



**UNIVERSITÉ  
DE GENÈVE**

**Archive ouverte UNIGE**

<https://archive-ouverte.unige.ch>

Master

2020

Public access

This version of the publication is provided by the author(s) and made available in accordance with the copyright holder(s).

---

Des raisons de l'étatisation et de la désétatisation du droit -  
analyse au regard du trust et de la fiscalité

---

Arias, Alexandre

**How to cite**

ARIAS, Alexandre. Des raisons de l'étatisation et de la désétatisation du droit - analyse au regard du trust et de la fiscalité. Master, 2020.

This publication URL: <https://archive-ouverte.unige.ch/unige:158559>

© This document is protected by copyright. Please refer to copyright holder(s) for terms of use.

Last deposit update in Archive ouverte UNIGE on 16.03.2023 03:32

Université de Genève – Faculté de droit  
Travail de Master  
Année académique 2020-2021

Travail de Master :  
Le droit sans l'État

Des raisons de l'étatisation et de la désétatisation du droit – analyse au regard  
du trust et de la fiscalité

*Professeur : Thomas Schultz*

Alexandre Arias

## Table des matières

<b>TABLE DES ABRÉVIATIONS .....</b>	<b>3</b>
<b>I. INTRODUCTION.....</b>	<b>5</b>
<b>II. GÉNÉRALITÉS .....</b>	<b>6</b>
<b>A. TRUST.....</b>	<b>6</b>
<b>1. Naissance et histoire .....</b>	<b>6</b>
<b>2. Développement et état actuel .....</b>	<b>7</b>
<b>3. Tendance actuelle .....</b>	<b>8</b>
<b>B. FISCALITÉ.....</b>	<b>9</b>
<b>1. Naissance et histoire .....</b>	<b>9</b>
<b>2. Développement et état actuel .....</b>	<b>10</b>
<b>3. Tendance actuelle .....</b>	<b>11</b>
<b>III. DÉVELOPPEMENT.....</b>	<b>11</b>
<b>A. TRUST.....</b>	<b>11</b>
<b>1. Le trust : du droit sans l'État ? .....</b>	<b>11</b>
<b>2. De l'étatisation du trust .....</b>	<b>13</b>
a. Du système anglais de common law .....	13
b. Systèmes de droit civil .....	15
i. Écosse .....	15
ii. Panama.....	15
iii. Japon.....	16
iv. Italie.....	17
<b>3. Des raisons de l'étatisation du trust .....</b>	<b>17</b>
a. Angleterre .....	18
b. Panama .....	18
c. Japon .....	18
d. Italie.....	19
e. Synthèse.....	19
<b>B. FISCALITÉ.....</b>	<b>19</b>
<b>1. La fiscalité : du droit étatique ? .....</b>	<b>20</b>
<b>2. De la désétatisation de la fiscalité .....</b>	<b>20</b>
a. Conventions contre la double imposition.....	20
b. Instrument multilatéral .....	22
c. Arbitrage fiscal .....	24
i. Arbitrabilité.....	24
ii. Arbitrage fiscal en droit international des investissements.....	25
iii. Arbitrage fiscal et double imposition .....	27
Modèle de convention fiscale concernant le revenu et la fortune OCDE.....	28
Instrument multilatéral .....	28
Union européenne.....	30
<b>3. Des raisons de la désétatisation de la fiscalité.....</b>	<b>31</b>
a. Globalisation et Conventions contre la double imposition.....	31
b. Instrument multilatéral .....	31
c. Arbitrage fiscal .....	32
d. Synthèse .....	32
<b>IV. CONCLUSION .....</b>	<b>33</b>
<b>BIBLIOGRAPHIE.....</b>	<b>37</b>
<b>RÉPERTOIRE DE DOCUMENTS OFFICIELS .....</b>	<b>40</b>

## Table des abréviations

AELE	Association européenne de libre-échange
AG	<i>Aktiengesellschaft</i> (« Société anonyme »)
al.	Alinéa
ARB	<i>Arbitration</i> (« Arbitrage »)
art.	Article
ATF	Arrêt du Tribunal fédéral
BEPS	<i>Base Erosion and Profit Shifting</i> (« Érosion de la base d'imposition et transfert des bénéfices »)
BIT	<i>Bilateral Investment Treaty</i> (« Traité bilatéral d'investissement »)
c.	Contre
CEE	Communauté économique européenne
chap.	Chapitre
CDI	Convention contre la double imposition
<i>Cf.</i>	<i>Confer</i> (« se reporter à »)
ch.	Chiffre
chap.	Chapitre
Co.	<i>Company</i>
Corp.	<i>Corporation</i>
DC	Décision de contrôle de constitutionnalité
Dr	Docteur
ECS	l'Expert-comptable suisse
éd.	Édition
édit.	Éditeur
FAQ	<i>Frequent asked Questions</i> (« Questions fréquemment posées »)
fasc.	Fascicule
G20	Groupe des vingt
GAFI	Groupe d'action financière
ICSID	<i>International Center for Settlement of Investment Disputes</i> (« Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements »)
IDI	Institut de Droit international
Inc.	<i>Incorporated</i>
IRS	<i>Internal Revenue Service</i>
Law Com	<i>Law Commission</i>
let.	Lettre
Ltd.	<i>Limited</i>
MAP	<i>Mutual Agreement Procedure</i> (« Procédure amiable »)
MLI	<i>Multilateral Instrument</i> (« Instrument multilatéral »)
N	Numéro de paragraphe
n	Note de bas de page
NAFTA	<i>North American Free Trade Agreement</i>
No	Numéro
Num.	Numéro
OCDE	Organisation de coopération et de développement économiques
OECD	<i>Organisation for economic co-operation and development</i> (v. ci-dessus)
OECE	Organisation européenne de coopération économique
p.	Page
para.	Paragraphe
pp.	Pages
PSST	Prestataires de services aux sociétés et trusts

Rec. C.C.	Recueil du Conseil constitutionnel
Rec. C.I.J	Recueil de la Cour internationale de Justice
RFA	République fédérale d'Allemagne
RS	Recueil systématique
s	Et suivante
Scot Law Com	<i>Scottish Law Commission</i>
ss	Et suivantes
trad.	Traduction
UE	Union européenne
USA	United States of America (« États-Unis d'Amérique »)
US SC	<i>US Supreme Court</i> (« Cour suprême des États-Unis d'Amérique »)
v	<i>Versus</i> (« contre »)
v.	Voir
Vol.	Volume

## I. Introduction

Le droit sans l'État. Le thème de ce séminaire est aussi vague et mystérieux que passionnant et actuel. Mais que faut-il comprendre par ce qui peut, pour certains, sembler être une aberration ? Nous prendrons le parti – et le risque – d'adopter une définition aussi large que possible de ce thème. Par droit, nous entendrons l' « ensemble des règles qui régissent la conduite de l'homme en société, les rapports sociaux »<sup>1</sup>. Par État, nous entendrons tout ce qui se rapporte à lui et en particulier ses trois pouvoirs classiques : le législatif, l'exécutif et le judiciaire.

Avec une définition aussi générale du thème du séminaire, nous nous devons de proposer un sujet tout aussi large et global. Début et fin ; naissance et mort. C'est ce qui nous occupera au cours de cette recherche. La naissance du droit étatique ; le moment où l'État s'empare du droit et l'étatise. La mort du droit étatique ; le moment où l'État se retire du droit, lequel redevient sans l'État, libre et universel ou presque. Ce sont ces deux phénomènes qui nous intéresseront et nous tenterons d'en découvrir les fondements. Pourquoi l'État étatise-t-il le droit, pourquoi l'État désétatise-t-il le droit ? Quelles sont les raisons de ces adoptions et abandons ? Nous tenterons de répondre à ces questions en dégageant les « incitations » générales qui poussent l'État à étatiser, respectivement désétatiser le droit. Le but de cette recherche est donc de déterminer la ou les raisons qui poussent l'État à étatiser et désétatiser le droit. Notre analyse portera tant sur le contexte historique, social et juridique que sur le droit lui-même. Pour ce faire, nous aurons recours à deux domaines du droit : le trust et la fiscalité.

Selon MAITLAND, « *[the trust] perhaps forms the most distinctive achievement of English lawyers* »<sup>2</sup>. Et selon nous, cela est vrai. Le trust est un outil fascinant, aux possibilités infinies<sup>3</sup>. Il est aujourd'hui utilisé dans des domaines aussi variés que la planification patrimoniale, la prévoyance professionnelle, les garanties contractuelles, la gouvernance d'entreprises, l'assistance aux personnes souffrant d'un handicap ou encore le domaine caritatif<sup>4</sup>. Ce dernier, le *charitable trust*, présente d'ailleurs des particularités qui nous obligent malheureusement, par souci de concision, à l'ignorer dans le présent exposé. Le trust a donc très largement pénétré le monde de la *common law* et, nous le verrons, tend à conquérir les juridictions de tradition civiliste. Son histoire très riche et son expansion phénoménale en font l'instrument idéal sur lequel se pencher pour comprendre ce qui pousse l'État à étatiser le droit.

Quant à la fiscalité, elle est profondément ancrée dans nos esprits comme une inhérence étatique. L'idée d'une fiscalité non-étatique paraît parfaitement antithétique et pourtant, nous le verrons, de forts indices laissent penser qu'elle est sur le point d'échapper à l'État. Elle est en pleine révolution et de très lourdes réformes sont passées chaque année. Elle est l'un des domaines les plus vivants et changeants du droit actuel, mais également l'un des plus anciens attributs de l'État. Elle est donc la candidate idéale à une analyse visant à comprendre la mort du droit étatique. Bien entendu, la désétatisation de la fiscalité (et du droit en général) ne signifie pas que l'État abroge ses lois et crée un vide juridique, mais plutôt qu'il abandonne sa souveraineté sur le sujet. Nous aurons donc recours à l'évolution récente, actuelle et future de la fiscalité pour comprendre ce qui pousse l'État à désétatiser le droit.

---

<sup>1</sup> Littré, Droit.

<sup>2</sup> MAITLAND, p. 23.

<sup>3</sup> *Ibidem*.

<sup>4</sup> RHODES, p. 674ss ; HEYDON/GUMMOW/AUSTIN, N 2208.

Guidés notamment par un impératif de concision, il est des choix regrettables que nous avons dû faire dans le cadre de cette recherche. Dans notre souci de rester fidèle à la vision la plus large possible du thème du séminaire, nous nous sommes vus contraints de parfois schématiser, d'aller à l'essentiel et de sélectionner certains éléments plutôt que d'autres. C'est ainsi que, comme déjà mentionné, nous laisserons de côté les *charitable trusts*. Nous nous contenterons, par ailleurs, d'analyser le trust anglais, laissant hélas de côté les autres juridictions de *common law*. Quant à la fiscalité, la multitude de réformes récentes et en cours nous a forcés à nous concentrer sur certains travaux, sélectionnés de manière à couvrir une vision aussi globale que possible. Enfin, nous aurions aimé pouvoir développer les raisons pour lesquelles nous avons adopté un point de vue qui pourrait être dit « dualiste », opposant le droit national (droit étatique) au droit international, lequel est, pour nous, sans l'État. De manière très schématique, nous défendons cette prise de position par le fait que l'État participe certes à la décision (de conclure un traité, d'en déterminer le contenu et de le ratifier), mais il n'est plus seul à maître à bord : il n'est plus souverain.

Ceci étant dit, nous adopterons l'approche suivante pour déterminer pourquoi l'État étatique, respectivement désétatique le droit : sitôt après cette Introduction (I), dans une partie qui traitera des Généralités (II), nous présenterons les deux domaines choisis, nous intéressant à leur naissance (II A 1 et II B 1), leur développement (II A 2 et II B 2) et la tendance qu'ils suivent actuellement (II A 3 et II B 3). La partie principale (III) sera logiquement séparée en deux sous-parties. La première (III A), traitant du trust, exposera le caractère non-étatique du trust (III A 1) puis son assimilation par l'État (III A 2), avant d'exposer les raisons de cette étatisation (III A 3). La seconde (III B), relative à la fiscalité, adoptera une démarche inverse, avec une analyse du caractère étatique de la fiscalité (III B 1), suivie d'une étude sur sa potentielle désétatisation (III B 2) et, enfin, un exposé des causes de ce phénomène (III B 3). La dernière partie de ce travail (IV) synthétisera et comparera les résultats obtenus, nous permettant d'essayer de répondre à la problématique.

## **II. Généralités**

### **A. Trust**

#### **1. Naissance et histoire**

Le trust, dans sa forme telle que nous la connaissons aujourd'hui remonte au 18<sup>ème</sup> siècle<sup>5</sup>. Il serait toutefois trop réducteur de ne le considérer qu'à partir de cette période. C'est en effet au Moyen Age anglais qu'il faut rechercher sa source<sup>6</sup> et, plus précisément, dans le *use*, qui apparaît dès le 13<sup>ème</sup> siècle<sup>7</sup>, si ce n'est avant<sup>8</sup>.

Pour bien comprendre les raisons de l'apparition du *use*, il convient de s'attarder quelques instants sur l'environnement social et juridique de l'époque. Dans le monde féodal anglais, dont le système juridique est la *common Law*, on assiste à un « fractionnement multiple de la propriété ou, plus précisément, la titularité multiple [...] »<sup>9</sup>. C'est ainsi que personne, si ce n'est le souverain, n'est propriétaire d'une terre, mais seulement bénéficiaire/titulaire d'un *estate or interest*<sup>10</sup>. Sans entrer dans les détails, la titularité se divise en *legal interest* et *equitable interest*, soit d'une part la titularité actée par la possession du titre (*legal title*) et d'autre part la titularité des droits sur le bien en

---

<sup>5</sup> CRETTI, N 2, se référant à REYMOND, p. 126a.

<sup>6</sup> *Ibidem*.

<sup>7</sup> VIRGO, p. 38 ; CRETTI, N 20.

<sup>8</sup> HUDSON, p. 15 ; SMITH, p. 41ss.

<sup>9</sup> CRETTI, N 17.

<sup>10</sup> *Ibidem* ; FRATCHER, N 8, p. 9.

question<sup>11</sup> (*equitable title*). C'est cette dichotomie qui caractérise le trust<sup>12</sup>. Le *use*, puis le trust, sont en fait des instruments qui furent mis en place pour permettre un transfert des terres, libre des contraintes liées à la possession<sup>13</sup>.

A condition de garder à l'esprit que ce sont deux concepts bien différents, le fonctionnement du *use* peut être rapproché du concept de fiducie, connu des systèmes civilistes : le titulaire ou *feoffor* (qui a le *legal* et *equitable interest* au début de l'opération) transfère sa terre, au moyen d'un mode de transfert classique, à un tiers (le *feoffee to use*) qui s'engage « à le tenir pour le compte et au profit (*to the use*) d'une troisième personne [(le *cestui que use*)] »<sup>14</sup>.

La mise en place d'un *use* permettait par exemple au seigneur titulaire de sa terre d'échapper à l'impôt dû en raison de la saisine<sup>15</sup>. Le *use* lui permettait encore « de disposer de sa terre après sa mort »<sup>16</sup>, alors même que le souverain en demeure seul propriétaire. Frustrée, la Couronne, en la personne d'Henri VIII, ôta toute valeur juridique au transfert au tiers (*feoffee to use*) pour directement passer la titularité (*legal title*) au bénéficiaire (*cestui que use*), en promulguant le *Statute of uses* de 1535<sup>17</sup>. En cherchant à mettre fin à la pratique du *use*, le roi venait en réalité de créer le premier élément de codification du trust<sup>18</sup>.

Quelques modifications de la structure du *use* permirent le maintien de l'effet désiré, jusqu'à ce que la *Chancery Court*, appliquant l'*Equity*, reconnût la validité du transfert problématique dans le cadre d'un trust<sup>19</sup>.

## 2. Développement et état actuel

Comme nous l'avons vu, le trust était un instrument spécifique au droit anglais à son origine. Par conséquent, tous les systèmes juridiques de *common law* en ont hérité<sup>20</sup>. Toutefois, de nombreux pays de tradition civiliste ont également adopté le trust. Si, pour certains, la justification est à trouver dans une proximité géographique ou historique (Ecosse, Afrique du Sud, Québec,...), pour d'autres, l'adoption de cet instrument résulte d'une volonté propre et volontaire (Japon, Panama, Liechtenstein, Argentine,...)<sup>21</sup>. Il est évident qu'en raison de la nature (en apparence) très différente des systèmes de *common law* et civilistes, « [les] trusts « de droit civil » s'écartent dans une mesure parfois appréciable du trust classique [anglais] »<sup>22</sup>. Néanmoins cette adoption internationale et intersystémique du trust permet de développer une notion contemporaine de l'instrument, dont le résultat ultime fut la Convention relative à la loi applicable au trust et à sa reconnaissance, conclue à La Haye le 1<sup>er</sup> juillet 1985 (ci-après : la « Convention sur les trusts »)<sup>23</sup>.

La définition du trust adoptée par la Convention sur les trusts peut paraître frêle et même lacunaire, mais elle est le fruit d'un compromis entre les États civilistes, dont les définitions font partie intégrante du système juridique, et les États de *common law*, lesquels ont développé une réelle aversion pour les

---

<sup>11</sup> CRETTI, N 18.

<sup>12</sup> *Idem*, N 19 ; HOLDSWORTH, p. 434.

<sup>13</sup> CRETTI, N 19 ; PETTIT, p. 13.

<sup>14</sup> CRETTI, N 20.

<sup>15</sup> SONNEVELDT, p. 3 ; VIRGO, p. 38 ; CRETTI, N 20.

<sup>16</sup> *Ibidem*.

<sup>17</sup> CRETTI, N 20.

<sup>18</sup> SMITH, p. 58.

<sup>19</sup> PETTIT, p. 13s.

<sup>20</sup> THÉVENOZ, p. 18.

<sup>21</sup> *Idem*, p. 18s.

<sup>22</sup> *Idem*, p. 19.

<sup>23</sup> RS 0.221.371.

abstractions juridiques<sup>24</sup>. C'est ainsi que la Convention sur les trusts, à son article 2, définit le trust comme « les relations juridiques créées par une personne, le constituant – par acte entre vifs ou à cause de mort – lorsque des biens ont été placés sous le contrôle d'un trustee dans l'intérêt d'un bénéficiaire ou dans un but déterminé. Le trust présente les caractéristiques suivantes :

- a) les biens du trust constituent une masse distincte et ne font pas partie du patrimoine du trustee;
- b) le titre relatif aux biens du trust est établi au nom du trustee ou d'une autre personne pour le compte du trustee;
- c) le trustee est investi du pouvoir et chargé de l'obligation, dont il doit rendre compte, d'administrer, de gérer ou de disposer des biens selon les termes du trust et les règles particulières imposées au trustee par la loi. »<sup>25</sup>

D'innombrables auteurs ont aujourd'hui donné une multitude de définitions du trust, toutes étant à la fois correctes et lacunaires, tant l'instrument est complexe et modulé par les différents droits étatiques. Quoiqu'il en soit, l'on s'accorde généralement pour dire que le trust est une relation juridique unissant trois protagonistes : le *settlor* (qui transfère des biens), le *trustee* (qui les reçoit avec certains devoirs fiduciaires) et les bénéficiaires (qui n'en possèdent toutefois pas le titre).

