

14 DÉCEMBRE 2021

La Cour suprême donne son aval au mécanisme du chalandage fiscal : la décision dans l'*affaire Alta Energy*

Auteurs : [Michael N. Kandev](#), [Taj Kudhail](#), [Sammy Cheaib](#), [Marc Pietro Allard](#), John J. Lennard et Michael H. Lubetsky

La Cour suprême du Canada (la « CSC ») a récemment rendu sa décision très attendue dans l'*affaire Canada c. Alta Energy Luxembourg S.A.R.L.*, 2021 CSC 49 (l'« *affaire Alta Energy* »). Six des neuf juges ont conclu que la règle générale anti-évitement (la « RGAE ») prévue par la législation canadienne ne pouvait être invoquée pour refuser les avantages conférés par la *Convention entre le gouvernement du Canada et le gouvernement du Grand-Duché de Luxembourg* (la « Convention fiscale ») dans un scénario de chalandage fiscal vraisemblable. La décision, rendue le 26 novembre 2021, fera probablement autorité sur cette question controversée, tant au Canada qu'ailleurs dans le monde. Il est également possible que la décision influe sur l'interprétation 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 bénéfice* (la « Convention multilatérale »).

Nous résumons ci-dessous la décision rendue dans l'*affaire Alta Energy* et présentons nos observations sur les effets de la décision sur l'interprétation des conventions fiscales et sur l'utilisation et l'application de la RGAE au Canada.

Contexte

L'*affaire Alta Energy* concernait Alta Energy Partners Canada Ltd. (« Alta Canada »), société canadienne détenant des participations dans des avoirs miniers canadiens situés dans la formation schisteuse de Duvernay, dans le nord de l'Alberta. Au départ, les actions d'Alta Canada étaient détenues par la filiale américaine (« Alta US ») d'un important groupe de capital-investissement américain. En 2012, en lien avec une restructuration interne, les actions d'Alta Canada ont été vendues à Alta Energy Luxembourg S.A.R.L. (le « contribuable AE »), société résidente du Luxembourg. Cette vente était assujettie à l'impôt canadien, mais Alta US a fait valoir que la valeur de ses actions dans Alta Canada au moment de la restructuration était égale au coût que représentaient alors les actions pour elle, de sorte qu'elle ne réalisait aucun gain en capital, position que l'Agence du revenu du Canada a acceptée. Moins d'un an plus tard, le contribuable AE a vendu ses actions d'Alta Canada, tirant de la vente un gain de presque 400 millions de dollars américains. Ce gain aurait été assujetti à l'impôt sur les gains en capital du Canada en l'absence d'une exonération spécifique prévue par une convention fiscale. Le contribuable AE a affirmé que le gain n'était pas imposable au Canada, invoquant l'article 13(4) de la Convention fiscale, qui stipule que les gains tirés de l'aliénation d'actions dont la valeur provient principalement d'un bien immobilier situé au Canada sont imposables au Canada, à moins qu'une entreprise ne soit exploitée dans le bien immobilier (l'« exonération relative aux biens d'entreprise »). Plus de quarante des conventions fiscales du Canada contiennent une exonération relative aux biens d'entreprise; il est intéressant de savoir, toutefois, qu'elle est absente de la convention fiscale entre le Canada et les États-Unis ainsi que du *Modèle de Convention fiscale* de l'Organisation pour la coopération et le développement économiques (l'« OCDE »).

Les autorités fiscales canadiennes ont établi une nouvelle cotisation pour le contribuable AE, faisant valoir que la vente des actions d'Alta Energy n'était pas admissible à l'exonération relative aux biens d'entreprise ou que la RGAE pouvait être invoquée pour lui refuser le bénéfice de l'exonération relative aux biens d'entreprise. La Cour canadienne de l'impôt s'est prononcée en faveur du contribuable AE à l'égard des deux motifs mentionnés ci-dessus. Saisie, pour sa part, uniquement de la question de l'application de la RGAE, la Cour d'appel fédérale s'est également prononcée en faveur du contribuable AE. Les autorités fiscales ont obtenu l'autorisation d'en appeler de cette décision devant la CSC.

