosion payments of taxpayers with substantial gross receipts* ».

25 V. H. D. Rosenbloom et F. Shaheen, *The BEAT and the Treaties* : Tax Notes International, 1 oct. 2018, p. 53-63.

26 Un exemple pourrait être le cas où les États contractants ont prévu un article 6 en vertu duquel les revenus immobiliers ne sont imposables que dans l'État de la situation de l'immeuble, et que cet État n'exerce pas son droit d'imposer ou considère ces revenus comme non-imposables.

d'imposer à l'État de la source. En d'autres termes, ce point confirme le droit d'imposition exclusif de l'État de la source. Une double non-imposition résultant de l'absence d'imposition par l'État de la source peut aussi être évitée par d'autres moyens qu'une clause de sauvegarde, notamment une règle d'assujettissement à l'impôt dans l'État de la source ou une règle de substitution permettant à l'État de la résidence de remplacer la méthode de l'exonération par celle du crédit d'impôt. De tels mécanismes sont considérés dans le cadre des travaux de l'OCDE relatifs au second pilier précité. Par conséquent, la clause de sauvegarde du modèle OCDE tend à confirmer les droits d'imposer tels qu'ils sont répartis par la convention modèle, plutôt que de permettre leur modification. Dès lors, la clause de sauvegarde du modèle OCDE ne peut pas être justifiée par la volonté de permettre une modification de la répartition conventionnelle des droits d'imposer.

11. L'articulation entre une clause de sauvegarde et l'article 9 d'une convention fiscale - Enfin, un point important concerne l'articulation entre une clause de sauvegarde et l'article 9 d'une convention fiscale. En effet, **si l'article 9(2) est exclu du champ d'application de la clause de sauvegarde du modèle OCDE, l'article 9(1) ne l'est pas**. Une clause de sauvegarde pourrait permettre à un État contractant de s'affranchir de l'obligation de ne redresser les revenus de sociétés apparentées que dans la mesure de ce qui est autorisé par le principe de pleine concurrence, défini à l'article 9(1)²⁷. Puisque l'article 9(1) de la convention modèle OCDE n'est pas exclu du champ d'application de la clause de sauvegarde, l'État de la résidence d'une des entreprises associées conserve son droit d'y déroger²⁸. Dans le même temps, l'État de la résidence de l'autre contribuable est lié par l'obligation de consentir à un ajustement corrélatif en vertu de l'article 9(2), cette obligation étant toutefois limitée aux ajustements primaires conformes à l'article 9(1) : il ne serait pas raisonnable d'obliger un État à accepter une mesure de l'autre État qui déroge à la convention²⁹. Un contribuable pourrait initier une procédure amiable sur le fondement de l'article 25, puisque cet article fait partie des exceptions à la clause de sauvegarde. Cependant, si le droit d'accès à la procédure amiable ne peut être inquiété par la clause de sauvegarde, une telle procédure ne peut empêcher un État contractant d'exercer son droit d'imposer conformément à la clause de sauvegarde, puisque le principe même de la procédure amiable est de permettre une imposition conforme à la convention. Par conséquent, le fait de préserver le droit d'un État d'imposer ses résidents sans être lié par l'article 9(1) pourrait donner lieu à des ajustements non conformes au principe de pleine concurrence, qui débouchent sur des situations de double imposition non résolues par la convention fiscale.

27 Encore faut-il que ledit État considère que l'article 9 limite son droit d'imposer les entreprises associées, ce qui est un point de discordance.

28 Par exemple, cet État pourrait avoir dans sa législation fiscale une disposition de type « *commensurate with income standard* », inspirée par la législation américaine.

29 V. Commentaires sur l'article 9 de la convention modèle OCDE de 2017, § 6.

12. Le fait que l'article 9(1) ne soit pas inclus dans les exceptions à la clause de sauvegarde est donc principalement motivé par la volonté de permettre aux États contractants d'y déroger. La clause de sauvegarde pourrait ainsi se révéler salvatrice pour les États souhaitant s'écarter du principe de pleine concurrence, notamment afin d'attribuer une plus grande part de la base imposable à l'État de marché que ce qui résulte de l'application de l'article 9(1)³⁰. Là encore, la clause de sauvegarde offre une flexibilité qui facilite l'évolution des systèmes fiscaux, mais au risque d'accroître les doubles impositions.