L'ancienne jurisprudence des tribunaux suisses (antérieure à la ratification suisse de la Convention sur les trusts) illustre parfaitement à quel point l'outil du trust est proche de nombreux concepts juridiques connus et bien définis, tout en restant singulièrement différent et offrant une liberté créative quasi infinie. L'arrêt *Harrison gegen Schweiz. Kreditanstalt*<sup>26</sup> qualifie par exemple le trust de contrat mixte relevant du droit des obligations<sup>27</sup>. Quant aux tribunaux zurichois, ils requalifiaient les trusts en fondations, donnant par la même occasion la personnalité juridique à ces structures.

Si les tentatives de requalification sont aussi variées, c'est parce que le trust s'adapte à une multitude d'usages. Ainsi, nous l'avons vu, le trust peut être utilisé pour des questions de planification successorale, et ce depuis son origine. Il peut encore être utilisé pour des questions de prévoyance, remplaçant généralement nos fondations de prévoyance dans le monde anglo-saxon. Le trust peut également être utilisé à titre de sûreté, dans une transaction commerciale, surpassant la rigidité du gage et les difficultés formelles de l'hypothèque. Enfin, le trust peut être utilisé dans une optique d'optimisation fiscale, le – parfois fictif – dessaisissement de ses biens par le *settlor* étant bien souvent reconnu.

### 3. Tendance actuelle

C'est hélas cette dernière utilisation du trust qui occupe les esprits de nos jours. Par conséquent, nul doute que la tendance actuelle soit à un durcissement du droit des trusts et des devoirs du *trustee*. En outre, la lutte contre le blanchiment et le financement du terrorisme, qui a pour porte-drapeau le Groupe d'action financière (GAFI) a pris aujourd'hui une importance capitale. Il ne s'agit plus seulement du traitement du *settlor* et des devoirs du *trustee*, mais également de la responsabilité des Prestataires de services aux sociétés et trusts (PSST) : les conseillers (avocats, notaires, comptables,...)<sup>28</sup>. Nul doute que le *Jersey Offshore leak*<sup>29</sup>, dernier scandale en date, contribuera à un nouveau tour de vis du droit des trusts et à ternir la réputation de cet instrument.

---

<sup>24</sup> THÉVENOZ, p. 20.

<sup>25</sup> Convention sur les trusts, art. 2.

<sup>26</sup> ATF 96 II 79.

<sup>27</sup> v. REICHEN/FAVRE, p. 799, lesquels proposent trois approches pour qualifier le trust : contractuelle, successorale ou du patrimoine organisé.

<sup>28</sup> GAFI, Recommandations du GAFI, p. 20ss.

<sup>29</sup> *European Investigative Collaborations, Jersey offshore*, 2020, <https://eic.network/projects/jersey-offshore>.

## B. Fiscalité

### 1. Naissance et histoire

« L'impôt et l'État naquirent simultanément le jour où les chefs se rendirent compte de la supériorité du tribut sur le pillage, de l'avantage de l'impôt sur la corvée [...] »<sup>30</sup>. La fiscalité étant décrite comme « [l']ensemble de lois, de mesures relatives [...] à l'impôt »<sup>31</sup>, les mots de ARDANT peuvent être directement repris pour la caractériser. Il y a en effet entre l'État et la fiscalité une imbrication nécessaire, l'un ne pouvant se passer de l'autre.

Il fallut attendre l'émergence de cités organisées, de régions soudées, d'empires hiérarchisés pour que les premières taxes (de passage, d'accostage, de douane,...)<sup>32</sup> permettent au Pouvoir d'acquiescer stabilité et prospérité : « *Taxes are what we pay for civilized society* »<sup>33</sup>. C'est ainsi que plus de 3000 ans avant notre ère, l'Ancien Empire égyptien recensait l'or et les champs, avec pour objectif de calculer et prélever un impôt foncier, et même sur la fortune<sup>34</sup>.

Pour ce qui est du Proche-Orient asiatique, Hammourabi régnait sur un État qui semble avoir été relativement bien organisé, aux environs du deuxième millénaire avant notre ère. Des lettres concernant la gestion des domaines royaux nous indiquent clairement les modalités de paiement auxquelles le « locataire » était soumis. Cette forme d'impôt était très précisément détaillée et démontre bien le « souci de réglementer avec soin les droits et devoirs de chacun, [...] caractéristique de tout État bien ordonné [...] »<sup>35</sup>.

Bien plus à l'Est, en Chine, la monarchie féodale des 9<sup>ème</sup> et 8<sup>ème</sup> siècles avant notre ère comportait elle aussi des obligations de prestations de services et des prélèvements à caractère fiscal. S'il est vrai que ce système politique ne perdura pas, les puissants empires chinois qui lui succédèrent reprirent ce modèle de fiscalité<sup>36</sup>, avec la réussite que nous leur connaissons.

L'impôt est donc intimement lié à l'État, il est public. Mais après les grandes invasions qui marquèrent la fin de l'Antiquité et le début du Moyen Age en Europe, le pouvoir romain centralisé laissa place à une myriade de roitelets, simples chefs de tribus, seigneurs de terres individuelles. Comme l'explique LAUFENBURGER, « le pouvoir fiscal [tomba alors] entre les mains des seigneurs, de public, il [devint] privé »<sup>37</sup>. Ce n'est plus le roi (tête de l'État) qui impose, ce sont les seigneurs féodaux, lesquels conservent par ailleurs le produit de l'impôt. C'est ainsi que l'impôt public disparut pour être remplacé par des prélèvements privés<sup>38</sup>.

Historiquement, en Europe, cette période coïncide avec une instabilité générale et l'absence de pouvoirs centraux. L'impôt disparaît, l'État disparaît.

---

<sup>30</sup> ARDANT, Histoire de l'impôt et histoire de l'État, p. 3.

<sup>31</sup> Le Petit Robert, p. 787s.

<sup>32</sup> ARDANT, Histoire de l'impôt et histoire de l'État, p. 3.

<sup>33</sup> *Compañia General de Tabaco de Filipinas v Collector of Internal Revenue*, Cour Suprême des États-Unis, 275 US SC 87, 100 (1927), *dissent* du Juge Olivier Wendell Holmes.

<sup>34</sup> ARDANT, Histoire de l'impôt, p. 40, avec une interprétation de la fortune se limitant aux produits de la terre.

<sup>35</sup> *Idem*, p. 43.

<sup>36</sup> *Idem*, p. 45.

<sup>37</sup> LAUFENBURGER, p. 13.

<sup>38</sup> *Idem*, p. 14.

## 2. Développement et état actuel

La fiscalité a toutefois pris une nouvelle dimension. Au début du 20<sup>ème</sup> siècle, l'impôt présente un aspect politique, « mis au service soit des changements de structure économique ou sociale, soit de la direction de la production, de la circulation ou de la répartition »<sup>39</sup>. La fiscalité devient un outil capable de contenter et apporter un certain progrès.

Toutefois, l'adaptation de l'impôt à l'évolution sociétale, se heurta à un concept aussi ancien et primordial que lui-même : la frontière. Faisant fi de l'internationalisation grandissante, la souveraineté fiscale est longtemps restée rigide et inflexible. Et cela avait du sens ! Nous l'avons vu, fiscalité et État vont de pair. Or, la frontière, pour reprendre les termes de la Cour internationale de Justice, est une « ligne exacte [...] de rencontre des espaces où s'exercent respectivement les pouvoirs et droits souverains »<sup>40</sup>. Autrement dit, elle « [délimite] la compétence territoriale de l'État »<sup>41</sup>. Il est dès lors parfaitement naturel que la fiscalité fasse partie du domaine réservé de l'État et c'est ainsi que s'explique le concept de souveraineté fiscale<sup>42</sup>.

Néanmoins, le phénomène de globalisation, qui apparaît au début des années 1990, fragilise la toute-puissance des États et leur caractère nécessaire et éternel<sup>43</sup>. La délocalisation et la rude concurrence internationale ébranlent les recettes fiscales<sup>44</sup>. Les États ne sont plus seuls maîtres et le secteur privé devient beaucoup plus mobile, capable de se déplacer d'État en État au gré de ses convenances<sup>45</sup>. Les gouvernements doivent alors s'adapter et modifier leur régime juridique pour attirer des entreprises et travailleurs qualifiés qui, jusqu'ici, semblaient plutôt sédentaires. Les solutions pour y parvenir ne sont toutefois pas infinies, ce qui force le droit à se globaliser, lui aussi : « L'espace n'est plus constitutif du droit, mais il est constitué par le droit, lequel, dans le but de s'uniformiser avec l'espace de l'économie, se détache lui-même du territoire originel »<sup>46</sup>.

Cette question d'uniformité du droit en matière fiscale avait déjà été abordée, en 1927, dans un rapport commandé par la Société des Nations et rendu par le *Committee of Technical Experts on Double Taxation and Tax Evasion*. A cette date, les experts avaient mis en avant les trop grandes différences entre les régimes fiscaux étatiques pour exclure la possibilité d'un instrument multilatéral dont le but serait d'éviter la double imposition. En revanche, de très nombreuses conventions bilatérales en vue d'éliminer la double imposition (CDI) furent conclues au cours de années 1930. Les États acceptèrent ainsi de céder une petite part de leur souveraineté fiscale afin d'éviter des situations incohérentes, nuisibles avant tout aux échanges commerciaux et à la prospérité mondiale.

---

<sup>39</sup> LAUFENBURGER, p. 7s.

<sup>40</sup> Cour internationale de Justice, Plateau continental de la Mer Egée (Grèce c. Turquie), arrêt du 19 décembre 1978, Rec. C.I.J. 1978, p.35, §85.

<sup>41</sup> Décision n°91-294 DC du 25 juillet 1991, relative à la loi autorisant l'approbation de la convention d'application de l'accord de Schengen du 14 juin 1985 entre les gouvernements des États de l'Union économique Bénélux, de la RFA et de la République française relatif à la suppression graduelle des contrôles aux frontières communes, Rec. C.C., 1991, p.93, §11.

<sup>42</sup> MOLO, p. 27, lequel donne par ailleurs une définition de la souveraineté fiscale : « la mise en place et l'application dans un territoire déterminé d'un système d'impôt pour le financement d'un budget public à l'exclusion de tout autre système concurrent, ce système couvrant tous les éléments de la fiscalité [...] ».

<sup>43</sup> MOLO, p. 29ss.

<sup>44</sup> *Idem*, p. 33 ; BALDASSARE, p. 282ss ; OST, p. 16.

<sup>45</sup> MOLO, p. 33.

<sup>46</sup> *Idem*, p. 35s.

### 3. Tendance actuelle

Avec la crise financière de 2008 et la prise de conscience de la problématique fiscale qu'elle a engendrée, la coopération fiscale a pris un tout autre tournant. La fragilisation de la souveraineté fiscale s'est subitement accélérée, avec tout d'abord la quasi-généralisation de l'échange de renseignements en matière fiscale, puis leur échange automatique, à partir du 29 octobre 2014, suivi de la Convention multilatérale pour la mise en œuvre des mesures relatives aux conventions fiscales pour prévenir l'érosion de la base d'imposition et le transfert de bénéfices conclue à Paris le 24 novembre 2016 par l'OCDE, aussi appelée Instrument multilatéral<sup>47</sup> (MLI pour *Multilateral Instrument*), qui modifie notamment l'application de milliers de CDI, et enfin les Piliers I et II du Cadre inclusif de l'Organisation de coopération et de développement économiques (OCDE) et du Groupe des vingt (G20), visant à établir des taux minimaux d'impôt et une imposition basée sur les consommateurs et non plus le siège de la société<sup>48</sup>.

## III. Développement

Rappelons ici que le but de cet exposé est d'extraire d'une analyse du trust et de la fiscalité des hypothèses quant aux raisons pour les États de rendre étatique du droit, respectivement d'en abandonner certains pans. L'analyse du trust sera donc essentiellement historique, tandis que celle de la fiscalité se focalisera sur les développements récents et réformes en cours.

### A. Trust

#### 1. Le trust : du droit sans l'État ?

Quant au trust, la première question à se poser est sa nature originelle. Le trust est-il, depuis son origine, du droit ? Dans l'affirmative, ce droit était-il étatique ? Les réponses à ces questions sont à chercher dans l'histoire du trust et du *use*. Nous prendrons donc la liberté d'assimiler le *use* au trust et d'employer essentiellement ce dernier terme.

Nous l'avons vu, le trust est né dans la société féodale anglaise. Or, le principe même du trust, qui veut que l'un détienne un patrimoine foncier pour le bénéfice d'un autre, est contraire au principe féodal<sup>49</sup> qui s'attache fortement au fief. Ce fief est remis par le roi à ses vassaux, lesquels doivent, en échange, assistance à leur souverain. Cette assistance prend notamment la forme du versement d'une partie des taxes perçues sur l'exploitation du fief. Mais si le fief a comme titulaire légal une personne différente du bénéficiaire, la structure féodale est mise à mal. Or le trust permet justement « *the evasion of those obligations constituting the basis of English feudal society* »<sup>50</sup>. Quel État adopterait un droit qui lui est contraire ? Un droit qui est contraire à son système politique et social, qui menace sa survie même. A n'en pas douter, ce premier élément nous fait penser qu'à son origine, le trust, sous réserve d'être du droit, n'était pas étatique.

C'est d'ailleurs pour cette raison que les *law courts* et les *ecclesiastical courts*<sup>51</sup> refusaient d'appliquer et de faire exécuter les droits et obligations qui découlaient de la structure du trust<sup>52</sup>. En d'autres termes, les tribunaux anglais ne reconnaissaient pas le caractère juridique des relations créées par les

---

<sup>47</sup> OCDE, Convention multilatérale pour la mise en œuvre des mesures relatives aux conventions fiscales pour prévenir l'érosion de la base d'imposition et le transfert de bénéfices – *Multilateral Instrument* (ci-après : MLI).

<sup>48</sup> OCDE, Pillar One Blueprint ; OCDE, Pillar Two Blueprint.

<sup>49</sup> SMITH, p. 46.

<sup>50</sup> *Ibidem*.

<sup>51</sup> Nous ne sommes toutefois pas certains du refus de reconnaissance du trust par les tribunaux ecclésiastiques, v. notamment STEPKOWSKI, p. 26.

<sup>52</sup> SMITH, p. 46s.

trusts. Ils les qualifiaient de « *merely honorary obligations* »<sup>53</sup> : ils ne reconnaissaient pas au trust la nature de droit étatique. Mais qu'en est-il de sa nature de droit non-étatique ? C'est ici que se révèle toute la difficulté de déterminer ce qui constitue du droit et ce qui n'en est pas. Comme nous l'avons énoncé en introduction, nous adoptons une définition très large du droit, soit « l'ensemble des règles qui régissent la conduite des hommes et des femmes en société, les rapports sociaux »<sup>54</sup>. Selon nous, une obligation honorifique, pour reprendre les termes de SMITH, n'en est pas moins un engagement pris par une personne en faveur d'une autre. Nul doute que cet engagement régira la conduite des parties impliquées et qu'il influera sur les rapports sociaux entre les protagonistes et même certains tiers. Ainsi, nous sommes d'avis que le trust est du droit. Une fois encore cependant, l'attitude des tribunaux nous laisse penser que ce droit n'est pas étatique.

Une nuance à ce refus de reconnaissance du trust par les tribunaux est à apporter. En effet, la *common law* se divise en deux « branches » différentes. D'une part, elle est constituée de ce qui est généralement appelé *Common Law* (étrange certes, mais les majuscules semblent faire toute la différence), regroupant la loi écrite et la *case law* (jurisprudence)<sup>55</sup>. D'autre part, elle comprend l'*Equity*, sorte de soupape de sécurité qui vient corriger l'extrême rigidité de la *Common Law*. L'*Equity* peut être assimilée à un pouvoir d'interprétation permanent et autonome à la disposition du juge. Cependant, le juge disposant de l'*Equity* n'était, à l'origine, pas le même juge que celui appliquant la loi : la *Common Law*. Pour obtenir qu'un litige soit tranché au regard de l'*Equity*, il fallait le soumettre au *Lord Chancellor* (puis plus tard à la *Court of Chancery*). Les litiges portés devant le *Lord Chancellor* étaient résolus « *on grounds of conscience and natural justice* »<sup>56</sup>, ce qui était encore renforcé par la personne du *Lord Chancellor*, généralement évêque. C'était donc la conscience du *Lord Chancellor* qui tranchait, la véritable Justice et non pas ce que la loi énonçait comme juste. Il ne faut toutefois pas oublier que le *Lord Chancellor* et la *Court of Chancery* sont, par définition, des organes de l'État. Or il semblerait que la *Court of Chancery* ait reconnu le trust et soit entrée en matière en cas de violation de trusts au 14<sup>ème</sup> siècle déjà<sup>57</sup>. L'on pourrait donc être tenté d'admettre que par sa *Court of Chancery*, l'État reconnaissait et avait donc intégré le trust dans son droit.

Cette approche n'est cependant pas correcte. En effet, en 1535, le roi Henri VIII promulgua le « *Statute of uses* ». L'effet premier de cette loi fut de reprendre au *trustee* le « *legal title* » et de le remettre aux bénéficiaires<sup>58</sup>. Le *Statute of uses* « exécuta » (*executed*) les *uses*, ce qui eut pour effet de mettre fin à la dualité de la titularité<sup>59</sup>. Le *trustee* se vit retirer le titre – alors même qu'il l'avait acquis par un moyen de transfert reconnu du droit anglais<sup>60</sup> – et les bénéficiaires reçurent, en plus de leur « *equitable title* », le « *legal title* »<sup>61</sup>. Étrangement, la loi n'abolit pas les *uses*<sup>62</sup>, déclarant explicitement qu'elle s'appliquait également aux *uses* futurs<sup>63</sup>. C'est ainsi que certaines formes dérivées du *use* subsistèrent et se transformèrent, quelques dizaines d'années plus tard, en trust<sup>64</sup>.

---

<sup>53</sup> SMITH, p. 47.

<sup>54</sup> Le Littré, Droit.

<sup>55</sup> VIRGO, p. 4.

<sup>56</sup> PETTIT, p. 5.

<sup>57</sup> SMITH, p. 47 ; HOLDSWORTH, p. 418.

<sup>58</sup> SMITH, p. 55.

<sup>59</sup> FRATCHER, p. 18, N 15.

<sup>60</sup> SMITH, p. 55.

<sup>61</sup> PETTIT, p. 13.

<sup>62</sup> FRATCHER, p. 18, N 15.

<sup>63</sup> SMITH, p. 55.

<sup>64</sup> PETTIT, p. 13s.

