



## Arrêt du 29 mai 2020

---

Composition

Raphaël Gani (président du collège),  
Annie Rochat Pauchard, Daniel Riedo, juges,  
Raphaël Bagnoud, greffier.

---

Parties

**A.** \_\_\_\_\_,  
représentée par  
Maître Joseph Merhai et Maître Gianni Fera,  
recourante,

contre

**Administration fédérale des contributions AFC,**  
Division principale de l'impôt fédéral direct, de l'impôt  
anticipé, des droits de timbre, Eigerstrasse 65,  
3003 Bern,  
autorité inférieure.

---

Objet

Impôt anticipé.

**Faits :****A.**

La banque A. \_\_\_\_\_ (ci-après, aussi : la Banque) est une société par actions de droit italien (« società per azioni ») dont le siège est sis à \*\*\*, en Italie. Durant les années 2008 et 2009, notamment, A. \_\_\_\_\_ conclut des opérations financières impliquant des actions de sociétés suisses. Elle reçut, en raison de ces activités durant ces deux années, des dividendes bruts de sociétés suisses, à hauteur de CHF 88'783'273.12 pour 2008 et de CHF 191'116'754.80 pour 2009.

**B.**

Plus précisément, les dividendes reçus par la Banque l'ont été au travers de deux types d'opérations financières :

**B.a** D'une part, la Banque a procédé à des achats de titres suisses avant l'échéance du versement du dividende, puis à leur revente après cette date, couplée à la couverture du risque lié à cette opération par des contrats à termes (*Futures*) dont le sous-jacent correspondait à l'action acquise et portait sur la même quantité de titres (*hedging*). L'ensemble des transactions, hors achat des titres suisses, est intervenu non sur un marché boursier, mais dans le cadre de transactions « *over the counter* » (OTC), en partie sur le marché régulé britannique LIFFE (London International Futures and Options Exchange). Les cocontractants de la Banque dans ces opérations étaient divers courtiers (*broker*).

**B.b** A titre exemplatif, la Banque effectua notamment les transactions suivantes pour une position X. \_\_\_\_\_ avec une échéance 2008 :

- Le 1<sup>er</sup> avril 2008, A. \_\_\_\_\_ acquit 1'000'000 d'actions X. \_\_\_\_\_ via le broker M. \_\_\_\_\_, pour un montant de CHF 311'750'000.--.
- Le même jour, A. \_\_\_\_\_ vendit 10'000 contrats « Futures » (représentant chacun 100 actions) sur X. \_\_\_\_\_, échéance du contrat au 18 avril 2008, pour un montant de CHF 298'680'000.--, en passant par le broker N. \_\_\_\_\_.
- Le 8 avril 2008, A. \_\_\_\_\_ reçut le dividende net (65 %) sur les actions de X. \_\_\_\_\_ pour un montant de CHF 9'750'000.--.
- Le 14 avril 2008, A. \_\_\_\_\_ revendit 1'000'000 actions X. \_\_\_\_\_ via le broker M. \_\_\_\_\_, pour un montant de CHF 306'500'000.--.

- Le même jour, A. \_\_\_\_\_ acheta 10'000 contrats « Futures » sur X. \_\_\_\_\_, échéance du contrat au 18 avril 2008, pour un montant de CHF 306'637'000.--, en passant par le broker N. \_\_\_\_\_.

**B.c** D'autre part, la Banque prit part à des opérations de prêt de titres suisses avec liquidation de la transaction une fois le dividende perçu (*securities lending & borrowing*) sur la base d'un contrat cadre intitulé « Global master securities lending agreement - 2005 Version ». Elle a ainsi à plusieurs reprises en 2008 emprunté des titres de sociétés suisses en échange d'un collatéral, avec l'obligation d'en rendre une quantité équivalente soit à une date future déterminée ou soit sur demande. Dans le cadre de ces transactions, la Banque emprunteuse s'est obligée à payer une commission de prêt (*fees*) fonction de la valeur des actions prêtées, ainsi qu'une somme d'argent fonction (en pourcent) du montant de dividendes perçus sur la base des titres prêtés (*manufactured dividend*). En échange, la Banque percevait de l'entité prêteuse un intérêt sur le collatéral (*manufactured interest*).

**B.d** A titre exemplatif, la Banque effectua les transactions suivantes dans le domaine de prêt et emprunt de titres Y. \_\_\_\_\_ :

- Le 8 avril 2008, A. \_\_\_\_\_ emprunta 1'650'000 actions Y. \_\_\_\_\_ à S. \_\_\_\_\_ pour un montant de CHF 876'685'433.--, sur la base du « Global master securities lending agreement - 2005 Version » selon lequel A. \_\_\_\_\_ s'obligeait à transférer 85 % du dividende et une commission de prêt de 1.92 % à S. \_\_\_\_\_.
- Le 16 avril 2008, A. \_\_\_\_\_ reçut le dividende net (65 %) sur les actions Y. \_\_\_\_\_ soit un montant de CHF 13'084'500.--.
- Le 17 avril 2008, A. \_\_\_\_\_ retourna les 1'650'000 actions Y. \_\_\_\_\_ à S. \_\_\_\_\_.
- Le même jour, un « Manufactured dividend » de CHF 17'110'500.-- fut distribué à S. \_\_\_\_\_.

### **C.**

Par deux demandes distinctes des 28 novembre 2008 et 22 mai 2009, la Banque sollicita le remboursement (partiel 20 % sur les 35 %) de l'impôt anticipé perçu sur des revenus suisses échus en 2008 et 2009. Il s'agit des demandes suivantes:

- demande n° \*\*\* du 28 novembre 2008 concernant des dividendes bruts provenant d'actions de sociétés suisses pour l'échéance 2008

pour un montant à rembourser de CHF 17'756'654.26 (20 % de CHF 88'783'273.12) ;

- demande n° \*\*\* du 22 mai 2009 concernant des dividendes bruts provenant d'actions de sociétés suisses pour l'échéance 2009 pour un montant à rembourser de CHF 38'223'350.96 (20 % de CHF 191'116'754.80).

#### **D.**

Dans le cadre du traitement de ces demandes, l'AFC soumit à la Banque plusieurs questionnaires en relation avec les transactions intervenues ayant généré les dividendes distribués. Plusieurs échanges eurent ensuite lieu entre les parties sur le fond de la cause, l'AFC notamment par courriers des 30 octobre 2008, 28 avril 2009, 18 mars 2010, 30 mars 2011 et la Banque par correspondances des 29 juillet 2009, 16 décembre 2009 et 30 novembre 2012. L'AFC demanda encore, par courrier du 24 mai 2013 (Pièce 18 du recours), l'identité des cocontractants finaux pour les différentes transactions intervenues entre 2008 et 2009 et non pas uniquement les noms des courtiers (brokers). La recourante répondit par courrier du 22 juillet 2013 en fournissant des états de comptes et des graphiques chronologiques des transactions.

#### **E.**

Dans ses plis du 28 janvier 2011 (le courrier de l'AFC en pièce 14 jointe au recours indique apparemment à tort l'année 2010) et 29 octobre 2013 (pièce 20 jointe au recours), l'AFC fit part informellement de son intention de refuser les demandes de remboursement de la recourante. Par diverses correspondances, la Banque demanda entre 2014 et 2017 le prononcé d'une décision formelle. Par deux recours du 8 février 2018, elle conclut à ce qu'il soit constaté l'existence d'un déni de justice de la part de l'AFC concernant les deux demandes de remboursement de l'impôt anticipé précitées. La Cour de céans traita de dits recours sous référence A-847/2018 et constata par décision du 12 avril 2018 que, compte tenu du fait que l'AFC avait entretemps rendu une décision (cf. ci-dessous let. G), les recours étaient devenus sans objet.

#### **F.**

Par décision formelle du 9 mars 2018 en effet, l'AFC rejeta entièrement les demandes de remboursement de la Banque. La Banque (ci-après : la recourante) a déféré cette décision au Tribunal administratif fédéral par recours du 26 avril 2018, concluant à l'annulation de dite décision, à ce qu'il soit dit qu'elle remplit toutes les conditions pour le remboursement de

l'impôt anticipé à raison de 20 % et à ce qu'il soit ordonné à l'AFC (ci-après : l'autorité inférieure) de procéder au remboursement de l'impôt pour un montant total de CHF 17'756'654.26 et de CHF 38'223'350.96, sous suite de frais et dépens. La recourante conclut en outre à ce que le retard injustifié de l'autorité inférieure soit constaté et que cette dernière soit condamnée à lui verser une indemnité équitable.

