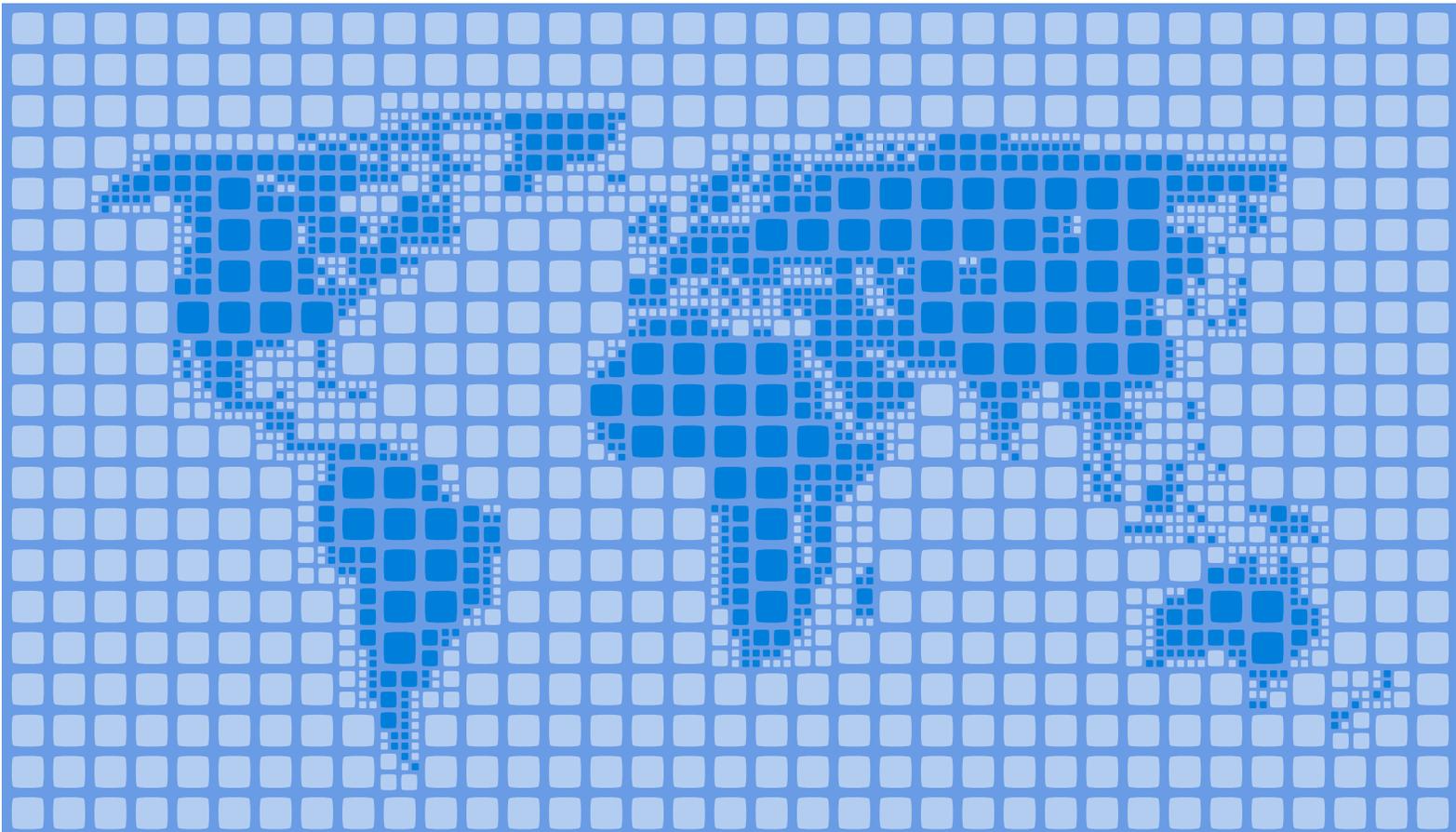


Accès aux bénéfices découlant des conventions fiscales

David A. Ward

Rapport de recherche préparé pour le
Groupe consultatif sur le régime canadien de fiscalité internationale

Septembre 2008



Accès aux bénéfices découlant des conventions fiscales

David A. Ward, c.r.

Associé, Davies Ward Phillips & Vineberg S.E.N.C.R.L., s.r.l.

Septembre 2008

Résumé

Ce rapport définit et compare différents types de chalandage fiscal, les politiques visant à contrer le chalandage fiscal ainsi que les tendances se dégageant de la jurisprudence canadienne et internationale, de manière à fournir une évaluation générale du droit relatif à l'accès aux bénéfices découlant des conventions fiscales. Le rapport donne un aperçu du Modèle de Convention fiscale concernant le revenu et la fortune de l'OCDE, des deux régimes de fiscalité internationale en vigueur au Canada, le régime fondé sur les conventions fiscales et celui fondé sur la loi nationale, et de l'objet des conventions fiscales. Une analyse des dispositions des conventions fiscales ayant trait aux propriétaires effectifs est également fournie à la lumière des rapports de l'OCDE et de l'évolution des Commentaires au Modèle de Convention fiscale de l'OCDE. À partir d'une étude des décisions judiciaires récentes et d'écrits sur le principe d'abus des droits en droit international, le rapport fait le point sur ce principe et son application aux conventions fiscales et commente ensuite l'application de la règle générale anti-évitement du Canada aux conventions fiscales. Pour finir, le rapport analyse les dispositions visant à restreindre les bénéfices que les États-Unis ont incorporées à leurs conventions fiscales pour contrer le chalandage fiscal. Tel qu'instruit, le rapport ne formule aucune recommandation spécifique.

Correspondance :

David A. Ward, Davies Ward Phillips & Vineberg S.E.N.C.R.L., s.r.l.,
1 First Canadian Place, bureau 4400, case postale 63, Toronto, Ontario M5X 1B1.

Courriel : dward@dwpv.com

Aussi offert sur Internet à : www.apcsit-gcrcfi.ca

This publication is also available in English.

N° de catalogue : 978-1-100-90623-2

ISBN : F34-3/12-2009F-PDF

© 2008 David A. Ward. Tous droits réservés. La reproduction ou transmission sous quelque forme et par quelque moyen que ce soit d'une partie quelconque de ce document est interdite sans l'autorisation préalable de son auteur.

Les opinions et les déclarations contenues dans le présent document, y compris celles des auteurs désignés ou d'autres établissements, ne reflètent pas nécessairement les opinions du Groupe consultatif sur le régime canadien de fiscalité internationale ni la politique du ministère des Finances Canada ou du gouvernement du Canada.

Les termes du genre masculin utilisés pour désigner des personnes englobent à la fois les femmes et les hommes.

Table des matières

1.	Remarques préliminaires	1
	Le Modèle de Convention fiscale de l'OCDE concernant le revenu et la fortune.....	1
	Les deux régimes de fiscalité internationale du Canada.....	1
	Objet des conventions fiscales.....	3
	Accès aux avantages fiscaux.....	4
2.	La disposition des conventions fiscales concernant le bénéficiaire effectif	7
	Le Modèle et les Commentaires de 1977.....	7
	Le rapport sur les sociétés relais.....	7
3.	Les conventions fiscales et les sociétés écran	13
	Le rapport sur les sociétés écran.....	13
4.	L'évolution des commentaires sur le Modèle de convention de l'OCDE	15
	Le rôle que doivent jouer les commentaires de l'OCDE dans l'interprétation des conventions fiscales.....	15
	Les commentaires détaillées sur les articles 1, 10, 11 et 12 du Modèle de convention de l'OCDE.....	18
5.	Le principe de l'abus de droit en droit international et son application aux conventions fiscales	20
	Opinions des auteurs.....	20
	Opinions des tribunaux.....	22
	La position énoncée dans le commentaire de l'OCDE.....	27
6.	Application de la règle générale anti-évitement aux conventions fiscales	28
	Annexe A	32
	Annexe B	47

1. Remarques préliminaires

Le Modèle de Convention fiscale de l'OCDE concernant le revenu et la fortune

L'Organisation européenne de coopération économique (OECE), le prédécesseur de l'Organisation de coopération et de développement économiques (OCDE), a pris la relève de la Société des Nations après la Seconde Guerre mondiale en ce qui a trait à l'élaboration d'un modèle de convention fiscale concernant l'impôt sur le revenu. Entre 1958 et 1961, l'OECE a produit et publié quatre parties d'un nouveau Modèle et commentaires, qui firent partie du Projet de modèle de convention et des commentaires que l'OCDE a publiés en 1963. En 1977, l'OCDE a publié une révision du Modèle et des commentaires. En 1992, le Modèle et les commentaires ont de nouveau été révisés et publiés sous forme de feuilles mobiles. Des mises à jour ont été apportées depuis au document environ tous les deux ans. Ces mises à jour ont récemment été publiées sous forme d'ébauche afin que les parties intéressées puissent les commenter et portent davantage sur les commentaires que sur le Modèle lui-même. Dans le présent document, les différentes versions du Modèle et des commentaires sont désignées par leur année de publication finale.

Bien que le nombre de conventions fiscales actuellement en vigueur un peu partout sur la planète ne soit pas connu avec précision, il semble que ce nombre s'approche de 3 000 conventions, dont la plupart sont fondées sur une version du Modèle de convention de l'OCDE. Ce nombre inclurait les conventions fondées sur les modèles des Nations Unies, puisque ceux-ci sont fondés sur les Modèles de l'OCDE et que leurs commentaires reproduisent en grande partie ceux de l'OCDE. Le Canada compte actuellement 86 conventions en vigueur, a signé trois autres conventions qui doivent être mis en œuvre et a annoncé des négociations avec 14 autres pays. Aujourd'hui, le Canada détient l'un des plus importants réseaux de conventions, qui a sensiblement évolué depuis la réforme fiscale de 1972, alors que seulement 16 conventions fiscales étaient en vigueur.

Les deux régimes de fiscalité internationale du Canada

Quelques-unes des modifications apportées à la Loi de l'impôt sur le revenu lors de la réforme fiscale de 1972 visaient à encourager d'autres pays, au moyen de la méthode de la « carotte et du bâton », à négocier des conventions fiscales avec le Canada. L'utilisation du « bâton » visait apparemment à encourager d'autres pays à négocier des conventions fiscales en exigeant des impôts canadiens plus élevés à l'égard du revenu généré au Canada par les résidents de pays n'ayant pas conclu une convention fiscale avec le Canada. L'utilisation de la « carotte » semblait quant à elle avoir pour but d'encourager les résidents canadiens à investir dans les pays signataires de conventions fiscales et probablement de les dissuader d'investir dans des pays non signataires en leur accordant les avantages fiscaux en vigueur au Canada en plus des avantages fiscaux étrangers qu'ils reçoivent au titre du revenu reçu ou gagné dans ces pays. Les dispositions assimilables à l'utilisation du « bâton » ajoutées à la Loi de l'impôt sur le revenu en 1972 comprenaient une hausse du taux de retenues d'impôt sur les paiements de montants

effectués à des non-résidents du Canada comme les intérêts, dividendes et redevances de 15 pour cent à 25 pour cent, alors que la politique sous-jacente aux conventions fiscales demeurerait la même, soit que le taux ne devrait pas dépasser 15 pour cent¹.

D'autres dispositions ajoutées dans le cadre de la réforme fiscale de 1972 ont eu le même effet et visaient probablement les mêmes fins, soit :

- un plafonnement à 15 pour cent du crédit pour impôt étranger au titre du revenu de source étrangère ne provenant pas d'une entreprise reçus par les résidents du Canada a encouragé d'autres pays (via une convention) à réduire leurs retenues d'impôt à un taux maximal de 15 pour cent pour attirer les investisseurs canadiens (la « carotte »);
- la mise en place d'un régime d'imposition des dividendes reçus par les sociétés mères canadiennes de filiales non résidentes afin de créer un système d'exemption à l'égard des dividendes payés à même le surplus exonéré et un système de crédit pour impôt étranger à l'égard des dividendes provenant du surplus imposable (également une « carotte »)²;
- une définition large de biens canadiens imposables, à savoir les biens détenus par des non-résidents sur lesquels le gain en capital est imposable au Canada, alors que la politique sous-jacente à la convention fiscale canadienne consistait et consiste toujours à exonérer d'impôt les gains en capital réalisés par les résidents des pays signataires d'une convention fiscale sur bon nombre de ces biens (le « bâton »).

Il existe donc deux régimes d'imposition internationale qui discriminent en fonction de l'existence ou de l'absence d'une convention entre le Canada et le pays de résidence du contribuable ou entre le Canada et le pays d'où provient la source du revenu (pays de source). Lorsqu'une convention fiscale est en vigueur, les résidents canadiens qui touchent un revenu provenant de pays signataires d'une convention bénéficient d'une réduction non seulement des impôts payables au Canada, mais également des impôts payables à l'étranger; les résidents des pays signataires obtiennent quant à eux un traitement fiscal plus favorable de la part du Canada que les non-résidents provenant de pays non signataires³. Bref, les résidents de pays signataires d'une convention bénéficient de privilèges relatifs à l'impôt canadien qui ne sont pas offerts à d'autres, tandis que les Canadiens obtiennent des privilèges relatifs à l'impôt canadien (et étranger) sur le revenu gagné dans ces mêmes pays, mais non sur le revenu gagné ailleurs.

1 Voir les commentaires sur l'objet de cette mesure dans le dix-huitième rapport du Comité permanent des finances, du commerce et des questions économiques concernant le Livre blanc sur la réforme fiscale (octobre 1970), aux pp. 84 et 85.