La première remarque à faire est que le *Statute of uses* se contente de retirer tout effet juridique au transfert intermédiaire, soit au *trustee*. Il vient, en réalité, affirmer que le *use* n'est pas reconnu par l'État, contrairement à la pratique de la *Court of Chancery*. Le trust n'est donc pas du droit étatique.

Le deuxième enseignement que nous apporte cette loi est double. Tout d'abord, le roi, devant l'ampleur du phénomène, se trouva forcé de légiférer pour graver dans le marbre le caractère non juridique du *use*. Nous l'avons vu plus haut, le trust implique des règles que les parties s'imposent et respectent, règles qui impactent fortement les rapports sociaux de l'époque. L'on estime en effet qu'au début du 16<sup>ème</sup> siècle, la majorité des terres d'Angleterre faisaient l'objet d'un trust<sup>65</sup>. Il ne fait donc aucun doute que ce phénomène si important doit revêtir le caractère de droit.

En outre, le roi laissa subsister certaines formes du *use*, notamment celle qui donna naissance au trust. Il reconnut donc clairement les effets juridiques que déploie un *use* et, par conséquent, sa qualité de droit. Le seul effet du *Statute of uses* fut de confirmer le refus de qualification de droit étatique à un instrument du droit. Cette loi est donc l'aveu de l'État que le trust est du droit, reconnu par les intéressés, mais non par les tribunaux.

## 2. De l'étatisation du trust

Il convient à présent de découvrir si le trust est devenu étatique au fil des siècles. Si la réponse à cette question semble assez évidente, ce chapitre se révèle toutefois primordial pour comprendre quelles incitations ont poussé les États à adopter le trust. Nous commencerons par analyser, dans un ordre chronologique, les étapes du développement du trust dans le système anglais de *common law*. Nous sélectionnerons ensuite quelques juridictions de tradition civiliste et tenterons de voir quels usages du trust y sont faits.

### a. Du système anglais de common law

Comme nous l'avons déjà mentionné, le trust, sous sa forme du *use*, a rapidement été reconnu par la *Court of Chancery*. Toutefois, l'effet d'« étatisation » du trust au travers de cette première étape est sujette à controverses, l'État ayant par la suite précisément privé de tout effet juridique le *use* de par le *Statute of uses* de 1535. Il semble donc que c'est contre la volonté de l'État que la *Court of Chancery* reconnut le trust.

En réalité, c'est même pour contrer cette reconnaissance du trust par la *Court of Chancery* que la loi fut promulguée. Nous entrons ici dans les jeux de pouvoirs qui animaient la cour de Henri VIII. Ce dernier avait à plusieurs reprises tenté de mettre fin aux *uses*, sans succès. Ce n'est qu'en s'alliant aux hommes de loi (*lawyers*) qu'il put amasser une majorité suffisante pour imposer son refus de reconnaître les trusts. Les *lawyers* vouaient en effet une « *professional jealousy of the Chancery* »<sup>66</sup>, notamment en raison de la perte de revenus que signifiait la mainmise de la *Court of Chancery* sur les trusts<sup>67</sup>.

Bien évidemment, les raisons officielles de la promulgation du *Statute of uses* étaient tout autres. C'est ainsi que furent avancés la publicité du transfert patrimonial et la fin de la séparation de la titularité foncière entre *legal* et *equitable title*<sup>68</sup>. Ces deux buts avaient pour conséquence une plus grande sécurité juridique<sup>69</sup>.

---

<sup>65</sup> PETTIT, p. 13 ; STEPKOWSKI, p. 22 ; FRATCHER, p. 9, N 7.

<sup>66</sup> HOLDSWORTH, p. 454.

<sup>67</sup> SMITH, p. 50 ; HOLDSWORTH, p. 453.

<sup>68</sup> HOLDSWORTH, p. 456 ; SMITH, p. 54 ; RHODES, p. 673.

<sup>69</sup> SMITH, p. 51.

Mais ces raisons ne sont pas les seules expliquant le *Statute of uses*. Bien au-delà des propos de son préambule, véritable propagande<sup>70</sup>, c'est l'état catastrophique des caisses du roi qui sont à son origine<sup>71</sup>. Nous l'avons vu, les trusts permettaient d'éviter l'impôt de la saisine, privant la couronne d'une importante source de revenus. C'est en réalité pour retrouver son financement, de même que pour garder le contrôle sur le transfert successoral du patrimoine foncier, qu'Henri VIII tenait tant à cette loi<sup>72</sup>.

Le *Statute of uses* remplit l'objectif royal et réduisit considérablement la portée du *use*. Mais il marqua également le début de la codification du trust et le fit muter en une forme très proche de celle qu'on lui connaît aujourd'hui<sup>73</sup>.

Discret après cette première étape de codification, le trust refit surface dès le milieu du 17<sup>ème</sup> siècle, à nouveau grâce à la *Court of Chancery*<sup>74</sup>. La problématique fiscale n'était plus de mise, le système féodal étant dépassé. Le trust s'est alors peu à peu développé. Quelques *Lords Chancellor* (notamment Lord Nottingham, Lord Hardwicke et Lord Eldon) entreprirent la lourde tâche de systématiser l'*Equity*<sup>75</sup>, ce qui permit au trust de devenir un outil juridique plus sûr. Outre d'être élargi aux biens meubles, le trust acquit petit à petit ses caractéristiques actuelles et la majorité des terres d'Angleterre redevinrent objets de trusts, à durée indéterminée. Les familles assuraient à leur descendance terres et patrimoine<sup>76</sup>.

Ce mode de « verrouillage » des terres via des trusts conduisit cependant à de graves problèmes économiques, tant pour les familles qui y avaient eu recours que pour l'État. Les terres n'étaient pas utilisées efficacement et les bâtisses tombaient en ruine par manque de moyens pour les restaurer<sup>77</sup>. C'est pourquoi, en 1877, le Parlement britannique commença une réforme législative du droit des trusts<sup>78</sup>. Elle dura jusqu'en 1925, année où le *Land Registration Act 1925*, le *Law of Property Act 1925*, le *Trustee Act 1925*, le *Settled Land Act 1925* and le *Land Charges Act 1925* furent promulgués.

Ces lois abrogèrent le *Statute of uses* de 1535, mettant ainsi les trusts à l'abri d'être « *executed* »<sup>79</sup>. Elles rendirent également impossible l'inaliénabilité des terres et précisèrent les pouvoirs du *trustee*. En particulier, le *Trustee Act 1925* fixa des pouvoirs « minimums », si bien que le trust ne pouvait par exemple plus prévoir que le *trustee* ne pouvait pas céder, hypothéquer ou donner à bail l'objet du trust<sup>80</sup>.

En l'an 2000, le Parlement britannique promulgua le *Trustee Act 2000*, suivant les recommandations de la *Law Commission* et de la *Scottish Law Commission* figurant dans leur rapport *Trustees' Powers and Duties (1999)*<sup>81</sup>. Le but principal de ce texte toujours en vigueur était de remplacer une loi ancienne et archaïque. Les pouvoirs attribués aux *trustees* n'étaient en effet plus adaptés à la réalité économique de la mondialisation<sup>82</sup>.

---

<sup>70</sup> SMITH, p. 54.

<sup>71</sup> PETTIT, p. 13 ; HOLDSWORTH, p. 450.

<sup>72</sup> SMITH, p. 47 et 53s.

<sup>73</sup> *Idem*, p. 58.

<sup>74</sup> PETTIT, p. 14.

<sup>75</sup> *Idem*, p. 5 ; HEYDON/GUMMOW/AUSTIN, N 2203.

<sup>76</sup> FRATCHER, p. 22, N 20.

<sup>77</sup> Il est intéressant de noter qu'à cette époque, la Suisse faisait également face au problème des biens de main morte, ce qui se traduisit par l'interdiction des fidécourmis de famille en 1912, v. MOREAU, p. 68.

<sup>78</sup> FRATCHER, N 21, p. 22s.

<sup>79</sup> *Idem*, N 22, p. 23.

<sup>80</sup> *Idem*, N 21, p. 23.

<sup>81</sup> Law Com – Scot Law Com, *Trustees' Powers and Duties*.

<sup>82</sup> *Idem*, N 1.1ss.

En particulier, les recommandations portaient sur l'élargissement des pouvoirs d'investissement du *trustee*, l'ajout d'un pouvoir de délégation et de celui de collaborer avec dépositaires (*custodians*) et fiduciaires (*nominees*)<sup>83</sup>. Parallèlement, les devoirs du *trustee*, énoncés dans le *Trustee Act 1925*, devaient être clarifiés et remplacés par « *a single statutory duty of care with which trustees must comply* »<sup>84</sup>.

### b. Systèmes de droit civil

La tradition de droit civil et la *common law* sont deux systèmes, a priori, bien différents. Un outil tel que le trust, le plus bel achèvement de l'*Equity* selon MAITLAND<sup>85</sup>, semble donc difficilement transposable dans des juridictions civilistes. Si les barrières empêchant l'intégration du trust aux systèmes civilistes sont nombreuses, la plus importante est sans nul doute le fameux *numerus clausus* des droits réels<sup>86</sup>. Pourtant, certains États de tradition civile ont intégré le trust à leur droit. Nous allons donc brièvement découvrir la réception du trust dans la tradition civiliste à travers l'expérience de quatre États et leur utilisation de cet outil, telle qu'elle était prévue au moment de son adoption.

#### *i. Écosse*

Jusqu'au 18<sup>ème</sup> siècle, l'Écosse est demeurée un royaume indépendant ayant adopté le système civiliste, influencé particulièrement par les auteurs hollandais<sup>87</sup>. Le trust a cependant assez rapidement colonisé l'Écosse et sa proximité géographique avec l'Angleterre n'en est pas la seule cause. En effet, « les conditions sociales qui en Angleterre ont donné naissance à l'usage étaient [...] similaires à celles qui existaient en Écosse »<sup>88</sup>. Parallèlement, de par sa nature civiliste, l'Écosse connaissait l'institution romaine voisine du trust : le fidéicommiss. La jurisprudence écossaise a longtemps rattaché le trust écossais à cette institution<sup>89</sup>, si bien que les origines du trust en Écosse sont peu claires et ne nous permettront malheureusement pas d'obtenir des informations utiles à la présente recherche. Il nous semblait toutefois important de faire mention de l'Écosse dans cet exposé pour deux raisons :

Tout d'abord, l'Écosse étant une juridiction charnière entre la *common law* et la tradition civiliste, ce chapitre aurait été lacunaire sans mention du trust écossais.

En outre, la conclusion à laquelle nous sommes arrivés permet, selon nous, de comprendre à quel point le trust est un outil à la fois proche de la tradition civiliste et propre à la *common law*. Il est ainsi suffisamment exclusif à la *common law* pour nous dévoiler les secrets de celle-ci et attrayant pour les juridictions civilistes, lesquelles doivent redoubler d'ingéniosité pour adopter un droit des trusts conforme à leur tradition. Il est donc une opportunité quasi-unique pour nous de mener à bien cette recherche<sup>90</sup> et de tenter de comprendre pourquoi les États étatisent le droit.

#### *ii. Panama*

Dans la plupart des États de tradition civiliste, ce sont les applications commerciales du trust qui conduisent à son adoption<sup>91</sup>. Ce qui n'est aujourd'hui plus politiquement correct pouvait être dit haut et fort au début du 20<sup>ème</sup> siècle. C'est ainsi qu'il n'était pas impensable d'admettre que « *the main inducement for the promotion of business trusts is that they escape many regulations applicable to companies in the form of company taxation, restrictions on foreign corporations, company reports, the*

---

<sup>83</sup> Law Com – Scot Law Com, Trustees' Powers and Duties, N 1.17.

<sup>84</sup> *Idem*, N 3.10.

<sup>85</sup> MAITLAND, p. 23.

<sup>86</sup> BOLGÁR, p. 208 ; KOESSLER, p. 6 ; SONNEVELDT, p. 14.

<sup>87</sup> LUPOI, Trusts-a comparative study, p. 292.

<sup>88</sup> STEPKOWSKI, N 19.

<sup>89</sup> LUPOI, Trusts-a comparative study, p. 292 ; STEPKOWSKI, N 15.

<sup>90</sup> STEPKOWSKI, N 263.

<sup>91</sup> RYAN, p. 266.

*statutory liability of directors, etc* »<sup>92</sup>. Les États latino-américains, Panama compris, ne faisaient pas exception à cette règle<sup>93</sup>.

Par ailleurs, en 1921, les États-Unis d'Amérique (USA) commandèrent une étude sur les raisons de l'inefficacité des systèmes bancaires latino-américains. Le rapport conclut que l'une des raisons de cette inefficacité résidait en l'absence de trust dans le droit des États concernés<sup>94</sup>. Ils adoptèrent alors bien souvent le trust dans l'optique de renforcer leur système bancaire et d'attirer des investisseurs issus d'États de *common law*<sup>95</sup>.

Si ces raisons sont également valables pour le Panama, la réception du trust par ce pays est essentiellement due au Dr Ricardo J. Alfaro, 16<sup>ème</sup> président de la république du Panama, auteur d'une thèse sur le trust et rédacteur du projet de loi sur les trusts panaméens. Alfaro était particulièrement impressionné par l'aptitude du trust à s'adapter pour résoudre la plupart des problèmes de la vie de tous les jours. Selon lui, le droit civil présentait un cadre trop rigide pour permettre que ces problèmes soient traités de manière satisfaisante<sup>96</sup>. En particulier, il regrettait « *the absence from the law of Panama of a general technique whereby property could with security be transferred to one person to hold it for the benefit of others* »<sup>97</sup>. Le père du trust panaméen avait donc compris le pouvoir du trust, véritable « baguette magique ». Cette idée se retrouve dans les propos de LEPAULLE, pour lequel « [si] l'on se demande à quoi sert le trust, on peut presque répondre : « à tout » ! Il est plus indispensable que le thé à la vie anglaise et le base-ball à la vie américaine »<sup>98</sup>.

### iii. Japon

Le Japon est un État ayant adopté une approche purement civiliste, avec son code civil de 1896 inspiré des codes allemands et français<sup>99</sup>. Pourtant, en 1922, le trust intègre le droit japonais. La raison de cette adoption est à chercher, une fois de plus, dans l'Histoire. Après la guerre de 1904-1905 l'opposant à la Russie, le Japon eut besoin de fonds pour sa reconstruction<sup>100</sup>. Il émit alors des obligations internationales à Londres. La pratique anglaise voulait qu'un *trustee* détienne en trust, pour les obligataires, les droits garantis<sup>101</sup>. Pour permettre une telle structure, le Japon dut adopter, en 1905, le *Secured Bonds Trusts Act*<sup>102</sup>. L'introduction du mot trust (traduit *Shintaku*) dans le monde nippon plut beaucoup, si bien que de nombreuses sociétés n'ayant aucun rapport aux trusts l'utilisèrent dans leur raison sociale. C'est ce détournement « commercial » du mot trust qui contraignit les autorités à adopter la législation sur les trusts de 1922<sup>103</sup>. Elles en profitèrent pour intégrer une forme japonaise du trust, fortement influencée par le droit anglais<sup>104</sup>. Ce sont donc des motifs financiers et régulateurs qui ont conduit à l'adoption du trust par le Japon<sup>105</sup>. Cet outil n'a pas eu d'impact sur la vie quotidienne, étant essentiellement réservé à des fins d'investissement<sup>106</sup>. En particulier, il n'y a pas d'utilisation familiale du trust au Japon<sup>107</sup>.

---

<sup>92</sup> RYAN, p. 267.

<sup>93</sup> FRATCHER, p. 102, N 119.

<sup>94</sup> LUPOI, *Trusts-a comparative study*, p. 269.

<sup>95</sup> FRATCHER, p., 102, N 119.

<sup>96</sup> RYAN, p. 268.

<sup>97</sup> *Ibidem*.

<sup>98</sup> LEPAULLE, p. 12.

<sup>99</sup> LUPOI, *Trusts-a comparative study*, p. 277.

<sup>100</sup> DOGAUCHI, N 1.

<sup>101</sup> *Ibidem*.

<sup>102</sup> *Tanpo-tuki Shasai Shintaku Ho*.

<sup>103</sup> DOGAUCHI, N 1.

<sup>104</sup> LUPOI, *Trusts-a comparative study*, p. 277ss.

<sup>105</sup> DOGAUCHI, N 1.

<sup>106</sup> LUPOI, *Trusts-a comparative study*, p. 278.

<sup>107</sup> DOGAUCHI, N 1 ; LUPOI, *Trusts-a comparative study*, p. 278.

#### *iv. Italie*

Le cas italien est particulier. En effet, l'Italie n'a pas à proprement parler de droit des trusts, si bien qu'aucun trust de droit italien n'existe. Pourtant, le pays semble très attaché à cet outil et son utilisation y est très fréquente, ce qui a permis l'apparition du trust « *interno* »<sup>108</sup> : un trust constitué et géré en Italie avec un *settlor* italien, des bénéficiaires italiens et généralement un *trustee* italien, seule la loi régissant le trust étant étrangère<sup>109</sup>.

Si la jurisprudence se montrait déjà favorable au trust dans les années 1980<sup>110</sup>, c'est la ratification de la Convention sur les trusts en 1989 par l'Italie qui permet aux juges d'intégrer pleinement cet outil au droit italien<sup>111</sup>. Aujourd'hui, les tribunaux italiens n'hésitent pas à jouer un rôle actif, semblable aux tribunaux de *common law*, allant jusqu'à remplacer ou nommer des *trustees*<sup>112</sup>. La boucle est bouclée : ce sont les tribunaux d'une juridiction civile qui y introduisent un outil de *common law* et l'« étatisent ».

Les applications du trust en Italie sont nombreuses, allant d'une utilisation à titre de sûreté<sup>113</sup> (semblable à ce que nous avons vu au Panama) à la transmission d'entreprises familiales<sup>114</sup> en passant par la constitution d'un patrimoine destiné aux enfants d'un couple en instance de divorce<sup>115</sup> ou à une personne souffrant d'un handicap, dans une optique successorale<sup>116</sup>. Tout comme Alfaro pour le Panama, les juges italiens comprirent rapidement que les « *trusts provide answers to many shortcomings of Italian law* »<sup>117</sup> et c'est aujourd'hui une grande variété de missions que remplit le trust, alors même qu'il n'est pas codifié en droit italien.

Si cette approche d'intégration du trust semble pour l'instant convaincante, elle est contre-nature pour les juridictions civiles, habituées à codifier le droit. La Suisse, probablement tout aussi friande de trusts que l'Italie, est précisément en train d'adopter un droit suisse des trusts. La motion 18.3383 du Conseil des États a chargé le Conseil fédéral d'élaborer un projet de droit suisse des trusts. Cette motion indique clairement que le but de l'adoption du trust en droit suisse est un renforcement de la place financière suisse. Toutefois, les experts ayant rédigé le projet de loi ont tenu à développer un outil aussi large que possible, portant eux aussi, notamment, une attention particulière aux applications potentielles du trust dans le droit des sûretés<sup>118</sup>.