II. La clause de sauvegarde limitée de l'Instrument multilatéral et de la nouvelle convention fiscale franco-luxembourgeoise

13. Après avoir présenté la clause de sauvegarde de l'article 1(3) de la convention modèle OCDE de 2017, il convient de poursuivre cet aperçu par quelques réflexions consacrées à la clause de sauvegarde de l'Instrument multilatéral et de la convention fiscale franco-luxembourgeoise, que nous pourrions qualifier de « limitée ».

Le modèle OCDE prévoit, nous l'avons vu, une clause de sauvegarde qui permet à un État d'imposer ses propres résidents en dépit de la répartition conventionnelle des droits d'imposer, hormis certaines exceptions. La clause incluse dans la convention fiscale franco-luxembourgeoise a un champ d'application bien plus réduit, et reproduit une formulation suggérée à l'article 3(3) de l'Instrument multilatéral pour les cas où un État a émis la réserve prévue à l'alinéa a) du paragraphe 3 de l'article 11, c'est-à-dire lorsqu'un État signataire n'a pas souhaité inclure la clause de sauvegarde « entière » prévue par cet instrument³¹. Le point 154 de la note explicative portant sur l'Instrument précise qu'une partie « *qui adopte*

30 V. OCDE (2019), Proposition du Secrétariat d'une « Approche unifiée » au titre du Pilier I. Sur cette proposition, v. not. D. Gutmann, Comprendre le Pilier I... : FI 4-2019, n° 01.

31 Si la clause de sauvegarde de la convention fiscale franco-luxembourgeoise ne reproduit pas celle figurant à l'article 1(3) de la convention modèle OCDE, elle est conforme aux recommandations de l'Instrument multilatéral en ce qui concerne les entités transparentes dans le cas où un État a émis une réserve à l'égard de la clause de sauvegarde « entière » : l'article 3(3) de l'Instrument multilatéral précise que « [s]'agissant des Conventions fiscales couvertes pour lesquelles une ou plusieurs Parties ont émis la réserve prévue à l'alinéa a) du paragraphe 3 de l'article 11 (Application des conventions fiscales pour limiter le droit d'une Partie d'imposer ses propres résidents), la phrase suivante est ajoutée à la fin du paragraphe 1 : 'En aucun cas les dispositions du présent paragraphe ne doivent être interprétées comme affectant le droit d'une Juridiction contractante d'imposer les résidents de cette Juridiction contractante' ».

la disposition relative aux entités transparentes de l'article 3(1) devrait également adopter une disposition, telle que la clause de sauvegarde figurant à l'article 11, prévoyant que son application n'entraverait pas l'imposition par une juridiction contractante de ses résidents. Reconnaissant néanmoins que certaines Parties peuvent souhaiter adopter une solution plus ciblée, l'alinéa a) permet aux Parties de se réserver le droit ne pas appliquer l'article 11. En pareil cas, l'article 3(3) s'applique et a pour effet d'introduire une clause de sauvegarde aux seules fins de l'application de l'article 3(1) ». C'est exactement le choix que les rédacteurs de la nouvelle convention franco-luxembourgeoise ont fait : ayant omis l'article 1(3) de la convention modèle OCDE de 2017, ils ont choisi de **compléter l'article 1(2) par une clause de sauvegarde limitée, précisant que le second paragraphe de l'article 1 n'affecte pas le droit d'un État contractant d'imposer ses propres résidents.**