2 Voir les commentaires sur l'objet de cette mesure à l'annexe 5, Mesures fiscales : Renseignements supplémentaires, *Document du budget fédéral* (19 mars 2007), sous la rubrique « Mise à jour de l'étendue du surplus exonéré ». De façon générale, le revenu d'entreprise gagné par les filiales non résidentes dans un pays signataire d'une convention fait l'objet d'un traitement plus favorable en ce qui concerne le surplus exonéré que le revenu d'entreprise gagné ailleurs. Cette distinction a récemment été modifiée en 2008, de sorte que le revenu d'entreprise gagné dans les pays qui concluent des ententes sur l'échange de renseignements avec le Canada sera également admissible au traitement relatif au surplus exonéré. Si un pays ne conclut pas d'entente de cette nature avec le Canada dans les cinq années suivant celle où il reçoit une invitation à négocier ce type d'entente, le revenu en question deviendra un RÉATB. La modification vise manifestement à encourager les pays à négocier des ententes sur l'échange de renseignements.

3 Voir R. Alan Short, « Purposes and Effects of Income Tax Treaties », rapport de la conférence de 1972 de l'Association canadienne d'études fiscales, p. 100.

Objet des conventions fiscales

Il a été mentionné à maintes reprises que l'objet d'une convention fiscale est d'éviter la double imposition. Tel était l'objet que visait à l'origine la Société des Nations lorsqu'elle a entrepris ses travaux en matière de conventions fiscales en 1923. Toutefois, depuis ce temps, le Canada et de nombreux autres pays, dont le Royaume-Uni, les États-Unis, la Belgique, l'Allemagne, le Japon, l'Italie, les Pays-Bas et la Suède, pour n'en nommer que quelques-uns, ont adopté dans leurs lois internes des dispositions visant à éliminer ou à diminuer sensiblement la double imposition (soit par des dispositions accordant un crédit, soit par une exonération ou par une combinaison des deux). En conséquence, les dispositions des conventions fiscales du Canada (et celles de nombreux autres pays) qui visent à diminuer la double imposition en ce qui a trait au revenu de source étrangère se trouvent à être incorporés dans la Loi de l'impôt sur le revenu (ou dans les lois fiscales similaires des autres pays concernés) et non dans les conventions fiscales (ou, lorsqu'elles sont énoncées dans ces conventions, elles ont simplement pour effet de préciser certains détails, par exemple, la source du revenu aux fins du crédit ou de l'exonération. La nécessité d'éviter la double imposition n'est donc probablement plus l'objectif premier de la plupart des conventions fiscales⁴. Les autorités fiscales et les tribunaux devraient reconnaître ce changement au moment d'interpréter les conventions à la lumière de leur objet et de leur but, comme l'exige l'alinéa 31(1)(a) de la *Convention de Vienne sur le droit des traités* (« Convention de Vienne »).

Sans doute l'un des aspects les plus importants de l'élimination de la double imposition qui n'est pas traité dans le droit interne canadien est l'absence d'un crédit pour impôt étranger sur le revenu ne provenant pas d'une entreprise, dans les cas où l'impôt étranger dépasse 15 pour cent. Cet aspect est habituellement traité à l'intérieur d'une convention fiscale, mais non pas au moyen d'une disposition accordant un crédit supérieur, mais plutôt au moyen d'une disposition limitant la retenue d'impôt imposée aux résidents canadiens à l'égard des dividendes, intérêts et redevances ainsi qu'aux revenus provenant de fiducies et successions à un taux maximal de 15 pour cent.

L'objectif principal d'une convention fiscale, du moins du point de vue du Canada, consisterait donc à répartir le pouvoir d'imposer entre le pays de la source du revenu et celui de la résidence du contribuable, en autorisant généralement le pays de source à exiger un impôt sur différentes catégories de revenus (bénéfices d'entreprise attribuables à un établissement stable, revenus de biens immobiliers, revenus provenant d'activités de transport maritime et aérien, dividendes, intérêts, redevances, revenus d'emploi, rentes de retraite, revenus tirés de successions et de fiducies et tout autre revenu généré dans ce pays qui ne fait pas l'objet d'une disposition explicite dans la convention), tout en limitant le taux d'imposition applicable au revenu ne provenant pas d'une entreprise (exception faite des « autres revenus ») et en permettant au pays de résidence d'imposer un impôt sur l'ensemble des revenus, quelle qu'en soit la provenance, pourvu qu'il accorde un crédit pour impôts payés au pays de source si ce dernier est signataire d'une convention ou, subsidiairement, s'il accepte de ne pas imposer le revenu une deuxième fois.

4 En 1992, l'OCDE a modifié le titre du Modèle en remplaçant les mots « Convention de double imposition » par « Convention fiscale ». Les auteurs et les tribunaux ont mis du temps à reconnaître que le principal objet des conventions fiscales avait changé et bon nombre d'entre eux désignent encore les conventions fiscales comme étant des « conventions sur la double imposition ».

Les conventions fiscales comportent également des dispositions interdisant les pratiques fiscales discriminatoires, permettant l'échange de renseignements fiscaux entre les autorités gouvernementales, prévoyant le règlement des différends au sujet de cotisations incompatibles, déterminant les règles d'interprétation applicables à chaque pays et autorisant parfois un pays à recouvrer de ses résidents les impôts dus à l'autre pays. Ces dispositions traduisent d'autres objectifs visés par les conventions fiscales.

Les objectifs généraux et probablement prépondérants de bon nombre de conventions fiscales devraient désormais être considérés comme étant les suivants : (a) répartir entre l'État de source et l'État de résidence le droit d'imposition de certains types de revenus, (b) venir en aide aux autorités fiscales en réduisant les risques d'évasion fiscale, en favorisant la communication de renseignements visant à imposer les contribuables, en facilitant le recouvrement d'impôts à l'étranger et en prévoyant des mesures visant à lutter contre les stratagèmes d'évitement fiscal et (c) aider les contribuables (et indirectement, les pays de résidence ou les pays de source concernés) en éliminant les obstacles au développement de relations économiques entre les pays afin que les contribuables qui poursuivent notamment des activités commerciales, industrielles ou financières, en offrant notamment une base uniforme sur laquelle régler les problèmes les plus fréquents qui se posent dans le domaine de la fiscalité internationale⁵.

Accès aux avantages fiscaux

Généralement, les conventions fiscales s'appliquent en ce qui concerne les personnes qui sont des résidents de l'un des deux États contractants, ou des deux, et accordent des avantages à ces personnes. De plus, elles sont généralement fondées sur le Modèle de convention de l'OCDE et définissent le résident d'un État contractant comme toute personne qui, en vertu de la législation de cet État, est assujettie à l'impôt dans cet État en raison de son domicile, de sa résidence, de son siège de direction ou de tout autre critère de nature analogue. Le Canada ajoute parfois à ces trois critères le lieu de constitution, puisqu'il s'agit du principal critère de la résidence d'une société selon la Loi de l'impôt sur le revenu. Depuis la mise à jour de 1995, le Modèle de convention de l'OCDE prévoit qu'un résident d'un État contractant comprend également cet État lui-même ainsi que toutes ses subdivisions politiques ou collectivités locales. Ce texte figure dans certaines conventions canadiennes. Ce changement a été jugé souhaitable par certains car, dans bien des cas, l'État contractant lui-même ou les subdivisions politiques et les collectivités locales ne sont pas soumis à l'impôt, de sorte qu'ils ne sont pas « assujettis » à l'impôt et peuvent donc ne pas être considérés comme des résidents de l'État contractant au sens de la définition⁶. Cette opinion n'est toutefois pas largement répandue. Selon le Commentaire de l'OCDE sur l'article 4 :

Selon l'interprétation générale de la plupart des États membres, le gouvernement de chaque État ainsi que ses subdivisions politiques ou collectivités locales sont résidents de cet État au sens de la Convention. Avant 1995, le Modèle ne l'indiquait pas expressément; en 1995, l'article 4 a été modifié pour mettre en conformité le texte du Modèle avec cette interprétation.

5 Dans les paragraphes 1 à 3 de l'Introduction du Modèle de convention de l'OCDE, il est encore mentionné que le principal objet du Modèle de convention est d'éliminer la double imposition.

6 Pour des commentaires sur le sens de l'expression « assujettissement à l'impôt », voir David A. Ward et al., « A Resident of a Contracting State for Tax Treaty Purposes: A Case Comment on Crown Forest Industries », *1996 Canadian Tax Journal*, p. 408.

Ce point est sans doute très pertinent lorsque vient le temps de déterminer si les fonds souverains sont admissibles à bénéficier des avantages prévus aux conventions (laquelle question est bien différente de l'application de la doctrine de l'immunité souveraine, qui peut avoir pour effet d'exonérer ces fonds de toute retenue d'impôt à la source et ce même en l'absence de convention).

La définition de résident d'un État contractant qui est énoncée dans le Modèle de convention de l'OCDE ne fait pas du lieu de résidence de l'actionnaire majoritaire un critère d'admissibilité d'une société ou une autre entité. Elle n'exige pas non plus que la société exerce elle-même ses activités commerciales, en tout ou en partie, dans le pays de résidence ou qu'elle ne soit pas simplement une société de portefeuille d'investissement qui ne poursuit aucune autre activité. Cependant, la convention que le Canada a signée avec bon nombre de pays (par exemple, l'Argentine, l'Arménie, l'Azerbaïdjan, la Barbade, Chypre, l'Islande, la Côte d'Ivoire, la Jamaïque, la Jordanie, le Kazakhstan, le Kirghizstan, la Lituanie, le Luxembourg, Malte, le Mexique, la Moldavie, la Mongolie, le Nigeria, la Norvège, Oman, le Pérou, les Philippines, la Pologne, la Roumanie, la Slovaquie, la Slovénie, le Sri Lanka, la Tanzanie, Trinidad et Tobago et l'Ouzbékistan) énonce que certaines sociétés bénéficiant d'un traitement fiscal favorable et appartenant à des personnes non résidentes (habituellement des sociétés contrôlées par des non-résidents de cet État qui bénéficient d'un régime préférentiel et ont droit à un traitement fiscal favorable qui n'est pas accessible aux résidents) n'ont pas droit aux bénéfices de la convention. Par ailleurs, les conventions conclues avec certains pays (comme l'Irlande, la Malaisie, l'Île de Malte, la Mongolie et le Royaume-Uni) limitent l'accès aux avantages prévus dans la convention aux contribuables devant payer de l'impôt sur une base de remise et résidant dans ces pays aux fins des versements. La convention conclue avec la Lettonie refuse aux sociétés non imposables le droit de bénéficier des avantages de celle-ci lorsque le but principal de ces sociétés est l'obtention desdits avantages. La convention signée avec le Liban comporte au paragraphe 27(4) sa propre disposition particulière restreignant les avantages de la convention. Exception faite de ces conventions, les conventions canadiennes, à l'instar du Modèle de convention de l'OCDE, ne comportent habituellement pas de dispositions concernant les droits des sociétés résidant dans l'État signataire ayant pour effet de refuser à celles-ci les avantages de la convention, du seul fait que lesdites sociétés ne poursuivent pas d'activités commerciales ou que leurs actionnaires majoritaires, directs ou indirects, ne résident pas dans l'autre État contractant.

Les États-Unis ont inclus pour la première fois une disposition (rudimentaire) sur les restrictions apportées aux avantages dans la convention qu'ils ont conclue avec le Royaume-Uni en 1945. Une disposition similaire concernant principalement les sociétés antillaises figure également dans la convention signée avec les Pays-Bas en 1963. Bon nombre de conventions fiscales américaines comportent des dispositions complexes et plus étoffées sur les restrictions apportées aux avantages depuis 1981, année au cours de laquelle une disposition formelle de cette nature a été ajoutée à l'article 16 de la convention modèle américaine de 1981⁷. Ces articles qui figurent dans les conventions américaines actuelles ne sont pas tous identiques. Ils

⁷ La plus complexe de ces dispositions est peut-être l'article sur les restrictions apportées aux avantages qui figure dans la convention de 1992 intervenue entre les États-Unis et les Pays-Bas, dont le texte couvre sept pages et a nécessité 38 pages d'explications dans les Explications Techniques. Voir également Karen Brown, « Tax Avoidance, Treaty Shopping and the Economic Substance Doctrine in the United States », 2008 *British Tax Review*, p. 160, pour des commentaires au sujet des dispositions des conventions des États-Unis.

sont résumés à l'annexe A. Les États-Unis ont ajouté une disposition semblable dans l'actuelle convention fiscale conclue avec le Canada, qui a été signée en 1980 et est entrée en vigueur en 1984; cette disposition ne s'appliquait alors qu'à l'accès aux avantages de la législation américaine accordé par la convention. Le cinquième protocole à la convention fiscale entre le Canada et les États-Unis aura pour effet d'inclure pour la première fois dans une convention fiscale canadienne une disposition à la fois longue et complexe visant à restreindre l'accès aux avantages fiscaux canadiens prévus à la convention dans le cas des entités résidant aux États-Unis. Des fonctionnaires du ministère des Finances ont fait savoir que cette mesure ne signifie pas pour autant que le Canada a l'intention, de manière générale, de tenter d'inclure des dispositions similaires dans les conventions conclues avec les autres pays⁸.

8 L'inclusion par le Canada de la disposition concernant les restrictions apportées aux avantages dans la convention conclue avec les États-Unis était probablement motivée par l'élimination, conformément au cinquième protocole, des retenues d'impôt à l'égard des paiements d'intérêts à des personnes ayant un lien de dépendance, laquelle élimination n'est pas nécessairement prévue dans d'autres conventions.

2. La disposition des conventions fiscales concernant le bénéficiaire effectif

Le Modèle et les Commentaires de 1977

Les articles 10 (Dividendes), 11 (Intérêts) et 12 (Redevances) du Modèle de convention de l'OCDE et les dispositions correspondantes de la plupart des conventions fiscales du Canada énoncent que les taux de retenue d'impôt prévus dans ces dispositions s'appliquent uniquement lorsque le bénéficiaire effectif des dividendes, intérêts ou redevances, selon le cas, est un résident de l'autre État contractant. Cette restriction a été adoptée pour la première fois dans le Modèle de convention de l'OCDE de 1977. Le texte a été légèrement modifié dans la version de 1992 de façon à préciser que le taux prévu dans la convention s'appliquait lorsque le bénéficiaire effectif était un résident de l'autre État contractant même si le bénéficiaire intermédiaire n'était pas résident. Il appert cependant aux commentaires que le changement apporté au texte dans le Modèle de convention ne visait pas à modifier la façon dont le texte précédent avait été interprété.