### **3. Des raisons de l'étatisation du trust**

Ce chapitre a pour objectif de mettre en exergue tous les motifs pour lesquels les États ont adopté le trust dans leur droit national. S'il sera malheureusement très dense et peu digeste, c'est parce qu'il nous servira de base pour essayer, en fin d'exposé, de dégager une raison pour laquelle les États adoptent le droit. Nous omettrons l'Écosse pour les raisons exposées ci-dessus.

---

<sup>108</sup> LUPOI, Italy-an independent approach to trusts, p. 8.

<sup>109</sup> LUPOI, Trusts, p. 413, n 8.

<sup>110</sup> LUPOI/ARRIGO, p. 128 ; v. aussi LUPOI, Trusts-a comparative study, p. 368.

<sup>111</sup> LUPOI, Trusts in Italy, p. 304.

<sup>112</sup> *Ibidem*.

<sup>113</sup> LUPOI, Trusts in Italy, p. 304 et 306.

<sup>114</sup> *Idem*, p. 306.

<sup>115</sup> *Idem*, p. 305.

<sup>116</sup> *Idem*, p. 306.

<sup>117</sup> *Idem*, p. 304.

<sup>118</sup> Cours de l'Université de Genève « *Introduction to the law of trusts* » du Professeur Thévenoz, membre du Groupe d'experts sur les trusts constitué par le Conseil fédéral.

### a. Angleterre

Le *Statute of uses* de 1535 avait pour but premier et véritable le renflouage des caisses étatiques et la reprise en main par le roi des transferts successoraux des terres. Nous distinguons donc une incitation financière et une incitation « autoritaire » (l'affirmation de la puissance du pouvoir ou d'une partie du pouvoir en place).

En outre, différents prétextes, qui n'en étaient pas moins de bonnes raisons pour édicter une telle loi, furent également avancés : d'une part la sécurité juridique qu'apporteraient la fin de la double titularité et la publicité des transferts immobiliers, d'autre part le musellement de la *Court of Chancery* et, par conséquent, l'affirmation de la *Common Law* et de la puissance des *lawyers*. Nous retrouvons donc l'incitation autoritaire, à laquelle s'ajoute celle de la sécurité juridique.

Le travail de systématisation de l'*Equity* par les grands *Lords Chancellor* qui prit place essentiellement au 17<sup>ème</sup> siècle avait également pour incitation la sécurité juridique.

La grande réforme du droit des trusts qui se termina en 1925 tendait à mettre définitivement à l'abri les trusts d'être « *executed* » et à résoudre les problèmes économiques qu'avait provoqués l'utilisation abusive du trust, en particulier de sa perpétuité. L'on retrouve ici encore l'incitation de la sécurité juridique et une incitation économique globale que nous classerons de financière.

Par ailleurs, nous remarquons que le *Trustee Act 1925* élargit passablement les pouvoirs du *trustee*. Ce dernier est le seul « rôle » du trust qui peut être exercé professionnellement. En outre, l'on assiste à cette époque à une forte visibilité du trust au niveau international et à l'adoption de cet outil par diverses juridictions, notamment civiles. Nous sommes donc d'avis que cet élargissement du pouvoir des *trustees* n'est pas uniquement focalisé au niveau national, mais vise bien à attirer de futurs *settlers* et à développer la branche professionnelle des *trustees*. Nous dégageons donc une nouvelle incitation : celle de l'attractivité internationale.

Enfin, le *Trustee Act 2000* visait à attribuer de plus grands pouvoirs aux *trustees* tout en généralisant et modernisant leurs devoirs. Le but n'en était pas moins de rendre plus attractif le trust anglais et par là-même de stimuler une branche économique des services en plein essor. L'on retrouve donc l'incitation financière, qui s'accompagne d'une incitation d'attractivité internationale.

### b. Panama

Pour ce qui est des États latino-américains ayant adopté le trust, l'on retrouve une très forte caractéristique commerciale. C'est essentiellement pour attirer des investisseurs étrangers et tenter de mettre en place un système bancaire efficace que cette partie du globe a reçu le trust. Nous distinguons donc une fois de plus une incitation financière et d'attractivité internationale, ainsi qu'une incitation d'efficience.

De plus, en ce qui concerne le Panama, la fascination d'Alfaro pour le trust en tant qu'outil indéfiniment malléable, « bouche-trou » presque, nous laisse penser qu'il a été adopté pour servir de solution aux problèmes juridiques trop complexes. Nous dégageons donc une nouvelle incitation ici, que nous appellerons l'incitation « baguette magique ». Ce terme est certes peu académique mais beaucoup plus parlant que des mots plus savants tels que polymorphe ou polyfonctionnel.

### c. Japon

La réception du trust au Japon est initialement due à sa recherche d'investisseurs. Quelques années plus tard, c'est pour contrer l'utilisation trompeuse du terme « trust » que plusieurs lois sont promulguées. Nous retrouvons donc d'une part l'incitation financière et, d'autre part, l'incitation de la sécurité juridique.

#### d. Italie

Le cas de l'Italie se rapproche du Panama, avec cette optique d'utilisation du trust là où le droit national est lacunaire ou non-satisfaisant. Cependant, nous remarquons que c'est suite à la ratification de la Convention sur les trusts que les tribunaux, par le biais de la jurisprudence, ont véritablement intégré le trust au droit italien. Nous retrouvons donc l'incitation baguette magique ainsi qu'une nouvelle incitation que nous baptiserons influence internationale. Il est en effet fort probable que la Convention sur les trusts ait eu un effet libérateur, fixant un cadre suffisant et rassurant pour que les tribunaux italiens osent s'approprier véritablement le trust.

L'étude de la réception du trust en Italie nous a permis de faire un détour par la Suisse. Nous avons alors relevé que c'était avant tout pour renforcer l'attractivité de la place financière suisse qu'un droit suisse des trusts était désiré. Indubitablement, ce sont les incitations financières et d'attractivité internationale qui poussent la Suisse à s'emparer à son tour de cet outil. Parallèlement, il semblerait que les auteurs du projet de loi aient tenu à adopter une approche permettant au trust d'être utile plus largement, ce qui n'est pas sans rappeler l'incitation baguette magique.

#### e. Synthèse

Après cette brève analyse de la réception du trust dans différents droits nationaux, nous avons globalement dégagé 7 incitations différentes. Celles qui reviennent le plus fréquemment sont l'incitation financière, celle d'attractivité internationale et celle de sécurité juridique. Il semblerait par conséquent que ces trois incitations soient les raisons principales pour lesquelles l'État étatisé le droit. Nous noterons toutefois que dans les États de tradition civiliste, l'incitation baguette magique joue également un rôle important.

L'incitation financière doit être vue comme la recherche, pour l'État, de (nouvelles) sources de financements : une sorte d'appât du gain (libéré de sa connotation négative).

L'incitation d'attractivité internationale se résume en la recherche par l'État de mesures juridiques le rendant plus attrayant aux yeux de la communauté internationale et des personnes physiques et morales : une sorte de propagande.

L'incitation de sécurité juridique, elle, traduit logiquement le souhait de l'État de préserver les sujets de droit de vides juridiques et d'effets négatifs indésirables du droit, afin de leur apporter sécurité et prospérité.

Dans la dernière partie de cette recherche, nous reviendrons sur l'analyse de ces trois incitations et les comparerons aux incitations dégagées dans le cadre de la désétatisation du droit.

## **B. Fiscalité**

Ayant dégagé les incitations qui poussent les États à intégrer des normes à leur droit, nous allons à présent tenter de comprendre ce qui les pousse à la démarche opposée : abandonner certains domaines du droit. Pour ce faire, nous aurons recours à la fiscalité. L'enjeu sera donc tout d'abord de démontrer que la fiscalité relève du droit étatique, puis de voir dans quelle mesure ce droit quitte aujourd'hui le giron étatique. Nous nous concentrerons sur les réformes fiscales récentes et leurs buts pour essayer de comprendre les raisons qui poussent les États à les adopter. Enfin, nous en extrairons les incitations potentielles.

## 1. La fiscalité : du droit étatique ?

A la question du caractère étatique de la fiscalité, la réponse paraît évidente. Nous l'avons vu plus haut<sup>119</sup> : État et fiscalité vont de pair. Ils sont même si intimement liés que lorsque l'un disparaît, l'autre ne peut survivre. Cette imbrication se traduit par le principe de la souveraineté fiscale. Toutefois, ce lien si puissant amène une autre interrogation : la souveraineté fiscale n'est-elle qu'un attribut de l'État, auquel cas il faudrait lui refuser la qualification de droit, ou est-elle, au contraire, du droit, soit, rappelons-le, un « ensemble des règles qui régissent la conduite de l'homme en société, les rapports sociaux »<sup>120</sup> ?

Le principe de souveraineté d'un État est défini en 1928 par Max Huber dans la sentence de l'île de Palmas de la Cour permanente d'arbitrage. Par souveraineté, il entend l'indépendance, soit « [...] le droit [pour un État, relativement à une partie du globe,] d'[...]exercer à l'exclusion de tout autre État, les fonctions étatiques »<sup>121</sup>. C'est cette sentence qui affirma le principe de compétence exclusive de l'État sur son territoire<sup>122</sup>. A partir de là, différentes notions de souveraineté se sont développées, dont la souveraineté fiscale<sup>123</sup>. Pour MAITROT DE LA MOTTE, la souveraineté fiscale comporte « une compétence fiscale et un pouvoir fiscal pour un même impôt ou un ensemble d'impôts »<sup>124</sup>. La souveraineté fiscale allie donc la compétence de légiférer en matière fiscale au pouvoir d'appliquer cette législation.

Nous sommes également d'avis que la souveraineté fiscale est duale<sup>125</sup> et que c'est par elle que l'État peut légiférer en matière d'impôt. La souveraineté fiscale est donc, selon nous, une règle reconnue et acceptée par la société, énonçant que l'État peut non seulement prélever l'impôt, mais encore édicter des règles précises quant aux modalités de ce prélèvement. Elle est donc non seulement un attribut de l'État, mais également une règle générale qui permet à l'État de légiférer en matière d'impôt : la souveraineté fiscale relève du droit.

## 2. De la désétatisation de la fiscalité

La fiscalité relève certes du droit étatique mais tend, selon nous, à glisser aujourd'hui vers un droit non étatique. C'est ce que nous nous proposons de démontrer dans le présent chapitre. Pour ce faire, nous allons analyser trois phénomènes susceptibles de limiter, réduire, voire absorber la souveraineté fiscale : l'avènement des Conventions contre la double imposition (CDI), la montée en puissance de l'OCDE et l'entrée remarquée de l'arbitrage sur la scène fiscale.

### a. Conventions contre la double imposition

La CDI, également appelée convention fiscale, « se présente comme un instrument tendant à neutraliser l'effet du « conflit de souverainetés », à l'origine des doubles impositions »<sup>126</sup>. Si des dispositifs de droit interne visant à éviter les doubles impositions se retrouvent déjà en Grèce antique<sup>127</sup>, c'est au 19<sup>ème</sup> siècle qu'elles prendront une réelle importance<sup>128</sup>.

---

<sup>119</sup> Cf. *supra* II B 1, p. 9.

<sup>120</sup> Littré, Droit.

<sup>121</sup> Affaire de l'île de Palmas, États-Unis c. Pays-bas, sentence arbitrale de la Cour permanente d'arbitrage, du 4 avril 1928, point II 4.

<sup>122</sup> MOLO, p. 20.

<sup>123</sup> OBERSON, Droit fiscal suisse, N 1 ; KALLERGIS, N 12, lequel nie toutefois l'existence de souverainetés fractionnées et prône une notion de souveraineté « unique ».

<sup>124</sup> MAITROT DE LA MOTTE, p. 2.

<sup>125</sup> KALLERGIS, N 19ss.

<sup>126</sup> *Idem*, N 325.

<sup>127</sup> LIPPERT, p. 600.

<sup>128</sup> KALLERGIS, N 358.

C'est toutefois à partir des années 1920 que la CDI en tant que convention bilatérale se développe<sup>129</sup>, engouement que le Comité fiscal de la Société des Nations relève d'ailleurs<sup>130</sup>. C'est ainsi qu'un Comité d'experts techniques en double imposition et évasion fiscale présenta, en avril 1927, un rapport contenant un modèle de CDI<sup>131</sup>. La problématique de la double imposition est alors vue comme une véritable plaie et « [...] imposes [...] burdens [...] truly excessive, if not intolerable »<sup>132</sup>. Elle paralyse l'activité économique et décourage de nombreuses initiatives, pourtant nécessaires en cette difficile période d'après-guerre<sup>133</sup>.

C'est ainsi que la CDI rencontra un immense succès, alors même qu'elle limitait l'étendue de la compétence fiscale des États parties, restreignant ainsi leur souveraineté fiscale<sup>134</sup>. En revanche et malgré la Convention sur le régime fiscal des véhicules automobiles étrangers, conclue à Genève le 30 mars 1931<sup>135</sup>, adoptée par de nombreux États, la perspective de CDI multilatérales s'éloigna en raison de la trop grande disparité des systèmes fiscaux<sup>136</sup> et de « l'intention des États de préserver leur « souveraineté fiscale » »<sup>137</sup>. En effet, le grand avantage des conventions bilatérales, relativement au respect de la souveraineté fiscale, réside dans le fait qu'elles sont issues du consentement des deux États « contractants », dans une relation que certains qualifient justement de contractuelle<sup>138</sup>.

Les CDI ne se limitent toutefois pas à éviter la double imposition ou la double non-imposition, raison pour laquelle certains leur préfèrent le terme de convention fiscale. Le Modèle OCDE de convention fiscale concernant le revenu et la fortune (Modèle OCDE) contient ainsi, à son art. 26, une clause d'échange de renseignements. Il prévoit encore, à son art. 25, un mécanisme de résolution des litiges par le biais d'une procédure amiable.

L'Organisation européenne de coopération économique (OECE) fut fondée en 1948 pour rebâtir l'économie d'une Europe dévastée par la deuxième Guerre mondiale. L'OECE se chargea de créer un modèle de CDI, tâche reprise par l'OCDE qui lui succéda. En raison de « l'interdépendance et [de] la coopération économique croissante des pays membres de l'OECE au cours de la période d'après-guerre »<sup>139</sup>, il était en effet devenu « souhaitable d'harmoniser [les] conventions [fiscales bilatérales] en conformité avec des principes, des définitions, des règles et des méthodes uniformes et de parvenir à un accord sur une interprétation commune dans ce domaine »<sup>140</sup>.

Ce modèle atteignit globalement son objectif puisque la grande majorité des CDI suivent aujourd'hui le Modèle OCDE<sup>141</sup>. Or comme nous l'avons vu, l'art. 26 du Modèle OCDE prévoit l'échange de renseignements en matière fiscale. Si une telle coopération était généralement acquise dans le domaine pénal à la fin du 20<sup>ème</sup> siècle, il en allait autrement de renseignements fiscaux purs, comme le montrent les préoccupations de l'OCDE au début des années 2000<sup>142</sup>. Le principal empêchement à une coopération efficace en matière d'échange de renseignements fiscaux entre États membres de

---

<sup>129</sup> Comité fiscal – Rapport, p. 2s.

<sup>130</sup> Comité fiscal – Rapport.

<sup>131</sup> Committee of Technical experts – Double Taxation and Tax Evasion.

<sup>132</sup> *Idem*, p. 8.

<sup>133</sup> *Idem*, p. 8s.

<sup>134</sup> KALLERGIS, N 323ss.

<sup>135</sup> RS 0.741.583.

<sup>136</sup> Committee of Technical experts – Double Taxation and Tax Evasion, p. 8.

<sup>137</sup> KALLERGIS, N 356.

<sup>138</sup> WEBER-FAS, p. 61 ; KALLERGIS, p. 296, n 11.

<sup>139</sup> OCDE, Version abrégée – Modèle OCDE, N 5 *ad* Introduction.

<sup>140</sup> *Ibidem*.

<sup>141</sup> OCDE, Version abrégée – Modèle OCDE, N 14 *ad* Introduction.

<sup>142</sup> OCDE, Rapport d'étape 2004, N 1 et N 38, se référant à OCDE, Rapport d'étape 2003.

l'OCDE tenait à l'accès aux renseignements bancaires<sup>143</sup>. C'est pour cette raison que l'art. 26 du Modèle OCDE fut longtemps combattu et objet de réserves par de nombreux États (notamment la Suisse, le Luxembourg et l'Autriche).

En 2008-2009 toutefois, la crise financière bouleversa l'économie globale. Avec une responsabilité rejetée sur « la recherche par les acteurs économiques de résultats de plus en plus élevés sans appréciation adéquate des risques [...] ainsi qu'avec la diffusion de produits financiers toujours plus complexes et opaques »<sup>144</sup>, les membres du G20 décidèrent qu'il était temps d'« établir une régulation cohérente en matière financière sur le plan international »<sup>145</sup>. Celle-ci se traduisait nécessairement par une « lutte contre les paradis fiscaux et juridictions non-coopératives dans le but de protéger les finances publiques »<sup>146</sup>. Le 13 mars 2009, l'Autriche, le Luxembourg et la Suisse, éminents partisans du rejet de la coopération fiscale, annoncèrent qu'ils apporteraient des allègements au secret bancaire et réviseraient leurs CDI pour les mettre en conformité avec le Modèle OCDE et en particulier son art. 26. Or cet art. 26 du Modèle OCDE prévoit une coopération obligatoire en cas de « pertinence vraisemblable », soit un échange de renseignement le plus large possible<sup>147</sup>. La guerre semblait gagnée.

Cette brève analyse de l'histoire et évolution des CDI ne marque pas, a priori, d'extraordinaire perte de souveraineté étatique dans le domaine fiscal. Les conventions semblent se contenter de limiter la perception de l'impôt, sans avoir de réel impact sur le pouvoir d'édicter les règles fiscales. Or c'est précisément ce pouvoir de créer le droit fiscal (et de juger de sa correcte mise en œuvre) qui, selon nous, indique que la fiscalité est du droit étatique ou non. Si le droit n'est plus édicté par l'État mais, par hypothèse, par un autre État ou une organisation internationale, alors il n'est plus étatique : l'État perd sa souveraineté fiscale. Les CDI ne semblent, en définitive, qu'annoncer un climat d'internationalisation de la fiscalité, potentiellement susceptible de provoquer un glissement de la fiscalité du domaine national vers un monde globalisé aux relations multilatérales.

#### b. Instrument multilatéral

L'histoire ne s'arrête cependant pas ici. La capitulation de l'Autriche, du Luxembourg et de la Suisse était certes actée en droit, mais seule la mise en conformité de leurs CDI permettait, dans les faits, le respect des nouveaux standards internationaux. Or la Suisse comptait, à elle seule, plus d'une centaine de CDI<sup>148</sup>. Les négociations, adoptions et ratifications nécessaires pour corriger ces anciennes conventions représentaient un chantier titanesque<sup>149</sup>.

