



## Alerte en fiscalité internationale

### La victoire du contribuable dans l'affaire *Alta* laisse d'importantes questions sans réponse

Le 20 février 2020

Le 12 février 2020, la Cour d'appel fédérale (CAF) a rendu un jugement unanime dans l'affaire *R. c. Alta Energy Luxembourg S.A.R.L.*<sup>1</sup> (ci-après l'affaire *Alta*) rejetant l'appel interjeté par la Couronne. Les conclusions de la Cour étaient attendues avec impatience par le milieu de la fiscalité, compte tenu de leur pertinence pour l'un des enjeux de la plus haute

#### Personnes-ressources :

**Olivier Labelle**

**Leader national – Fiscalité internationale**

Tél. : 403-267-1790

**Michael R. Smith**

**Leader, Bureau national Fiscalité**

Tél. : 403-267-0661

**Mark Dumalski**

**Associé, Fiscalité – Ottawa**

Tél. : 613-751-5247

---

<sup>1</sup> 2020 CAF 43.

importance pour les entreprises multinationales, soit le droit de se prévaloir des avantages prévus par une convention fiscale depuis la ratification par le Canada, en août 2019, 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 des bénéfices (« l'Instrument multilatéral » ou « IM »). Bien que l'affaire *Alta* porte sur l'applicabilité de la règle générale anti-évitement (RGAE) afin de refuser des avantages découlant d'une convention fiscale pour une année d'imposition antérieure à l'entrée en vigueur de l'IM, le cadre d'analyse applicable à la RGAE est substantiellement similaire à ce que l'on appelle le critère de l'objet principal, qui constitue la pierre angulaire de l'IM. Si la décision de la CAF ne va pas aussi loin que certains l'auraient souhaité, dans la mesure où elle n'entérine pas carrément les motifs du juge Hogan dans la décision de la Cour canadienne de l'impôt (CCI), elle ne les rejette pas non plus ni ne les infirme. Cette affaire est une autre victoire décisive pour le contribuable au Canada dans le domaine du « chalandage fiscal ». Il subsiste toutefois une importante incertitude quant à l'applicabilité du critère de l'objet principal, compte tenu de sa nouveauté et du manque de directives à son égard.

## Contexte

Les faits dans l'affaire *Alta* concernent la disposition, par une société contribuable résidente du Luxembourg, d'actions d'une société résidente du Canada qui constituaient des biens canadiens imposables en vertu de la loi canadienne, mais qui, en vertu des paragraphes 4 et 5 de l'article 13 de la convention fiscale entre le Canada et le Luxembourg, étaient qualifiés de biens protégés par traité, ce qui exonérait le gain en résultant de l'impôt canadien. La Couronne a plaidé devant la CCI, en premier lieu, que les actions en question ne pouvaient pas être considérées comme des biens protégés par traité et, subsidiairement, que la RGAE devrait s'appliquer pour refuser les avantages prévus par la convention au motif que certaines opérations effectuées en vue de la disposition des actions constituaient des opérations d'évitement donnant lieu à un abus des dispositions de la *Loi de l'impôt sur le revenu* et de la convention.

## La décision de la CCI

Les deux arguments de la Couronne ont été rejetés par la CCI et la Couronne a interjeté appel devant la CAF uniquement de la décision du juge Hogan concernant la non-applicabilité de la RGAE. En analysant la question de l'abus, le juge Hogan a réitéré la nécessité d'identifier l'objet, l'esprit et le but des dispositions pertinentes. Plus précisément, et ce qui présente un intérêt particulier pour les contribuables, il a expliqué qu'il était nécessaire d'identifier la raison d'être de certains articles de la convention, plutôt que de s'appuyer sur le préambule de la convention qui ne représente qu'une déclaration générale et vague concernant le but poursuivi par la convention globalement.