### **G.**

Par écritures du 28 août 2018, l'autorité inférieure a conclu au rejet du recours sous suite de frais. Par mémoire du 14 septembre 2018, la recourante a persisté dans toutes ses conclusions et dans ses griefs, notamment quant à une mauvaise appréciation des faits par l'autorité inférieure. L'AFC s'est encore déterminée les 16 octobre 2018 et 10 janvier 2019, la recourante répliquant également le 7 décembre 2018.

Pour autant que besoin, les autres faits et les arguments des parties seront repris dans les considérants qui suivent.

### **Droit :**

#### **1.**

**1.1** Sous réserve des exceptions prévues à l'art. 32 de la loi fédérale du 17 juin 2005 sur le Tribunal administratif fédéral (LTAF, RS 173.32), celui-ci, en vertu de l'art. 31 de cette loi, connaît des recours contre les décisions au sens de l'art. 5 de la loi fédérale du 20 décembre 1968 sur la procédure administrative (PA, RS 172.021) prises par les autorités mentionnées à l'art. 33 LTAF. La procédure est régie par la PA, pour autant que la LTAF n'en dispose pas autrement (art. 37 LTAF). L'AFC étant une autorité au sens de l'art. 33 let. d LTAF et aucune des exceptions de l'art. 32 LTAF n'étant en l'occurrence réalisée, le Tribunal de céans est matériellement compétent pour connaître du présent litige.

**1.2** La Convention du 9 mars 1976 entre la Confédération suisse et la République italienne en vue d'éviter les doubles impositions et de régler certaines autres questions en matière d'impôts sur le revenu et sur la fortune (RS 0.672.945.41 ; ci-après : CDI CH-I) ne règle pas la procédure à suivre en ce qui concerne les demandes de remboursement de l'impôt anticipé fondées sur ses dispositions.

En revanche, selon l'art. 42 de la loi fédérale du 13 octobre 1965 sur l'impôt anticipé (LIA, RS 642.21), les décisions de l'AFC peuvent faire l'objet d'une réclamation dans les trente jours suivant leur notification. Cette procédure s'applique, entre autres, aux demandes de remboursement de l'impôt qui

relèvent de la Confédération (cf. art. 51 LIA). Toutefois, cette règle ne vise, en tant que telle, que les procédures fondées sur la LIA elle-même, et non celles qui reposent sur une convention de double imposition (CDI). En vertu de l'art. 2 al. 1 let. a de l'arrêté fédéral (dénommé depuis le 1er février 2013 loi fédérale) du 22 juin 1951 concernant l'exécution des conventions internationales conclues par la Confédération en vue d'éviter les doubles impositions (RS 672.2), le Conseil fédéral peut régler la procédure à suivre pour le remboursement des impôts suisses perçus à la source sur les rendements de capitaux qui est garanti par une convention internationale.

Le Conseil fédéral a fait usage de sa compétence réglementaire relativement à certaines conventions, alors qu'il n'a établi aucune règle particulière par rapport à d'autres. Tel est en particulier le cas de la CDI CH-I qui n'a pas fait l'objet d'une ordonnance d'exécution. Le Tribunal administratif fédéral a néanmoins déjà eu l'occasion d'indiquer à ce sujet qu'il était plus conforme à la systématique du droit et en adéquation avec les intérêts des parties d'autoriser les recours contre les décisions de l'AFC directement auprès du Tribunal de céans (cf. arrêts du TAF A-2902/2014 du 29 août 2016 consid. 1.3 [non contesté sur ce point par le TF dans son arrêt 2C\_964/2016 du 5 avril 2017], A-457/2017 du 31 janvier 2018 consid. 1.4 [validé par le TF par arrêt du 25 juin 2019 2C\_249/2018] et A-3061/2015 consid. 1.2 et 1.3). La compétence fonctionnelle de la cour de céans est ainsi respectée.

**1.3** Enfin, la recourante étant directement touchée par la décision attaquée et ayant participé à la procédure devant l'autorité inférieure, elle a manifestement qualité pour porter l'affaire devant le Tribunal administratif fédéral (cf. art. 48 al. 1 PA). La décision attaquée, datée du 9 mars 2018, a été notifiée le 12 mars 2018 de sorte que le délai légal de recours de trente jours (art. 50 al. 1 PA), compte tenu des fêtes de Pâques (cf. art. 22a al. 1 let. a PA), est respecté par le dépôt du mémoire de recours le 26 avril 2018. Le recours répond en outre aux exigences de forme de la procédure administrative (art. 52 al. 1 PA).

Il y a dès lors lieu d'entrer en matière.

## **2.**

**2.1** D'une manière générale, la recourante peut invoquer la violation du droit fédéral, y compris l'excès ou l'abus du pouvoir d'appréciation, la constatation inexacte ou incomplète des faits pertinents ou l'inopportunité (cf. art. 49 PA ; ULRICH HÄFELIN/GEORG MÜLLER/FELIX UHLMANN, Allgemeines Verwaltungsrecht, 7<sup>e</sup> éd., Zurich 2016, n. marg. 1146 ss ;

ANDRÉ MOSER/MICHAEL BEUSCH/LORENZ KNEUBÜHLER, *Prozessieren vor dem Bundesverwaltungsgericht*, 2<sup>e</sup> éd., Bâle 2013, n. marg. 2.149).

De son côté, le Tribunal administratif fédéral constate les faits et applique le droit d'office, sans être lié par les motifs invoqués à l'appui du recours (cf. art. 62 al. 4 PA), ni par l'argumentation juridique développée dans la décision entreprise (cf. PIERRE MOOR/ETIENNE POLTIER, *Droit administratif*, vol. II, 3<sup>e</sup> éd., Berne 2011, p. 300 s.). En outre, les procédures fiscales sont régies par la maxime inquisitoire, selon laquelle l'autorité définit les faits et apprécie les preuves d'office et librement. Les art. 12 ss PA ne sont toutefois pas applicables en la matière (art. 2 al. 1 PA). Selon la volonté du législateur, la procédure fiscale doit en effet être réservée, « dans la mesure où la procédure administrative normale n'est pas appropriée aux affaires fiscales et où le droit fiscal a instauré une procédure dérogatoire, mieux adaptée aux besoins » (Message du Conseil fédéral à l'appui d'un projet de loi sur la procédure administrative du 24 septembre 1965, in : *Feuille fédérale [FF] 1965 II 1383 ss et 1397* ; cf. ATF 128 II 139 consid. 2b ; arrêt du TF 2C\_715/2013 du 13 janvier 2014 consid. 2.3.1 ; arrêt du TAF A-5183/2014 du 27 octobre 2015 consid. 1.2.2). Cela étant, le Tribunal administratif fédéral tient largement compte des principes constitutionnels ayant trouvé leur expression dans le cadre des dispositions susmentionnées (cf. arrêt du TAF A-3003/2017 du 1<sup>er</sup> mai 2019 consid. 1.4.1 ; concernant l'interprétation historique de l'art. 2 al. 1 PA, cf. arrêts du TAF A-1560/2007 du 20 octobre 2009 consid. 3.1 et A-1337/2007 du 21 septembre 2009 consid. 3.2).