A l'échelle mondiale, cela représentait plus de 3'000 CDI à modifier pour s'assurer de leur conformité au Modèle OCDE<sup>150</sup>. C'est pourquoi, en 2013, l'OCDE lança le Projet BEPS (*Base Erosion and Profit Shifting*). Ce projet, toujours d'actualité, vise à mettre fin aux « stratégies de planification fiscale utilisées pour exploiter les brèches et les discordances des règles fiscales actuelles qui permettent à des entreprises de faire « disparaître » leurs bénéficiaires ou de les transférer artificiellement vers des juridictions où ils sont peu ou pas imposés, alors même que ces entreprises y réalisent des activités économiques limitées, voire inexistantes »<sup>151</sup>. Un plan en 15 actions a été défini à cet effet. La 15<sup>ème</sup>

---

<sup>143</sup> OCDE, Rapport d'étape 2003, p. 12ss.

<sup>144</sup> MOLO, p. 53, lequel se réfère au G20, *Declaration of the Summit on Financial Markets and the World Economy*, 15 novembre 2008, point 3.

<sup>145</sup> MOLO, p. 53.

<sup>146</sup> *Ibidem*.

<sup>147</sup> OCDE, Version abrégée – Modèle OCDE, N 5 *ad* art. 26.

<sup>148</sup> RS 0.67 – Double Imposition, disponible sur : <https://www.admin.ch/opc/fr/classified-compilation/0.67.html>

<sup>149</sup> KLEIST, chap. 2.1.

<sup>150</sup> OCDE, Note explicative MLI, p. 1.

<sup>151</sup> OCDE, Brochure d'information MLI, p. 2.

action consiste en l'adoption du MLI que nous avons déjà mentionné<sup>152</sup>. Nous entrons dans le cœur de la désétatisation de la fiscalité.

Ce sont des négociations entre plus de 100 juridictions qui, en 2016, ont abouti à l'adoption du MLI. Entré en vigueur le 1<sup>er</sup> juillet 2018, cet instrument a aujourd'hui été signé par 94 États. Et s'il a suscité autant d'enthousiasme, c'est parce qu'il « [offre] une approche novatrice pour permettre aux États de modifier rapidement leurs conventions fiscales bilatérales en vue de mettre en œuvre les mesures élaborées dans le cadre du Projet BEPS »<sup>153</sup>. En d'autres termes, le MLI est « destiné à modifier les conventions fiscales bilatérales existantes »<sup>154</sup> pour les rendre conformes aux mesures développées dans le cadre du Projet BEPS. Ces mesures sont reprises dans le MLI et implémentées au Modèle OCDE<sup>155</sup>.

Il est évident qu'un instrument d'une telle puissance n'aurait pas été adopté par autant d'États si ces derniers ne disposaient pas de quelques libertés<sup>156</sup>. Le MLI se veut ainsi un instrument souple, laissant aux signataires le choix entre de nombreuses options et leur permettant de déterminer à quelles CDI existantes il s'appliquerait<sup>157</sup>, sans toutefois se transformer en un instrument « à la carte » qui permettrait aux États de procéder à des choix « *treaty-by-treaty* »<sup>158</sup>. Pourtant, cette flexibilité n'est en réalité qu'apparente. Les « normes minimales » définies dans le Projet BEPS ne sont ainsi pas érudables, sauf si la CDI existante les contient déjà. En définitive, l'État n'est plus maître de sa CDI.

Le dernier rempart de la souveraineté fiscale se trouve dans la notion de « convention fiscale couverte », définie à l'art. 2 al. 1 para. a MLI. Il faut ainsi que les deux États parties à la CDI existante déclarent la soumettre au MLI pour que celui-ci y étende son effet « correcteur ». Si les États semblent donc libres de déterminer quelles CDI seront impactées, la note explicative du MLI énonce clairement qu'il « [a] vocation à s'appliquer au plus grand nombre possible de conventions existantes »<sup>159</sup>. L'on sait tout l'impact que ce genre de déclaration a sur les États, pour qui il est aujourd'hui intolérable de figurer sur la liste des mauvais élèves. C'est ainsi qu'au mois de juillet 2017, 85% des CDI des signataires conclues entre eux étaient déjà couvertes par le MLI<sup>160</sup> (alors qu'il n'était pas encore en vigueur).

Le rôle du MLI est donc de mettre continuellement à jour les CDI des États, c'est-à-dire de les modifier automatiquement pour les adapter aux mesures BEPS et au Modèle de l'OCDE. L'État n'a plus son mot à dire dans ses propres conventions fiscales bilatérales : elles absorbent d'elles-mêmes les modifications des standards internationaux et du Modèle de l'OCDE et se transforment sans intervention étatique. Mais le MLI ne s'arrête pas là : il va jusqu'à s'attaquer à l'esprit de la loi. Son art. 6 para. 1 modifie ainsi les CDI couvertes pour y inclure le préambule suivant :

« Entendant éliminer la double imposition à l'égard d'impôts visés par la présente Convention, et ce, sans créer de possibilités de non-imposition ou d'imposition réduite via des pratiques d'évasion ou de fraude fiscale/évitement fiscal (résultant notamment de la mise en place de stratégies de chalandage fiscal destinées à obtenir des allègements

---

<sup>152</sup> Cf. *supra* II B 3, p. 11.

<sup>153</sup> OCDE, Note explicative MLI, p. 2.

<sup>154</sup> *Ibidem*.

<sup>155</sup> KLEIST, chap. 2.8, qui explique toutefois que certaines mesures n'ont pas encore été introduites au Modèle OCDE et le seront rapidement.

<sup>156</sup> KLEIST, chap. 2.5.

<sup>157</sup> OCDE, Note explicative MLI, p. 3ss.

<sup>158</sup> OCDE, FAQ MLI, Question n°11.

<sup>159</sup> OCDE, Note explicative MLI, p. 3.

<sup>160</sup> OCDE, FAQ MLI, Question n°5.

prévus dans la présente convention au bénéfice indirect de résidents de juridictions tierces) »

Ce paragraphe, a priori plein de bon sens et totalement anodin, vient en fait supplanter la volonté du législateur. Il est inséré « à la place ou en l'absence de texte au préambule [des CDI couvertes] faisant référence à l'intention d'éliminer la double imposition »<sup>161</sup>. Il fait donc table rase des raisons pour lesquelles les États ont conclu leur convention bilatérale et, au mieux, modifie l'expression de leur volonté ou, au pire, la supprime purement et simplement. Or c'est notamment sur cette volonté que l'administration va baser son interprétation de la CDI. L'État a non seulement perdu le contrôle « législatif » de ses CDI, mais également son pouvoir « exécutif ».

A dire vrai, même le pouvoir judiciaire de l'État est mis à mal par le MLI. Ce dernier comporte en effet une « disposition facultative relative à l'arbitrage obligatoire et contraignant de cas de procédure amiable »<sup>162</sup>, basée sur l'action 14 du Projet BEPS. C'est cette problématique et l'arbitrage fiscal en général qui nous occupera au chapitre suivant.

### *c. Arbitrage fiscal*

L'arbitrage représente probablement le « droit sans l'État » par excellence. Pour diverses raisons, le droit est généralement avant tout associé aux tribunaux. Lorsque le tribunal n'est plus étatique, le droit est sans l'État. L'arbitrage est un mécanisme de résolution de litiges sans intervention des tribunaux étatiques<sup>163</sup>, c'est-à-dire en-dehors de l'appareil étatique. Bien entendu, l'État ne laisse pas une totale liberté à l'arbitrage, l'encadrant par de nombreuses lois et conventions. C'est en particulier vrai pour le « champ d'application » de l'arbitrage, où « [*the*] state, guardian of the legal system, places a limit on just how far the arbitration opt-out can go. This limit is usually referred to as "arbitrability" »<sup>164</sup> : le critère de l'arbitrabilité.

#### *i. Arbitrabilité*

L'arbitrabilité d'un litige définit sa capacité à être soumis à un tribunal arbitral. S'il n'est pas arbitral, il demeure dans la compétence réservée des cours étatiques<sup>165</sup>. De manière générale, un litige de nature commerciale sera arbitral, au contraire d'une affaire non-commerciale (droit pénal, divorce,...)<sup>166</sup>. Dès lors se pose la question de l'arbitrabilité des litiges touchant à la fiscalité, intimement liée à l'État<sup>167</sup>. Il peut être allégué qu'elle doit « échapper pour l'essentiel à la compétence des arbitres [puisqu'elle] touche de trop près aux intérêts de la collectivité »<sup>168</sup>. Mais la réalité pratique est tout autre et la fiscalité est, en partie du moins, arbitrale<sup>169</sup>.

Aux USA, l'utilisation de l'arbitrage pour régler des différends fiscaux entre le contribuable et l'*Internal Revenue Service* (IRS) est passablement développée. Adopté en 2006, l'*Appeals Arbitration Programm* permet au contribuable de produire une réclamation quant à sa taxation et d'y joindre une demande de procédure arbitrale, laquelle portera sur des questions de fait uniquement<sup>170</sup>. L'administration

---

<sup>161</sup> Art. 6 para. 2 MLI.

<sup>162</sup> OCDE, Note explicative MLI, p. 8.

<sup>163</sup> REDFERN/HUNTER, N 1.04, lesquels soulignent toutefois, avec raison, que l'exécution de la sentence arbitrale devra être requise auprès des tribunaux étatiques si les parties ne s'y conforment pas spontanément ; v. aussi quant au rôle de l'État dans l'arbitrage : SCHULTZ/GRANT, p. 19, Box 5.

<sup>164</sup> SCHULTZ/GRANT, p. 16.

<sup>165</sup> BANTEKAS, p. 193, qui distingue la définition américaine de l'arbitrabilité ; v. aussi HANOTIAU, N 11.

<sup>166</sup> SCHULTZ/GRANT, p. 17s.

<sup>167</sup> Cf. *supra* II B 1, p. 9.

<sup>168</sup> HANOTIAU, N 262.

<sup>169</sup> PARK, N 10-3, v. aussi HANOTIAU, N 262.

<sup>170</sup> IRS, Internal Revenue Bulletin, p. 800.

fiscale dispose alors d'un délai de deux semaines pour entrer en matière ou refuser la procédure arbitrale. En cas d'acceptation, la décision doit être rendue en trois mois. Le but de ce programme est un gain en efficacité pour l'IRS et en accessibilité pour le contribuable<sup>171</sup>.

Cette particularité américaine constitue toutefois une exception notable, car il est en principe retenu qu'un litige opposant l'administration et le contribuable et ayant directement trait à l'assiette de l'impôt ou à son exigibilité n'est pas arbitral<sup>172</sup>. La plupart des autres disputes comportant un élément de fiscalité le sont néanmoins. L'on distingue trois catégories d'arbitrages fiscaux : les différends fiscaux découlant de relations d'affaires, ceux découlant de contrats ou traités d'investissement et enfin la problématique de la double imposition<sup>173</sup>.

Les premiers opposent les parties à un contrat quant à la répartition de la charge fiscale dans le cadre d'une opération contractuelle, par exemple une vente<sup>174</sup>. Il s'agit donc simplement, pour le tribunal arbitral, d'attribuer la dette fiscale à l'une ou l'autre partie. Ce type d'arbitrage est strictement contractuel et sans impact sur l'administration fiscale<sup>175</sup>. Il ne nous intéressera donc pas dans la présente recherche.

## *ii. Arbitrage fiscal en droit international des investissements*

L'arbitrage des différends fiscaux en droit international des investissements, en revanche, permet de remettre en cause la légitimité même de l'impôt contesté<sup>176</sup> et, pour cette raison, porte directement atteinte à la souveraineté fiscale des États. S'il arrive qu'un État accepte d'entrer en procédure arbitrale fiscale sur une base *ad hoc*, cela n'en reste pas moins extrêmement rare<sup>177</sup>. Les arbitrages fiscaux découlent en effet principalement de traités bilatéraux d'investissement (BIT pour *Bilateral Investment Treaty*) ou d'accords de libre-échange.

L'on dénombre aujourd'hui environ 3'000 BITs<sup>178</sup>. Ce type d'instrument contient notamment des clauses de « traitement juste et équitable, [de] garantie de protection et de sécurité, [d'] interdiction des discriminations, [de] restrictions à la mise en œuvre des expropriations et [de] garanties de compensation »<sup>179</sup>. En 1969, l'Italie et le Tchad conclurent pour la première fois un BIT comportant une clause d'arbitrage<sup>180</sup>. Cette pratique devait rapidement devenir la norme<sup>181</sup>. Toutes ces règles ont pour but de protéger l'investisseur du pouvoir fiscal étatique, lequel peut être utilisé à des fins discriminatoires, contraires à la bonne foi, allant jusqu'à l'expropriation<sup>182</sup>. Une fois de plus, il convient d'exposer rapidement le contexte économique et social de l'époque pour comprendre la portée des clauses d'arbitrage des BITs.

Le développement de ces traités intervint alors que les intérêts commerciaux commençaient enfin à prévaloir sur les intérêts militaires<sup>183</sup>. La fin de la Guerre froide<sup>184</sup> et du monde bipolaire qu'elle avait créé ainsi que les récents rapports des institutions financières internationales offraient un climat

---

<sup>171</sup> JESTIN, p. 78.

<sup>172</sup> HANOTIAU, N 263.

<sup>173</sup> PARK, N 10-6.

<sup>174</sup> HANOTIAU, N 270.

<sup>175</sup> GILDEMEISTER, N 106.

<sup>176</sup> PARK, N 10-12.

<sup>177</sup> *Idem*, N 10-11.

<sup>178</sup> DLOZER/SCHREUER, p. 76.

<sup>179</sup> GILDEMEISTER, XXVIII, p. 19 ; v. aussi DOLZER/SCHREUER, p. 76.

<sup>180</sup> DOLZER/SCHREUER, p. 71.

<sup>181</sup> GILDEMEISTER, XXIX, p. 19.

<sup>182</sup> PARK, N 10-12.

<sup>183</sup> GILDEMEISTER, XXXII, p. 21.

<sup>184</sup> DOLZER/SCHREUER, p. 70.

propice au commerce international et aux investissements étrangers. Les organisations internationales, à l'image de la Banque mondiale, avaient en effet adopté une position pro-investissements étrangers, y voyant un outil extrêmement efficace pour favoriser le développement et lutter contre la pauvreté<sup>185</sup>.

Or pour attirer des investisseurs étrangers, les pays en développement se devaient de leur assurer une protection plus efficace que celle, trop faible, prévue par le droit coutumier international. C'est ainsi que stabilité et prévisibilité furent apportées aux investisseurs<sup>186</sup> par les clauses énoncées ci-dessus. Quant aux pays développés, les BITs leur permirent de protéger leurs ressortissants investisseurs<sup>187</sup>.

L'arbitrage permit par ailleurs de dépolitiser les litiges issus des investissements internationaux<sup>188</sup>. Là où l'État de l'investisseur devait auparavant exercer sa protection diplomatique pour attirer, à la demande de son ressortissant, l'État hôte, l'arbitrage offre à l'investisseur lui-même d'agir contre l'État hôte. Le différend prend alors une tournure « judiciaire » opposant l'État à l'investisseur et évite une confrontation directe entre l'État hôte et l'État de l'investisseur, généralement puissant et capable d'exercer des pressions difficilement soutenables pour un pays en développement<sup>189</sup>.

Enfin, le Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements (ICSID pour *International Center for Settlement of Investment Disputes*), créé en 1966 sur la base de la Convention de Washington du 18 mars 1965, offrait un cadre tant technique et administratif<sup>190</sup> que procédural<sup>191</sup> (de par la Convention de Washington) à l'arbitrage des investissements. Avec une société internationale rêvant de renforcer la coopération économique et les flux internationaux de capitaux<sup>192</sup>, toutes les conditions étaient réunies pour que la fiscalité se soumette à l'arbitrage dans les investissements internationaux.

A la question de savoir si l'arbitrage fiscal désétatise la fiscalité, la réponse paraît simple : si un tribunal arbitral est compétent, l'État renonce à la fois à son pouvoir fiscal et à son pouvoir juridictionnel<sup>193</sup>. Encore convient-il de déterminer dans quelle mesure les clauses de règlement de litiges permettent aux tribunaux arbitraux de statuer sur des questions fiscales. L'on distingue habituellement trois types de clauses (étroite, large et énumérative)<sup>194</sup>.

Les clauses « étroites » ouvriront les portes de l'arbitrage en cas de violation du traité (*treaty claim*), sous peine d'irrecevabilité<sup>195</sup>. La jurisprudence a généralement retenu que le traité est susceptible d'être violé « lorsque l'État sort de son rôle de simple cocontractant pour prendre le rôle spécifique de puissance publique »<sup>196</sup>. Or, « lorsqu'un engagement contractuel concerne l'exercice de prérogatives de puissance publique [(comme la fiscalité)], une violation de cet engagement est nécessairement entreprise par des moyens de puissance publique »<sup>197</sup>. Ainsi, toute violation d'une garantie en matière

---

<sup>185</sup> DOLZER/SCHREUER, p. 70.

<sup>186</sup> *Idem*, p. 83.

<sup>187</sup> *Idem*, p. 71.

<sup>188</sup> *Idem*, p. 73.

<sup>189</sup> *Idem*, p. 83s.

<sup>190</sup> GILDEMEISTER, XXX, p. 20.

<sup>191</sup> DOLZER/SCHREUER, p. 75.

<sup>192</sup> PARK, N 10-29.

<sup>193</sup> GILDEMEISTER, N 409.

<sup>194</sup> *Idem*, N 287.

<sup>195</sup> *Idem*, N 288 et référence citée.

<sup>196</sup> *Idem*, N 297 ; v. notamment *Consortium R.F.C.C c. Maroc* (ICSID ARB/00/06, sentence du 22 décembre 2003), n°58 et 65 ; *Joy Mining c. Egypte* (ICSID ARB/03/11, sentence sur la compétence du 6 août 2004), n°72 et 82 ; *Biwater Gauff (Tanzania) c. Tanzanie* (ICSID ARB/05/22, sentence du 24 juillet 2008), n°458-460.

<sup>197</sup> GILDEMEISTER, N 299 ; *Azurix c. Argentine* (ICSID ARB/01/12, sentence du 14 juillet 2006), n°53.

fiscale par l'État hôte, même s'il s'agit d'une question incidente<sup>198</sup>, constitue une mesure de puissance publique et de ce fait une violation du traité d'investissement. Par conséquent, le litige, fiscal, sera résolu par un arbitrage<sup>199</sup>.

Une clause « large », elle, visera tout différend relatif aux investissements. Deux approches s'opposent quant à l'interprétation de ce type de clause. Pour l'approche littérale, « *it is sufficient that the dispute relate to an investment made under the BIT* »<sup>200</sup> ; une violation du traité lui-même n'est donc pas nécessaire. Quant à l'approche restrictive, elle est par définition plus restrictive mais se contente de démontrer à quel point l'approche littérale est trop extrême. GILDEMEISTER propose une troisième approche, médiane, « [consistant] à restreindre [l'arbitrage] aux obligations liées à la relation particulière entre État d'accueil et investisseur »<sup>201</sup>. Suivant cette distinction, un litige fiscal purement interne ne pourrait être tranché par le tribunal arbitral, tandis qu'un différend émanant « d'une garantie fiscale accordée afin de promouvoir l'investissement »<sup>202</sup> le pourrait.