Ayant rejeté le préambule comme source pertinente en matière d'interprétation, la CCI est parvenue à un certain nombre de conclusions lors de

**Shawn D. Porter**

**Associé, Fiscalité – Toronto**

Tél. : 416-601-6605

**Albert Baker**

**Leader national de la politique**

Tél. : 604 640 3344

**David Nielsen**

**Associé, Fiscalité – Toronto**

Tél. : 416-601-6470

**Liens connexes :**

**Services de la fiscalité internationale**

**Services de fiscalité de Deloitte**

son analyse de l'objet, de l'esprit et du but des dispositions précises de la convention invoquées par le contribuable, notamment :

- Le paragraphe 4 de l'article 13 de la convention Canada-Luxembourg vise à encourager les investissements étrangers directs par des résidents du Luxembourg.
- Le paragraphe 4 de l'article 13 de la convention déroge au Modèle de Convention fiscale de l'Organisation de coopération et de développement économiques (OCDE). Cet écart est révélateur des intentions délibérées des parties de conclure un marché dans le cadre des négociations de la convention.
- Les parties à une convention fiscale sont présumées connaître le régime fiscal de l'autre pays lorsqu'elles négocient la convention et toute modification à celle-ci. Lorsqu'un État n'impose pas les gains en capital, il incombe à l'autre État de prévenir les cas de double non-imposition s'il le souhaite. Le Canada et le Luxembourg n'ont pas choisi cette option, et le rôle de la Cour n'est pas d'intervenir dans leur entente à cet égard.
- Rien dans la convention Canada-Luxembourg n'indique qu'une société qui réside au Luxembourg devrait se voir refuser les avantages découlant de la convention au seul motif que ses actionnaires ne sont pas eux-mêmes des résidents du Luxembourg. Par exemple, la convention ne comporte aucune règle de limitation des avantages qui impose des conditions supplémentaires à l'admissibilité d'une personne aux avantages prévus à la convention, contrairement à la convention entre le Canada et les États-Unis.

### **La décision de la CAF**

Comme il est indiqué précédemment, le juge Webb, en écrivant au nom de la CAF, n'a pas entériné spécifiquement les motifs de la CCT, mais ne les a pas rejetés ni infirmés non plus. Il n'a en effet formulé aucun commentaire direct à leur sujet. La CAF a plutôt adopté une approche plus circonspecte, en s'appuyant exclusivement sur le libellé des dispositions de la convention – le procureur de la Couronne n'ayant pu citer aucune autorité susceptible d'éclairer la raison d'être des dispositions pertinentes – pour tenter de déterminer leur objet, leur esprit et leur but. Il est à noter que la CAF a refusé de tenir compte des commentaires de l'OCDE (le juge Webb a fait remarquer que les commentaires cités par la Couronne concernaient des modèles de conventions qui ne comportaient pas la disposition d'exonération en litige), préférant se concentrer sur le texte de la convention. Au paragraphe 69 de la décision, le juge Webb a déclaré que « [traduction] [la] raison d'être des dispositions pertinentes de la convention avec le Luxembourg se trouve dans le texte de ces dispositions. Ces dispositions ne sont ni longues ni complexes ».

En ce qui concerne le « chalandage fiscal », le juge Webb a déclaré ce qui suit au paragraphe 77 du jugement :

« [Traduction] Le juge de la Cour de l'impôt a également fait référence aux mesures que le ministère des Finances a indiqué qu'il prendrait pour mettre un frein au chalandage fiscal. Toutefois, aucune mesure n'a été prise avant les opérations en l'espèce. Toutes les mesures prises après la conclusion des opérations en l'espèce, ou qui pourraient être prises à l'avenir, ne s'appliquent pas en l'espèce, mais pourraient avoir une incidence sur les opérations futures. »

Cette réticence de la Cour à rechercher d'autres indices quant à la raison d'être de certaines dispositions de la convention l'a amenée à s'appuyer sur les principes établis dans d'autres décisions importantes, notamment *MIL (Investments) S.A. c. Canada*<sup>2</sup> et *Garron (Fiducie familiale) c. La Reine*<sup>3</sup>. En particulier, la Cour a refusé d'arriver à une conclusion qui aurait pour effet de créer plusieurs catégories de résidents au sens de la convention et dont l'admissibilité aux avantages prévus à la convention pourrait dépendre de divers facteurs, notamment du montant de l'impôt payé au Luxembourg ou de l'importance de leur lien commercial avec le Luxembourg.

## Observations

L'IM est entré en vigueur pour les questions relatives aux retenues d'impôt à la source pour certaines des conventions fiscales du Canada (appelées les « conventions fiscales couvertes »), y compris la convention avec le Luxembourg, et ce, à compter du 1<sup>er</sup> janvier 2020. L'IM entrera en vigueur pour toutes les autres questions abordées dans ces conventions fiscales couvertes pour les années d'imposition qui commencent le 1<sup>er</sup> juin 2020 ou après cette date.