Dans les commentaires de 1977 sur les articles 10, 11 et 12, le sens voulu de l'expression « bénéficiaire effectif » a été expliqué comme suit :

... [L]a limitation de l'impôt prélevé dans l'État de la source ne s'applique pas lorsqu'un intermédiaire, tel qu'un agent ou autre mandataire, s'interpose entre le créancier et le débiteur, à moins que le bénéficiaire effectif ne soit un résident de l'autre État contractant.

Tel qu'il est expliqué dans le commentaire de 1977, l'ajout du concept du bénéficiaire effectif a eu simplement pour effet d'exclure des avantages prévus dans la convention l'intermédiaire (tel un agent ou un autre mandataire) et de restreindre l'application des taux avantageux de retenue d'impôt sur les dividendes, intérêts et redevances aux montants versés, soit directement au bénéficiaire effectif qui réside dans l'autre État contractant, soit à un intermédiaire, pourvu que le bénéficiaire effectif soit un résident de cet autre État.

L'expression « bénéficiaire effectif » n'a pas été définie ou expliquée davantage en 1977, sauf dans les commentaires précités.

Le rapport sur les sociétés relais

Le 27 novembre 1986, le Conseil de l'OCDE a adopté quatre études connexes qui ont été publiées en 1987 dans *L'évasion et la fraude fiscale internationale*. Une des études, intitulée « Les conventions préventives de la double imposition et l'utilisation de sociétés relais » (le « rapport sur les sociétés relais »)⁹, est particulièrement pertinente en ce qui concerne l'accès aux avantages prévus dans les conventions fiscales.

Le rapport sur les sociétés relais devrait être lu dans le contexte de son objectif, c'est à dire s'inscrivant dans le cadre des efforts que déploie l'OCDE pour lutter contre l'évitement fiscal. Selon ce rapport, le Comité des affaires fiscales avait exprimé sa préoccupation à l'égard

9 Publiée à nouveau dans le volume II du Modèle de Convention fiscale sur le revenu et la fortune.

de l'usage incorrect des conventions fiscales par une personne qui agirait par l'entremise d'une entité juridique dans le but principal ou exclusif d'obtenir les avantages offerts par la convention auxquels cette personne n'aurait pas droit directement. Selon les termes de l'étude, le rapport « étudie la situation la plus courante, dans laquelle une société établie dans un État partie à une convention sert à faire transiter un revenu dont le bénéfice est d'un point de vue économique, recueilli par une personne domiciliée dans un autre État, qui est alors en mesure de profiter "indûment" des avantages prévus par une convention fiscale. Cette situation — dans laquelle un contribuable cherche à bénéficier de la convention la plus favorable — est souvent désignée par l'expression "*treaty shopping*". La "société relais", qui est un élément caractéristique de ces mécanismes, est le plus souvent une personne morale, mais peut aussi bien être une société de personnes, une fiducie ou entité similaire ».

Selon le rapport sur les sociétés relais, les avantages prévus par les conventions peuvent être obtenus de deux manières : par l'utilisation d'un relais direct ou par une stratégie de « tremplin ». Une société relais direct est décrit comme une société résidant dans l'État A qui reçoit de l'État B des dividendes, intérêts ou redevances et qui demande l'application des taux de retenue d'impôts prévus dans la convention fiscale conclue entre les États A et B. La société appartient entièrement à un résident d'un État tiers qui n'a pas droit à ces avantages, mais qui, afin d'en bénéficier, a transféré à la société des éléments d'actif et des droits générateurs des dividendes, intérêts ou redevances qui, en vertu du régime des sociétés mères et des filiales de l'État A, sont exonérés d'impôt dans celui-ci. La stratégie de « tremplin » est décrite de la même façon, sauf que la société résidente de l'État A est intégralement assujettie à l'impôt dans cet État; elle paie donc des intérêts, commissions, frais de service et dépenses similaires à une société apparentée créée dans un État tiers et déduit ces paiements dans l'État A, lesquels paiements sont exonérés dans l'État tiers.

Dans les deux cas, l'utilisation de la société relais ne donne pas lieu à une imposition substantielle dans l'État relais.

Le rapport souligne que, dans les cas commentés, la société relais profite en son propre nom des avantages prévus par la convention dans l'État de source, mais que, économiquement, les personnes qui profitent des revenus ne peuvent elles-mêmes se prévaloir des dispositions de la convention. Il s'agirait là d'un résultat allant à l'encontre de l'esprit de la convention car les avantages négociés entre les deux États seraient involontairement accordés à des personnes qui résident dans un État tiers, ce qui fait échec au principe de réciprocité; de plus, le revenu pourrait aussi être exonéré totalement de l'impôt ou faire l'objet d'une imposition anormalement faible contrairement au résultat désiré. Selon ce rapport, en raison de cette situation, l'État de résidence du bénéficiaire ultime du revenu ne dispose pas d'incitatifs à conclure une convention fiscale avec l'État de source.

Toujours selon ce rapport, dans le Modèle de convention de l'OCDE de 1977, la société relais serait considérée comme une personne qui réside dans l'un des États contractants et qui a le droit d'invoquer en son propre nom les avantages de la convention dans l'autre État contractant. L'exigence relative au « bénéficiaire effectif » qui est énoncée aux articles 10, 11 et 12 du Modèle de convention est commentée en ces termes dans le rapport :

Le bénéfice de la limitation de l'impôt ne peut être obtenu lorsque la personne qui en profite *économiquement* n'y a pas droit et a placé la société de transit comme intermédiaire entre elle-même et le débiteur du revenu... [accentuation ajoutée]

Il est également fait mention, dans ce rapport, de la référence à un agent ou un autre mandataire dans les commentaires, mais il y est aussi précisé que les dispositions s'appliqueraient également dans d'autres cas où une personne exerce une fonction similaire :

Ainsi, une société de transit ne pourra normalement être considérée comme le bénéficiaire effectif du revenu si, bien que possédant formellement certains actifs, elle ne dispose que de pouvoirs très restreints qui la mettent simplement dans la position d'un dépositaire ou d'un administrateur agissant pour le compte des parties intéressées (dans la plupart des cas, les actionnaires de la société de transit).

Le rapport sur les sociétés relais fait également état de la divergence d'opinion quant à la question de savoir si l'absence de solution globale au problème des sociétés relais lors de la finalisation du Modèle de convention de 1977 constituait une lacune majeure. Cependant, le problème semble s'être aggravé depuis 1977 et soulève un questionnement quant à la nécessité pour l'OCDE d'énoncer des politiques plus détaillées au sujet de ces sociétés afin de les empêcher d'utiliser les conventions fiscales de façon incorrecte, d'intégrer dans le Modèle de convention et les commentaires des solutions tenant compte du rapport sur les sociétés relais et de réviser à nouveau les commentaires existants.

Le rapport sur les sociétés relais comporte plusieurs exemples de clauses sur les restrictions apportées aux avantages qu'il y aurait peut-être lieu d'inclure dans les conventions fiscales pour régler le problème des sociétés relais et qui ont été classées comme suit : (1) la clause de la « transparence », (2) la clause d'exclusion, (3) la clause d'assujettissement à l'impôt, (4) la formule du transit et (5) les clauses de « bonne foi ». La clause de la transparence énoncerait la nécessité de lever le voile corporatif. La clause d'exclusion aurait pour effet de refuser aux sociétés exonérées de la totalité ou de la quasi-totalité des impôts les avantages prévus dans la convention. La clause d'assujettissement à l'impôt obligerait l'État de résidence à exiger un impôt sur le revenu provenant de l'État de source pour que la société puisse demander dans celui-ci les avantages prévus dans la convention. La formule du transit empêcherait une société d'invoquer les avantages prévus dans la convention dans les cas où plus de 50 pour cent du revenu visé par celle-ci est versé à une personne ne résidant pas dans l'État en question. Les clauses de bonne foi obligerait le contribuable à faire la preuve que l'objet principal de la société, ses activités et l'acquisition des actions ou autres biens ne sont pas motivés principalement par l'obtention des avantages prévus dans la convention, mais par de saines considérations commerciales.

Les forces et faiblesses respectives de chacune des clauses suggérées sont soulignées dans le rapport.

Dans le cas des conventions existantes, il est proposé dans le rapport que, lorsque la convention ne comporte aucune disposition précise au sujet des sociétés relais, les avantages qu'elle prévoit soient accordés en vertu du principe de droit international « *pacta sunt servanda* »¹⁰, même s'ils sont jugés inappropriés¹¹.

Enfin, le rapport sur les sociétés relais fait état de la possibilité qu'un État se protège contre l'abus de droit en appliquant les dispositions « anti-abus » générales de ses lois internes et en refusant ensuite le bénéfice de la convention lorsqu'il a des raisons de soupçonner que celle-ci est utilisée de façon incorrecte. Cette préoccupation soulève, semble-t-il, la question de savoir si le refus des avantages prévus dans la convention est compatible avec les obligations énoncées dans celle-ci, laquelle question porte sur la priorité accordée au droit international par rapport au droit national, au sujet de laquelle les avis sont partagés, certains pays estimant que, lorsque le contribuable remplit les conditions fixées dans la convention (bénéficiaire effectif, résidence), celle-ci devrait s'appliquer malgré les règles du droit national du pays de source, tandis que d'autres pays sont d'avis contraire.

En résumé, ce rapport reconnaît explicitement le problème de l'accès aux avantages prévus dans les conventions en ce qui concerne les montants versés à une société ou à une autre entité résidant dans l'autre État partie à la convention lorsque les actionnaires ne résident pas dans cet État et que les montants ne sont pas imposables, que ce soit en raison d'une exemption en vigueur dans cet État ou du fait que la majeure partie des paiements sont déductibles d'impôt pour les résidents d'un État tiers non parties à la convention ou qu'ils ne sont pas assujettis à l'impôt. Cependant, exception faite de quelques suggestions visant à inclure dans les conventions fiscales des clauses précises sur les restrictions apportées aux avantages, le rapport sur les sociétés relais ne comportait aucune règle d'interprétation particulière, le rapport évoquant simplement la possibilité que les règles anti-évitement nationales soient appliquées et que l'on utilise une approche économique ou une approche axée sur la primauté du fond sur la forme afin de déterminer l'identité du bénéficiaire effectif de manière à élargir le concept initialement prévu dans le Modèle de convention de l'OCDE de 1977, ce qui aurait pour effet de restreindre le sens de l'expression « bénéficiaire effectif ».

Bien que certains pays, comme les États-Unis et la Suisse, appliquent généralement le principe de la primauté du fond sur la forme ou la méthode économique pour déterminer les faits dans les affaires fiscales, il est douteux que cette approche puisse être suivie au Canada, eu égard aux remarques que la juge McLaughlin, alors juge de la Cour suprême du Canada, a formulées au nom de la Cour dans *Shell Canada*¹² :

Notre Cour a statué à maintes reprises que les tribunaux doivent tenir compte de la réalité économique qui sous-tend l'opération et ne pas se sentir liés par la forme juridique apparente de celle-ci : *Bronfman Trust*, précité, aux p. 52 et 53, le juge en chef Dickson; *Tennant*, précité, au par. 26, le juge Iacobucci. Cependant, deux précisions à tout le moins doivent être apportées. Premièrement, notre Cour n'a jamais statué que la réalité

10 Il s'agit d'un principe qui est reconnu en droit international et codifié à l'article 26 de la Convention de Vienne.

11 Il y a lieu de se demander si cette suggestion traduit fidèlement le droit international. Elle ne semble pas avoir figuré à quelque moment que ce soit dans les commentaires de l'OCDE. Voir plus loin les commentaires sur l'abus de droit en droit international et l'application de ce principe aux conventions fiscales.

12 *Shell Canada Limitée c. La Reine*, 99 DTC 5669, p. 5676.

économique d'une situation pouvait justifier une nouvelle qualification des rapports juridiques véritables établis par le contribuable. Au contraire, nous avons décidé qu'en l'absence d'une disposition expresse contraire de la Loi ou d'une conclusion selon laquelle l'opération en cause est un trompe-l'œil, les rapports juridiques établis par le contribuable doivent être respectés en matière fiscale. Une nouvelle qualification n'est possible que lorsque la désignation de l'opération par le contribuable ne reflète pas convenablement ses effets juridiques véritables : *Continental Bank Leasing Corp. c. Canada*, [1998] 2 RCS 298 au par. 21, le juge Bastarache.

Deuxièmement, la jurisprudence fiscale de notre Cour est bien établie : l'examen de la « réalité économique » d'une opération donnée ou de l'objet général et de l'esprit de la disposition en cause ne peut jamais soustraire le tribunal à l'obligation d'appliquer une disposition non équivoque de la Loi à une opération du contribuable. Lorsque la disposition en cause est claire et non équivoque, elle doit simplement être appliquée...

L'invitation, dans le rapport sur les sociétés relais, à restreindre le sens de l'expression « bénéficiaire effectif » de façon à refuser l'accès aux avantages prévus dans la convention dans les cas où, économiquement, la personne qui profite des revenus n'est pas fondée à se prévaloir des dispositions de la convention, ayant utilisé la société relais comme intermédiaire entre elle-même et le débiteur du revenu, constitue une interprétation des faits qui repose sur la réalité économique et que les tribunaux canadiens n'accepteraient probablement pas.