Enfin, une clause « énumérative » permettra de soulever des griefs préalablement définis, allant de la violation de dispositions du BIT à la violation d'accords ou autorisations d'investissement<sup>203</sup>. Toute question fiscale touchant à ces droits protégés sera dès lors du ressort du tribunal arbitral.

En définitive, les clauses de règlement de litiges des BITs permettent bel et bien aux arbitres de trancher des litiges fiscaux. L'État pourrait alors être tenté d'invoquer sa souveraineté fiscale et ainsi se soustraire à l'arbitrage. Mais tant l'Institut de Droit international<sup>204</sup> que diverses sentences arbitrales<sup>205</sup> ont confirmé que le principe *pacta sunt servanda* s'appliquait également aux États et qu'il ne leur était loisible de dénier la compétence d'un tribunal arbitral pour des motifs déduits de leur souveraineté étatique<sup>206</sup>. Par conséquent, en droit international des investissements, l'arbitre peut se faire juge de l'impôt et priver l'État de sa recette fiscale. L'État n'y est plus fiscalement souverain.

### iii. Arbitrage fiscal et double imposition

La troisième catégorie d'arbitrages fiscaux a trait à la double imposition. La percée de l'arbitrage dans le domaine fiscal trouve sa source dans les procédures amiables (MAP pour *Mutual Agreement Procedure*). Notre analyse reposera sur trois piliers : le Modèle OCDE, le MLI et les travaux de l'Union européenne (UE), en particulier la Directive concernant les mécanismes de règlement des différends fiscaux dans l'Union européenne (ci-après : la Directive sur le règlement des différends)<sup>207</sup>.

---

<sup>198</sup> GILDEMEISTER, N 337.

<sup>199</sup> *Idem*, N 300.

<sup>200</sup> *Compañia de Aguas del aconquija SA et Vivendi Universal c. Argentine* (ICSID ARB/97/3, décision sur la demande en annulation du 3 juillet 2002), décision du Comité *ad hoc*, n°55 ; v. aussi *SGS Société Générale de Surveillance S.a. c. Philippines* (ICSID ARB/02/6, décision sur la compétence du 29 janvier 2004), n°130-135 ; *Siemens AG c. Argentine* (ICSID ARB/02/8, sentence du 6 février 2007), n°205.

<sup>201</sup> GILDEMEISTER, N 329 ; v. aussi *Amco Asia Corp., Pan American Développement Ltd. et P.T. Amco Indonesia (AMCO) c. Indonésie* (ICSID ARB/81/1, « *resubmitted case* », décision sur la compétence du 10 mai 1988), n°125.

<sup>202</sup> GILDEMEISTER, N 329.

<sup>203</sup> *Idem*, N 290.

<sup>204</sup> Institut de Droit International, Résolution.

<sup>205</sup> *Kaiser Bauxite CO c. Jamaïque* (ICSID ARB/74/3, décision sur la compétence du 6 juillet 1975), n°21-24 ; *Alcoa Minerals of Jamaica Inc. c. Jamaïque* (ICSID ARB/74/2, décision sur la compétence du 6 juillet 1975) ; *Reynolds Jamaica Mines Ltd., Reynolds Metal Co. c. Jamaïque* (ICSID ARB/74/4, décision sur la compétence du 6 juillet 1975 inédite).

<sup>206</sup> Institut de Droit International, Résolution, art. 9.

<sup>207</sup> Directive (UE) 2017/1852 du Conseil du 10 octobre 2017 concernant les mécanismes de règlement des différends fiscaux dans l'Union européenne (ci-après : la Directive sur le règlement des différends).

### *Modèle de convention fiscale concernant le revenu et la fortune OCDE*

Le Modèle OCDE prévoit à son art. 25 une procédure amiable : un contribuable estimant qu'une décision d'un État partie viole la CDI peut ainsi s'adresser à l'autorité compétente de cet État, lequel devra tenter de trouver une solution avec l'autorité compétente de l'autre État. Ce n'est que si cette procédure échoue qu'un arbitrage fiscal pourra être demandé par le contribuable. L'on remarquera que l'art. 25 a essentiellement trait à la procédure amiable, soit la collaboration des deux États impliqués, et que seul son cinquième et dernier paragraphe traite de l'arbitrage<sup>208</sup>. En outre, le règlement des modalités d'application de ce paragraphe est laissé aux États parties<sup>209</sup>. En pratique, cette clause a certes été régulièrement adoptée, mais son contenu diffère (significativement) entre chaque CDI<sup>210</sup>.

### *Instrument multilatéral*

Le MLI adopte une approche beaucoup plus détaillée, qui nous conforte dans une vision de désétatisation de la fiscalité. Certes, les dispositions sur l'arbitrage qu'il contient sont facultatives<sup>211</sup> et certaines semblent être un retour en arrière<sup>212</sup> par rapport aux recommandations de l'OCDE en matière d'arbitrage<sup>213</sup>. Il faut cependant garder à l'esprit que le MLI est une convention internationale qui lie les États qui l'ont ratifiée. L'objectif du MLI, rappelons-le, est de rendre conforme aux standards minimaux du Projet BEPS les quelques 3'000 CDI qui existent dans le monde. Chaque CDI couverte et incorporant les dispositions sur l'arbitrage élargit un petit peu plus le champ de l'arbitrage, ce qui ne peut être vu comme un retour en arrière. Le MLI ne va pas modifier « vers le bas » (rendre moins « *arbitration-friendly* ») les CDI qui ont déjà adopté de hauts standards en la matière, il ne va que tirer vers le haut celles qui seront couvertes et, pour l'heure, dépourvues de clause compromissoire.

C'est ainsi que les art. 18 à 26 MLI prévoient que le recours à l'arbitrage est possible si la procédure amiable échoue après deux ans<sup>214</sup>. Cette limite peut être étendue si les autorités compétentes se mettent d'accord et qu'elles le notifient au contribuable<sup>215</sup>. L'art. 20 prévoit des règles précises quant à la composition et constitution du panel arbitral (chaque État nomme un arbitre et les deux arbitres nomment un président – l'on notera l'absence de représentant du contribuable<sup>216</sup>). L'art. 19 para. 4 précise que la sentence arbitrale est finale et contraignante sauf dans trois situations<sup>217</sup>, que nous ne détaillerons pas ici. En revanche, et c'est ici principalement que le MLI est moins ambitieux que le Modèle OCDE et son commentaire, les États peuvent refuser la décision des arbitres si, dans les trois mois suivant la sentence, ils se mettent d'accord sur une autre solution<sup>218</sup>. Il est vrai que cette disposition est malheureuse pour l'arbitrage fiscal<sup>219</sup> et ménage très (trop ?) fortement la souveraineté fiscale des États. Mais une fois encore, rappelons que la mission du MLI est de rassembler un maximum d'États et de couvrir le plus de CDI possible, ce qui n'est aujourd'hui faisable qu'en laissant suffisamment de flexibilité aux États.

---

<sup>208</sup> Modèle OCDE, art. 25 para. 5.

<sup>209</sup> v. cependant OCDE, Version abrégée – Modèle OCDE, N 63ss *ad* art. 25.

<sup>210</sup> PARK, p. 199s.

<sup>211</sup> Art. 18 MLI.

<sup>212</sup> OBERSON, *International Tax Dispute Resolution*, p. 217.

<sup>213</sup> OCDE, Version abrégée – Modèle OCDE.

<sup>214</sup> Art. 19 MLI.

<sup>215</sup> Art. 19 para. 1 let. b MLI.

<sup>216</sup> PARK, p. 204.

<sup>217</sup> Art. 19 para. 4 let. b MLI.

<sup>218</sup> Art. 24 para. 2 MLI.

<sup>219</sup> OBERSON, *International Tax Dispute Resolution*, p. 218.

Enfin, la forme d'arbitrage qui a été choisie dans le MLI est celle de l'« offre finale » (« *baseball arbitration* »)<sup>220</sup>. Très schématiquement, cette forme d'arbitrage veut que chaque État propose une solution, le tribunal choisissant ensuite l'une des deux soumissions. La sentence arbitrale n'est pas motivée et ne peut servir de précédent, l'objectif principal de l'arbitrage étant « de simplifier la résolution des différends entre les autorités compétentes »<sup>221</sup>. L'art. 23 para. 2 MLI prévoit toutefois la possibilité pour les États d'opter pour la méthode de l'« opinion indépendante », laquelle permet aux arbitres de parvenir par eux-mêmes à une solution et de la motiver, conformément à ce qui est aujourd'hui favorisé dans le Modèle OCDE<sup>222</sup>.

A bien des égards, l'approche du législateur, dans cette VIème partie du MLI consacrée à l'arbitrage, semble étonnante. Facultative, très ouverte, parfois même contraire à ce que l'OCDE préconise, elle démontre en réalité parfaitement le malaise des États à consentir à l'arbitrage fiscal. Ce dernier met en effet définitivement fin à leur souveraineté fiscale, ce qu'ils ne semblent pas encore prêts à accepter. Et pourtant, la VIème partie du MLI est également la seule à « [porter] à la fois sur le contenu de [ses] dispositions et sur [son] application pratique [...] aux Conventions fiscales couvertes »<sup>223</sup>, le sous-groupe sur l'arbitrage ayant en effet « *expressly included the development of the substantive content of mandatory binding arbitration provisions* »<sup>224</sup>. En cela, elle est en fait encore plus intrusive et ambitieuse que le reste de l'instrument.

Comment se fait-il alors que l'OCDE ait réussi à intégrer à cette convention révolutionnaire les prémises d'un système mondial d'arbitrage fiscal ? La réponse probable est à chercher dans les fondements de l'action 14 du Projet BEPS, laquelle a trait au règlement des différends. Le Rapport final de l'action 14<sup>225</sup> est très instructif à ce propos. Nous noterons tout d'abord qu'une fois de plus, dans ce rapport de plus de 40 pages, seuls deux paragraphes sont dédiés à l'arbitrage (N 62 et 63), qui est décrit comme un « mécanisme garantissant que les différends relatifs aux conventions seront résolus dans un délai déterminé »<sup>226</sup>. Cet objectif est à inclure dans le but plus général du MAP : éviter que la mise en place des mesures du Projet BEPS ne devienne « source d'incertitude [ou] de situations de double imposition involontaires »<sup>227</sup>. Le second point qui retiendra notre attention est que l'initiative d'introduire l'arbitrage dans le MAP vient de pays occidentaux, riches et développés. Ce sont en effet l'Allemagne, l'Australie, l'Autriche, la Belgique, le Canada, l'Espagne, les USA, la France, l'Irlande, l'Italie, le Japon, le Luxembourg, la Norvège, la Nouvelle-Zélande, les Pays-Bas, la Pologne, le Royaume-Uni, la Slovénie, la Suède et la Suisse qui « ont pris l'engagement de prévoir une procédure d'arbitrage obligatoire et contraignante dans les [CDI] »<sup>228</sup>, entraînant par la même occasion les autres États à adopter un MLI incluant l'arbitrage<sup>229</sup>. Ces pays puissants étaient par ailleurs partie « à plus de 90 % des cas de procédure amiable recensés à la fin de l'année 2013 »<sup>230</sup>.

---

<sup>220</sup> Art. 23 para. 1 MLI.

<sup>221</sup> OCDE, Note explicative MLI, N 244.

<sup>222</sup> OBERSON, *International Tax Dispute Resolution*, p. 220.

<sup>223</sup> OCDE, Note explicative MLI, N 19.

<sup>224</sup> KLEIST, 2.7.6 ; OCDE, Note explicative MLI, N 9.

<sup>225</sup> OCDE, Rapport final Action 14.

<sup>226</sup> *Idem*, p. 10.

<sup>227</sup> *Idem*, p. 9.

<sup>228</sup> *Idem*, p. 10 et N 62.

<sup>229</sup> *Idem*, N 63.

<sup>230</sup> *Idem* N 62 et référence citée.

### *Union européenne*

Au sein de l'UE, ces motifs de célérité<sup>231</sup>, de sécurité juridique<sup>232</sup> et de protection contre la double imposition involontaire<sup>233</sup> furent également les raisons justifiant l'adoption de la Directive sur le règlement des différends. Dans une plus large mesure, les « distorsions et [inefficacités] économiques [ainsi que l']incidence négative sur les investissements transfrontières et la croissance »<sup>234</sup> découlant de l'interprétation variable par les États membres de leurs CDI devaient être combattues. Or il était impératif d'adopter des mesures qui permettaient de garantir au contribuable un accès à la procédure ainsi que sa conclusion effective<sup>235</sup>.

L'UE disposait certes déjà d'une Convention dite d'arbitrage<sup>236</sup>, liant tous les États membres, mais celle-ci avait été adoptée en 1990 et manquait singulièrement d'ambition, se limitant aux cas de prix de transfert (*transfer pricing*) et ne prenant « que » la forme d'une convention et non pas d'une directive<sup>237</sup>. Par ailleurs, l'art. 12 de la Convention d'arbitrage prévoit que la décision du tribunal arbitral n'est pas contraignante pour les autorités si elles parviennent à trouver un autre accord, procédure qui n'est pas sans rappeler le MLI. La condition d'un échec d'une procédure amiable de deux ans préalablement l'arbitrage (art. 7) de même qu'une très grande flexibilité (essentiellement par des termes non définis<sup>238</sup>) sont autant d'autres similitudes avec le compromis du MLI.

C'est précisément pour élargir le champ d'application de l'arbitrage, consolider le MAP (notamment en fixant des limites plus strictes aux durées des procédures)<sup>239</sup> et permettre une interprétation uniforme des mécanismes de règlement des différends fiscaux par le biais de la Cour de Justice de l'UE que l'UE se décida, en 2017, à renforcer son arsenal de MAP avec la Directive sur le règlement des différends. Selon nous, il n'est pas à exclure et paraît même probable que le règlement des différends fiscaux internationaux suive le même chemin : le MLI n'est qu'une première étape et un nouvel instrument, plus large, strict et complet pourrait rapidement venir le renforcer. Et qui sait, une cour fiscale internationale<sup>240</sup> uniformisera peut-être, un jour, l'interprétation des mécanismes de résolution des différends fiscaux, ou, plus hypothétiquement encore, viendra-t-elle contrôler des arbitrages fiscaux opposant directement contribuables et États<sup>241</sup>.

Nous l'avons donc vu : la fiscalité est en voie de désétatisation. Le MLI en particulier est un outil extrêmement novateur, qui est parvenu à ravir à l'État ses traditionnels pouvoirs législatifs et exécutifs. Couplé à l'arme redoutable que représente l'arbitrage, il est en voie de le priver également de son pouvoir judiciaire. Privé de ce traditionnel triptyque, l'État perd sa souveraineté fiscale. Si le phénomène semble pour l'heure essentiellement cantonné à la fiscalité internationale, nous sommes

---

<sup>231</sup> Directive sur le règlement des différends, N 3.

<sup>232</sup> *Idem*, N 5.

<sup>233</sup> *Idem*, N 1.

<sup>234</sup> *Ibidem*.

<sup>235</sup> Directive sur le règlement des différends, N 3.

<sup>236</sup> Convention du 23 juillet 1990 relative à l'élimination des doubles impositions en cas de correction des bénéficiaires d'entreprises associées (90/436/CEE) (ci-après : la Convention d'arbitrage).

<sup>237</sup> OBERSON, *International Tax Dispute Resolution*, p. 221, qui explique que c'est pour protéger leur souveraineté fiscale que les États membres préférèrent cette forme, laquelle empêche la Cour de Justice de l'UE d'interpréter le traité.

<sup>238</sup> Cf. l'art. 3 para. 2 de la Convention d'arbitrage qui renvoie aux définitions de chaque CDI.

<sup>239</sup> Directive sur le règlement des différends, N 7.

<sup>240</sup> v. OBERSON, *International Tax Dispute Resolution* p. 231.

<sup>241</sup> ISMER/PIOTROWSKI, p. 354, lesquels pointent que l'arbitrage fiscal actuel proposé dans les MAP « [does not] replace domestic court structures regarding the tax law relationship between the taxpayer and the respective state ».

d'avis que la tendance actuelle à une forte globalisation et les travaux en cours de l'OCDE ne tarderont pas à pénétrer la fiscalité purement interne des États<sup>242</sup>, à l'image de ce qui a été réalisé aux USA.

### **3. Des raisons de la désétatisation de la fiscalité**

Les raisons à cette désétatisation de la fiscalité risquent de paraître bien terre à terre par rapport à la complexité et au raffinement des outils que nous avons analysés et expliqués ci-dessus. Nous osons toutefois espérer que ces quelques explications ont permis au lecteur de se rendre compte à quel point la fiscalité est un domaine passionnant, aujourd'hui en pleine mutation. Le phénomène de globalisation que nous vivons depuis quelques décennies se révèle puissamment impacter un attribut de l'État qui, il y a peu, semblait intangible.

#### a. Globalisation et Conventions contre la double imposition

L'ère de la désétatisation de la fiscalité commence au lendemain de la première Guerre mondiale, alors que le développement des relations internationales pose des problèmes de double imposition, qui, en l'absence de mesures par les États, ne peuvent être contournés que par l'évasion fiscale<sup>243</sup>. C'est ensuite dans un but de coopération économique et d'interprétation commune des CDI que l'OECE, puis l'OCDE, proposent un modèle de CDI. Enfin, avec la crise économique globale de 2008-2009, la nécessité d'« établir une régulation cohérente en matière financière sur le plan international »<sup>244</sup> précipite définitivement tous les États vers une internationalisation de la fiscalité.

Cette internationalisation de la fiscalité coïncide avec une érosion générale de la souveraineté étatique qui trouve sa source dans la globalisation. La chute de l'Union soviétique, l'avènement d'internet et du secteur de la communication et la mise en place de traités de libre échange (UE, AELE, NAFTA,...)<sup>245</sup>, pour ne citer qu'eux, profitent aux échanges internationaux et mettent à mal la souveraineté absolue et la forme éternelle de l'État, qui se révèle n'être qu'un « dieu mortel »<sup>246</sup>. Or la globalisation ne touche pas que l'économie et la société : elle affecte également le droit. La globalisation transforme le processus d'élaboration du droit, qui « [dépassé désormais] le cadre étatique »<sup>247</sup>.

Ces quelques lignes nous permettent de dégager les premières raisons de la désétatisation de la fiscalité : le développement des relations internationales (notamment des échanges commerciaux), la lutte contre l'évasion fiscale et la modification du statut absolu de l'État. Si ce dernier point est en réalité plus une force contraignante qu'une incitation, l'on retiendra une incitation de Justice pour le combat contre l'évasion fiscale et une incitation de développement pour les relations internationales. L'incitation financière accompagne par ailleurs ces deux phénomènes.