Selon l'article 7 de l'IM, le critère de l'objet principal ne s'appliquera pas pour refuser des avantages prévus par la convention si l'octroi de ces avantages dans ces circonstances serait conforme à l'objet et au but des dispositions pertinentes de cette convention.

En analysant la manière dont l'IM s'appliquera aux structures existantes et envisagées, les contribuables devront déterminer, entre autres, si le maintien de l'admissibilité aux avantages prévus par les conventions fiscales couvertes du Canada sera considéré comme étant conforme aux objets et aux buts de ces conventions. En effet, en vertu de l'IM, il semble que le fardeau de la preuve en ce qui concerne la détermination de l'objet et du but des dispositions d'une convention incombe au contribuable. Dans le contexte de la RGAE, un tel fardeau de la preuve revient au ministre du Revenu national.

Dans sa décision, la CAF n'a pas été aussi claire que de nombreux contribuables l'auraient souhaité concernant l'objet de la convention et les bénéficiaires visés. Ainsi, une incertitude importante subsiste. Par conséquent, bon nombre d'organisations souhaiteront probablement continuer à adopter des stratégies permettant d'atténuer le risque découlant de l'IM, y compris des changements structurels et commerciaux, si cela s'avère justifié. Néanmoins, il est possible de tirer un certain nombre d'enseignements utiles de la décision de la CAF, de même que de la décision de la CCI, étant donné que les motifs de la CCI demeurent pertinents, n'ayant pas été rejetés par la CAF.

Tout d'abord, les tribunaux ont confirmé que les opérations semblables à celles effectuées par le contribuable dans l'affaire *Alta*, lesquelles cherchent à tirer parti de l'exclusion des biens immobiliers utilisés dans une entreprise exploitée activement au Canada de la définition de biens canadiens imposables, ne devraient pas être assujetties à la RGAE. Ainsi, les organisations qui sont actuellement en mesure de bénéficier de cette disposition de la convention Canada-Luxembourg pourraient envisager de mettre en œuvre des opérations visant à majorer le prix de base des actions admissibles avant la date d'entrée

---

<sup>2</sup> 2007 CAF 236.

<sup>3</sup> 2009 CCI 450.

en vigueur de l'IM. Lors de l'examen de ces opérations, il convient de garder à l'esprit que la Couronne peut encore déposer une demande d'autorisation de pourvoi de la décision de la CAF devant de la Cour suprême du Canada.

Ensuite, sur une base prospective, les commentaires du juge Hogan, selon lesquels le paragraphe 4 de l'article 13 de la convention Canada-Luxembourg vise à encourager les investissements étrangers directs, continuent d'être utiles aux contribuables pour déterminer l'objet et le but de cette disposition.

Une question importante qui demeure sans réponse à la suite de l'affaire *Alta* est de savoir si, et dans quelle mesure, le préambule élargi des conventions du Canada, tel qu'il est mis en œuvre par l'article 6 de l'IM, doit être considéré comme pertinent dans la détermination de l'objet et du but de certaines dispositions des conventions invoquées par les contribuables. La CAF a clairement indiqué que la raison d'être de certaines dispositions de la convention fiscale, en l'absence de lignes directrices faisant autorité, ne peut être établie qu'en examinant le texte de ces dispositions tel qu'il en a été spécifiquement convenu par les États contractants. L'article 6 de l'IM élargit la portée du préambule de toute convention fiscale couverte afin de préciser que la convention ne vise pas à créer des « possibilités de non-imposition ou d'imposition réduite via des pratiques d'évasion ou de fraude fiscale/évitements fiscaux (résultant notamment de la mise en place de stratégies de chalandage fiscal destinées à obtenir des allègements prévus dans la présente convention au bénéfice indirect de résidents de juridictions tierces) ».