Il se pourrait aussi que la suggestion soit incompatible avec la règle générale d'interprétation des traités qui est codifiée à l'article 31 de la Convention de Vienne, qui exige fondamentalement une interprétation textuelle ou une interprétation fondée sur le sens ordinaire des termes du traité, et non sur une enquête approfondie au sujet de l'intention initiale des parties¹³. Le sens ordinaire de l'expression « bénéficiaire effectif » devrait être déterminé, semble-t-il, sans égard au principe de la primauté du fond sur la forme et à l'approche économique, qui ne sont pas appliqués au Canada lors de l'interprétation des lois fiscales.

La récente décision que la Cour d'appel de l'Angleterre a rendue dans *Indofood*¹⁴ est un bon exemple à cet égard. Dans ce jugement, la Cour d'appel de l'Angleterre a infirmé la décision de la Haute Cour¹⁵, concluant qu'un tribunal mauricien serait probablement d'avis qu'une société relais hollandaise (ou une société utilisant une stratégie « de tremplin », pour reprendre la terminologie utilisée dans le rapport sur les sociétés relais) qui s'est interposée entre une société indonésienne et des membres du public détenant des billets de la société hollandaise n'avait pas droit au taux réduit de retenue d'impôt prévu dans la convention conclue entre les Pays-Bas et l'Indonésie. L'Indonésie applique le principe de la primauté du fond sur la forme pour déterminer les faits dans les affaires fiscales et les tribunaux indonésiens sont fortement influencés par l'interprétation donnée par les autorités fiscales. D'après les faits examinés dans cette affaire, la société hollandaise aurait versé immédiatement la quasi-totalité des intérêts reçus aux porteurs de billets et les autorités fiscales indonésiennes ont décidé que la société néerlandaise (tel que proposé) ne serait pas considérée comme le bénéficiaire effectif pour

13 Voir le commentaire sur l'article 27 de la version provisoire (qui est finalement devenu l'article 31) de la Convention de Vienne, publié à nouveau dans *The Interpretation of Income Tax Treaties With Particular Reference to the Commentaries on the OECD Model* (IFA, Canadian Branch et IBFD, 2005) pp. 239 et sq.

14 *Indofood International Finance Ltd. c. JP Morgan Chase Bank NA, London Branch*, (2006) 8 ITLR 653.

15 Rapporté, (2005) 8 ITLR 236.

l'application de la convention. Selon le droit indonésien, la société des Pays-Bas ne serait pas considérée comme le bénéficiaire effectif des intérêts qu'elle toucherait de la société indonésienne.

Infirmer la décision de la Haute Cour, le chancelier a souligné, dans les motifs de son jugement¹⁶, que le juge de cette Cour a déterminé la façon dont un juge anglais appliquant le droit anglais trancherait la question et a substitué à tort son avis à celui que formerait un tribunal indonésien en appliquant les principes de droit civil indonésiens aux faits déterminés en fonction de la primauté du fond sur la forme. En se fondant sur ce motif, le chancelier a pleinement appuyé l'analyse de l'OCDE figurant dans les commentaires. La différence est pertinente car, après avoir appliqué le principe de la primauté du fond sur la forme pour déterminer les faits, le chancelier a conclu que la société hollandaise n'aurait pas le plein privilège sur les fonds reçus pour être considérée comme le bénéficiaire effectif, mais serait plutôt l'équivalent d'un « administrateur du revenu »¹⁷.

16 Paragraphe 29 des motifs.

17 Voir le paragr. 44 des motifs du jugement du chancelier. Pour une analyse, voir Ross Fraser et JDB Oliver, « Beneficial Ownership: HMRC's Draft Guidance on Interpretation of the *Indofood* Decision », *2007 British Tax Review*, p. 39.

3. Les conventions fiscales et les sociétés écran

Le rapport sur les sociétés écran

En même temps que le rapport sur les sociétés relais, l'OCDE a publié un rapport intitulé « Les conventions préventives de la double imposition et l'utilisation de sociétés écran » (le « rapport sur les sociétés écran »). La principale question traitée dans ce rapport réside dans la compatibilité des mesures anti-abus nationales avec les relations fiscales internationales. La société écran examinée dans le rapport est une société utilisée pour minimiser l'impôt dans le pays de résidence de ses actionnaires majoritaires. L'objet du rapport est lié au problème de l'évitement (et de l'évasion) au moyen de paradis fiscaux, qui est examiné dans un rapport distinct¹⁸. Bien que les sociétés écran soient souvent établies dans des paradis fiscaux, elles peuvent aussi l'être dans des pays où l'impôt est élevé, notamment dans les cas où les contribuables peuvent se prévaloir de régimes fiscaux spéciaux, ayant des conséquences inattendues sur les lois fiscales internes. Le rôle le plus important de la société écran consiste à recevoir le revenu qui serait par ailleurs versé directement au contribuable et qui, de ce fait, n'est pas normalement assujéti à l'impôt.

Afin de régler le problème des sociétés écran, le rapport recommande des mesures d'imposition en amont, soit des mesures dans les pays de résidence des actionnaires dans le cadre desquelles (1) il peut être fait abstraction de la personnalité juridique de la société écran; (2) la société écran peut être considérée comme résidente du pays de résidence du contribuable, parce que son siège de direction effective ou centrale y est situé; (3) la société écran peut être considérée comme ayant un établissement stable dans le pays de résidence des actionnaires, parce qu'elle y a un siège de direction; (4) la mise à l'abri de revenus dans la société écran peut être considérée comme nulle, l'activité de cette société ou les revenus qui en découlent étant alors attribués au contribuable lui-même.

Le rapport met aussi en évidence l'utilisation des structures impliquant des sociétés étrangères contrôlées pour imposer le revenu reçu par la société écran entre les mains de son actionnaire ultime au moyen de régimes semblables au régime canadien relatif au revenu étranger accumulé, tiré de biens qui s'appliquent aux sociétés étrangères contrôlées.

Les commentaires formulés dans ce rapport s'apparentent quelque peu à ceux du rapport sur les sociétés relais, notamment en ce qui a trait à l'identité du bénéficiaire effectif :

On peut toutefois se demander, sur un plan général, si les règles internes déterminant, d'un point de vue fiscal, quel est le bénéficiaire d'un revenu donné sont compatibles avec les clauses des conventions. On peut citer à cet égard le cas des règles visant à réprimer les « abus du droit » ou celle de la « primauté du fond sur la forme », qui ont pour effet de désigner non pas la société écran, mais son actionnaire comme le véritable bénéficiaire des revenus recueillis par cette société.

¹⁸ « Les paradis fiscaux : mesures prises pour éviter leur utilisation abusive par les contribuables », le premier des rapports publiés dans *L'évasion et la fraude fiscale internationale, quatre études*.

La grande majorité des pays Membres de l'OCDE considèrent que les règles de ce genre se rattachent aux dispositions fondamentales de la législation nationale qui déterminent les faits générateurs de l'impôt. Ces règles ne sont pas couvertes par les conventions fiscales et ne sont donc pas affectées par celles-ci. ... En revanche, selon une vue divergente, de telles règles restent soumises aux dispositions générales des conventions de double imposition, spécialement lorsque ces conventions contiennent des clauses tendant à en combattre l'usage incorrect. ...

Le problème essentiel semble être de savoir si des principes généraux, tels que celui de la primauté du fond sur la forme, sont inhérents aux dispositions des conventions ou sont subordonnés aux dispositions de celles-ci, c'est-à-dire qu'ils ne peuvent être appliqués que dans la mesure où ils sont expressément confirmés par les conventions. Selon une opinion, en donnant aux règles internes déterminant du point de vue fiscal qui est bénéficiaire d'un revenu, la prééminence sur les dispositions d'une convention, on affaiblirait la protection des contribuables contre la double imposition. ... Cependant, selon l'avis de la grande majorité, de tels principes et les règles qui s'y rattachent n'ont pas à être confirmés par le texte des conventions pour être applicables.

Le rapport sur les sociétés écran comporte ensuite des commentaires sur les règles relatives aux sociétés étrangères contrôlées et sur d'autres questions qui ne sont pas particulièrement pertinentes en ce qui a trait à l'accès au bénéfice des conventions fiscales, mais qui concernent davantage la question de savoir si ces règles ont préséance sur les conventions fiscales, et donc pertinents aux questions d'interprétation des conventions fiscales.

4. L'évolution des commentaires sur le Modèle de convention de l'OCDE

Le rôle que doivent jouer les commentaires de l'OCDE dans l'interprétation des conventions fiscales

Dans sa thèse de doctorat qui a été publiée et qui est intitulée *Interpretation of Tax Treaties Under International Law*¹⁹, Frank Engelen des Pays-Bas a soutenu que, étant donné que les pays membres de l'OCDE représentés au Comité des affaires fiscales ont la possibilité de consigner leurs observations lorsqu'ils sont en désaccord avec l'interprétation figurant dans les commentaires en ce qui a trait au Modèle de convention fiscale, il y avait lieu de présumer que ces pays ont consenti à ces interprétations puisqu'ils n'ont pas consigné d'observations. En conséquence, lorsqu'ils négocient et interprètent les conventions fiscales, les pays membres de l'OCDE ont le droit de soutenir que les autres pays de l'OCDE qui ne consignent pas d'observations ne peuvent, selon les principes de droit international, s'éloigner des commentaires dans la façon dont ils interprètent et appliquent les conventions fiscales comportant des dispositions fondées sur le Modèle de convention de l'OCDE; cela signifierait que les commentaires lient en droit international les pays membres de l'OCDE²⁰.

La thèse d'Engelen n'est pas acceptée d'emblée. Après l'avoir examinée, l'International Tax Group²¹ a souligné qu'elle ne faisait pas l'objet d'un appui très répandu et l'a rejetée²². La Convention relative à l'Organisation de coopération et de développement économiques (la « convention relative à l'OCDE ») énonce en toutes lettres que, bien que les décisions de l'OCDE prisent par le conseil en lient les membres, il en va autrement des recommandations. Par ailleurs, selon le Règlement de procédure de l'OCDE, « Les Recommandations de l'Organisation... sont soumises à l'attention des membres pour que ceux-ci les mettent à exécution, s'ils l'estiment opportun ». Le Modèle de convention de l'OCDE et les commentaires ne sont pas appuyés par une décision du Conseil, mais plutôt par une recommandation, dont la dernière, qui remonte au 23 octobre 1997, prévoit que les administrations fiscales des pays membres devraient suivre la version la plus récente des commentaires, lorsqu'ils appliquent et interprètent leurs conventions fiscales bilatérales fondées sur les dispositions du Modèle. Depuis ce temps, le Conseil a simplement « adopté » des mises à jour.

19 IBFD, 2004.

20 Engelen a réitéré cette opinion dans son article intitulé « Some Observations on the Legal Status of the Commentaries on the OECD Model », 2006 *Bulletin for International Taxation*, p. 105.

21 Groupe d'avocats et de professeurs du Royaume-Uni, du Canada, des États-Unis, de la France, de l'Allemagne, des Pays-Bas, de la Belgique, de la Suède, de la Suisse, de l'Italie, du Japon et de l'Australie qui rédigent des ouvrages et articles sur des sujets portant sur le droit fiscal international.

22 Voir David A. Ward et al., *The Interpretation of Income Tax Treaties With Particular Reference to the Commentaries on the OECD Model* (IFA, Canadian Branch et IBFD, 2006). Pour un résumé, voir David A. Ward, « The Role of the Commentaries on the OECD Model in the Tax Treaty Interpretation Process », 2006 *Bulletin for International Taxation*, p. 97.

En septembre 2006, la question a été débattue dans le cadre d'un séminaire de deux jours auquel ont participé des fiscalistes expérimentés, des professeurs spécialisés en fiscalité ainsi que des juristes et autres experts en droit international. Les personnes présentes ont participé à un vote non enregistré au cours duquel la majorité a exprimé l'avis qu'il n'existait en droit international aucune obligation contraignant les États membres à suivre les commentaires²³.

Dans son exposé de décembre 2005, publié dans l'ouvrage *On Values and Norms, The Principle of Good Faith in the Law of Treaties and the Law of Tax Treaties in Particular*²⁴, à la p. 37, Engelen a souligné que sa position n'était pas orthodoxe et que, même dans le scénario le plus favorable, une poignée de collègues seulement partageaient son avis.

Du point de vue canadien, comme l'a souligné le juge Iacobucci dans l'arrêt *Crown Forest Industries*²⁵, les commentaires de l'OCDE sont fort convaincants, parce qu'ils font partie du « contexte juridique » d'une convention fiscale dont le texte est basé en grande partie sur les articles du Modèle de convention de l'OCDE.

En conséquence, même si les commentaires de l'OCDE ne sont pas contraignants en droit international ou selon le droit interne des pays et ne devraient pas être considérés comme des documents contraignants dans un cas comme dans l'autre, ils demeurent fort convaincants. Cependant, comme l'a souligné l'International Tax Group²⁶, les commentaires qui sont publiés avant la signature du traité en cause sont, quant à eux, très convaincants, car seuls ces commentaires constituent le « contexte juridique » à l'égard de la convention en question²⁷.

La situation est peut-être différente dans le cas des commentaires publiés après la signature d'une convention. Ces commentaires ne font pas partie du contexte juridique dudit traité, mais peuvent néanmoins être utiles aux fins de l'interprétation et de l'application de celui-ci, pourvu qu'ils n'aient pas pour effet d'en modifier le sens ou l'interprétation fondée sur les commentaires en vigueur lors des négociations s'y rapportant²⁸. Bien que le renvoi aux commentaires postérieurs ait été rejeté sommairement dans *MIL (Investments)*²⁹ et que la pertinence de ceux-ci ait été jugée « quelque peu suspecte » dans l'arrêt *Cudd Pressure*³⁰, aucune uniformité particulière n'a été constatée dans les récentes décisions dans lesquelles la Cour canadienne de l'impôt a refusé de se fonder sur les commentaires postérieurs pour interpréter les conventions fiscales³¹.