#### b. Instrument multilatéral

Pour ce qui est du MLI, rappelons qu'il est issu du Projet BEPS, lequel vise à combattre l'érosion de la base d'imposition, l'optimisation fiscale à outrance et l'évasion fiscale. Nous retiendrons donc tout d'abord une incitation financière et une incitation de Justice. En outre, le but du MLI, soit une rapide mise en conformité des CDI avec le Modèle OCDE et les standards internationaux du Projet BEPS, nous commande de distinguer une troisième incitation : l'efficacité. Enfin, nous noterons le plébiscite du MLI, ce qui nous porte à croire que l'influence internationale de certaines grandes puissances a incité une adoption si massive.

---

<sup>242</sup> JESTIN, p. 75.

<sup>243</sup> Committee of Technical experts – Double Taxation and Tax Evasion, p. 9.

<sup>244</sup> MOLO, p. 53.

<sup>245</sup> *Idem*, p. 29s.

<sup>246</sup> HOBBS, p. 288.

<sup>247</sup> MOLO, p. 35 et références citées.

### c. Arbitrage fiscal

N'oublions pas que la VIème partie du MLI, réservée à l'arbitrage, est quelque peu particulière. Trouvant sa source dans l'action 14 du Projet BEPS, elle découle essentiellement de la volonté des États occidentaux d'inclure l'arbitrage dans le MAP. C'est donc, pour les États qui ont suivi ce souhait, l'incitation d'influence internationale qui se dévoile ici. Par ailleurs, si les États développés ont tant insisté pour une adoption large de l'arbitrage c'est, d'une part, en raison de la fixation de délais déterminés et de la disparition de sources d'incertitudes qu'apportent l'arbitrage fiscal et, d'autre part, pour éviter les cas de double imposition involontaire. Il s'agit donc des incitations d'efficacité et de sécurité juridique d'une part, de Justice d'autre part.

Nous avons également vu que l'UE avait adopté différents instruments poursuivant eux aussi des buts d'efficacité, de sécurité juridique et de Justice, auxquels s'ajoute le combat contre l'incidence négative sur la croissance d'une absence d'interprétation stable des CDI. Nous retrouvons ici l'incitation de développement.

L'introduction de l'arbitrage dans les techniques de règlement des différends résultant d'investissements à l'étranger répondait au besoin de protection plus efficace pour les investisseurs, soit l'incitation de sécurité juridique. Consentir à introduire des clauses d'arbitrage dans les BITs offrait ainsi des perspectives d'importants investissements dans des pays moins développés. Nous retrouvons donc l'incitation de développement, l'incitation financière et celle d'attractivité internationale. En outre, nous avons vu que la Convention de Washington et la création de l'ICSID (et son cadre technique, administratif et procédural) ont contribué à créer un climat favorable à l'arbitrage, ce qui correspond à l'incitation d'influence internationale. Enfin, et pour la première fois dans notre analyse, l'incitation de la paix, au travers de la dépolitisation des litiges issus des investissements, fait partie des raisons de la désétatisation de la fiscalité.

Nous nous sommes jusqu'ici intéressés à l'aspect international de la fiscalité puisque, comme nous l'avons remarqué, c'est lui qui est logiquement le plus impacté par la désétatisation de la fiscalité. Nous avons cependant brièvement évoqué la procédure d'arbitrage interne adoptée aux USA. Celle-ci poursuivait essentiellement des buts d'efficacité pour l'IRS et d'accessibilité pour le contribuable, soit les incitations d'efficacité et de Justice. Ce sont donc peut-être ces deux « quêtes » qui pourraient populariser l'arbitrage interne en matière fiscale. Un tel dénouement nous permettrait d'affirmer, sans réserve, que la fiscalité est désétatisée.

### d. Synthèse

Cette rapide analyse du contexte récent et actuel et de la tendance à la désétatisation de la fiscalité a une fois de plus été fort peu digeste et nous nous en excusons auprès du lecteur. Toutefois, elle nous a permis de dégager 8 incitations différentes. Les deux incitations rencontrées le plus fréquemment sont l'incitation de Justice et l'incitation d'efficacité, suivies de près par les incitations financière, de développement, d'influence internationale et de sécurité juridique.

L'incitation de Justice doit être vue comme une incitation large à rendre plus juste le système juridique, tant en combattant la « triche » qu'en favorisant le traitement « humain » des acteurs, leur octroyant par exemple un droit de réagir à une décision étatique.

L'incitation d'efficacité nécessite peu de précisions ; elle incarne la quête de la simplification et de l'efficacité.

## IV. Conclusion

Notre recherche touche à sa fin. Cette ultime partie nous permettra tout d'abord de comparer les résultats obtenus lors de l'analyse du trust et de la fiscalité et d'en exposer les conclusions auxquelles nous sommes arrivés. Nous profiterons enfin des dernières lignes pour partager quelques réflexions personnelles, ouvrant la voie à d'éventuels travaux futurs.

Avant même de présenter les résultats de cette recherche, nous souhaitons faire quelques remarques générales. Rappelons tout d'abord que le but de ce travail est de parvenir à expliquer ce qui pousse les États à étatiser, respectivement désétatiser le droit. Pour ce faire, nous avons adopté une approche personnelle, en analysant spécifiquement deux domaines du droit. C'est à dessein que nous ne nous sommes pas inspirés, nourris des écrits d'auteurs s'étant déjà penchés sur la question ; nous souhaitons parvenir à nos propres conclusions en empruntant un chemin original. Hélas, un premier défaut à notre entreprise nous est apparu lors de l'analyse de la fiscalité : tant le trust que la fiscalité sont des domaines ayant trait à l'économie. Les résultats exposés ci-dessous sont donc susceptibles d'être biaisés par la nature économique des sujets examinés.

Quant à la comparaison des résultats obtenus, rappelons que trois incitations se sont démarquées pour l'étatisation du droit et deux pour la désétatisation : les incitations financière, d'attractivité internationale et de sécurité juridique d'une part, l'incitation de Justice et celle d'efficacité d'autre part. Les incitations financière et d'attractivité internationale peuvent être vue comme égoïstes : elles concernent étroitement l'État et ses propres besoins, son propre intérêt. Les incitations de sécurité juridique et de Justice, elles, semblent de nature assez proche et tendent à être essentiellement favorables aux acteurs infra-étatiques, et non directement à l'État. L'incitation d'efficacité adopte un statut hybride, favorisant tant l'équilibre et l'efficacité étatique que la condition du citoyen, des étrangers et des personnes morales.

De cette première comparaison, nous comprenons donc que dans le cadre de la désétatisation du droit, l'État passe lui-même au second plan et agit, a priori, plus dans l'intérêt de ses citoyens et de la société civile que pour lui. A l'inverse, lors de l'étatisation du droit, l'État semble plus focalisé sur ses propres intérêts et l'incitation de sécurité juridique elle-même peut se révéler « égoïste » : elle empêche le chaos et l'anarchie, ennemis de l'État. Ces conclusions paraissent logiques et tendent à montrer un processus de maturité de l'État : après s'être accaparé certains domaines et assuré une existence « paisible », notamment par des revenus suffisants et une aura internationale (incitations financière et d'attractivité internationale), l'État se tourne vers les « autres » : les acteurs infra-étatiques.

La désétatisation du droit indiquerait donc une maturité suffisante, proche de l'altruisme, déclenchant chez l'État un dessein d'améliorer la situation des autres et de ne plus se focaliser sur lui. Mais l'État n'est-il pas capable d'assumer lui-même cette tâche ? Qui le peut alors, ceux qui reprennent les pouvoirs au sein du droit désétatisé ? L'arbitre fiscal international serait-il un philanthrope ? Sans aucun jugement de valeur de notre part, cette idée est certes intéressante mais s'accorde difficilement avec la réalité factuelle. Selon nous, si c'est ce but que poursuit l'État en désétatisant, il s'agit d'une utopie. Nous pensons que l'État est bien mieux armé et proche de la société pour parvenir à cet idéal pour la simple et bonne raison qu'améliorer la condition de quelqu'un signifie chercher à augmenter son bien-être. Or le bien-être est subjectif. Si le généraliser au sein d'une portion de territoire, d'une population et même d'une ethnie est déjà difficile et suppose de sacrifier l'opinion de certains, une définition globale, mondiale, supposerait un sacrifice d'autant plus large. Qui choisirait alors cette définition ? L'OCDE et les arbitres fiscaux pour ce qui est de la fiscalité ? Ne s'agirait-il pas ici d'une forme de néocolonialisme ?

En résumé donc, l'État étatisé le droit pour s'affirmer et le désétatise pour optimiser le bien-être général, ce qu'il n'est pas capable de faire lui-même. Si la raison poussant l'État à adopter le droit nous semble plausible, le lecteur aura compris que nous ne sommes pas un fervent partisan de la seconde, ou plutôt de la solution adoptée par les États pour parvenir au bien-être général.

Ces premières conclusions ont été tirées de notre interprétation des incitations principales dégagées au cours de cette recherche. Nous tomberions toutefois dans le même danger d'hyper-généralisation que nous décriions ci-dessus en ne nous intéressant qu'aux incitations « majoritaires ». Or, notamment pour ce qui est de la désétatisation du droit, nous nous souviendrons que quatre autres incitations talonnaient les deux principales : les incitations financière, de développement, d'influence internationale et de sécurité juridique. C'est ici que l'analyse se complexifie et devient passionnante : le lecteur remarquera que ces incitations « secondaires » sont communes aux raisons de l'étatisation du droit. Cela permet de suggérer que les processus d'étatisation et de désétatisation du droit suivent une même logique. Deux interprétations s'offrent alors à nous :

La première, « optimiste », veut que l'État ait atteint ses limites dans la fiscalité, après l'avoir étatisée. La désétatisation lui permettrait alors de « passer le flambeau » à une entité qui lui est supérieure dans l'ordre juridique international. Il serait ici question d'une entité supranationale globale, à laquelle tous les États se soumettraient, de la même manière que le citoyen se soumet à l'État national. L'État est « dépassé » et désétatise pour offrir ses pouvoirs à une entité plus à même de remplir ses fonctions.

Parallèlement, l'on ne peut dire que l'étatisation du droit a eu des conséquences globalement négatives et, au contraire, elle semble incarner le progrès. La désétatisation du droit, qui correspondrait à son internationalisation, pourrait prendre le même chemin et donc viser ici encore le progrès. Les incitations de Justice et d'efficacité seraient alors sincères dans le cadre de la désétatisation du droit. L'incitation de sécurité juridique ne viendrait que les renforcer : l'État agirait dans l'intérêt général.

Si tel devait être le cas, tant dans l'étatisation que dans la désétatisation du droit, les incitations « économiques » seraient au service du progrès. Schématiquement, le progrès serait le but poursuivi par l'État, lequel nationaliserait, puis, à partir d'un certain palier, internationaliserait le droit pour qu'il s'adapte au mieux à l'intérêt général, quitte à sacrifier sa toute-puissance.

La seconde interprétation, « pessimiste », veut que l'État agisse égoïstement et cherche avant tout son propre intérêt, sans se soucier du bien-être général. Nous souhaiterions ici rappeler le début de l'étatisation du trust par le *Statute of uses* de 1535. Notre analyse nous avait permis de démontrer que sous prétexte d'apporter publicité et sécurité à ses sujets (sécurité juridique), Henri VIII avait en réalité trouvé le moyen de remplir ses caisses (incitation financière) et d'affirmer son pouvoir (incitation autoritaire)<sup>248</sup>. Si le schéma se répétait, cela signifierait-il que l'État fait usage d'incitations positives (sécurité juridique, Justice,...) dans le seul but de poursuivre ses propres intérêts ?

En analysant la désétatisation de la fiscalité, nous avons abordé trois thématiques différentes : les CDI, le MLI et l'arbitrage fiscal. Ceux-ci ont la particularité d'être assez étroitement liés à l'OCDE et à son Projet BEPS. L'OCDE a brandi l'urgence d'une interprétation uniforme des CDI et d'une implémentation rapide des actions du Projet BEPS pour que Justice et sécurité juridique règnent. Le cœur du Projet BEPS n'en demeure pas moins la lutte contre l'érosion de la base d'imposition et l'utilisation abusive de l'optimisation fiscale. L'on peut ici apercevoir le même schéma que celui du *Statute of uses* : c'est l'incitation financière qui pousse l'État à étatiser ou désétatiser, les incitations de justice et sécurité juridique ne font qu'office d'écrans de fumée. Quant aux arbitres fiscaux qui, probablement, militent en haut lieu pour une adoption sans réserve de l'arbitrage fiscal, ne peuvent-ils être assimilés aux

---

<sup>248</sup> Cf. *supra* III A 2 a, p. 14.

*lawyers* qui permirent à Henri VIII d'obtenir la majorité requise pour l'adoption du *Statute of uses* ? Nous retrouvons des pistes, des éléments qui laissent à penser que c'est à nouveau en se cachant derrière la sécurité juridique et un objectif plus large d'optimisation du bien-être que l'État cherche en réalité des capitaux. L'on dit souvent que l'histoire se répète, pourquoi la désétatisation de la fiscalité y ferait exception ? Et si étatisation ou désétatisation de la fiscalité n'étaient en réalité eux-mêmes que des prétextes pour encaisser, encore et toujours ? Et si notre définition de l'incitation financière était fautive et qu'il s'agissait d'un véritable appât du gain, comprenant également sa connotation négative ?

Laquelle, si l'une, de ces deux interprétations est correcte ? Notre positivisme et notre foi en l'humanité (bien qu'ébranlée ces derniers temps) nous poussent à croire que c'est bien l'interprétation positive qui l'emporte et que l'État est voué – par le contrat social<sup>249</sup> – à agir en faveur du bien-être général. De plus, si l'État agissait égoïstement, par pur appât du gain, que ferait-il une fois le droit désétatisé ? Le « ré-étatiserait »-il ? Assurément, les nouveaux dépositaires des trois pouvoirs ne se laisseraient pas retirer si facilement tant de puissance. Désétatiser ne serait donc bénéfique qu'à court terme et tout égoïste qu'il soit, l'État doit être rationnel. Néanmoins, une dernière inconnue subsiste dans notre équation : l'État en tant que tel n'est qu'une idée, qu'un concept, incarné par quelques individus plus ou moins démocratiquement élus. Or tous n'ont pas forcément uniquement l'intérêt de l'État en tête, ce qui pourrait expliquer que l'État agisse de manière irrationnelle en désétatisant le droit, ne poursuivant qu'un intérêt propre, égoïste. Nous sommes conscients que tout cela ressemble fortement à une grossière théorie du complot, raison pour laquelle, une fois encore et peut-être par pudeur, nous rejetons l'interprétation pessimiste exposée ci-dessus.

Nous aurions pu dissenter (élucubrer ?) encore longtemps à propos de l'interprétation des incitations dégagées tout au long de notre recherche. Il est toutefois temps de conclure. Nous avons énoncé trois théories quant aux raisons pour lesquelles l'État étatisé et désétatisé le droit :

En nous limitant aux incitations principales, nous avons tout d'abord proposé que l'État étatisé le droit pour s'affirmer puis, ayant atteint une certaine maturité, le désétatisé dans un but d'optimisation du bien-être général.

En élargissant notre spectre d'incitations utiles, nous sommes arrivés à deux interprétations différentes. La première, optimiste, veut qu'étatisation et désétatisation du droit remplissent un but de progrès, sa désétatisation intervenant à partir d'un certain seuil, au-delà duquel l'État, dépassé, cède sa souveraineté à une entité supérieure. La seconde, pessimiste, veut simplement que l'État utilise égoïstement l'étatisation et la désétatisation du droit comme moyen d'assouvissement de ses intérêts propres.

Comme annoncé au début de cette dernière partie, nous terminerons cette recherche par quelques remarques quant à l'expérience vécue en rédigeant ce Travail de Master. La première a trait à la différence de traitement que le lecteur aura peut-être remarquée entre la problématique d'étatisation et celle de désétatisation du droit. L'analyse du trust et de l'étatisation du droit nous a en effet semblé plus synthétique, tranchée, directe et objective, nécessitant moins d'arguments et d'explications. Cela s'explique selon nous par le fait qu'un examen prospectif est toujours plus aisé et sûr. Au contraire, notre analyse de la désétatisation du trust est plus subjective et se base sur un phénomène extrêmement actuel, dont certaines causes sont probablement encore insoupçonnées et la plupart des conséquences restent pour l'heure un mystère.

Néanmoins, et cela nous amène à la seconde remarque, le trust se retrouve, semble-t-il, confronté aujourd'hui au même phénomène de désétatisation. Nous l'avons rapidement mentionné plus

---

<sup>249</sup> ROUSSEAU, p. 182.

haut<sup>250</sup> : la lutte contre l'utilisation abusive des trusts se généralise et, de la même manière que l'OCDE a pris les rênes de la fiscalité, le GAFI est devenu le fer de lance de la réglementation du trust. La boucle est-elle bouclée ? Le trust est-il passé par l'étatisation et la désétatisation ? Si cette désétatisation s'avère effective, l'interprétation optimiste – seconde théorie quant aux raisons d'étatiser et désétatiser le droit – trouverait pleine application. Mais cela signifierait également que la législation de l'État n'est plus nécessaire, puisqu'elle est directement reprise d'un comité ou d'une organisation internationale. Il s'agit ici de remettre complètement en question le système juridique international actuel. Les États perdraient alors non seulement toute souveraineté mais également toute raison d'être et un ordre international « global » pourrait être achevé. Les organisations internationales prendraient le rôle des États, mais en tant que leader unique et international, tandis que les individus deviendraient sujets « internationaux » directs : sujets d'un ordre juridique international supplantant les ordres nationaux.

Cette vision très absolue, que nous avons déjà critiquée plus haut<sup>251</sup>, tend à être de plus en plus décriée. Cela transparaît notamment dans les récentes critiques des travaux actuels de l'OCDE : les Piliers I et II. Pour certains, ce programme va trop loin. Entrepris dans un souci d'uniformisation, il apporte une complexité inégalée et des inégalités de traitement difficilement justifiables<sup>252</sup>. Nous nous avouons très frustrés de ne pouvoir détailler plus avant cette problématique, mais les Piliers I et II ne sont encore qu'à l'état de projet et leur analyse mériterait une contribution qui leur serait entièrement dédiée ; ils sont, selon nous, une étape clef de la désétatisation générale du droit ou d'un possible retour en arrière.

C'est ici que s'achève notre exposé. Nous avons élaboré trois théories différentes quant aux raisons de l'étatisation, respectivement de la désétatisation du droit. Nous rejetons la dernière proposition, celle d'un État égoïste. Nous adhérons aux deux premières quant à leur finalité : l'optimisation du bien-être, le progrès. Telles seraient donc, selon nous, les raisons pour lesquelles l'État étatiser et désétatiser le droit. Mais ce but ne peut-il être atteint d'une autre manière ? La désétatisation du droit n'est-elle pas de trop ? Ne vaudrait-il pas mieux tout simplement accepter que le droit, jugé imparfait, est propre à chaque État et que c'est cela qui le rend parfait ?