En rejetant l'appel de la Couronne, la CAF a néanmoins fait référence au fait que les conventions futures conclues par les parties à une convention fiscale donnée seraient pertinentes pour déterminer la raison d'être de certaines dispositions sous-jacentes, et a fait référence à son intention d'imposer possiblement plus de restrictions au droit de se prévaloir des avantages découlant d'une convention fiscale dans le sens proposé par la Couronne dans l'affaire *Alta*. La question clé est donc de savoir si la ratification de l'IM par le Canada et un pays signataire de la convention, et l'inclusion du préambule à l'article 6 de l'IM dans une convention fiscale couverte particulière en résultant, constituent un nouvel accord significatif entre les deux parties. S'il est évident que les parties à une convention fiscale couverte ont convenu de quelque chose de nouveau, il existe une incertitude importante quant au sens ou à la portée du nouveau préambule, de sorte que l'on peut raisonnablement se demander ce dont les parties à une convention fiscale couverte donnée ont, et n'ont pas, convenu. Particulièrement, quant à la question de savoir ce qui constitue du chalandage fiscal, l'article 29 du Modèle de Convention fiscale de l'OCDE fournit quelques exemples ayant pour but de clarifier si le critère de l'objet principal devrait ou non s'appliquer pour refuser les avantages prévus à une convention. Plusieurs de ces exemples comprennent des faits relativement extrêmes tandis que d'autres exemples plus courants (notamment les scénarios concernant des sociétés de portefeuille traditionnelles) brillent par leur absence. On peut donc raisonnablement conclure – compte tenu de la diversité des pays composant le Cadre inclusif et ayant participé à la négociation de l'IM – qu'il a été très difficile de parvenir à un véritable consensus (c'est-à-dire un accord avec des intentions mutuelles) sur le sens à donner au « chalandage fiscal » au-delà de situations artificielles ou très fictives. D'autres décisions seront nécessaires pour déterminer plus précisément ce qui constitue du « chalandage fiscal ». En attendant, les contribuables et leurs conseillers devront décider si l'IM a sensiblement changé la donne dans le contexte canadien.

Pour toute question, ou pour discuter de la pertinence de la décision *Alta* pour votre organisation, veuillez communiquer avec votre conseiller de Deloitte ou l'un des spécialistes de la fiscalité internationale dont le nom apparaît dans ce bulletin.

Deloitte S.E.N.C.R.L./s.r.l.  
La Tour Deloitte  
1190, avenue des Canadiens-de-Montréal, bureau 500  
Montréal, Québec H3B 0M7  
Canada

Ce document est publié par Deloitte S.E.N.C.R.L./s.r.l. à l'intention des clients et amis du Cabinet et ne doit pas remplacer les conseils judicieux d'un professionnel. Aucune mesure ne devrait être prise sans avoir consulté préalablement un spécialiste. Vous utilisez le présent document à vos propres risques.

Deloitte offre des services dans les domaines de l'audit et de la certification, de la consultation, des conseils financiers, des conseils en gestion des risques, de la fiscalité et d'autres services connexes à de nombreuses sociétés ouvertes et fermées dans de nombreux secteurs. Deloitte sert quatre entreprises sur cinq du palmarès Fortune Global 500<sup>MD</sup> par l'intermédiaire de son réseau mondial de cabinets membres dans plus de 150 pays et territoires, qui offre les compétences de renommée mondiale, le savoir et les services dont les clients ont besoin pour surmonter les défis d'entreprise les plus complexes. Pour en apprendre davantage sur la façon dont les quelque 264 000 professionnels de Deloitte ont une influence marquante – y compris les 14 000 professionnels au Canada – veuillez nous suivre sur LinkedIn, Twitter ou Facebook.

Deloitte S.E.N.C.R.L./s.r.l., société à responsabilité limitée constituée en vertu des lois de l'Ontario, est le cabinet membre canadien de Deloitte Touche Tohmatsu Limited. Deloitte désigne une ou plusieurs entités parmi Deloitte Touche Tohmatsu Limited, société fermée à responsabilité limitée par garanties du Royaume-Uni, ainsi que son réseau de cabinets membres dont chacun constitue une entité juridique distincte et indépendante. Pour une description détaillée de la structure juridique de Deloitte Touche Tohmatsu Limited et de ses sociétés membres, voir [www.deloitte.com/ca/apropos](http://www.deloitte.com/ca/apropos).

Deloitte souhaite offrir sur demande ses publications dans des formats accessibles et des aides à la communication.

© Deloitte S.E.N.C.R.L./s.r.l. et ses sociétés affiliées.