23 Bien que les résultats du vote n'aient pas été publiés, les textes présentés lors du séminaire l'ont été. Voir *Legal Status of the OECD Commentaries*, S. Douna et F. Engelen, éd. (IBFD, 2008).

24 Kluwer, 2006.

25 1995 DTC 5389, p. 5398.

26 Voir la publication mentionnée à la note 22.

27 Voir Ruth Sullivan, *Sullivan and Driedger on the Construction of Statutes* (4^e éd., Butterworths, Toronto, 2002), p. 260, pour une explication du contexte juridique.

28 Dans *Klaus Vogel on Double Taxation Conventions* (3^e éd., 1997, Kluwer), Introduction, au paragraphe 82 et sq., Klaus Vogel a adopté une position semblable.

29 *MIL (Investments) SA c. La Reine*, 2006 DTC 3307.

30 1995 DTC 559.

31 Par exemple, dans *Prévost Car Inc. c. La Reine*, 2008 DTC 3080, paragr. 32 et sq. et *American Income Life Insurance Company c. La Reine*, 2008 DTC 3631, paragr. 73.

L'International Tax Group³² analyse à fond le rôle des commentaires sur le Modèle de convention de l'OCDE aux fins de l'interprétation des conventions fiscales fondées sur celui-ci et résume comme suit ses conclusions à ce sujet³³ :

1. Une bonne partie des commentaires peuvent être utilisés à bon escient au cours du processus d'interprétation, parce que ceux qui existaient lors de la signature d'une convention bilatérale font partie du contexte juridique et traduisent vraisemblablement l'intention des parties, notamment dans le cas d'une convention conclue entre des États membres de l'OCDE.
2. Lorsque les commentaires vont au-delà d'une interprétation raisonnable, eu égard à l'importance d'interpréter les conventions en fonction des termes qui y sont employés, il n'est peut-être pas souhaitable d'utiliser ces commentaires pour interpréter la convention.
3. Lorsqu'un terme non défini de la convention est expliqué ou défini dans le commentaire existant lors de la signature de la convention, le sens donné dans le commentaire, qui fait partie du contexte de ladite convention, devrait régir l'interprétation du terme en question.
4. Lorsque l'un des deux États signataires de la convention n'est pas membre de l'OCDE, ou qu'aucun d'eux ne l'est, les commentaires ont une valeur moindre, surtout si l'État en cause n'a pas eu la possibilité ou ne s'est pas prévalu de la possibilité de faire connaître sa position sur les différentes articles et commentaires qui sont publiés dans le volume II du Modèle de convention de l'OCDE (version en feuilles mobiles). De plus, les États non membres qui ont eu la possibilité d'exprimer leurs opinions n'ont pas eu l'occasion de participer aux discussions et à la formulation des commentaires proprement dits. Cela fait en sorte que, même dans ces situations, les commentaires auront peut-être une valeur moindre.
5. Les commentaires ne constituent pas des interprétations contraignantes en droit international et, par conséquent, ils ne lient pas les administrations fiscales ni ne s'appliquent obligatoirement aux questions relevant du droit interne, y compris le droit municipal, pas plus qu'ils ne lient les contribuables ou les tribunaux, bien qu'ils puissent être utiles et même importants au cours du processus d'interprétation.
6. Lorsqu'un pays a inscrit une observation au sujet d'un commentaire relatif à un article du Modèle de convention de l'OCDE, l'observation doit être prise en compte au cours de l'interprétation des conventions fiscales conclues par ce pays et, lorsque la disposition en cause nécessite une seule interprétation symétrique, cette interprétation devrait être retenue, malgré le commentaire et l'observation.

32 Voir la note 22.

33 Voir les pages 111 et sq.

7. Il importe d'examiner avec soin les commentaires adoptés par le Comité sur les affaires fiscales et le Conseil de l'OCDE et publiés après la signature d'une convention bilatérale pour déterminer la mesure dans laquelle l'application desdits commentaires aurait pour effet de modifier le sens de la disposition en cause; si les commentaires postérieurs ont pour effet de modifier le sens d'une convention bilatérale existante, ils ne devraient pas être pris en compte.

Les commentaires détaillées sur les articles 1, 10, 11 et 12 du Modèle de convention de l'OCDE

Le commentaire sur l'article 1 du Modèle de convention de l'OCDE a été modifié en profondeur en 1992, 1995, 2003 et 2005³⁴. Une bonne partie du texte de ce nouveau commentaire figurait dans le rapport sur les sociétés relais et dans le rapport sur les sociétés écran. Ce commentaire modifié reprend et approfondi certaines clauses proposées concernant les restrictions aux avantages qu'il y aurait peut-être lieu d'inclure dans les conventions fiscales pour répondre aux préoccupations soulevées par le problème des sociétés relais; encore là, il s'agit d'une clause de « transparence », de clauses générales d'assujettissement à l'impôt, d'une clause portant sur la formule du transit et d'une clause concernant les stratégies « de tremplin ». Selon le commentaire modifié, il importe d'assortir ces clauses de réserves précises afin d'en éviter l'application aux cas où les parties sont de bonne foi. Enfin, le paragraphe 20 du nouveau commentaire sur l'article 1 propose une disposition détaillée et complexe sur les restrictions aux avantages, qui est un amalgame des autres dispositions plus restrictives et correspond en bonne partie aux dispositions figurant habituellement dans les conventions américaines. Il comporte une clause importante sur la bonne foi qui est rédigée sous la forme négative et qui a pour effet de traiter un résident d'un État contractant qui ne pourrait par ailleurs prétendre aux avantages de la convention comme une personne admissible si l'autorité compétente de l'État de source du revenu décide que la constitution, l'acquisition ou la conservation de la personne et l'exercice de ses activités n'avaient pas parmi leurs objets principaux l'obtention des avantages prévus dans la convention³⁵.

Dans la mise à jour de 2003, un paragraphe qui reprend les remarques formulées à l'origine dans le rapport sur les sociétés relais a été ajouté au commentaire concernant chacun des articles 10, 11 et 12³⁶ :

Lorsqu'un élément de revenu est perçu par un résident d'un État contractant agissant en qualité d'agent ou autre mandataire, il serait contraire à l'objet et au but de la Convention que l'État de la source accorde une réduction ou une exonération de l'impôt du seul fait que le bénéficiaire immédiat du revenu est un résident de l'autre État contractant³⁷. Dans cette situation, le bénéficiaire immédiat du revenu a la qualité de résident mais il n'existe pas de risque de double imposition de ce fait puisque le résident n'est pas considéré du point

34 Tel qu'il est mentionné dans la section précédente du présent document, ces modifications soulèvent la question du rôle des révisions en question aux fins de l'interprétation des conventions fiscales signées avant la publication desdites révisions.

35 Il est malheureux que cette partie de la disposition proposée sur les restrictions apportées aux avantages ne prévoit pas la possibilité pour les tribunaux de réviser toute décision prise par une autorité compétente à ce sujet.

36 Paragr. 12.1, 20 et 4.1 des commentaires concernant respectivement les articles 10, 11 et 12.

37 C'est ce qui s'est passé dans *MacMillan Bloedel Limited c. MNR*, 70 DTC 297 (CRI), décision rendue en application de la convention conclue en 1942 entre le Canada et les États-Unis, qui ne comportait aucune disposition sur le bénéficiaire effectif.

de vue fiscal comme le propriétaire du revenu dans l'État de résidence. Il serait également contraire à l'objet et au but de la convention que l'État de la source accorde une réduction ou une exonération d'impôt à un résident d'un État contractant qui agit, autrement que dans le cadre d'une relation d'agent ou autre mandataire, comme un simple relais pour le compte d'une autre personne qui bénéficie réellement du revenu en cause. Pour ces raisons, le rapport du Comité des affaires fiscales intitulé « Les conventions préventives de la double imposition et l'utilisation des sociétés relais » conclut qu'une société relais ne peut pas être considérée normalement comme le bénéficiaire effectif si, bien qu'étant le propriétaire du revenu dans la forme, elle ne dispose dans la pratique que de pouvoirs très limités qui font d'elle un simple fiduciaire ou un simple administrateur agissant pour le compte des parties intéressées.

Même s'il n'est pas mentionné dans ces nouveaux paragraphes des commentaires (alors que cette précision figurait dans le rapport sur les sociétés relais) que cette interprétation repose sur une approche économique ou sur le principe de la primauté du fond sur la forme, il est néanmoins évident que tel est le cas. En conséquence, tel qu'il est mentionné plus haut, en raison de la démarche que suit la Cour suprême pour déterminer les faits dans les affaires fiscales, laquelle démarche n'est pas fondée sur la réalité économique, il y a lieu de se demander si les tribunaux canadiens retiendront vraisemblablement cette interprétation de l'expression « bénéficiaire effectif ». En fait, dans *Prevost Car*³⁸, la Cour canadienne de l'impôt n'a pas retenu le sens élargi de l'expression « bénéficiaire effectif », même si elle a cité abondamment le rapport sur les sociétés relais et les récents commentaires. Peut-être l'aurait-elle fait si la société relais en question avait été tenue par contrat de verser à ses actionnaires les montants qu'elle a reçus sous forme de dividendes de sources canadiennes, mais il s'agit évidemment d'une question hypothétique.

Il convient également de souligner que les cotisations examinées dans *Prevost Car* ne portaient pas sur l'application de la règle générale anti-évitement (RGAÉ) (commentée ci-dessous), de sorte que la question de savoir si la structure dans le cadre de laquelle une société de portefeuille hollandaise a reçu de sa filiale canadienne des dividendes visés par la convention et les a versés à ses actionnaires de la Suède et du Royaume-Uni était en soi abusive ne se posait pas. Cependant, plusieurs courriels échangés entre des hauts fonctionnaires de l'Agence de revenu Canada (ARC) et du Ministère des Finances du Canada, qui montrent des opinions très partagées quant à la nature abusive ou non abusive de la structure, ont été mis en preuve (mais ne sont pas mentionnés dans les motifs de jugement). Des copies de ces courriels sont jointes en annexe B. Cet échange de courriels permet probablement de comprendre pourquoi la RGAÉ n'a pas été invoquée dans les cotisations, ni plaidée à titre subsidiaire afin d'appuyer la cotisation. Cela pourrait expliquer la réticence apparente de la Cour à adopter l'interprétation plus restrictive du concept du bénéficiaire effectif qui découle du rapport sur les sociétés relais qui se retrouve maintenant dans les commentaires sur l'article 10 du Modèle de convention de l'OCDE car cela aurait nécessité l'application d'une approche économique ou du principe de la primauté du fond sur la forme pour déterminer les faits.

38 Note 31.

5. Le principe de l'abus de droit en droit international et son application aux conventions fiscales

Opinions des auteurs

Il est bien certain que les règles de droit international en matière d'interprétation devraient être appliquées lors de l'examen des conventions, y compris les conventions fiscales³⁹. La question de savoir si le principe de l'abus de droit est reconnu en droit international n'est pas résolue. D'après la plupart des récents jugements et ouvrages de doctrine sur le sujet, il semble que ce principe soit reconnu. Dès 1953, Bin Cheng a en effet reconnu l'existence de ce principe en droit international⁴⁰. Klaus Vogel abonde dans le même sens et a exprimé l'avis que le droit international permet généralement l'application prudente des règles anti-évitement de façon à ce que les opérations artificielles et irrégulières soient, par voie d'exception, jugées selon le fond plutôt que sur la forme. En ce qui a trait à la portée du principe qui, selon Bin Cheng, s'applique entre les États signataires aux contribuables qui ne sont pas parties aux conventions, mais qui en bénéficient, voici ce que Vogel a écrit en 1990 [traduction] :

Si un État contractant n'est pas tenu de tolérer que l'autre État contractant contourne la convention, il serait absurde qu'il soit tenu de tolérer un comportement de cette nature d'un particulier et d'appliquer la convention d'une façon stricte malgré ce comportement. En conséquence, [les conventions fiscales] sont assujetties à une règle générale de la primauté du fond sur la forme, qui est fondée sur le droit international. Cette règle restreint l'effet contraignant de la convention en droit international et, par le fait même, en droit interne, puisque seules les clauses de la convention qui sont applicables en vertu du droit international peuvent faire partie du droit interne⁴¹.

Vogel a précisé quelque peu sa pensée dans une version postérieure de son ouvrage, dans laquelle il a finalement exprimé l'avis suivant en 1996 [traduction] :

Cependant, il est indéniable que l'application d'une convention préventive de la double imposition conformément à sa substance plutôt qu'à sa forme devrait demeurer une exception et que le critère relatif à l'application de cette exception devrait être élevé⁴².

En se fondant sur le principe de la bonne foi appliqué en droit international, sur la reconnaissance du principe de l'abus de droit dans au moins trois cas portés devant la Cour internationale de justice et dans certains traités internationaux ainsi que sur la reconnaissance de ce principe par Sir Gerald Fitzmaurice et Sir Hersch Lauterpacht dans leurs écrits et dans les règles de droit interne, y compris le droit municipal, d'un grand nombre de pays,

39 Voir, par exemple, *Fothergill c. Monarch Airlines Ltd.*, [1981] AC 251 (CL); *Parisien c. La Reine*, [1981] 1 RCS 950; *Thomson c. Thomson*, [1994] 3 RCS 551; et *La Reine c. Crown Forest Industries Ltd.*, [1995] 2 CTC 64, 95 DTC 5389 (CSC).

40 Bin Cheng, *General Principles of Law as Applied by International Courts and Tribunals* (1953, Stevens & Sons Limited, réimprimé en 1994, Cambridge University Press), chapitre 4.