**2.2** La maxime inquisitoire doit toutefois être relativisée par son corollaire, à savoir le devoir des parties de collaborer à l'établissement des faits, en vertu duquel celles-ci doivent notamment indiquer les moyens de preuve disponibles et motiver leur requête (art. 52 al. 1 PA). Bien que l'application de l'art. 13 PA soit exclue (cf. consid. 2.1 ci-avant), ce devoir existe pleinement devant le Tribunal administratif fédéral, soit en procédure de recours contentieuse. En conséquence, l'autorité saisie se limite en principe aux griefs soulevés et n'examine les questions de droit non invoquées que dans la mesure où les arguments des parties ou le dossier l'y incitent (cf. ATF 122 V 11 consid. 1b et 122 V 157 consid. 1a ; arrêts du TAF A-5183/2014 précité consid. 1.2.3 et A-1438/2014 du 17 août 2015 consid. 1.2.3 ; ALFRED KÖLZ/ISABELLE HÄNER/MARTIN BERTSCHI, *Verwaltungsverfahren und Verwaltungsrechts-pflege des Bundes*, 3<sup>e</sup> éd., 2013, ch. 1135 s.). En outre, le devoir de l'administré de collaborer à l'établissement des faits ne concerne pas seulement les faits pour lesquels il a le fardeau de la preuve, mais également ceux pour lesquels l'autorité

supporte cette charge (cf. arrêt du TF 2A.242/2005 du 17 mars 2006 consid. 4 ; arrêts du TAF A-6692/2012 du 23 juillet 2014 consid. 2.3.1 et A-5884/2012 du 27 mai 2013 consid. 3.3.1).

### **3.**

La recourante conclut notamment à ce qu'il soit constaté que l'autorité inférieure a tardé à agir et prétend à l'octroi d'une indemnité équitable à ce titre. Il y a lieu de traiter de cette conclusion qui n'est pas subsidiaire, d'entrée de cause.

**3.1** Comme l'a retenu la Cour de céans dans la décision rendue dans la procédure pour déni de justice (A-847/2018 précité), si l'autorité inférieure rend sa décision *pendant la procédure de recours* pour déni de justice devant le Tribunal administratif fédéral, la cause, devenue sans objet, doit être radiée du rôle (dans ce sens, voir les décisions de radiation du TAF A-7131/2016 du 6 mars 2017 consid. 3, A-5389/2013 du 22 janvier 2014 consid. 1.2), à moins qu'il existe un intérêt spécial, digne de protection et actuel à ce qu'un arrêt soit rendu suite au recours pour déni de justice. Dans ce cas, la procédure ne porte plus que sur la constatation d'un éventuel retard injustifié.

**3.2** Un intérêt à une telle constatation fait cependant défaut lorsque d'autres moyens sont à disposition du recourant pour faire valoir ses droits (arrêt du TAF C-1089/2008 du 26 novembre 2008 consid. 7; voir aussi ATF 130 I 312 consid. 5.3; arrêt du TAF A-2766/2016 du 18 avril 2017 consid. 4.4.2). A ce propos, il a été souligné en doctrine comme en jurisprudence (cf. PASCAL MOLLARD, in Hinny/Oberson [éd.], LT Commentaire droits de timbre, 2006, n° 17 p. 1209; ATF 130 I 312 consid. 5.3; arrêt du TAF A-6139/2012 du 8 juillet 2014 consid. 5.2) que la sanction du dépassement du délai raisonnable ou adéquat peut consister dans la constatation de la violation du principe de célérité, qui constitue une forme de réparation pour celui qui en est la victime. Si le refus ou le retard de statuer a entraîné un dommage, l'administré pourra actionner l'Etat en réparation, notamment sur le fondement de la responsabilité pour acte illicite, sous réserve d'autres modes de réparation selon les cas (cf. ATF 130 I 312 consid. 5.3 et 129 V 411 consid. 1.3 et 1.4; MOOR/POLTIER, op. cit., p. 339; arrêt du TAF A-6139/2012 précité consid. 5.2).

**3.3** En l'espèce, le Tribunal ne constate pas de circonstances spécifiques qui étayeraient un intérêt de la recourante à obtenir la constatation d'un retard injustifié. On soulignera ici que l'éventualité d'une action en responsabilité contre la Confédération ne suffit pas pour justifier d'un



intérêt au prononcé constatatoire d'un retard injustifié (voir arrêt du TAF C-1089/2008 du 26 novembre 2008 consid. 8). De son côté, la recourante n'invoque pas de motif spécifique pour fonder cette conclusion. Compte tenu de ce qui précède, il y a lieu de considérer comme irrecevable les conclusions de la recourante tendant à la constatation du retard injustifié et à l'octroi à ce titre d'une indemnité équitable.

#### 4.

L'AFC a rejeté par décision du 9 mars 2018 le remboursement de l'impôt anticipé sollicité par la recourante au motif que cette dernière n'est pas la bénéficiaire effective des dividendes, grevés d'impôt anticipé, reçus des sociétés suisses. Elle ne serait ainsi pas légitimée à obtenir ce remboursement sur la base de la CDI CH-I qui lie la Suisse et son Etat de résidence. L'autorité inférieure fonde ce refus de remboursement de l'impôt anticipé (cf. décision entreprise ch. 13, p. 25) principalement sur le complexe des faits retenus, mais également comme conséquence de l'absence par la recourante de transmission de l'identité réelle des contreparties dans les différentes opérations effectuées au travers de courtiers. De son côté, la recourante (cf. encore sa réplique du 7 décembre 2018 et l'annexe 1 à cette écriture) estime avoir démontré que, compte tenu des règles de la plateforme de marché britannique à laquelle elle a eu recours pour effectuer les transactions, elle était dans l'impossibilité objective de connaître – et *a fortiori* de transmettre – le nom des contreparties réelles, au-delà des courtiers avec lesquels elle avait conclu les contrats.

Il y a donc lieu d'examiner en premier lieu (ci-dessous consid. 5) quelles sont les conditions pour le dégrèvement de l'impôt anticipé suisse au regard de la convention de double imposition ici applicable (CDI CH-I), avant d'examiner (ci-dessous consid. 6) de quelle manière le fardeau de la preuve se répartit dans le cadre du remboursement de l'impôt anticipé et en particulier quelles sont les conséquences d'une absence d'indication des contreparties réelles.

#### 5.

**5.1** Conformément à l'art. 1 al. 1 LIA, la Confédération perçoit un impôt anticipé sur les revenus de capitaux mobiliers. Aux termes de l'art. 4 al. 1 let. b LIA, l'impôt anticipé sur les revenus de capitaux mobiliers a notamment pour objet les participations aux bénéfices et tous autres rendements des actions émises par une société anonyme suisse. Les dividendes, en particulier, font partie des revenus soumis à l'impôt (cf. art. 20 de l'ordonnance d'exécution du 19 décembre 1966 de la loi

fédérale sur l'impôt anticipé [OIA, RS 642.211]). L'obligation fiscale incombe au débiteur de la prestation imposable (art. 10 al. 1 LIA). Celui-ci est sujet fiscal et contribuable. Pour les revenus de capitaux mobiliers, l'impôt s'élève à 35 % de la prestation imposable (art. 13 al. 1 let. a LIA).

En droit interne, l'impôt anticipé vise à garantir que les impôts sur le revenu et la fortune soient payés et à empêcher les cas de soustraction fiscale par des contribuables domiciliés en Suisse (cf. ATF 125 II 348 consid. 4 et 118 lb 317 consid. 2 ; arrêt du TF 2C\_964/2016 précité consid. 4.1 ; arrêts du TAF A-3003/2017 précité consid. 2.2, A-1541/2014 du 27 octobre 2015 consid. 3.1.2 et A-1438/2014 précité consid. 3.1.2). Si ces derniers remplissent correctement leurs obligations fiscales, l'impôt anticipé leur est en principe intégralement remboursé (cf. art. 22 al. 1 et 24 al. 2 LIA).