---

<sup>250</sup> Cf. *supra* II A 3, p. 8.

<sup>251</sup> Cf. *supra* IV, p. 33.

<sup>252</sup> OBERSON, Conférence du 1<sup>er</sup> décembre 2020, Taxation des entreprises digitales, CAS Digital Finance Law, Centre de Droit bancaire et financier, <https://cdbf.ch/event/conference-taxation-des-entreprises-digitales/> ; DEVEREUX/BARES/CLIFFORD/FREEDMAN/GÜÇERİ/MCCARTHY/SIMMLER/VELLA, p. 2 ; GOTTLIEB/ALI.

## **Bibliographie**

ARDANT Gabriel, Histoire de l'impôt et histoire de l'État, *in* points de vue sur la fiscalité antique [VAN EFFENTERRE, édit.], Paris (Université de Paris 1 – Panthéon-Sorbonne Centre G. Glotz) 1979, pp. 1-6 (cité : ARDANT, Histoire de l'impôt et histoire de l'État).

ARDANT Gabriel, Histoire de l'impôt Livre I : De l'Antiquité au XVIIe siècle, Paris, Mesnil, Ivry (Éditions Arthème Fayard) 1971 (cité : ARDANT, Histoire de l'impôt).

BALDASSARE Antonio, Globalizzazione contra democrazia, Bari (Laterza) 2002.

BANTEKAS Ilias, The Foundations of Arbitrability in International Commercial Arbitration, *in* Australian Year Book of International Law Online, Vol. 27 [Brill/Nijhoff, édit.], 2008, pp. 193-223, <https://brill.com/view/journals/auso/27/1/article-p193.xml>.

BOLGÁR Vera, Why no Trusts in the Civil Law?, *in* The American Journal of Comparative Law, Vol. 2, Num. 2, printemps 1953 [YNTEMA, édit.], Ann Arbor (University of Michigan) 1953, pp. 204-219.

CRETI Sibilla Giselda, Le trust – Aspects fiscaux, Bâle (Helbing Lichtenhahn) 2007.

DEVEREUX Michael/BARES François/CLIFFORD Sarah/FREEDMAN Judith/GÜÇERİ İrem/MCCARTHY Martin/SIMMLER Martin/VELLA John, The OECD Global Anti-Base Erosion Proposal, Oxford (Oxford University Centre for Business Taxation) 2020.

DOGAUCHI Hiroto, Overview of Trust Law in Japan - Trusts in the Law of Japan, Group for the Law concerning International Sales of Goods and International Service Contracts 2005, <http://www.law.tohoku.ac.jp/kokusaiB2C/link/dogauchi.html>.

DOLZER Rudolf/SCHREUER Christoph, Principles of International Investment Law, 2e éd., Oxford (Oxford University Press) 2012.

FRATCHEL William, Chapter 11 Trust, *in* International encyclopedia of comparative law – Volume VI – property and trust [LAWSON, édit.], Tubingue, Mouton, La Haye, Paris (J. C. B. Mohr) 1973.

GILDEMEISTER Arno, L'arbitrage des différends fiscaux en droit international des investissements, *in* Bibliothèque de droits international et de l'Union européenne, Tome 131 [PELLET/DAILLIER, édit.], thèse Paris-Est Westfälische Wilhelms Universität Münster, Paris (Lextenso) 2013.

GOTTLIEB Isabel/ALI Hamza, OECD's Minimum Tax Plan Raises Concerns About Complexity (1), *in* Bloomberg Tax – Daily Tax Report, 19 août 2020, <https://news.bloombergtax.com/daily-tax-report-international/oecd-minimum-tax-plan-raises-concerns-about-complexity>.

HANOTIAU Bernard, L'arbitrabilité, *in* Collected Courses of the Hague Academy of International Law, Vol. 26, 2002, [https://referenceworks.brillonline.com/entries/the-hague-academy-collected-courses/\\*A9789041118585\\_02#A9789041118585\\_02-117](https://referenceworks.brillonline.com/entries/the-hague-academy-collected-courses/*A9789041118585_02#A9789041118585_02-117).

HEYDON John Dyson/GUMMOW William/AUSTIN Robert, Cases and materials on Equity and trusts, 9e éd., Sydney, Adelaide, Brisbane, Canberra, Hobart, Melbourne, Perth (Butterworths) 1989.

HOBBS Thomas, Léviathan ou Matière, forme et puissance de l'État chrétien et civil (trad. Gérard Mairet), Paris (Gallimard) 2000.

HOLDSWORTH William, *A History of English Law, Volume IV, 3e éd.*, Londres (Methuen & Co Ltd et Sweet And Maxwell) 1945.

HUDSON Alastair, *Understanding Equity & Trusts, 6e éd.*, New York (Routledge Abingdon) 2017.

ISMER Roland/PIOTROWSKI Sophia, *A BIT Too Much: Or How Best To Resolve Tax Treaty Disputes?*, in *Intertax*, Vol. 44, Num. 5 [DOURADO, édit.], (Luchterhand – Wolters Kluwer) 2016, pp. 348-359.

JESTIN Kevin, *Vers un renforcement de l'arbitrage comme mode de résolution des conflits en droit fiscal*, in *Jurisdoctoria* Num. 2 [THOMAS/DEROSIER, édit.], 2009, [https://old.jurisdoctoria.net/pdf/numero2/aut2\\_JESTIN.pdf](https://old.jurisdoctoria.net/pdf/numero2/aut2_JESTIN.pdf).

KALLERGIS Andréas, *La compétence fiscale*, Nouvelle Bibliothèque de Thèses, Vol. 175, thèse Panthéon-Sorbonne, Paris (Daloz) 2018.

KLEIST David, *The Multilateral Convention to Implement Tax Treaty Related Measures to Prevent BEPS—Some Thoughts on Complexity and Uncertainty*, in *Nordic Tax Journal*, Vol. 2, Num. 1 [HILLING, édit.], (Sciendo) 2018, [https://content.sciendo.com/configurable/contentpage/journals\\$002fntaxj\\$002f2018\\$002f1\\$002farticle-p31.xml?tab\\_body=fullHtml-78567](https://content.sciendo.com/configurable/contentpage/journals$002fntaxj$002f2018$002f1$002farticle-p31.xml?tab_body=fullHtml-78567).

KOESSLER James, *Is there room for the trust in a civil law system? The French and Italian perspective*, 2012, <http://www.jameskoessler.com/wp-content/uploads/2012/08/Trust-in-Civil-Law.pdf>.

LAUFENBURGER Henry, *Histoire de l'impôt*, Paris (Presses universitaires de France) 1959.

*Le petit Robert 1*, Paris (Dictionnaires Le Robert) 1990.

LEPAULLE Pierre, *Traité théorique et pratique des Trusts*, Paris (Rousseau et Cie) 1932.

LIPPERT Gustav, *Das Internationale Finanzrecht - Eine systematische Darstellung der internationalen Finanzrechtsnormen*, Trieste (Quidde) 1912.

LITTRÉ Émile, *Dictionnaire de la langue française (version électronique par François GANNAZ)*, Paris (L. Hachette) 1873-1874, <http://www.littre.org>.

LUPOI Maurizio, *Italy: an independent approach to trusts in a Civil Law country*, in *Trust & Trustees*, Vol. 9, Num. 6 [HAYTON/KORTMANN/VERHANGEN, édit.], Deventer (Kluwer Law International La Haye et W.E.J. Tjeenk Willink) 2003, pp. 8-10 (cité : LUPOI, *Italy-an indenpendant approach to trusts*).

LUPOI Maurizio, *Trusts in Italy as a living comparative law laboratory*, in *Trusts & Trustees*, Vol. 19, Num. 3 et 4 [GRAHAM/RUSSEL/NIEGEL, édit.], Oxford (Oxford University Press) 2013, pp. 302-308 (cité : LUPOI, *Trusts in Italy*).

LUPOI Maurizio, *Trusts*, Milan (Guiffre) 1997 (cité : LUPOI, *Trusts*).

LUPOI Maurizio, *Trusts: A comparative study* (trad. Simon Dix), Cambridge (Cambridge University Press) 2000 (cité : LUPOI, *Trust-a comparative study*).

LUPOI Maurizio/ARRIGO Tommaso, *National Report for Italy*, in *Principles of European trust law – Law of Business and Finance*, Vol. 1 [HAYTON/KORTMANN/VERHANGEN, édit.], Deventer (Kluwer Law International La Haye et W.E.J. Tjeenk Willink) 1999, pp. 123-130.

MAITLAND Frederic William, *Equity, Equity - Also the Forms of Action at Common Law*, [CHAYTOR/WHITTAKER, édit], Cambridge (Cambridge University Press) 1910.

MAITROT DE LA MOTTE Alexandre, *Droit fiscal de l'Union européenne*, Bruxelles (Bruylant) 2012.

MOLO Giovanni, *Du secret bancaire à la transparence financière*, in *Dossiers de droit européen*, Num. 32 [KADDOUS/DUBEY, édit], Genève, Zurich, Bâle (Schulthess) 2017.

MOREAU Sophie, *La prohibition en Suisse des fondations de famille à but d'entretien: un principe devenu obsolète*, in *Droit des sociétés et droit du registre du commerce: revue de la législation et de la pratique (REPRAX)*, Vol. 1/2011 [Gwelessiani/Meisterhand/Turin, édit.], Zurich (Schulthess Juristische Medien AG) 2011, pp. 59-90.

OBERSON Xavier, *Droit fiscal suisse*, 4e éd., Bâle (Helbing Lichtenhahn) 2012 (cité : OBERSON, *Droit fiscal suisse*).

OBERSON Xavier, *International Tax Dispute Resolution: The Need for new Solutions*, in *Tax Treaties after the BEPS Project, A Tribute to Jacques Sasseville* [ARNOLD, édit.], Toronto (Canadian Tax Foundation) 2018, pp. 205-231 (cité : OBERSON, *International Tax Dispute Resolution*).

OST François, *Mondialisation, globalisation, universalisation : s'arracher encore et toujours, à l'état de nature*, in *Le droit saisi par la mondialisation* [MORAND, édit.], Bruxelles (Bruylant) 2001, pp. 5-36.

PARK William, *Arbitrability and Tax*, in *Arbitrability: International & Comparative Perspectives* [MISTELIS/BREKOULAKIS, édit.], Alphen aan den Rijn (Kluwer Law International) 2009, pp. 179-205.

PETTIT Philip, *Equity and the Law of Trusts*, 12e éd., Oxford (Oxford University Press) 2012.

REDFERN Alan/HUNTER J. Martin, *Redfern and Hunter on International Arbitration*, 6e éd., Oxford (Kluwer Law International ; Oxford University Press) 2015.

REICHEN Nicolas/FAVRE Michel, *Le trust et le droit Suisse – Problèmes et incertitudes juridiques*, in *L'Expert-comptable suisse (ECS)*, fasc. 10/05 [Treuhand - Kammer, édit], Zurich (Treuhand-Kammer) 2005, pp. 797-800.

REYMOND Claude, *Le trust et le droit suisse*, in *Revue de droit suisse*, Vol. 73, Num. 5 [Helbing & Lichtenhahn, édit], Bâle (Helbing & Lichtenhahn) 1954, pp. 119a-214a.

RHODES John, *The remarkable resilience of the trust*, in *Festschrift für Peter Böckli zum 70. Geburtstag* [KRAMMER, édit.], Zurich (Schulthess) 2006, pp. 671-676.

ROUSSEAU Jean-Jacques, *Du Contrat social*, Paris (Gallimard) 1964.

RYAN Kevin William, *The reception of the Trust*, in *The international and Comparative Law Quarterly*, Vol. 10, Num. 2 [EVANS/MANIATIS, édit], Cambridge (Cambridge University Press) 1961, pp. 265-283.

SCHULTZ Thomas/GRANT Thomas, *Arbitration: A Very Short Introduction*, Oxford (Oxford University Press) 2021.

SMITH David T., *The Statute of Uses: A look at Its Historical Evolution and Demise*, in *Case Western Reserve Law Review*, Vol. 18, Num. 1 [Case Western Reserve University, édit], 1966, pp. 40-62.

SONNEVELDT Frans, *The Trust – An Introduction*, in *The Trust : Bridge or Abyss Between Common and Civil Law Jurisdictions?* [SONNEVELDT/VAN MENS, édit.], Deventer, Boston (Kluwer Law and Taxation Publishers) 1992, pp. 1-17.

STEPKOWSKI Aleksander, *L'institution du trust dans le système mixte du droit privé écossais* (trad. Agnieszka SZKALANNA), Varsovie (Liber) 2005.

THÉVENOZ Luc, *Trust en Suisse: Adhésion à la Convention de La Haye sur les trusts et codification de la fiducie*, Zurich (Schulthess) 2001.

VIRGO Graham, *The principles of Equity & Trusts*, 3e éd., Oxford (Oxford University Press) 2018.

WEBER-FAS Rudolf, *Staatsverträge im Internationalen Steuerrecht - Zur Rechtsnatur, Geschichte und Funktion der deutschen Doppelbesteuerungsabkommen*, Tubingue (J. C. B. Mohr (Paul Siebeck)) 1982.

### **Répertoire de documents officiels**

Comité fiscal – Société des Nations, *Rapport au Conseil sur les travaux de la troisième session du Comité*, No officiel : C. 415. M. 171, 1931 (cité : Comité fiscal – Rapport)

Disponible à : [https://biblio-archiv.unog.ch/Dateien/CouncilMSD/C-415-M-171-1931-II-A\\_FR.pdf](https://biblio-archiv.unog.ch/Dateien/CouncilMSD/C-415-M-171-1931-II-A_FR.pdf).

Committee of Technical experts on Double Taxation and Tax Evasion – Société des Nations, *Double Taxation and Tax Evasion – Report*, No officiel : C. 216. M. 85, 1927 (cité : Committee of Technical experts – Double Taxation and Tax Evasion)

Disponible à : [https://biblio-archiv.unog.ch/Dateien/CouncilMSD/C-216-M-85-1927-II\\_EN.pdf](https://biblio-archiv.unog.ch/Dateien/CouncilMSD/C-216-M-85-1927-II_EN.pdf).

GAFI (2012-2019), *Recommandations du GAFI - Normes internationales sur la lutte contre le blanchiment de capitaux et le financement du terrorisme et de la prolifération*, mise à jour 2019, Paris (cité : GAFI, *Recommandations du GAFI*)

Disponible à : [www.fatf-gafi.org/fr/publications/recommandationsgafi/documents/recommandations-gafi.html](http://www.fatf-gafi.org/fr/publications/recommandationsgafi/documents/recommandations-gafi.html).

Institut de Droit International, *L'arbitrage entre États et entreprises étrangères – Résolution de l'Institut de droit international (IDI) adoptée à sa session de St. Jacques-de-Compostelle (4-14 septembre 1989)*, 1989 (cité : Institut de Droit International, *Résolution*)

Disponible à : [https://www.idi-iil.org/app/uploads/2017/06/1989\\_comp\\_01\\_fr.pdf](https://www.idi-iil.org/app/uploads/2017/06/1989_comp_01_fr.pdf).

IRS, *Internal Revenue Bulletin*, Rev. Proc. 2006-44, No 2006-44 du 30 octobre 2006, (cité : IRS, *Internal Revenue Bulletin*)

Disponible à : [https://www.irs.gov/irb/2006-44\\_IRB#RP-2006-44](https://www.irs.gov/irb/2006-44_IRB#RP-2006-44).

Law Commission and Scottish Law Commission, *Trustees' Powers and Duties*, Law Com No 260 – Scot Law Com No 172, 1999 (cité : Law Com – Scot Law Com, *Trustees' Powers and Duties*)

Disponible à : <https://www.scotlawcom.gov.uk/files/7912/7989/7339/rep172.pdf>.

OCDE, *Améliorer l'accès aux renseignements bancaires à des fins fiscales – Rapport d'étape 2003*, 2003 (cité : OCDE, *Rapport d'étape 2003*)

Disponible à : <http://www.oecd.org/fr/ctp/echange-de-renseignements-fiscaux/14986175.pdf>.

OCDE, Convention multilatérale pour la mise en œuvre des mesures relatives aux conventions fiscales pour prévenir l'érosion de la base d'imposition et le transfert de bénéfices Instrument multilatéral - Brochure d'information, Paris (Éditions OCDE) (cité : OCDE, Brochure d'information MLI)

Disponible à : <https://www.oecd.org/fr/fiscalite/conventions/instrument-multilateral-mesures-BEPS-liees-aux-conventions-fiscales-brochure.pdf>.

OCDE, Frequent Asked Questions on the multilateral Instrument (MLI) – July 2017 (cité : OCDE, FAQ MLI)

Disponible à : <https://www.oecd.org/tax/treaties/MLI-frequently-asked-questions.pdf>.

OCDE, Note explicative portant sur la convention multilatérale pour la mise en œuvre des mesures relatives aux conventions fiscales pour prévenir l'érosion de la base d'imposition et le transfert de bénéfices, Paris (Éditions OCDE) (cité : OCDE, Note explicative MLI)

Disponible à : <https://www.oecd.org/fr/fiscalite/conventions/note-explicative-convention-multilaterale-pour-la-mise-en-oeuvre-des-mesures-relatives-aux-conventions-fiscales-pour-prevenir-le-BEPS.pdf>.

OCDE, Projet de l'OCDE sur les pratiques fiscales dommageables – Rapport d'étape 2004, 2004 (cité : OCDE, Rapport d'étape 2004)

Disponible à : <https://www.oecd.org/fr/ctp/dommageables/30901107.pdf>.

OCDE (2016), Accroître l'efficacité des mécanismes de règlement des différends, Action 14 - Rapport final 2015, Projet OCDE/G20 sur l'érosion de la base d'imposition et le transfert de bénéfices, Paris (Éditions OCDE) (cité : OCDE, Rapport final Action 14)

Disponible à : <https://doi.org/10.1787/9789264252370-fr>.

OCDE (2018), Modèle de Convention fiscale concernant le revenu et la fortune : Version abrégée 2017, Paris (Éditions OCDE) 2017 (cité : OCDE, Version abrégée – Modèle OCDE)

Disponible à : [https://doi.org/10.1787/mtc\\_cond-2017-fr](https://doi.org/10.1787/mtc_cond-2017-fr).

OCDE (2020), Tax Challenges Arising from Digitalisation – Report on Pillar One Blueprint : Inclusive Framework on BEPS, OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project, Paris (Éditions OCDE) 2020 (cité : OCDE, Pillar One Blueprint)

Disponible à : <https://doi.org/10.1787/beba0634-en>.

OCDE (2020), Tax Challenges Arising from Digitalisation – Report on Pillar Two Blueprint : Inclusive Framework on BEPS, OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project, Paris (Éditions OCDE) 2020 (cité : OCDE, Pillar Two Blueprint)

Disponible à : <https://doi.org/10.1787/abb4c3d1-en>.