La décision de la CSC

Pour que la RGAE s'applique, le contribuable doit avoir obtenu un « avantage fiscal » en réalisant une « opération d'évitement » d'une manière constituant un « recours abusif » à la législation fiscale canadienne ou à une convention fiscale ou un « abus » de celles-ci. En l'espèce, le contribuable AE a reconnu avoir obtenu un avantage fiscal en réalisant une opération d'évitement. Par conséquent, l'application de la RGAE dépendait de la question de savoir s'il y avait eu de la part du contribuable AE un recours abusif à une disposition de la Convention fiscale ou un abus d'une telle disposition. La procédure suivie pour déterminer s'il y a eu recours abusif ou abus comporte deux étapes : premièrement, le tribunal doit évaluer l'objet et l'esprit de la ou des dispositions dont on prétend qu'elles ont été l'objet d'un recours abusif ou d'un abus de la part du contribuable; deuxièmement, le tribunal doit déterminer si le contribuable a contrecarré l'objet et l'esprit de la ou des dispositions. La CSC a soutenu à plusieurs reprises que la question de la détermination du recours abusif ou de l'abus nécessite l'examen de la ou des dispositions en question et non des principes généraux de politique fiscale. Les autorités fiscales ont prétendu qu'il y avait eu recours abusif ou abus de la part du contribuable AE à l'égard des dispositions de la Convention fiscale relatives à la détermination de la résidence (articles 1 et 4) et à l'exonération relative aux biens d'entreprise (article 13(4)).

Sur ces deux questions, les autorités fiscales ont soutenu qu'en vertu d'un principe général sous-jacent à toutes les conventions fiscales, la répartition des droits de lever des impôts entre les États contractants se fait selon la théorie de « l'allégerance économique », de sorte que même si un contribuable est considéré, en principe, comme un résident d'un État contractant en vertu d'une convention fiscale, il serait contraire au principe sous-jacent de celle-ci que ce contribuable ait accès aux avantages qu'elle confère s'il n'a pas une allégerance économique suffisante envers cet État. Par conséquent, les autorités fiscales ont fait valoir que le contribuable AE n'avait pas de « lien économique substantiel suffisant » avec le Luxembourg pour être considéré comme un résident selon la Convention fiscale ou pour demander l'exonération relative aux biens d'entreprise : il s'agissait simplement d'une « société relais » créée en lien avec le mécanisme de chalandage fiscal utilisé pour obtenir un avantage conféré par la Convention fiscale qui ne lui aurait pas été conféré autrement. Ainsi, les autorités fiscales ont affirmé que le mécanisme employé par le contribuable AE constituait un abus des dispositions de la Convention fiscale relative à la résidence et à l'exonération relative aux biens d'entreprise, et que les avantages prévus par la Convention fiscale devaient lui être refusés.

Dans sa décision, rendue par la juge Suzanne Côté au nom des six juges majoritaires, la CSC a rejeté les arguments des autorités fiscales. Les juges majoritaires ont rappelé que l'interprétation des conventions fiscales doit prendre en compte le sens ordinaire du texte de la convention fiscale dans son contexte et à la lumière de son objet, et ont ajouté que cette interprétation doit se faire dans le but de réaliser l'intention commune des parties à la convention fiscale.

En ce qui concerne la résidence aux fins de la Convention fiscale, les juges majoritaires ont soutenu que, selon l'objet et l'esprit des articles 1 et 4, celle-ci visait à permettre à toutes les personnes résidentes de l'un des États contractants ou des deux États contractants, selon les lois de ces États, de demander de bénéficier des avantages conférés par la Convention fiscale si, en raison de leur résidence, elles pouvaient être entièrement assujetties à l'impôt dans un État de résidence. La résidence aux fins de la Convention fiscale devrait être déterminée conformément aux lois de l'État contractant dans lequel le contribuable déclare avoir sa résidence. À cet égard, le droit interne du Luxembourg est conforme à la norme internationale consistant à considérer les sociétés comme résidentes du pays dans lequel elles ont leur siège social ou leur direction centrale. Les juges majoritaires ont affirmé que si les parties à la Convention fiscale avaient eu l'intention de s'écarter de ce principe de résidence bien établi, les rédacteurs de celle-ci l'auraient explicitement précisé. De plus, l'inclusion dans la Convention fiscale de l'article 28(3), qui refuse les avantages de celle-ci à certaines sociétés de portefeuille luxembourgeoises, laisse supposer que le Canada et le Luxembourg se sont spécifiquement penchés sur la détermination des catégories de sociétés résidentes du Luxembourg qui devaient se voir refuser l'accès aux avantages de la Convention fiscale au moment de la négociation de celle-ci.