14. La clause de sauvegarde de la convention fiscale franco-luxembourgeoise est insérée, conformément aux recommandations de l'Instrument multilatéral, à la fin de l'article 1(2). Cette clause stipule que « [l]es dispositions de ce paragraphe n'affectent en aucun cas le droit d'un État contractant d'imposer ses propres résidents ». Les rédacteurs de la convention ont donc souhaité conférer à cette clause un champ d'application limité au paragraphe dans lequel elle est incluse, c'est-à-dire le paragraphe 2 de l'article 1. Il convient donc de s'intéresser à celui-ci. Ce paragraphe est inspiré des travaux BEPS ainsi que du rapport de 1999 de l'OCDE consacré à l'application de la convention modèle aux sociétés de personnes. L'OCDE a constaté que ledit rapport était parfois difficile à appliquer, et que celui-ci n'examinait pas le cas particulier de l'application des conventions fiscales aux entités autres que les sociétés de personnes telles que des entités non constituées en société. Dès lors, un second paragraphe a été ajouté à l'article 1 de la convention modèle OCDE, afin que le revenu d'entités transparentes soit traité, au plan conventionnel, conformément aux principes établis par le rapport de 1999³². Le nouvel article 1(2) de la convention modèle OCDE traite le revenu d'une entité transparente³³ comme le revenu d'un résident d'un État contractant dans la mesure où cet État traite ce même revenu comme celui d'un de ses résidents³⁴. L'OCDE précise que cet ajout « permettra non seulement d'accorder les avantages des conventions fiscales uniquement lorsque les circonstances s'y prêtent, mais également d'empêcher qu'ils soient accordés lorsqu'aucun des États contractants ne traite, aux termes de son droit interne, le revenu d'une entité comme le revenu d'un de ses résidents »³⁵.

32 Ce paragraphe est rédigé de la façon suivante : « [a]ux fins de la présente Convention, le revenu perçu par ou via une entité ou un dispositif considéré comme totalement ou partiellement transparent sur le plan fiscal selon la législation fiscale de l'un des États contractants est considéré comme étant le revenu d'un résident d'un État contractant, mais uniquement dans la mesure où ce revenu est traité, aux fins de l'imposition par cet État, comme le revenu d'un résident de cet État ».

33 Il peut s'agir d'une société de personnes.

34 Il peut s'agir de l'associé d'une société de personnes.

35 V. OCDE (2017), Neutraliser les effets des dispositifs hybrides, Action 2 – Rapport final 2015, Projet OCDE/G20 sur l'érosion de la base d'imposition et le transfert de bénéfices, pt 435. L'expression « lorsque les circonstances s'y prêtent » n'est toutefois pas définie.

L'article 1(2) de la convention fiscale franco-luxembourgeoise reproduit le nouvel article 1(2) de la convention modèle OCDE, tout en contenant aussi d'autres précisions³⁶.

15. La clause de sauvegarde incluse à la fin de l'article 1(2) de la convention franco-luxembourgeoise tend donc à **préciser que les dispositions figurant plus haut au même paragraphe ne font pas échec au droit d'un État contractant d'imposer ses propres résidents.** Cette précision remplit une des fonctions essentielles de la clause de sauvegarde entière étudiée plus haut, à savoir la possibilité pour un État contractant d'imposer les associés résidents sur leur part du revenu d'une société de personnes, même si l'État où la société de personnes est établie la considère comme résidente et imposable. En effet, lorsqu'une société de personnes est établie dans un État qui la considère comme opaque et l'impose en conséquence, se pose la question de savoir si un article de la convention fiscale entre cet État et celui de la résidence de l'associé pourrait empêcher ce dernier État d'imposer ledit associé. En l'absence d'un établissement stable de la société de personnes dans l'État de l'associé, on pourrait par exemple considérer que l'article 7(1) de la convention fiscale empêche l'État de l'associé d'imposer celui-ci sur ses revenus dans la société de personnes. **La clause de sauvegarde limitée incluse à la fin de l'article 1(2) de la convention franco-luxembourgeoise devrait notamment permettre à l'État de la résidence de l'associé d'imposer ce dernier, sans en être empêché par la convention fiscale.** Cette clause de sauvegarde limitée permet donc d'atteindre un des objectifs principaux de la clause de sauvegarde du modèle OCDE. Le choix d'inclure cette clause de sauvegarde limitée pourrait néanmoins paraître superflu, si une convention fiscale est interprétée conformément aux conclusions du rapport de 1999 : l'OCDE considère en effet que le principe selon lequel le paragraphe 2 ne limite pas le droit d'un État d'imposer ses propres résidents est cohérent