41 Klaus Vogel on *Double Taxation Conventions* (2^e éd., Kluwer, 1990), Introduction, paragr. 121.

42 Klaus Vogel on *Double Taxation Conventions* (3^e éd., Kluwer, 1996), art. 1, paragr. 95.

David A. Ward⁴³ a fait valoir, en 1993, qu'une règle anti-abus en matière fiscale pourrait être reconnue comme règle faisant partie du droit international et « devrait être reconnue par les administrations fiscales et l'ensemble des tribunaux dans l'interprétation et l'application des conventions fiscales » [traduction]⁴⁴.

En 2006, Frank Engelen a également reconnu que le principe de l'abus de droit peut être appliqué dans le cadre de l'interprétation et l'application des conventions fiscales⁴⁵. Voici comment il s'exprime [traduction] :

À mon avis, il serait effectivement déraisonnable et inéquitable dans certaines situations que les États contractants puissent s'obliger respectivement à respecter la convention même lorsque les conditions relatives à l'obtention des avantages prévus par celle-ci sont créées par des arrangements entièrement artificiels visant uniquement l'évitement de l'impôt et que l'octroi de ces avantages irait à l'encontre du but et de l'objet de la convention. ... Le principe de la bonne foi, qui est codifié à l'article 26 et au paragraphe 31(1) de la Convention de Vienne, constitue un fondement juridique logique au soutien de l'application de la doctrine de *fraus pacti* ... À mon sens, il ne serait pas nécessaire que cette application trouve appui dans le texte de la convention ou dans les explications des parties. Dans ce contexte, j'aimerais également ajouter qu'au moment de décider si, dans certaines circonstances, l'octroi des avantages fiscaux prévus dans la convention irait à l'encontre du but et de l'objet de celle-ci, il convient de se rappeler que le principal but des conventions est de promouvoir la libre circulation des biens, des personnes, des services et des capitaux en évitant la double imposition (juridique) à l'échelle internationale. Dans la mesure où il n'y a pas de double imposition dès le départ, ce qui signifie que l'octroi des avantages prévus dans la convention donnerait lieu à une exonération d'impôt totale à l'égard du revenu en cause, et où, exception faite des arrangements artificiels établis dans le seul but d'éviter l'impôt, aucune activité économique n'est effectivement exercée, il y a là de bonnes raisons de conclure, à mon avis, que l'octroi desdits avantages irait à l'encontre du but et de l'objet de la convention.

Cependant, en 1998, Stef van Weeghel a tenté de faire valoir une opinion contraire [traduction] :

Pour différentes raisons, dont les deux plus importantes sont (i) la différence de nature entre un accord — convention fiscale ou autre — entre deux parties et les règles de droit fiscal, qu'elles soient intégrées dans les règles nationales ou dans les conventions fiscales, et (ii) le fait que le contribuable est une tierce partie à la convention fiscale⁴⁶, il est difficile d'appliquer aux conventions fiscales les doctrines élaborées en droit non fiscal, notamment la doctrine de l'abus de droit reconnue dans les affaires non fiscales, à l'échelle tant nationale qu'internationale.

Enfin, il convient de préciser, comme Vogel l'a souligné, que le principe de la primauté du fond sur la forme, qui repose sur une utilisation abusive implicite des droits accordés par la convention, devrait être appliqué de façon prudente et demeurer une mesure d'exception

43 « Abuse of Tax Treaties » dans *Essays on International Taxation in Honour of Sidney I. Roberts*, H. H. Alpert et K. Van Raad, éd., (Kluwer, 1993), p. 397.

44 Op. cit., p. 403.

45 F. A. Engelen, *On Values and Norms: The Principle of Good Faith in the Law of Treaties and the Law of Tax Treaties in Particular* (Kluwer, 2006), p. 36, après avoir cité des extraits des paragraphes 9.3 à 9.5 du commentaire de l'OCDE sur l'article 1, ajouté en 2003.

46 Stef van Weeghel, *The Improper Use of Tax Treaties with Particular Reference to the Netherlands and the United States* (Kluwer, 1998), p. 116.

assujettie à un seuil d'application élevé plutôt que bas. De l'avis d'Engelen, un concept contre l'usage abusif implicite aux conventions et qui sous-tend l'interdiction de l'utilisation abusive des conventions serait semblable à celui que la Cour de justice de la Communauté européenne a appliqué selon lequel l'arrangement en cause est un « montage purement artificiel »⁴⁷.

Opinions des tribunaux

Vogel, Ward et van Weeghel ont exprimé leurs opinions avant que les tribunaux n'appliquent clairement ou expressément le principe de l'abus de droit dans les affaires relatives aux conventions fiscales. Cependant, Engelen a pu se fonder sur la décision qu'a rendue en 2005 la Cour fédérale suisse dans l'affaire *A Holdings ApS*⁴⁸. Dans cette affaire, la contribuable, qui était une société résidente du Danemark, avait acquis la totalité des actions d'une société résidant en Suisse qui a subséquemment versé un dividende assujetti, en vertu du droit interne suisse, à une retenue de 35 pour cent. La société danoise a demandé le remboursement des impôts ainsi retenus, invoquant la disposition sur les dividendes de la convention fiscale conclue en 1973 entre la Suisse et le Danemark. Le seul actionnaire de la société danoise était une société de l'île de Guernesey, dont l'unique actionnaire était une société des Bermudes, administrée par une « personne » ayant son « siège » dans les Bermudes.

L'administration fiscale fédérale de la Suisse a refusé la demande de remboursement de la retenue fiscale au motif que la société danoise n'exerçait aucune activité économique réelle et avait été constituée dans le seul but de se prévaloir de la convention intervenue entre le Danemark et la Suisse qui, en soi, ne comportait aucune disposition anti-abus. En rejetant l'appel interjeté à l'égard du refus de la demande de remboursement, la Cour fédérale s'est exprimée comme suit [traduction] :

3.4.1 ... Selon l'article 26 de la Convention de Vienne sur le droit des traités, tout traité en vigueur lie les parties et doit être exécuté par elles de bonne foi. Les parties ont donc signé un accord qui doit être interprété « de bonne foi suivant le sens ordinaire à attribuer aux termes du traité dans leur contexte et à la lumière de son objet et de son but ». ...

3.4.2 En conséquence, il faut tenir compte de la bonne foi ainsi que de l'objet et du but de la convention internationale au moment d'appliquer celle-ci. Chaque État contractant peut s'attendre à ce que l'autre État agisse conformément à ces principes (article 26 de la Convention de Vienne sur le droit des traités) ..., y compris le principe de la lutte contre les abus, car l'interdiction relative à l'utilisation abusive des droits fait partie du principe de la bonne foi. ... Elle a pour but d'interdire l'utilisation d'une règle de droit à l'encontre de l'objet de celle-ci pour favoriser des intérêts qu'elle ne protège pas au départ. ... En conséquence, l'interdiction relative à l'abus de droit en ce qui concerne les conventions est reconnue non seulement en Suisse comme principe de droit général, mais également dans l'ensemble de l'Europe sans qu'il soit nécessaire d'adopter une disposition explicite à ce sujet dans la convention en cause

47 Voir, par exemple, *Cadbury Schweppes plc, Cadbury Schweppes Overseas Ltd. c. Commissioners of Inland Revenue*, décision de la Cour de justice de la CE, 12 septembre 2006.

48 *A Holdings ApS c. Federal Tax Administration*, (2005) 8 ITLR 536.

3.4.4 De plus, le principe de l'abus de droit est reconnu au Danemark, malgré l'opinion contraire de la partie plaignante. [Les renvois aux autorités ont été omis]⁴⁹

La règle anti-abus a été examinée dans une décision encore plus récente qu'a rendue le Conseil d'État français le 29 décembre 2006 dans l'affaire *Bank of Scotland*⁵⁰. Dans cette affaire, la Bank of Scotland, société résidant au Royaume-Uni, a acquis à une société des États-Unis l'usufruit, pour une période de trois ans, de 17 036 actions à dividendes prioritaires de la filiale française de la société américaine. Les actions ont été émises explicitement pour l'opération en question. L'usufruit a permis à la Bank of Scotland de toucher des dividendes prioritaires totalisant un peu plus de 270 000 000 de francs français, alors que l'usufruit a été acquis pour un montant d'un peu plus de 267 000 000 de francs français. Lorsque la filiale française a versé les dividendes, elle a été tenue, en vertu des règles de droit français, de retenir un montant pour fins d'impôts équivalent à 25 pour cent, alors que le taux de retenue d'impôt prévu dans la convention conclue entre le Royaume-Uni et la France de 1968 s'élevait à 15 pour cent. La banque a réclamé un remboursement de la différence entre le montant correspondant à la retenue effectuée et la retenue correspondant au taux prévu à la convention. Cette convention autorisait également un actionnaire du Royaume-Uni à obtenir le remboursement de l'avoir fiscal qui n'était pas remboursable en vertu de la convention signée par la France et les États-Unis. Si les réclamations formulées en application de la convention avaient été accueillies, la banque aurait eu le droit de toucher environ 344 250 000 francs français, soit 270 000 000 francs français de la société française et 74 250 000 francs français du trésor français et de réaliser ainsi un bénéfice intéressant sur son investissement dans l'usufruit.

Cette affaire portait à la fois sur le concept du bénéficiaire effectif et sur la question de l'abus de droit.

Lorsqu'il a commenté la question, le Conseil d'État a semblé confondre les concepts du bénéficiaire effectif et du trompe-l'œil. Voici comment il s'est exprimé :

L'analyse de ce montage révèle que le bénéficiaire effectif des dividendes litigieux était la société américaine... qui avait seulement délégué sa filiale française pour rembourser à sa place l'emprunt contracté auprès de la banque britannique ; que dès lors celle-ci ne peut prétendre au remboursement de l'excédent de retenue à la source versé à raison de la distribution de dividendes par la société... et la restitution de l'avoir fiscal, sous déduction de la retenue à la source, attaché à ces dividendes.

Cependant, le commissaire du gouvernement, François Séners, a fait connaître encore plus clairement son opinion :

La notion de bénéficiaire effectif ou réel, à laquelle les conventions fiscales font fréquemment référence et qui s'oppose à celle de bénéficiaire apparent, n'a jamais été définie dans les conventions elles-mêmes. Elle a été insérée dans le modèle de convention de l'OCDE de 1977 et, selon les commentaires du comité des affaires fiscales de cette

49 Dans les motifs du jugement, la Cour poursuit en citant les récents commentaires sur la disposition anti-abus qui ont été ajoutés au Modèle de convention de l'OCDE et précise qu'en qualité d'États membres de l'OCDE, la Suisse et le Danemark [traduction] « sont obligés en principe de tenir compte » de ces commentaires et même de la disposition sur les restrictions apportées aux avantages qui est suggérée au paragraphe 13 du commentaire sur l'article 1 (laquelle disposition ne figurait évidemment pas dans la convention conclue entre la Suisse et le Danemark).

50 *Ministère de l'Économie, des finances et de l'industrie c. Société Bank of Scotland*, (2006) 9 ITLR 683.

organisation, un bénéficiaire effectif est une personne qui agit par l'entremise d'une autre entité juridique créée dans un État, avec pour objectif essentiel d'obtenir un allègement d'impôt prévu par les conventions conclues par cet État et auquel la personne n'aurait pas droit directement. Le commentaire de l'OCDE n'exclut aucune forme d'intermédiation mais cite en particulier les agents et mandataires...

Les analyses doctrinales se rejoignent donc sur le fait que le bénéficiaire direct d'un revenu n'est pas fondé à se prévaloir d'avantages reconnus par les conventions fiscales internationales s'il n'est pas le détenteur en dernier ressort de ce revenu et s'il ne l'a perçu qu'en qualité d'intermédiaire pour une autre personne auquel le revenu est destiné à être transféré sous une forme ou sous une autre...

Je pense cependant que cette affaire révèle que la notion de bénéficiaire effectif n'est pas réductible aux cas de transferts de bénéfices appréhendés et que, par nature, elle englobe les hypothèses de fraude à la loi⁵¹. Il nous paraît en effet naturel que la reconnaissance d'une fraude à la loi conduise à écarter l'apparence entretenue par un montage. Vous ne vous êtes pas encore explicitement avancés sur ce terrain qui n'est qu'esquissé dans l'arrêt *Diebold Courtage* et dans l'instruction ministérielle précitée relative à la convention franco-ouzbèk. Mais la logique nous en paraît forte. Dès lors qu'elle tend à écarter les effets fiscalement avantageux d'une apparence trompeuse, la notion de bénéficiaire effectif conduit aussi bien à neutraliser les situations où les sommes appréhendées sont reversées sous une forme ou sous une autre, que les situations où un montage abusif a permis à X de se substituer à Y pour bénéficier, au détriment de l'État d'imposition, de l'avantage conventionnel. ...

La fraude à la loi ainsi caractérisée doit, selon le schéma que je viens d'évoquer, conduire à écarter l'apparence entretenue par le contrat et à juger que la société mère américaine était le bénéficiaire effectif des dividendes et qu'elle n'en a concédé le bénéfice apparent à la société Bank of Scotland que pour rembourser ses dettes par un mécanisme allégeant sa charge au détriment du Trésor public français. Il me semble d'ailleurs que, poussant cette logique, si vous y adhérez, vous pourriez aller jusqu'à considérer que les dividendes versés par la filiale française constituaient, pour la Bank of Scotland, non pas des dividendes au sens de l'article 9 de la convention franco-britannique, mais des intérêts, ce qui ferait obstacle encore plus radicalement à ce que la demande soit accueillie.