Par contre, à l'égard des bénéficiaires (des prestations imposables) domiciliés à l'étranger, l'impôt anticipé poursuit directement des buts fiscaux, même si une CDI ou un autre accord international peut prévoir des restrictions à la souveraineté suisse (cf. arrêts du TF 2C\_209/2017 du 16 décembre 2019 [destiné à la publication] consid. 3.1 et 2C\_964/2016 précité consid. 4.1 ; arrêts du TAF A-3003/2017 précité consid. 2.2, A-1541/2014 précité consid. 3.1.2 et A-4693/2013 du 25 juin 2014 consid. 3.1 ; FILIPPO LURÀ, L'impôt anticipé, 2013, p. 317 s., MAJA BAUER-BALMELLI/ MARKUS REICH, in : Zweifel/Beusch/Bauer-Balmelli [édit.], Kommentar zum Bundesgesetz über die Verrechnungssteuer, 2<sup>e</sup> éd., Bâle 2012 [ci-après cité : VStG-Kommentar], n° 71 ad « Vorbemerkungen »). Les bénéficiaires d'une prestation sis à l'étranger ne peuvent prétendre au remboursement de l'impôt au sens originaire, c'est-à-dire en contrepartie du fait qu'ils ont correctement déclaré leurs revenus. Au contraire, à leur égard, il s'agit d'une problématique liée aux limites de la souveraineté fiscale entre deux états (cf. arrêt du TAF A-3003/2017 précité consid. 2.2, A-4693/2013 précité consid. 3.3 et A-2744/2008 du 23 mars 2010 consid. 3.3 ; MAJA BAUER-BALMELLI, Altreservenpraxis – ein rechtliches Argumentarium, in : IFF Forum für Steuerrecht [IFF] 2004/3 201, p. 204). Le bénéficiaire résidant à l'étranger n'a ainsi droit au remboursement, respectivement au dégrèvement de l'impôt, que pour autant qu'une CDI – ou un autre accord international – entre la Suisse et l'Etat de résidence dudit bénéficiaire le prévoient (cf. ATF 141 II 447 consid. 2.2 ; arrêts du TF 2C\_964/2016 précité consid. 4.1 et 2A.239/2005 du 28 novembre 2005 consid. 2.2 ; arrêts du TAF A-3003/2017 précité consid. 2.2, A-1245/2011 du 26 mai 2016 consid. 2.3 et A-1246/2011 du 23 juillet 2012 consid. 2.3 ; BAUER-BALMELLI, in : VStG-Kommentar, ch. 55 ad art. 21 LIA).

## 5.2 Tel pourrait être le cas en l'espèce pour la recourante de la CDI CH-I.

Selon l'art. 10 CDI CH-I, les dividendes payés par une société qui est un résident d'un Etat contractant à un résident de l'autre Etat contractant sont imposables dans cet autre Etat (par. 1). Toutefois, ces dividendes peuvent être imposés dans l'Etat contractant dont la société qui paie les dividendes est un résident, et selon la législation de cet Etat, mais si la personne qui perçoit les dividendes en est le *bénéficiaire effectif*, l'impôt ainsi établi ne peut excéder 15 % du montant brut des dividendes (par. 2). L'art. 10 CDI CH-I prévoit ainsi un dégrèvement de l'impôt à la source prélevé sur les dividendes payés par une société suisse : l'impôt ainsi établi ne peut excéder 15 % du montant brut des dividendes, si la personne qui perçoit les dividendes réside en Italie et en est le bénéficiaire effectif.

**5.3** Il n'est pas contesté en l'espèce que la recourante soit résidente en Italie au sens conventionnel et seule reste litigieuse la question de savoir si elle est la bénéficiaire effective des dividendes.

D'une manière générale, le critère du bénéficiaire effectif doit permettre d'évaluer l'intensité du lien existant entre un sujet fiscal et l'objet de l'impôt (un dividende, par exemple). Il s'agit d'éviter qu'une personne ou une société dotée d'un pouvoir de disposer limité sur les dividendes qu'elle percevait ne soit intercalée pour obtenir indûment le remboursement de l'impôt anticipé en Suisse (cf. arrêts du TF 2C\_752/2014 du 27 novembre 2015 consid. 4.1 s., 2C\_383/2013 du 2 octobre 2015 consid. 4.1, 2C\_895/2012 du 5 mai 2015 consid. 4.1 ; arrêts du TAF A-1103/2011 du 7 juillet 2016 consid. 3.3 et A-1245/2011 précité consid. 3.3 ; VERN KRISHNA, Treaty Shopping and the Concept of Beneficial Ownership in Double Tax Treaties, in : Canadian Current Tax août 2009 129, p. 131 s. ; VOGEL, in : Doppelbesteuerungsabkommen, ch. 12 ad remarques préalables aux art. 10-12 MC OCDE ; XAVIER OBERSON, La notion de bénéficiaire effectif en droit fiscal international, in : Liliane Subilia-Rouge/Pascal Mollard/Anne Tissot Benedetto, Festschrift SRK – Mélanges CRC [...], Lausanne 2004, p. 225 ; ROBERT DANON, Clarification de la notion de bénéficiaire effectif - Remarques sur le projet de modification du commentaire OCDE d'avril 2011, Revue fiscale, 2011 p. 581 ; ROBERT DANON, Le concept de bénéficiaire effectif dans le cadre du MC OCDE: réflexions et analyse de la jurisprudence récente, IFF Forum für Steuerrecht, 2007, p. 38).

Quand bien même elle vise à empêcher les prétentions illégitimes, l'exigence du bénéficiaire effectif constitue, formellement, une condition

d'application de la disposition spécifique du traité, comme, par exemple, la résidence dans un Etat partie, et non une clause anti-abus (cf. arrêts du Tribunal administratif fédéral A-4693/2013 précité consid. 6.6 et A-1246/2011 précité consid. 4.3.3). Une telle clause n'entre en ligne de compte qu'à partir du moment où toutes les conditions d'application du traité sont remplies, y compris celle qui concerne le bénéficiaire effectif. Ce processus ressort aussi de la jurisprudence du Tribunal fédéral, qui distingue clairement entre les notions de bénéficiaire effectif et d'abus de droit (cf. arrêt du TF 2A.239/2005 du 28 novembre 2005 consid. 3.5.3 ; cf. ég. ATF 141 II 447 consid. 4.4 ; arrêt du TAF A-4693/2013 précité consid. 6.6). Compte tenu de ce qui précède, les discussions de la recourante (Recours p. 51) quant à la nature de clause anti-abus ou non de la notion de bénéficiaire effectif n'a dans ces circonstances pas de portée propre.

**5.3.1** Dans plusieurs arrêts de principe récents, le Tribunal fédéral a eu l'occasion de préciser la notion de bénéficiaire effectif (« *beneficial owner* » ; cf. ATF 141 II 447 consid. 5 ; arrêts du TF 2C\_209/2017 précité consid. 3.3, 2C\_964/2016 précité consid. 4.3, 2C\_752/2014 précité consid. 4.1, 2C\_753/2014 du 27 novembre 2015 consid. 4.1, 2C\_383/2013 précité consid. 4 et 2C\_895/2012 précité consid. 4). Selon la définition retenue, le bénéficiaire effectif d'une société est en premier lieu celui qui reçoit effectivement une prestation et peut en disposer, ce qui signifie que la personne qui reçoit le dividende doit être en mesure de contrôler son utilisation et en avoir pleine jouissance, sans que ce pouvoir de disposer ne soit limité par une obligation légale ou contractuelle (cf. ATF 141 II 447 consid. 5.2.1 ; arrêts du TF 2C\_209/2017 précité consid. 3.3, 2C\_752/2014 précité consid. 4.1 et 2C\_753/2014 précité consid. 4.1).

Le Tribunal fédéral reprend en particulier la définition proposée par KLAUS VOGEL (in : Klaus Vogel/Moris Lehner [édit.], *Doppelbesteuerungsabkommen* [...], Munich 2008 [ci-après: *Doppelbesteuerungsabkommen*]), selon laquelle le « *beneficial owner* » est la personne qui peut décider librement de l'utilisation du capital ou du rendement, le cas échéant de les mettre à disposition de tiers, et/ou qui a le pouvoir de disposer des revenus (ATF 141 II 447 consid. 5.2.1 p. 458 s. et les références citées; arrêts du TF 2C\_209/2017 précité consid. 3.3 et 2C\_753/2014 précité consid. 4.1). Il en déduit notamment que le critère essentiel à la base de la définition du bénéficiaire effectif est le contrôle économique, respectivement le pouvoir d'utilisation effective (cf. ATF 141 II 447 consid. 5.2.1). Le Tribunal fédéral se fonde également et expressément sur les critères développés par BAUMGARTNER dans sa thèse consacrée à la notion de bénéficiaire effectif

(BEAT BAUMGARTNER, Das Konzept des beneficial owner im internationalen Steuerrecht der Schweiz, 2010, p. 130 ss ; cf. ATF 141 II 447 consid. 5.2.2). D'après cet auteur, la qualification de bénéficiaire effectif ne peut être retenue lorsque la personne qui reçoit les revenus a l'obligation de les transférer à un tiers. Dite obligation peut résulter soit d'un contrat conclu préalablement au versement du dividende, soit de restrictions effectives dans le pouvoir de décision du récipiendaire. A teneur de cette jurisprudence, la notion de bénéficiaire effectif ne doit pas être appréhendée dans un sens technique et étroit, mais en tenant compte des circonstances économiques. Lorsque la personne qui reçoit le dividende doit simplement le transférer à un tiers, elle ne dispose d'aucun pouvoir de contrôle sur la destination des revenus. Une telle limitation dans le pouvoir de disposer peut résulter d'un contrat écrit, mais aussi découler des circonstances (cf. ATF 141 II 447 consid. 5.2.1 ; arrêt du TF 2C\_209/2017 précité consid. 3.3).