36 L'article 1(2) de la nouvelle convention fiscale franco-luxembourgeoise stipule tout d'abord qu' « [a]ux fins de l'application de la présente Convention, le revenu perçu par ou via une société de personnes dotée ou non de la personnalité morale ou toute autre entité analogue dotée de la personnalité morale (y compris un groupement de personnes) considérée comme totalement ou partiellement transparente sur le plan fiscal selon la législation fiscale de l'un des États contractants est considéré comme étant le revenu d'un résident d'un État contractant, mais uniquement dans la mesure où ce revenu est traité, aux fins de l'imposition par cet État, comme le revenu d'un résident de cet État ». Le paragraphe précise ensuite que « [l]orsque la société de personnes dotée ou non de la personnalité morale ou toute autre entité analogue dotée de la personnalité morale (y compris un groupement de personnes) qui est considérée comme totalement ou partiellement transparente sur le plan fiscal selon la législation fiscale de l'un des États contractants est établie dans un État tiers, le revenu ne peut toutefois être considéré comme étant le revenu d'un résident d'un État contractant que si cet État tiers considère également comme totalement ou partiellement transparente sur le plan fiscal la société de personnes dotée ou non de la personnalité morale ou toute autre entité analogue dotée de la personnalité morale (y compris un groupement de personnes) et s'il a conclu avec l'État contractant d'où provient le revenu une convention d'assistance administrative en vue de lutter contre la fraude et l'évasion fiscales ». Enfin, le paragraphe finit par indiquer que ses dispositions « ne s'appliquent pas à un revenu perçu par ou via une société de personnes dotée ou non de la personnalité morale ou toute autre entité analogue dotée de la personnalité morale (y compris un groupement de personnes) qui est un résident de France conformément au paragraphe 4 de l'article 4 ». C'est donc à la suite de ce long paragraphe que la clause de sauvegarde a été insérée.

« avec l'interprétation des conventions fiscales au regard des sociétés de personnes »³⁷.

16. On peut constater que cette **clause de sauvegarde limitée ne garantit pas expressément le droit au bénéfice des articles 23, 24 et 25 d'une convention fiscale**. Ces deux derniers articles n'empêchent pas, en tant que tels, l'exercice par l'État de la résidence de son droit d'imposer ses propres résidents. La confirmation du droit d'imposer de l'État de la résidence par la clause de sauvegarde limitée ne devrait donc pas, dans le même temps, invalider les articles 24 et 25. Qu'en est-il de l'article 23 ? Faut-il en garantir le bénéfice ? Une telle précision n'est pas recommandée par l'OCDE. Les commentaires sur l'article 1 précisent logiquement que les paragraphes 2 et 3 de cet article « ne restreignent pas l'obligation impartie aux États contractants d'accorder l'allègement de la double imposition en vertu des articles 23 A et 23 B lorsque le revenu d'un résident de cet État peut être imposé par l'autre État conformément à la Convention »³⁸.

La clause de sauvegarde limitée prévue à l'article 3(3) de l'Instrument multilatéral ne contient pas non plus de renvoi à l'article d'une convention fiscale dédié à l'élimination de la double imposition, contrairement à la clause de sauvegarde entière figurant à l'article 1(3) du modèle OCDE de 2017. La position de l'OCDE s'explique peut-être par le fait que la mention de l'obligation d'appliquer l'article 23 ne garantit pas toujours l'élimination de la double imposition : le nouveau paragraphe 11.1 des commentaires sur l'article 23 de la convention modèle OCDE précise en effet que lorsque l'un des États contractants impose le revenu mondial d'une entité qui est un résident de cet État, tandis que l'autre État considère que cette entité est transparente sur le plan fiscal et impose les associés résidents sur leur fraction respective du revenu, « les deux États ne sont pas réciproquement tenus d'éliminer la double imposition à l'égard de l'impôt prélevé par l'autre État exclusivement sur la base de la résidence du contribuable ». Le commentaire poursuit en précisant que « chaque État est donc tenu d'éliminer la double imposition uniquement dans la mesure où l'imposition par l'autre État est conforme aux dispositions de la Convention qui autorisent l'imposition du revenu concerné ou de la fortune concernée en tant qu'État de la source ou État où se trouve un établissement stable auquel ce revenu ou cette fortune est attribuable, ce qui exclut l'imposition qui résulterait uniquement du fait qu'une personne est résidente de cet autre État ». Il ne paraît donc pas nécessaire de préciser que l'article 23 reste applicable en dépit de la clause de sauvegarde limitée.