L'application du concept de l'abus de droit aux conventions fiscales comme principe de droit international a également été reconnue encore plus récemment dans l'affaire *Yanko-Weiss Holdings*⁵², décision rendue le 30 décembre 2007 par la Cour de district de Tel Aviv (Israël). Dans cette affaire, une société constituée en 1996 en Israël a déménagé son siège de direction à Bruxelles en 1999 et s'est enregistrée à titre de société belge afin de devenir résidente de la Belgique et de se prévaloir ainsi de certains avantages prévus dans la convention fiscale conclue entre la Belgique et Israël. L'autorité fiscale a toutefois refusé d'accorder les avantages en question, en se fondant sur une disposition anti-évitement des règles de droit interne, l'*Income Tax Ordinance*. La société contribuable a tenté de faire radier l'allégation relative à l'application

51 Cette expression ne renvoie pas à une fraude proprement dite, mais constitue plutôt une expression subsidiaire ou une expression plus précise à utiliser que l'abus de droits en matière fiscale. Voir David A. Ward, et coll., « The Business Purpose Test and Abuse of Rights », *1989 British Tax Review*, p. 68, note 1.

52 *Yanko-Weiss Holdings (1996) Ltd. c. Holon Assessing Office*, (2007) 10 ITLR 524.

des dispositions nationales anti-évitement comme fondement de la cotisation. La requête a été rejetée. Dans son jugement, la Cour a commenté comme suit le droit interne et le droit international [traduction] :

Les conventions fiscales n'ont pas été conçues pour être utilisées autrement que d'une façon acceptable qui est caractérisée par la bonne foi, ni pour permettre le recours abusif aux dispositions qui y sont énoncées et aux avantages qu'ils accordent, qu'ils comportent ou non des clauses explicites à cet égard. Les États qui signent une convention fiscale ont le droit de s'opposer à ce type de pratique. À cette fin, ils peuvent invoquer les règles de droit interne, notamment les dispositions anti-évitement qui constituent le fondement de la détermination de la responsabilité fiscale...

Le recours à des mesures anti-évitement pour lutter contre l'abus des conventions fiscales trouve une autre justification dans la condition tacite selon laquelle le traité ne saurait être utilisé à des fins inappropriées. Cette justification repose en partie sur l'article 31 de la Convention de Vienne. ...

Bien que les expressions « utilisation inappropriée », « application entachée de mauvaise foi » et « opération artificielle » ne soient pas identiques, il semble qu'il incombe à la partie défenderesse de prouver que la personne visée par la cotisation a conclu une opération artificielle ou une opération qui constitue une « utilisation inappropriée » et, dans le contexte des lois fiscales, que la personne en question n'a pas agi de bonne foi et selon une manière acceptable. S'il s'agit d'un « comportement accepté sur le plan commercial », la partie défenderesse ne sera pas tenue de démontrer le caractère artificiel de l'opération ...

L'interdiction visant l'utilisation inappropriée peut englober des normes et mesures anti-évitement supplémentaires en plus du concept de l'opération artificielle, par exemple, l'application du principe de la primauté du fond sur la forme, une modification de la classification, l'examen de la nature de l'opération sur le plan commercial, etc. Les conventions préventives de la double imposition auxquelles Israël est partie doivent être lues comme si elles renfermaient des dispositions sur les restrictions apportées aux avantages dans les cas où il est établi que la convention en question a été utilisée de manière inappropriée, selon les normes du droit national et du droit international.

Cette approche va de pair avec l'interprétation que l'OCDE a donnée au cours des dernières années (depuis 2003) à son Modèle de convention, même si, à mon avis, elle aurait dû être reconnue plus tôt, eu égard aux dispositions de la Convention de Vienne et à la doctrine de la bonne foi qui s'applique de manière générale en Israël...

Il appert clairement du paragraphe 35 de l'introduction que, lorsque des changements sont apportés aux articles du Modèle de convention, ils doivent être appliqués dès le moment où ils sont apportés. Cependant, les commentaires qui ont été modifiés à l'égard des articles figurant dans le Modèle doivent être appliqués même aux conventions qui ont été signées avant les changements, lorsqu'ils concernent les articles existants du Modèle de convention, puisqu'ils traduisent le consensus entre les États membres de l'Organisation quant à la bonne façon d'interpréter les dispositions existantes et de les appliquer aux circonstances de l'espèce ...

Dans *MIL Investments*⁵³, la Cour canadienne de l'impôt s'est penchée sur un argument invoqué pour le compte de l'ARC comme argument subsidiaire à l'argument relatif à la RGAÉ, selon lequel les conventions fiscales comportent une règle anti-abus inhérente qui peut être appliquée même si la RGAÉ ne s'applique pas. Afin d'établir l'existence de cette règle inhérente, l'avocat a fait témoigner un expert du Luxembourg, le professeur Steichen, qui a semblé dire au cours de son témoignage que la règle inhérente anti-abus ne peut être appliquée que dans les cas où les deux États signataires du traité appliquent des règles anti-évitement nationales qui auraient pour effet de refuser les avantages découlant de la convention⁵⁴. Il a donc tenté de prouver que les règles de droit du Luxembourg s'appliqueraient de façon à refuser les avantages prévus dans la convention dans un « scénario inverse ». Cependant, selon le critère de M. Steichen, pour qu'il soit possible d'appliquer les règles anti-abus à une convention fiscale, il aurait fallu que la convention elle-même comporte des dispositions définissant les différents éléments des opérations d'évitement. De plus, ce même expert a déclaré que ce n'est qu'en cas d'ambiguïté découlant de la convention qu'il serait permis d'invoquer les principes de l'ordre public international pour interpréter correctement celle-ci. À son avis, le silence dans une convention en ce qui a trait à l'application des principes anti-évitement constitue une « ambiguïté » qu'il aurait été possible d'éviter uniquement en ajoutant à la convention une clause précise énonçant que la RGAÉ locale ne peut toucher la validité de celle-ci. M. Steichen a semblé dire qu'en l'absence de clause de cette nature, il y aurait ambiguïté quant à la question de savoir si la convention comporte ou non une disposition anti-abus implicite.

Après avoir passé en revue ce témoignage prêtant à confusion, la Cour a formulé les remarques suivantes :

Dans l'ensemble, j'estime que l'avis et le témoignage de M. Steichen ne sont pas vraiment convaincants. Plus précisément, compte tenu du Commentaire de l'OCDE et de la décision du Canada et du Luxembourg de ne pas inclure de renvoi explicite à des règles anti-évitement dans la Convention fiscale qu'ils ont soigneusement négociée, je suis d'avis que celle-ci ne comporte aucune ambiguïté qui permettrait de l'interpréter comme un document comportant une règle anti-abus inhérente. En termes simples, le « sens ordinaire » de la Convention fiscale, qui permet à l'appelante d'invoquer l'exemption, doit être respecté.

La décision de la Cour canadienne de l'impôt a été confirmée en appel⁵⁵ dans un très court jugement dans lequel la Cour d'appel fédérale s'est exprimée comme suit :

L'appelante nous a invités à aller au-delà de cette conformité textuelle aux dispositions applicables et à conclure à l'existence d'un objet qui nous autoriserait, dit-elle, à nous écarter des termes mêmes du texte législatif. Il nous est impossible de conclure à l'existence d'un tel objet.

Si l'objet de la disposition d'exonération devait se limiter aux investissements de portefeuille ou aux participations non majoritaires dans des biens immeubles (au sens du traité fiscal), comme le voudrait l'appelante, il eût été assez facile de le dire. En outre, et

53 Note 29.

54 Cette affirmation semble être fondée sur les écrits de Vogel. Voir la note 43, paragr. 94 art. 1. Cependant, l'auteur estime qu'il n'y a pas lieu de restreindre l'application des règles de droit international en fonction des différences que comportent les règles de droit interne.

55 2007 DTC 5437.

aspect plus important, l'appelante n'a pu expliquer en quoi le fait que l'intimée ou M. Boulle exerçait ou conservait une influence ou un contrôle sur la société DFR [la société canadienne dont les actions ont été vendues par la société du Luxembourg], si tant est que l'un ou l'autre ait exercé ou conservé un tel contrôle, constituait en soi un motif de soumettre à la fiscalité canadienne plutôt qu'à la fiscalité luxembourgeoise le gain tiré de la vente des actions.

La position énoncée dans le commentaire de l'OCDE

Selon le commentaire actuel sur l'article 1 du Modèle de convention, il existe deux façons possibles de traiter les allégations d'abus en l'absence de règles anti-évitement précises dans une convention fiscale. La première question qui se pose est de savoir si les avantages prévus dans les conventions fiscales doivent être accordés lorsque les opérations constituent un abus des clauses desdites conventions, en d'autres termes, s'il existe une théorie anti-abus inhérente qu'il est possible d'appliquer aux cas d'utilisation abusive des conventions fiscales. La deuxième est de savoir si les dispositions anti-abus d'une loi interne ou des règles d'interprétation élaborées par les tribunaux en matière fiscale vont à l'encontre des conventions fiscales et s'il est possible de les appliquer, dans ces circonstances, aux cas d'utilisation abusive desdites conventions. Selon le commentaire sur l'article 1, l'utilisation abusive d'une convention fiscale peut également être considérée comme l'utilisation abusive d'une loi interne de sorte que, dans la mesure où les règles anti-abus de la loi d'un État constituent le fondement à utiliser pour déterminer les faits donnant lieu à l'assujettissement à l'impôt, ces règles ne sont pas touchées par les conventions elles-mêmes; cela signifie que les faits déterminés par l'application des règles anti-évitement nationales en matière fiscale peuvent également servir à déterminer les faits aux fins de l'application d'une convention fiscale. En ce qui a trait à la deuxième question, il appert du commentaire que certains États considèrent les abus comme des abus touchant la convention elle-même et que l'interprétation correcte de la convention en cause leur permet de rejeter les opérations abusives (celles qui ont été conclues dans le but d'obtenir des « avantages non prévus »), probablement sur la base de la règle de droit international interdisant l'abus de droit. Toujours selon le commentaire, cette interprétation découle du but et de l'objet des conventions fiscales ainsi que de l'obligation d'interpréter celles-ci de bonne foi conformément à l'article 31 de la Convention de Vienne. Les normes à appliquer pour distinguer les opérations abusives d'avec les autres opérations sont énoncées comme suit dans le commentaire :

...il est important de noter qu'on ne doit pas présumer à la légère qu'un contribuable recourt au type de transaction abusive évoqué précédemment. Un principe directeur est que les avantages d'une convention de double imposition ne doivent pas être accordés lorsqu'un des objets principaux de certaines transactions ou opérations est d'obtenir une position fiscale plus avantageuse et lorsque l'octroi de cet avantage dans de telles circonstances serait contraire à l'objet et au but des dispositions pertinentes⁵⁶.

⁵⁶ Paragraphe 9.5 du commentaire sur l'article 1 ajouté en 2003.

6. Application de la règle générale anti-évitement aux conventions fiscales

Comme le gouvernement l'a annoncé dans le Budget de 2004, l'article 245 de la Loi de l'impôt sur le revenu (qui concerne la règle générale anti-évitement ou « RGAÉ ») a été modifié rétroactivement à l'année 1988 de façon à le rendre applicable aux conventions fiscales. Cette modification permet de requalifier les opérations d'évitement pour en déterminer les attributs fiscaux « de façon raisonnable dans les circonstances de façon à supprimer l'avantage fiscal qui, sans l'article 245, découlerait, directement ou indirectement, d'une opération d'évitement ». Une opération d'évitement est (a) une opération dont, sans l'article 245, découlerait, directement ou indirectement, un avantage fiscal, sauf s'il est raisonnable de considérer que l'opération est principalement effectuée pour des objets véritables — l'obtention de l'avantage fiscal n'étant pas considérée comme un objet véritable, ou (b) une opération qui fait partie d'une série d'opérations dont, sans l'article 245, découlerait, directement ou indirectement, un avantage fiscal, sauf s'il est raisonnable de considérer que l'opération est principalement effectuée pour des objets véritables — l'obtention de l'avantage fiscal n'étant pas considérée comme un objet véritable. Dans le contexte des conventions fiscales, l'avantage fiscal s'entend d'une réduction, d'un évitement ou d'un report d'impôt ou d'un autre montant qui serait exigible en application de la Loi de l'impôt sur le revenu en l'absence d'une convention fiscale, ainsi que de l'augmentation d'un remboursement d'impôt ou d'un autre montant visé par la Loi de l'impôt sur le revenu qui découle d'une convention fiscale⁵⁷. En cas d'opération d'évitement, les attributs fiscaux d'une personne doivent être déterminés de façon raisonnable dans les circonstances de façon à supprimer l'avantage fiscal qui découlerait, directement ou indirectement, de cette opération ou d'une série d'opérations dont cette opération fait partie. Fait important à souligner, dans le contexte des conventions fiscales, l'article 245 renferme une disposition d'exception selon laquelle la nouvelle qualification ne s'applique qu'à l'opération dont il est raisonnable de considérer qu'elle entraînerait, directement ou indirectement, un abus dans l'application d'un traité fiscal ou un abus dans l'application des dispositions de celui-ci, lues dans leur ensemble.

Il est donc indéniable que la RGAÉ, sous sa forme actuelle, comporte une règle anti-abus applicable aux conventions fiscales depuis 1988.

Même si l'ARC a établi de nouvelles cotisations à l'égard de plusieurs contribuables en se fondant sur l'utilisation abusive des conventions fiscales et sur la RGAÉ, certaines de ces affaires n'ayant pas été réglées, de nombreuses cotisations ont été réglées avec l'ARC et une seule semble avoir été portée devant les tribunaux. Dans cette affaire, *MIL (Investments)*⁵⁸, l'ARC n'a pas eu gain de cause devant la Cour canadienne de l'impôt, mais cet échec est imputable à la situation factuelle particulière et peut-être unique de cette affaire qui a incité le juge à conclure, à la lumière de la preuve et des arguments exposés, que les opérations en cause, soit la vente d'actions constituant des biens canadiens imposables (mais des biens protégés en vertu de la convention fiscale conclue entre le Canada et le Luxembourg), et le déménagement du

57 Il semble que toute réduction de l'impôt canadien qui serait exigible en application de la Loi en l'absence d'un traité fiscal donne lieu à un avantage fiscal au sens de la définition.