Dans ce sens, il y a restriction effective du pouvoir de disposer lorsque deux conditions cumulatives sont remplies : d'une part, il doit exister un lien de dépendance entre le fait de recevoir les revenus et l'obligation de les transférer à un tiers ; d'autre part, l'obligation de transférer les revenus à un tiers doit dépendre de l'existence même des revenus (ATF 141 II 447 consid. 5.2.2). Dans le cadre de dite définition, le bénéficiaire effectif est la personne qui peut décider librement de l'utilisation du capital ou du rendement, le cas échéant de les mettre à disposition de tiers, et/ou qui a le pouvoir de disposer des revenus (cf. ATF 141 II 447 consid. 5.2.1 ; arrêts du TF 2C\_209/2017 précité consid. 3.3, 2C\_752/2014 précité consid. 4.1 et 2C\_753/2014 précité consid. 4.1). Notre Haute cour en déduit notamment que le critère essentiel à la base de la définition du bénéficiaire effectif est le contrôle économique, respectivement le pouvoir d'utilisation effective (cf. ATF 141 II 447 consid. 5.2.1 ; arrêts du TF 2C\_209/2017 précité consid. 3.3, 2C\_752/2014 précité consid. 4.1 et 2C\_753/2014 précité consid. 4.1). En particulier, s'il apparaît qu'une entité est tenue de transférer certains revenus à une autre et qu'il en résulte une limitation substantielle de son pouvoir de disposition par rapport à ceux-ci, elle perdra la qualité de bénéficiaire effectif.

La répartition des risques constitue aussi un indice (cf. BAUMGARTNER, op. cit., p. 124 et 146 ss). A cet égard, on se demandera en particulier qui supporte le risque financier qu'aucun dividende, par exemple, ne soit versé (cf. ATF 141 II 447 consid. 5.3, 6.3.4 et 6.5 ; arrêts du TAF A-1245/2011 précité consid. 3.3.2.2 et A-4693/2013 précité consid. 6.4).

**5.3.2** Cette jurisprudence du Tribunal fédéral apparaît au surplus comme cohérente avec l'interprétation de la notion de bénéficiaire effectif proposée par le Commentaire au Modèle de convention de l'OCDE (Modèle de Convention fiscale concernant le revenu et la fortune : Version abrégée telle qu'elle se lisait le 21 novembre 2017, en particulier Commentaire N 12.4 ad art. 10 [Dividendes]). Ainsi, s'agissant de structure de relais, le Commentaire précité estime que « le récipiendaire direct du dividende n'est pas le « bénéficiaire effectif » parce que le droit du récipiendaire d'utiliser le dividende et d'en jouir est limité par une obligation contractuelle ou légale de céder le paiement reçu à une autre personne. Cette obligation découle habituellement de documents juridiques pertinents, mais peut également exister en raison de faits et de circonstances qui montrent que, fondamentalement, le récipiendaire n'a de toute évidence pas le droit d'utiliser le dividende et d'en jouir sans être limité par une obligation contractuelle ou légale de céder le paiement reçu à une autre personne. »

Certes, le Commentaire ajoute que « ce type d'obligation ne comprend pas les obligations contractuelles ou légales qui ne dépendent pas de la réception du paiement par le récipiendaire direct, comme les obligations qui ne dépendent pas de la réception du paiement et que le récipiendaire direct peut avoir en qualité de débiteur ou de partie à des *transactions financières* [...] » (Commentaire, op. cit., N 12.4). Cette référence ne doit cependant pas être comprise comme qualifiant toute institution impliquée dans une transaction financière de bénéficiaire effective des dividendes. Bien au contraire, cette mention spécifique ne peut être entendue que comme une obligation de contextualisation de l'interprétation. Certes, le cadre de transactions financières peut justifier un certain manque de contrôle sur les revenus distribués. Il ne doit pas cependant constituer un blanc-seing pour admettre que toutes les transactions intervenant dans un tel cadre doivent, même en l'absence de contrôle par le récipiendaire, être considérées comme versées à l'ayant droit effectif (cf. ég. arrêt du TF 2C\_209/2017 précité consid. 3.4.2).

## **6.**

La recourante estime s'agissant de l'établissement des faits qu'elle a apporté tous les éléments de preuve qu'il lui était matériellement possible d'amener (cf. supra consid. 4) et que la qualité de bénéficiaire effective des dividendes ne saurait lui être refusée au (seul) motif que le nom des contreparties réelles lors des opérations financières ne sont pas connus. Il y a lieu d'examiner ce point de vue avant de déterminer si, oui ou non, la recourante est la bénéficiaire effective des revenus grevés.

**6.1** En matière fiscale, les règles générales du fardeau de la preuve ancrées à l'art. 8 du Code civil suisse du 10 décembre 1907 (CC, RS 210), destinées à déterminer qui doit supporter les conséquences de l'échec de la preuve ou de l'absence de preuve d'un fait, impliquent que l'autorité fiscale doit établir les faits qui justifient l'assujettissement et qui augmentent la taxation, tandis que le contribuable doit prouver les faits qui diminuent la dette fiscale ou la suppriment (cf. ATF 140 II 248 consid. 3.5 ; arrêts du TAF A-3003/2017 précité consid. 1.4.2 et A-2786/2017 du 28 février 2019 consid. 1.3.2). Il appartient en l'espèce à la recourante, qui a demandé à bénéficier du taux d'imposition réduit prévu par la CDI CH-I, d'établir qu'elle remplit les conditions fixées par cette convention (cf. ég. dans un tel sens, arrêt du TF 2C\_936/2017 du 22 août 2019 consid. 5.4).

## **6.2**

**6.2.1** D'une manière générale, l'administré ne doit agir de manière spontanée que si la loi le prévoit. Si tel n'est pas le cas, l'autorité inférieure se doit de procéder, en principe, à une sommation (cf. CHRISTOPH AUER, in : Auer et al. [éd.], Kommentar zum Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren [VwVG], 2<sup>e</sup> éd., 2018, ch. 26 ad art. 13). Ainsi, elle ne saurait exiger que l'administré lui fournisse de lui-même les renseignements et preuves adéquats, mais doit au contraire indiquer les faits qu'elle considère comme pertinents et les moyens de preuve qu'elle attend. Lorsque tel est le cas, l'autorité impartit en principe un délai à l'intéressé pour qu'il s'exécute et l'avertit des conséquences d'un défaut de collaboration (cf. art. 23 PA ; ATF 130 I 258 consid. 5, 116 V 23 consid. 3c et 3d et 102 Ib 97 consid. 3 ; arrêts du TAF A-6692/2012 précité consid. 2.3.1 et A-5884/2012 précité consid. 3.3.1 ; MOOR/POLTIER, op. cit., p. 293 ss ; CLÉMENCE GRISEL, L'obligation de collaborer des parties en procédure administrative, Zurich/Bâle/Genève 2008, n. marg. 252 ss, 376, 614 s. et 665).

D'autre part, dès lors que la collaboration de l'administré n'est pas raisonnablement exigible, soit notamment lorsqu'il lui est impossible de fournir les renseignements requis, celui-ci ne doit subir aucun désavantage d'un manquement à son devoir. Tel n'est toutefois pas le cas lorsqu'incombe audit administré une obligation d'auto-déclaration. Par ailleurs, le degré de preuve requis se limitera à la vraisemblance prépondérante s'agissant de faits pour lesquels l'administré ne peut apporter de preuve absolue (cf. arrêt du TF 2C\_611/2014 du 5 novembre 2014 consid. 3.2 ; arrêts du TAF A-1679/2015 du 24 mai 2016 consid. 2.4.2 et A-5884/2012 précité consid. 3.4.3 ; GRISEL, op. cit., n. marg. 195, 200 et

348 ss ; cf. ég. ATF 133 III 81 consid. 4.2.2 et arrêt du TF 4A\_297/2015 du 7 octobre 2015 consid. 4.2).