³⁷ V. Commentaires sur l'article 1 de la convention modèle OCDE de 2017, § 15. V. aussi Commentaires sur l'article 1 de la convention modèle OCDE de 2014, § 6.1.

³⁸ V. Commentaires sur l'article 1 de la convention modèle OCDE de 2017, § 16.

Conclusion

17. Pour conclure, si la clause de sauvegarde du modèle OCDE permet d'éviter une limitation malvenue du droit d'imposer de l'État de la résidence, elle ne garantit pas non plus la pleine réalisation du principe de mondialité de l'impôt. Il peut d'ailleurs être observé que l'efficacité d'une clause de sauvegarde est nécessairement liée aux taux d'impôts des États contractants : puisque la clause de sauvegarde permet de préserver l'imposition des résidents mais que l'État de la résidence doit éliminer la double imposition en vertu de l'article 23, il ne semble **judicieux d'inclure une clause de sauvegarde dans une convention fiscale qu'à la double condition que l'État de la résidence élimine la double imposition par la méthode de l'imputation et non de l'exonération, et que le taux de l'impôt de l'État contractant qui exerce son droit d'imposer est supérieur à celui de l'autre État**.

18. Alors que la clause de sauvegarde **ne change pas fondamentalement la répartition des droits d'imposer** entre l'État de la source et l'État de la résidence (elle tend plutôt à confirmer cette répartition), celle-ci permet d'atteindre plusieurs objectifs, notamment l'imposition d'un associé résident sur ses revenus dans une société de personnes étrangère, et l'application de certaines règles anti-abus de droit interne. En revanche, cette clause augmente les risques de doubles impositions, tant au regard des entités hybrides que concernant les prix de transfert. La combinaison choisie par les rédacteurs de la nouvelle convention fiscale franco-luxembourgeoise, consistant dans une clause de sauvegarde limitée et la mention du droit d'appliquer certaines règles anti-abus de droit interne, peut sembler plus appropriée dans la mesure où elle permet d'atteindre les objectifs principaux de la clause de sauvegarde, tout en évitant certains des problèmes qu'elle implique.

19. Finalement, la **clause de sauvegarde du modèle OCDE ne paraît pas nécessaire au regard de l'architecture actuelle des conventions fiscales, mais pourrait être particulièrement adaptée aux changements considérés par l'OCDE dans le cadre de ses travaux sur les défis fiscaux soulevés par la numérisation de l'économie**. D'une part, la clause de sauvegarde permet une dérogation à l'article 9(1), ce qui pourrait autoriser une déviation du principe de pleine concurrence pour un déplacement de la base imposable vers l'État de marché, ainsi que l'introduction de règles limitant la déductibilité de certains paiements inspirées par le dispositif BEAT américain³⁹. D'autre part, la possibilité d'imposer les résidents sur les revenus de sociétés étrangères contrôlées sans soulever de conflits avec une convention fiscale permet d'envisager un renforcement des règles CFC, voire l'adoption d'un dispositif de type GILTI.

³⁹ Pour ce faire, encore faudrait-il s'assurer qu'une telle taxe soit couverte par une convention fiscale.

20. Enfin, si une clause de sauvegarde conventionnelle pourrait permettre l'introduction de certaines règles anti-abus par la prévention de conflits avec les conventions fiscales, un autre conflit de normes paraît plus difficilement évitable : celui de la **compatibilité avec le droit de l'Union européenne**. En effet, alors qu'une clause de sauvegarde permet à un État contractant de ménager l'imposition de ses

propres résidents, cela ne peut pas pour autant légitimer une imposition discriminatoire, que ce soit par l'intermédiaire de règles plus favorables pour les résidents par rapport aux non-résidents, que par l'imposition des résidents de façon plus favorable sur leurs revenus domestiques que sur leurs revenus étrangers.

J. MONSENEGO ■