Pour ce qui est de l'exonération relative aux biens d'entreprise, les juges majoritaires ont précisé que, selon l'objet et l'esprit de la Convention fiscale, celle-ci vise à favoriser les investissements internationaux au Canada en exonérant les résidents du Luxembourg de l'impôt canadien sur les gains en capital provenant de biens immobiliers utilisés dans le cadre de leurs activités (ou d'actions dont la valeur est principalement tirée de tels biens immobiliers). En adoptant l'article 13(4), les rédacteurs ont voulu s'écarter du Modèle de Convention fiscale, le Canada renonçant en fait à son droit d'imposer certaines opérations réalisées par des résidents du Luxembourg en échange des retombées économiques que l'exonération relative aux biens d'entreprise aurait au Canada. Les juges majoritaires ont fait remarquer que l'utilisation de sociétés relais du Luxembourg était bien connue et était prévue au moment où la Convention fiscale a été conclue et

que, sous réserve de l'article 28(3) de la Convention fiscale, le Canada avait délibérément décidé de ne pas exclure les sociétés relais des avantages de la Convention fiscale.

Les trois juges minoritaires, dont les motifs sont rendus par les juges Malcolm Rowe et Sheilah Martin, ont fait leur le point de vue des autorités fiscales, c'est-à-dire que selon l'objet et l'esprit des dispositions en question de la Convention fiscale, celle-ci visait à attribuer le droit de lever des impôts à l'État ayant les liens économiques les plus étroits avec les revenus du contribuable. Cet objet avait clairement été contrecarré par le contribuable AE, puisqu'il n'avait aucun lien économique réel avec le Luxembourg et qu'il s'agissait d'une « simple société relais interposée au Luxembourg pour que des résidents d'États tiers puissent se prévaloir d'une exonération fiscale en vertu de la Convention ». Les juges minoritaires ont critiqué la position des juges majoritaires selon laquelle le gouvernement du Canada aurait délibérément convenu de créer « un cadre qui permette de se livrer à un évitement fiscal illimité » au moyen de sociétés relais luxembourgeoises.

Nos observations

La décision offre une analyse approfondie à la fois de la RGAE et de l'interprétation des conventions fiscales. Nous sommes rassurés par la mise en garde formulée par les juges majoritaires, selon lesquels, même si l'on peut considérer comme immoral le chalandage fiscal dans les paradis fiscaux, l'application de la RGAE ne devrait pas être un « jugement de valeur ». Plutôt, la RGAE doit s'appliquer lorsqu'un contribuable tire un avantage fiscal d'une opération d'évitement qui contrecarre l'objet et l'esprit d'une ou de plusieurs dispositions fiscales précises. La RGAE ne confère ni aux autorités fiscales ni à un tribunal le droit de réécrire les lois fiscales ou les conventions fiscales pour obtenir le résultat souhaité. La juge Côté a également réitéré la distinction bien connue entre l'évitement fiscal et l'évasion fiscale et signalé qu'il ne faut pas confondre évitement fiscal et abus.

Les juges majoritaires ont interprété la Convention fiscale en se concentrant sur les intentions communes des États contractants et ont reconnu que les conventions fiscales ont pour but de stimuler les investissements dans les États contractants (en permettant d'éviter la double imposition, par exemple) et de répartir les droits d'imposition entre eux.