**6.2.2** Or, l'impôt anticipé est régi par le principe de l'auto-taxation, consacré à l'art. 38 LIA, en vertu duquel l'autorité peut attendre du contribuable qu'il ait une connaissance particulière de ses obligations fiscales et qu'il les accomplit correctement. Celui-ci est notamment tenu de s'inscrire auprès de l'AFC sans y être invité (art. 38 al. 1 LIA). A l'échéance de l'impôt, le contribuable doit en outre remettre à l'AFC, sans attendre d'y être invité, le relevé prescrit accompagné des pièces justificatives, et en même temps payer l'impôt ou faire la déclaration remplaçant le paiement (art. 38 al. 2 LIA). Il est seul responsable d'établir le relevé sur formule officielle et de verser le montant d'impôt anticipé dû ou de procéder à la déclaration de la prestation imposable (cf. arrêts du TAF A-1438/2014 précité consid. 3.1.3.3 et 3.2.2 et A-1878/2014 du 28 janvier 2015 consid. 4.2.3 ; cf. ég. MARKUS KÜPFER, *in* : VSTG-Kommentar, n° 9 ad art. 38).

L'AFC n'a dès lors pas l'obligation de contrôler systématiquement tous les actes et toutes les comptabilités des contribuables, pas plus qu'il ne lui appartient d'attirer l'attention de ces derniers sur leurs droits et obligations (cf. arrêt du TF 2A.249/2003 du 14 mai 2004 consid. 4.2 ; arrêts du TAF A-1438/2014 précité consid. 3.2.2 et A-1878/2014 précité consid. 4.2.3 ; cf. également HANS PETER HOCHREUTENER, *Verfahrensfragen im Bereich der Stempelabgaben und der Verrechnungssteuer*, Archives de droit fiscal suisse [Archives] 57 p. 596 s.). On remarquera en outre que l'autorité fiscale n'a pas non plus à procéder d'office au remboursement de l'impôt anticipé, mais qu'il revient bien plutôt à l'ayant-droit de requérir que le montant retenu à sa charge lui soit restitué.

### **6.3**

**6.3.1** Selon la jurisprudence, lorsqu'une convention de double imposition est applicable à un éventuel remboursement de l'impôt anticipé suisse en faveur d'un bénéficiaire résidant à l'étranger, il convient d'examiner si la question de l'obligation de renseigner et de collaborer du contribuable est également réglée par la convention en cause (cf. arrêts du TF 2C\_964/2016 précité consid. 5.1, 2C\_895/2012 précité consid. 5.1 HANS PETER HOCHREUTENER, *Die Eidgenössischen Stempelabgaben und die Verrechnungssteuer*, 2013, n° 1588 s.). Si tel n'est pas le cas, il est renvoyé au droit interne (cf. arrêts du TF 2C\_964/2016 précité consid. 5.1, 2C\_895/2012 précité consid. 5.1 ; arrêts du TAF A-3003/2017 précité consid. 2.3.3 et A-2902/2014 précité consid. 4.5 ; HOCHREUTENER, *op. cit.*,



n° 1193 et 1590) et l'art. 48 LIA trouve alors à s'appliquer tant en ce qui concerne le devoir de collaboration (al. 1), que la conséquence d'une absence de collaboration, à savoir le rejet de la demande (al. 2) (cf. arrêt du TF 2C\_964/2016 précité consid. 6.3).

En l'espèce, il n'est pas contesté que la CDI CH-I ne contenant pas une telle réglementation, il convient de se fonder sur le droit interne et en particulier sur l'art. 48 LIA. Il faut dès lors se demander, au regard de l'art. 48 LIA, si c'est à juste titre que l'autorité inférieure a confirmé le rejet de la demande de remboursement

**6.3.2** Aux termes de l'art. 48 al. 1 LIA, celui qui demande le remboursement de l'impôt anticipé doit renseigner en conscience l'autorité compétente sur tous les faits qui peuvent avoir de l'importance pour déterminer le droit au remboursement. Il faut en particulier : remplir complètement et exactement les formules de demandes et les questionnaires (let. a), fournir, à la requête de l'autorité, les attestations concernant la déduction de l'impôt (art. 14 al. 2 LIA) et produire les livres, pièces justificatives et autres documents (let. b). L'art. 48 al. 2 LIA prévoit quant à lui que si le requérant ne satisfait pas à ses obligations de donner des renseignements et que le droit au remboursement ne peut être déterminé sans les renseignements requis par l'autorité, la demande est rejetée.

Cette disposition codifie les deux principes suivants. Selon un premier principe, l'obligation d'examen et d'instruction de l'autorité appelée à se prononcer sur la demande de remboursement trouve ses limites dans l'obligation de renseignement et de collaboration du requérant. Lors de l'examen de la demande de remboursement, l'autorité inférieure bénéficie d'un certain pouvoir d'appréciation (cf. arrêt du TF 2C\_895/2012 précité consid. 5.2.1 et les références citées). Conformément à un second principe, l'obligation de renseignement et de collaboration de la personne demandant le remboursement de l'impôt anticipé doit respecter le principe de la proportionnalité prévu à l'art. 5 al. 2 de la Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999 (Cst., RS 101). Le requérant ne doit donner suite aux demandes de l'autorité compétente, que dans la mesure où celles-ci sont raisonnables. Cela signifie principalement que la collecte des informations demandées ne doit pas occasionner au requérant des coûts disproportionnés (cf. arrêt du TF 2C\_895/2012 précité consid. 5.2.2 et les références citées).

Les conséquences d'une absence de collaboration n'interviennent que lorsque la requête de remboursement ne peut pas être examinée sans les

informations, respectivement les pièces demandées. Par son comportement, le requérant crée un état empêchant les autorités fiscales d'élucider les faits déterminants pour trancher la question (juridique) du droit au remboursement (cf. arrêts du TF 2C\_895/2012 précité consid. 5.3 et 2C\_819/2009 du 28 septembre 2010 consid. 3.4 in : RDAF 2010 II 605 ; MARKUS KÜPFER/EVA OESCH-BANGERTER, in : VStG-Kommentar, n° 19 ad art. 48 LIA). Les conséquences du manque de collaboration du requérant prévues à l'art. 48 al. 2 LIA sont conformes au principe selon lequel le défaut de collaboration ne doit pas profiter au contribuable (cf. arrêt du TF 2C\_895/2012 précité consid. 5.3 et les références citées).

**6.4** En l'espèce, il ressort clairement du dossier que l'autorité inférieure, malgré plusieurs demandes à la recourante, n'a pas obtenu d'information quant à l'identité des cocontractants réels de cette dernière pour les transactions en cause entre 2008 et 2009. Les noms en revanche des courtiers intermédiaires (*brokers*) avec qui les contrats ont été passés par la recourante ont été transmis. Le Tribunal tient en outre pour démontré qu'il est objectivement impossible pour la recourante de transmettre l'identité réelle des cocontractants, compte tenu du fait que les courtiers intermédiaires refusent aujourd'hui eux-mêmes de transmettre cette information.

Les éléments requis, et en particulier l'identité des contreparties à l'achat et à la vente des actions en cause, devaient permettre à l'Administration fédérale d'établir les flux de titres et les liens éventuels existant entre la recourante et des tiers impliqués. Sur cette base, il aurait été possible d'appliquer la jurisprudence du Tribunal fédéral relative à la détermination du bénéficiaire effectif, notamment d'examiner la question du lien de dépendance et celle de l'obligation de transférer les revenus à un tiers. Comme le Tribunal fédéral l'a déjà jugé dans plusieurs arrêts (notamment arrêts 2C\_964/2016 précité consid. 6.2, 2C\_895/2012 précité consid. 8.3.3), les informations relatives aux contreparties sont nécessaires et même essentielles pour statuer sur la demande de remboursement, car elles permettent de déterminer clairement la structure complète des transactions effectuées. Quelles que soient les raisons qui empêchent la recourante de les fournir (secret d'affaire, contrat, dispositions pénales), leur absence peut conduire l'Administration fédérale à refuser le remboursement de l'impôt anticipé. La jurisprudence fédérale a désormais clairement précisé que le refus de communiquer des informations concernant les contreparties impliquées constituait une violation du devoir de collaborer de la part de la société recourante : ainsi, s'il n'est pas possible aujourd'hui de transmettre l'identité de

cocontractants réels, c'est à la recourante de supporter les conséquences, vis-à-vis des autorités fiscales suisses, de son refus, respectivement de son impossibilité, de fournir les informations requises. Par ailleurs, le Tribunal fédéral a également rappelé que, suivant les circonstances, la société qui requiert le remboursement de l'impôt n'est pas déliée de son obligation de fournir des renseignements, lorsque la non-exécution de cette obligation résulte du fait d'une tierce personne (cf. arrêt du TF 2C\_895/2012 précité consid. 8.3.3 et réf. cit. ; cf. ég. arrêt du TAF A-2902/2014 précité consid. 4.5.3, confirmé sur ce point par l'arrêt du TF 2C\_964/2016 précité consid. 6.2).

**6.5** Un tel examen s'imposait en l'occurrence d'autant plus que les titres ont été acquis peu de temps avant l'échéance des dividendes, puis revendus peu de temps après, ce qui n'est pas discuté entre les parties. De telles transactions, au regard de leur volume, de la courte durée de détention des titres négociés qui correspondait à la période de distribution des dividendes, de l'importance de ceux-ci, ainsi que des opérations de couverture au moyen de « futures » que la recourante a dans la plupart des cas conclues, ne sont pas sans soulever certaines questions, concernant notamment l'identité des contreparties et les liens éventuels entre celles-ci et la recourante, comme le relève à raison l'autorité inférieure (en ce sens, cf. arrêts du TF 2C\_964/2016 précité consid.6.1 et 2C\_895/2012 précité consid. 8.1, en particulier consid. 8.1.1). Dans ce contexte, il aurait également été utile de disposer d'informations concernant d'éventuelles transactions sur les titres en question effectuées en dehors de la période de versement des dividendes, en ce sens que l'absence de telles transactions hors de cette période peut constituer un indice que la recourante n'est pas le bénéficiaire effectif des dividendes litigieux (cf. arrêt du TAF A-2902/2014 précité consid. 6.1).

**6.6** En résumé, il apparaît ainsi que les renseignements requis, concernant l'identité des contreparties impliquées, constituent clairement des « faits qui peuvent avoir de l'importance pour déterminer le droit au remboursement » de la recourante. Celle-ci était donc – en principe – tenue de les communiquer à l'autorité inférieure. Force est ainsi de reconnaître que la jurisprudence précitée ne peut avoir pour conséquence que la constatation d'une violation de l'obligation de collaborer par la recourante, même si, comme indiqué ci-dessus, elle est, aujourd'hui, dans l'impossibilité de transmettre les informations requises. En omettant d'indiquer les identités des contreparties à l'achat et à la vente des titres en cause, la recourante a – de manière volontaire ou contre son gré – occulté des éléments essentiels de l'état de fait pertinent. Or, la non-

transmission par la recourante de cette information ne saurait lui procurer un avantage. Par conséquent, cette dernière doit se laisser opposer les conséquences de l'absence d'identité des cocontractants effectifs pour les transactions financières auxquelles elle a participé.

A cet égard, il sied de remarquer qu'il est étonnant qu'en sa qualité de mandataire, la recourante n'ait ni reçu, ni demandé de copie des pièces justificatives en question de la part de son broker. En effet, en tant qu'elle entend bénéficier du dégrèvement prévu par l'art. 10 par. 2 CDI CH-I, elle doit être en mesure de produire, sur demande, ce genre de documents. Par ailleurs, la recourante ne saurait invoquer l'écoulement du temps et la durée de la procédure pour justifier la non-exécution de son obligation : la procédure de remboursement ayant été initiée en 2009 et l'autorité inférieure ayant rejeté – certes informellement – la première demande formée par la recourante en 2011 déjà, cette dernière devait s'attendre, à tout le moins dès cette dernière date, à devoir fournir ce type de pièces en vue d'obtenir le remboursement de l'impôt anticipé retenu à sa charge. Au vu de ce qui précède, il n'apparaît pas, contrairement à ce qu'affirme la recourante, que l'autorité inférieure ait été au-delà de ce que permet l'art. 48 LIA en requérant la communication de l'identité des contreparties à l'achat et à la vente des titres litigieux, ainsi que la fourniture de pièces justificatives concernant les transactions sur « futures » et les transactions réalisées en dehors de la période de versement des dividendes. Le grief de la recourante tiré de la violation de l'art. 48 LIA est donc mal fondé et doit être rejeté.

Cela ne signifie pas encore que la recourante n'est pas la bénéficiaire effective des rendements qui lui ont été versés, mais qu'il y a lieu d'examiner les conséquences du défaut de collaboration, pour déterminer si le droit au remboursement existe malgré l'absence des renseignements requis. L'autorité inférieure ne dit par ailleurs rien d'autre lorsqu'elle estime (cf. Décision, ch. 13 let. iv et v ; Réponse, p. 14 ; Duplique, p. 2) qu'indépendamment de savoir si la recourante a violé son devoir de collaboration ou pas, elle n'est pas la bénéficiaire effective des rendements grevés. C'est donc bien cet élément qui doit être examiné dans le considérant suivant (ci-dessous consid. 7).

## 7.

Comme déjà mentionné (ci-dessus, Faits let. B), la recourante a procédé d'une part à des opérations d'achats de titres suisse (consid. 7.1 ci-dessous) et d'autre part à des opérations d'emprunt de titres (consid. 7.2 ci-dessous).

**7.1** En ce qui concerne les dividendes reçus par la recourante par le biais d'opérations d'achat de titres suisses couplées à des Futures, il faut admettre avec l'autorité intimée une ressemblance du cas d'espèce avec l'état de fait ayant donné lieu à l'arrêt 2C\_895/2012 du 5 mai 2015 déjà cité, dans lequel le Tribunal fédéral a conclu à l'absence de la qualité de bénéficiaire effective de la récipiendaire des dividendes. Il convient de souligner en l'espèce que les montants qui devaient être reversés aux contreparties, même en cas d'absence de dividende ou de perte de change, étaient fonction des montants effectivement obtenus dans le cadre des transactions sur actions. En effet, par les opérations de hedging, la recourante s'était à chaque fois et d'une certaine manière liée auparavant avec une contrepartie de telle sorte qu'elle ne devait pas supporter le risque financier et économique lié au versement du dividende.

La recourante n'est pas forcément opposée à cette vision : elle soutient que les opérations sur titres effectuées devaient rémunérer une prise de risque uniquement en lien avec la volatilité des actions acquises et que les opérations ont été menées en raison des connaissances techniques et de l'infrastructure dont elle disposait. Elle souligne également qu'elle n'était jamais légalement obligée de rétrocéder les dividendes reçus. Même si tel était bien le cas, il n'en resterait pas moins que les conditions objectives du remboursement de l'impôt anticipé, telles que fixées par la jurisprudence précitée (ci-dessus consid. 5) ne sont ici pas remplies. Le résultat des opérations financières menées par la recourante a eu pour effet de transmettre les dividendes versés par les sociétés suisses à des entités tierces, la recourante ne disposant objectivement pas d'un libre pouvoir de disposition économique sur les montants reçus. Contrairement à ce que soutient cette dernière, ce n'est en effet pas une analyse strictement contractuelle ou légale des obligations des parties à la transaction qui est déterminante pour la qualité de bénéficiaire effective, mais bien une analyse économique. C'est ainsi qu'il y a lieu de comprendre la jurisprudence fédérale (cf. ci-avant consid. 5.3.1) concordante avec l'interprétation proposée par le Commentaire au MC-OCDE (cf. ci-avant consid. 5.3.2) selon lesquels la base de la définition du bénéficiaire effectif est le contrôle économique, respectivement le pouvoir d'utilisation effective. Or, il ressort de l'appréciation globale, fondée sur des considérations nécessairement juridiques et aussi économiques du cas d'espèce, que les montants transférés n'étaient pas dans un lien de connexité faible ou distant avec les montants obtenus dans le cadre des transactions sur actions, mais bien au contraire que ces montants étaient de manière constante identiques à ces derniers. Dans ce sens, une analyse économique des transactions intervenues aboutit à la conclusion