Une question critique demeure que les juges majoritaires n'ont pas clairement réglée : la difficulté inhérente à l'application de la RGAE à la Convention fiscale. À la suite de la modification censée « éclaircir » la RGAE, apportée en 2005 (dont l'effet est rétroactif jusqu'en 1988), il est incontestable selon la législation fiscale canadienne, y compris la loi spéciale qu'invoque le Canada pour adopter des dérogations aux conventions fiscales, que la RGAE s'applique aux conventions fiscales du Canada. Cependant, l'application de la RGAE aux conventions fiscales soulève des considérations autres que son utilisation dans le contexte canadien : pour déterminer s'il y a abus d'une convention fiscale, il faut cerner l'intention commune des États contractants, même si chacun agit dans son propre intérêt au moment de la négociation de la convention fiscale. Une difficulté supplémentaire résulte du fait que, en pratique, les positions adoptées (et les concessions convenues) par les gouvernements au moment de la négociation d'une convention fiscale ne sont pas généralement rendues publiques, et qu'il y a souvent peu d'indications claires de l'intention commune des parties mises à part les déclarations d'intention générales. Toutefois, comme les juges majoritaires l'ont fait remarquer, le Luxembourg, au moins depuis 2003, a exprimé publiquement des réserves quant à l'application des règles anti-abus d'autres États à ses conventions fiscales en l'absence d'une disposition expresse dans la convention fiscale concernée. On peut présumer que le Luxembourg était de cet avis au moment de la négociation de la Convention fiscale. Il est donc difficile de concilier l'application unilatérale de la RGAE à la Convention fiscale avec l'intention contraire exprimée par le Luxembourg. Compte tenu de cette incohérence, l'absence d'intervention de la part du gouvernement du Luxembourg dans l'*affaire Alta Energy* peut avoir surpris certains observateurs.

En effet, la question de la prévisibilité a occupé une place importante dans le raisonnement des juges majoritaires. Ceux-ci ont insisté sur le fait que le recours abusif et l'abus supposés du contribuable AE à l'égard de la Convention fiscale avaient, en fait, été expressément envisagés au moment de la négociation de la Convention fiscale. À l'époque, le Luxembourg était « bien connu pour son statut de paradis fiscal international » et l'utilisation de sociétés relais luxembourgeoises pour faciliter les investissements entrants était une pratique courante. Les juges majoritaires ont rappelé que le Canada avait à sa disposition des options lui permettant de limiter les avantages que de telles sociétés relais pouvaient tirer d'une convention fiscale (et, en fait, avait inclus de telles options dans d'autres conventions fiscales conclues à la même époque), mais qu'il avait expressément et consciemment choisi de ne pas les exiger dans la Convention fiscale. Par conséquent, l'utilisation d'une telle société relais peut difficilement constituer un recours abusif ou un abus à l'égard de la Convention fiscale. Avant l'*affaire Alta Energy*, pour déterminer si un contribuable avait abusé d'une disposition fiscale, les tribunaux ne s'attardaient

pas, en général, à la question de savoir si l'opération conclue ou le mécanisme mis en place par le contribuable était prévu (ou prévisible) au moment de l'adoption de la disposition. Logiquement, un contribuable ne devrait pas, en général, être réputé avoir abusé d'une disposition fiscale s'il a réalisé une opération qui avait été prévue, mais n'avait pas été traitée par le législateur. Nous supposons que, suivant l'*affaire Alta Energy*, l'argument de la prévisibilité d'une opération d'évitement pourrait être plus souvent invoqué dans des affaires futures concernant la RGAE.