que la recourante ne disposait pas d'un pouvoir d'utilisation effectif des dividendes qu'elle a reçus mais qu'au contraire les transactions avaient comme conséquences économiques qu'une partie importante des dividendes était reversée à des tiers. Au surplus, cette correspondance entre les montants perçus des sociétés suisses au titre de dividendes et ceux versés aux contreparties dans le cadre des transactions ici en cause n'est pas seulement le fruit du hasard, mais elle provient de manière explicite de la structure des opérations. D'un point de vue économique, l'obtention des dividendes était ainsi liée d'une telle manière à l'obligation contractuelle de fournir des prestations aux contreparties de contrats de « Futures » que l'on peut conclure à une obligation de fait de transférer les dividendes. La recourante ne supportait ainsi pas le risque d'une éventuelle perte de cours sur les actions suisses acquises ou empruntées, ce risque étant assuré par la structure des opérations effectuées. Cela signifie également que l'on peut considérer comme rempli le critère mentionné plus haut de l'interdépendance (voir ci-dessus consid. 5.2.2 in fine) entre l'obtention des dividendes et le transfert des montants reçus. Les actions étaient systématiquement acquises avant l'échéance des dividendes, avec pour but de transférer hors d'Italie ou de la Suisse aux contreparties des contrats les dividendes perçus sur lesdits titres, ceci entièrement et sans impôt anticipé.

Ainsi la première comme la deuxième condition nécessaire à la reconnaissance d'une obligation de transfert de fait, elle-même nécessaire à la reconnaissance d'un lien de « dépendance » (voir ci-dessus consid. 5.2.2) sont remplies. Les deux opérations étaient conçues de telle manière à éviter de transférer à la recourante non seulement tout pouvoir de disposition sur les dividendes mais également quelque risque (considérable) qu'il soit. Dès lors, si l'on doit nier à la recourante la qualité de bénéficiaire économique des revenus de dividendes en question, il devient superflu d'examiner plus en avant l'existence ou non d'un abus de convention.

**7.2** S'agissant des opérations d'emprunt de titres suisses effectuées par la recourante contre un collatéral de garantie, elles ont permis à la recourante d'encaisser les dividendes versés par les sociétés dont les titres étaient prêtés. L'état de fait peut être assimilé à celui ayant donné lieu à l'arrêt de la Cours de céans A-1426/2011 du 20 décembre 2016. Dans ce dernier arrêt – confirmé par l'arrêt du TF 2C\_209/2017 précité – le Tribunal administratif fédéral, s'appuyant sur la jurisprudence fédérale explicitée au consid. 5 ci-dessus relative à la notion de bénéficiaire effectif, a conclu que les transactions d'emprunt de titres, dans le cas à juger, ne permettaient

pas de conclure que la récipiendaire en était la bénéficiaire effective. Il ressortait bien plus de l'analyse des contrats qu'en prêtant des actions, en effectuant le paiement compensatoire et en rétrocédant des actions de même nature et de même quantité, la recourante avait cherché à percevoir les revenus contestés au Luxembourg et à les transférer au Royaume-Uni (arbitrage fiscal au Royaume-Uni et au Luxembourg). Dans ce sens, elle n'avait pas effectivement le droit d'utiliser les dividendes (cf. consid. 5.2.3 de l'arrêt en question ; cf. ég. arrêt du TF 2C\_209/2017 précité consid. 3.5 dans lequel la jurisprudence antérieure sur la notion de bénéficiaire effectif est confirmée).

Il en va de même dans le cas d'espèce. L'emprunt des actions par la recourante est systématiquement couplée à l'obligation d'effectuer le paiement compensatoire. Il en résulte ainsi que les dividendes perçus par la recourante étaient intrinsèquement liés à l'obligation du paiement compensatoire et que celle-ci n'avait donc pas la liberté de disposer du dividende reçu. Par surabondance, on soulignera que les paiements compensatoires interviennent systématiquement quelques jours après que la recourante avait perçu elle-même les dividendes. La recourante ne peut, dans ces circonstances, être qualifiée de bénéficiaire effective des dividendes reçus dans le cadre des transactions d'emprunt de titres.

#### **8.**

La recourante fait valoir au surplus que les contreparties aux conventions de Futures et de prêt de titres étaient résidentes au Royaume-Uni, Etat dont les résidents bénéficient, comme pour la CDI CH-I, d'une retenue résiduelle à la source de 15 % uniquement (sur la base de la Convention du 8 décembre 1977 entre la Confédération suisse et le Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord en vue d'éviter les doubles impositions en matière d'impôts sur le revenu [CDI CH-GB, RS 0.672.936.712]). En tant qu'il tend à prouver l'absence d'abus, cet argument n'est pas fondé, la question de l'abus conventionnel n'étant pas litigieuse ici. En tant que la recourante requiert le remboursement de l'impôt anticipé, cet argument doit être rejeté en l'espèce dès lors que les entités résidentes mentionnées à ce titre par la recourante ne sont que les intermédiaires financiers (brokers) et que la recourante ni n'allègue, ni ne démontre qu'ils seraient les bénéficiaires effectifs des revenus des sociétés suisses. Force est en outre de signaler que la CDI CH-I ne contient pas de clause de bénéfice dérivé de la convention (Derivated Benefits Clause), comme en connaît par exemple l'art. 22 al. 3 let. b CDI CH-USA et qu'il apparaît dans ces circonstances comme douteux qu'un remboursement puisse intervenir au profit d'une personne ou entité qui n'a pas reçu les dividendes directement.

**9.**

Les considérants qui précèdent conduisent le Tribunal administratif fédéral à rejeter le recours. Vu l'issue de la cause, les frais de procédure, par CHF 32'500.--, sont mis à la charge de la recourante qui succombe, en application de l'art. 63 al. 1 PA et des art. 1 ss du Règlement du 21 février 2008 concernant les frais, dépens et indemnités fixés par le Tribunal administratif fédéral (FITAF, RS 173.320.2). L'autorité de recours impute, dans le dispositif, l'avance de frais déjà versée par la recourante. Une indemnité à titre de dépens n'est allouée ni à la recourante (art. 64 al. 1 PA *a contrario*, respectivement art. 7 al. 1 FITAF *a contrario*), ni à l'autorité inférieure (art. 7 al. 3 FITAF).

**Par ces motifs, le Tribunal administratif fédéral prononce :****1.**

Le recours est rejeté, dans la mesure de sa recevabilité.

**2.**

Les frais de procédure, d'un montant de CHF 32'500.--, sont mis à la charge de la recourante. Ce montant est compensé par l'avance de frais déjà versée.

**3.**

Il n'est pas alloué de dépens.

**4.**

Le présent arrêt est adressé :

- à la recourante (acte judiciaire)
- à l'autorité inférieure (n° de réf. \*\*\* ; acte judiciaire)

L'indication des voies de droit se trouve à la page suivante.

Le président du collège :

Le greffier :



Raphaël Gani

Raphaël Bagnoud

**Indication des voies de droit :**

La présente décision peut être attaquée devant le Tribunal fédéral, 1000 Lausanne 14, par la voie du recours en matière de droit public, dans les trente jours qui suivent la notification (art. 82 ss, 90 ss et 100 LTF). Ce délai est réputé observé si les mémoires sont remis au plus tard le dernier jour du délai, soit au Tribunal fédéral soit, à l'attention de ce dernier, à La Poste Suisse ou à une représentation diplomatique ou consulaire suisse (art. 48 al. 1 LTF). Le mémoire doit être rédigé dans une langue officielle et doit indiquer les conclusions, les motifs et les moyens de preuve, et être signé. La décision attaquée et les moyens de preuve doivent être joints au mémoire, pour autant qu'ils soient en mains de la partie recourante (art. 42 LTF).

Expédition :