Le raisonnement des juges majoritaires a également confirmé que la détermination de l'objet et de l'esprit d'une disposition fiscale doit être effectuée en prenant en considération le moment de son adoption. À cet égard, les juges majoritaires ont signalé que la politique internationale canadienne avait pour but, au moment où le Canada a conclu la Convention fiscale, de stimuler les investissements étrangers au Canada, but qui nécessitait, notamment, d'accroître l'intérêt du système fiscal canadien pour les investisseurs internationaux. Les juges majoritaires ont reconnu que le Canada, en accordant des avantages fiscaux aux résidents du Luxembourg en vertu de la Convention fiscale, a choisi de renoncer à des recettes fiscales plus élevées en échange des avantages économiques pouvant découler des investissements étrangers. Les négociateurs canadiens de la Convention fiscale ne se faisaient aucune illusion sur la nature de l'économie et des lois fiscales nationales du Luxembourg : ils savaient que le Luxembourg ne possédait pas de richesse endogène importante et que certaines multinationales exerçaient leurs activités par l'intermédiaire de sociétés résidentes du Luxembourg afin de profiter de son cadre fiscal favorable. À l'époque, le chalandage fiscal suscitait peu d'inquiétude; en effet, le Canada tolérait, voire encourageait, le chalandage fiscal s'il se traduisait, en fin de compte, par une hausse des investissements au Canada. C'est pour cette raison que nous sommes respectueusement d'avis que l'opinion des juges minoritaires voulant que le Canada n'aurait pas pu avoir l'intention de permettre que les avantages de la Convention fiscale s'étendent aux résidents du Luxembourg en l'absence de liens économiques substantiels avec ce pays, est erronée historiquement.

D'après les juges minoritaires, le chalandage fiscal est abusif lorsque les droits de lever des impôts sont attribués en fonction de l'allégeance économique et que des sociétés relais réclament des avantages fiscaux alors qu'elles n'ont aucun « lien économique véritable » avec l'État de résidence. À cet égard, le raisonnement des juges minoritaires semble être fortement influencé par les initiatives mondiales actuellement menées par l'OCDE contre l'évasion fiscale des sociétés multinationales. Les juges minoritaires ont souligné, en particulier, le droit unilatéral du gouvernement d'invoquer la RGAE pour lutter contre l'évitement fiscal international agressif. Selon leur interprétation de la Convention fiscale, celle-ci garantit le droit du Canada d'imposer une opération qui a un lien économique plus grand avec le Canada qu'avec l'État de résidence de la personne demandant l'avantage fiscal. Les décisions des juges majoritaires et minoritaires de la CSC représentent donc deux visions divergentes des conventions fiscales du Canada et de leur incidence sur la RGAE.

Enfin, une question importante reste en suspens : quelle sera l'incidence de la décision dans l'*affaire Alta Energy* sur l'application de la Convention multilatérale et, plus précisément, l'issue de cette affaire aurait-elle été différente si elle avait porté sur la Convention multilatérale plutôt que sur la RGAE? Comme nous l'expliquons dans notre [bulletin](#), la Convention multilatérale établit un « critère des objets principaux » selon lequel les avantages prévus par une convention fiscale sont refusés lorsque l'un des objets principaux d'un montage ou d'une opération est d'obtenir de tels avantages d'une manière non conforme à l'objet des dispositions de la convention fiscale en question. Comme nous l'avons fait valoir ailleurs¹, le critère des objets principaux ressemble en grande partie à la RGAE, surtout en ce qui concerne l'analyse des situations d'abus. En raison de cette ressemblance, la conclusion de la CSC selon laquelle le mécanisme mis en place par le contribuable AE était conforme à l'objet des dispositions pertinentes de la Convention fiscale pourrait être prise en compte pour déterminer si le critère des objets principaux peut être invoqué pour refuser les avantages d'une convention fiscale. Il reste à voir si, par suite de l'*affaire Alta Energy*, le gouvernement canadien cherchera activement à inclure dans ses conventions fiscales principales une disposition de limitation des avantages comme celle qu'il a intégrée dans la convention fiscale entre le Canada et les États Unis; cette disposition vise à empêcher le chalandage fiscal et l'utilisation de sociétés relais en établissant des critères objectifs servant à vérifier l'existence d'un lien approprié entre la personne demandant les avantages conférés par la convention fiscale et l'État contractant.

¹ Michael N. Kandeve et John J. Lennard, « The OECD Multilateral Instrument: A Canadian Perspective on the Principal Purpose Test » (2020) *Bulletin for International Taxation* 54 (en anglais).

Les renseignements et commentaires fournis aux présentes sont de nature générale et ne se veulent pas des conseils ou des opinions applicables à des cas particuliers. Nous invitons le lecteur qui souhaite obtenir des précisions sur l'application de la loi à des situations particulières à s'adresser à un conseiller professionnel.