58 Note 29.

siège de la compagnie (et de la résidence) du contribuable des Îles Caïmans au Luxembourg, ne faisaient pas partie d'une série d'opérations⁵⁹, même si elles constituaient sans doute des opérations d'évitement, et que la vente elle-même n'était pas une opération abusive ni une opération d'évitement⁶⁰. De plus, après avoir procédé à une analyse de l'abus à la lumière de la RGAÉ, le juge a conclu que l'opération ne constituait pas une utilisation abusive ou erronée de la convention. Pour sa part, la Cour d'appel fédérale⁶¹ n'a pas semblé impressionnée par l'argument relatif à l'abus, soulignant qu'il aurait été facile de préciser dans le traité les opérations que la disposition d'exonération n'était pas destinée à couvrir.

Bien que le commentaire actuel de l'OCDE sur l'article 1 du Modèle de convention semble fixer un seuil relativement bas (« un des objets principaux »), en ce qui concerne l'application du principe de l'abus de droit des lois internationales aux conventions fiscales, tel qu'il est mentionné plus haut, les tribunaux et d'éminents juristes fixent apparemment un seuil beaucoup plus élevé, selon lequel l'opération doit être une « opération artificielle » ou une « opération entièrement artificielle », ou encore une opération qui constitue une *exception* au critère élevé, probablement une opération n'ayant pour ainsi dire aucun objet commercial. Par ailleurs, interprétée correctement, la RGAÉ énoncée à l'article 245 pourrait, selon les faits, avoir une application plus large, parce que cette application dépend de l'existence d'une opération d'évitement, soit une opération qui n'est pas effectuée principalement pour des objets véritables autres que l'obtention d'un avantage fiscal. En d'autres termes, les objets véritables autres que l'obtention d'un avantage fiscal (par exemple, les objets commerciaux) doivent l'emporter sur l'obtention de l'avantage fiscal, faute de quoi l'opération constituera une opération d'évitement au sens de la RGAÉ. Ce critère devrait être plus facile à établir pour l'ARC que celui de l'abus de droit que certains tribunaux ont maintenant reconnu (mais non la Cour canadienne de l'impôt ou la Cour d'appel fédérale dans l'affaire *MIL*) comme un principe inhérent aux conventions fiscales.

Quel que soit le critère appliqué, il faut encore déterminer si l'opération en question donnerait lieu, directement ou indirectement, à un abus des dispositions de la convention fiscale. À cet égard, comme le montre la décision qu'a rendue le tribunal israélien dans l'affaire *Yanko-Weiss*⁶², il incombe aux autorités fiscales de prouver qu'il y a eu une utilisation abusive de la convention. La jurisprudence relativement à l'application de la RGAÉ stipule que ce fardeau s'applique également à l'ARC. Comme l'a souligné la Cour suprême du Canada dans *Trustco Canada*⁶³ :

Il appartient au ministre qui tente d'invoquer la RGAÉ de décrire l'objet ou l'esprit des dispositions qui auraient été contournées, selon une interprétation textuelle, contextuelle et téléologique des dispositions de la Loi. Le ministre est mieux placé que le contribuable

59 Paragr. 42 et sq. des motifs du jugement.

60 Paragr. 70 et sq. des motifs du jugement. Au paragr. 74 des motifs du jugement, le juge s'est exprimé comme suit : « L'utilisation par l'appelante d'une disposition d'une convention acceptée tant par le Canada que par le Luxembourg ne peut être considérée comme une utilisation abusive ou erronée. S'il est préoccupé par les taux d'imposition plus avantageux de ses partenaires fiscaux, le Canada devrait tenter de renégocier certaines conventions fiscales plutôt qu'appliquer l'article 245 ».

61 Note 55.

62 Note 52.

63 *La Reine c. Hypothèques Trustco Canada*, 2005 DTC 5523, paragr. 65.

pour présenter des observations sur l'intention du législateur dans le but d'interpréter les dispositions de façon harmonieuse avec le régime législatif général qui s'applique à l'opération en cause.

Bien que ces remarques soient formulées à l'égard de l'application de la RGAÉ à la Loi de l'impôt sur le revenu, il n'y a pas de raison de croire que le fardeau serait différent dans le cas de l'application de cette règle à une convention fiscale.

Le rapport sur les sociétés relais et les Commentaires de l'OCDE renferment présentement une foule d'exemples au sujet des opérations que le Comité sur les affaires fiscales de l'OCDE considère comme des opérations abusives dans le contexte des conventions fiscales. Ni la jurisprudence non plus que les écrits d'auteurs respectés ne permettent vraiment de dire si les tribunaux canadiens devraient adopter ou adopteront ces opinions, qui ont évidemment changé et évolué au fil des années, pour déterminer le caractère abusif des opérations portées à leur attention et, dans l'affirmative, s'ils devraient le faire de façon prospective seulement⁶⁴. La Cour canadienne de l'impôt et la Cour d'appel fédérale ne se sont pas posées cette question dans l'affaire *MIL (Investments)*, car d'après la preuve présentée, la cour a conclu que l'opération d'évitement admise, soit le déménagement du lieu de résidence de la société des Îles Caïmans au Luxembourg, ne faisait pas partie de la série d'opérations comprenant la vente d'actions. Cependant, tant la Cour canadienne de l'impôt que la Cour d'appel fédérale ont précisé que, pour que l'autorité fiscale puisse invoquer la règle anti-abus, cette règle doit être intégrée dans la convention et non être déduite implicitement.

De plus, il se pourrait que les avis soient partagés quant à la question de savoir si les opérations ou structures visant à obtenir les avantages fiscaux prévus dans les conventions sont abusives en soi. C'est ce que montrent jusqu'à un certain point les courriels échangés qui ont été présentés en preuve dans l'affaire *Prévost Car* et que l'on retrouve à l'annexe B.

Par ailleurs, en raison de la dualité du système fiscal canadien, qui prévoit un régime fiscal avantageux pour les Canadiens concluant des opérations dans des pays signataires d'une convention fiscale et pour les contribuables résidant dans les pays en question, et un régime fiscal moins favorable dans les autres cas, il est probablement légitime de se demander si l'utilisation du régime fiscal plus avantageux est effectivement abusive, dans la mesure où la distinction entre les deux régimes a été créée et maintenue principalement pour aider le Canada à négocier et à signer des conventions avec d'autres pays et non parce que le régime applicable en l'absence de convention repose foncièrement sur une politique fiscale supérieure à celle des conventions.

À cet égard, il y a peut-être lieu de se référer à une décision que la Cour suprême de l'Inde a rendue en 2003 dans l'affaire *Andolan*⁶⁵, qui est une affaire d'intérêt public où l'interprétation de la convention conclue entre l'Inde et la République de Maurice était en cause. Dans une circulaire, les autorités fiscales indiennes avaient demandé aux autorités fiscales de considérer, aux fins de l'article de la convention concernant les gains en capital, les sociétés relais directes mauriciennes au sujet desquelles les autorités fiscales de la République de l'Île Maurice avaient

64 Dans l'arrêt *A Holdings*, note 48, la Cour fédérale suisse a non seulement jugé les commentaires contraignants, mais elle les a également appliqués de manière rétroactive.

65 *Union of India and another c. Azadi Bachao Andolan and another*, (2003) 6 ITLR 223.

certifié qu'elles étaient des résidentes de celle-ci au plan fiscal, comme des résidentes de ladite République en vertu de la convention fiscale, même si ces sociétés n'étaient que de simples sociétés de portefeuille, qu'elles n'étaient pas assujetties à l'impôt mauricien sur les gains en capital découlant de la vente d'actions de sociétés indiennes et qu'elles appartenaient à des non-résidents de l'Île Maurice, ce qui permettait aux résidents de pays tiers de recourir au chalandage fiscal⁶⁶. Un groupe de défense de l'intérêt public de l'Inde a tenté de faire déclarer la circulaire ultra vires et non avenue. Rejetant la demande du groupe d'intérêt public, la Cour suprême s'est exprimée comme suit [traduction] :

Bon nombre de pays développés tolèrent ou encouragent le chalandage fiscal, même si cette pratique n'est pas souhaitée ou qu'elle est inappropriée ou injustifiée, pour d'autres raisons non fiscales, à moins qu'il ne mène à une perte de recettes fiscales importantes. Plusieurs d'entre eux permettent l'utilisation de leur réseau de traités pour attirer des entreprises étrangères et activités extracôtées. Quelques-uns favorisent le chalandage fiscal à des fins d'investissement à l'étranger de manière à réduire les impôts étrangers de leurs résidents aux fins de l'impôt, mais veulent éviter de perdre eux-mêmes des recettes fiscales sur les investissements entrants ou les opérations de non-résidents. Dans les pays en développement, le chalandage fiscal est souvent considéré comme un stimulant fiscal permettant d'attirer les technologies ou capitaux étrangers rares. Ces pays peuvent ainsi accorder des avantages fiscaux exclusivement aux investisseurs étrangers, indépendamment des règles du droit interne. À cet égard, cette pratique n'est pas vraiment différente des autres stimulants fiscaux accordés, comme les subventions, les exonérations fiscales temporaires, etc. ...

Les pays en développement ont besoin d'investissements étrangers et le chalandage fiscal peut constituer un autre stimulant à cette fin. Au cours des dernières années, l'Inde a bénéficié de capitaux étrangers importants par l'entremise de sociétés relais mauriciennes ...

Dans l'ensemble, les pays doivent adopter et adoptent effectivement un point de vue global. Les pays en développement permettent le chalandage fiscal afin de favoriser l'apport de capitaux et de technologies, que les pays développés sont disposés à leur fournir. La perte de recettes fiscales pourrait être minime comparativement aux autres avantages non fiscaux dont leurs économies bénéficieraient...

De nombreux principes de l'économie fiscale qui, à première vue, peuvent sembler répréhensibles sont tolérés dans une économie en développement, par souci de favoriser le développement à long terme. Le financement du déficit est un exemple et, à notre avis, chalandage fiscal en est un autre. Malgré l'indignation exprimée par les parties défenderesses à l'égard de l'utilisation abusive du chalandage fiscal, cette pratique était peut-être voulue lors de la signature de la convention fiscale entre l'Inde et la République de l'Île Maurice.

⁶⁶ Pour une discussion intéressante au sujet des opinions des autorités fiscales indiennes sur cette convention, voir JDB Oliver, JB Libin, S. van Weeghel et C. Toit, « Beneficial Ownership and the OECD Model », *2007 British Tax Review*, 27, p. 37 et sq.

Annexe A

1. Les États-Unis ont signé des conventions fiscales détaillées qui comportent une disposition énonçant des restrictions apportées aux avantages (disposition RAA) avec l’Australie, l’Autriche, la Barbade, le Bangladesh, la Belgique, le Canada, la Chine, Chypre, la République tchèque, le Danemark, l’Estonie, la Finlande, la France, l’Allemagne, l’Inde, l’Indonésie, l’Irlande, Israël, l’Italie, la Jamaïque, le Japon, le Kazakhstan, la Lettonie, la Lituanie, le Luxembourg, le Mexique, les Pays-Bas, les Antilles néerlandaises, la Nouvelle-Zélande, le Portugal, la Russie, la Slovaquie, la Slovénie, l’Afrique du Sud, l’Espagne, le Sri Lanka, la Suède, la Suisse, la Thaïlande, la Turquie, l’Ukraine, le Royaume-Uni et le Venezuela. Plusieurs conventions fiscales détaillées ne comportent pas de disposition de cette nature, notamment les conventions conclues avec l’Égypte, la Grèce, la Hongrie, l’Islande, la Corée, le Maroc, la Norvège, le Pakistan, les Philippines, la Pologne, la Roumanie, Trinidad et Tobago et la Tunisie.
2. Chaque disposition RAA énonce qu’une « personne » qui est un résident de l’autre État contractant a droit aux avantages qu’accorde la convention.

Sauf dans le cas des conventions conclues avec Chypre, l’Inde, la Jamaïque, le Kazakhstan, la Russie et l’Ukraine, les dispositions RAA étendent l’application de la convention à un État contractant et aux subdivisions politiques et collectivités locales de celui-ci.

3. Sociétés

- 3.1 Sauf dans le cas des conventions conclues avec la Chine, Chypre et la Jamaïque, les dispositions RAA ont pour effet d’accorder les avantages découlant de la convention [traduction] :

à une société si (i) les bénéficiaires effectifs d’au moins 50 pour cent de chaque catégorie des actions de la société sont des résidents de cet État qui ont droit aux avantages de la présente convention et (ii) les montants payés ou dus par la société au cours de son année d’imposition à des personnes qui ne sont pas des résidents admissibles ou des citoyens des États-Unis et qui sont déductibles aux fins de l’impôt sur le revenu dans l’État de résidence de la société sont inférieurs à 50 pour cent du revenu brut de la société pour cette année.

Dans la convention conclue avec l’Autriche, le pourcentage minimal s’élève à 90 pour cent pour chaque catégorie de participation.

- 3.2 Les dispositions RAA des conventions conclues avec le Canada, la Chine, l’Inde, Israël, l’Italie, la Jamaïque, le Luxembourg, la Nouvelle-Zélande, la Suisse et la Turquie permettent aux sociétés et autres entités suivantes qui résident dans l’autre État de bénéficier des avantages prévus dans la convention en cause [traduction] :

Une personne dont (i) les participations bénéficiaires représentant au moins 50 pour cent de la valeur de chaque catégorie de participation font l’objet de transactions importantes et régulières dans une bourse de valeurs reconnue ou (ii) les propriétaires directs ou indirects d’au moins 50 pour cent de chaque catégorie de participation sont des personnes ayant droit aux avantages prévus

à la clause (i), pourvu que, dans le cas des propriétaires indirects, chaque propriétaire intermédiaire soit une personne ayant droit aux avantages de la convention en vertu du présent paragraphe.

Dans les conventions conclues avec Chypre, la Jamaïque et la Nouvelle-Zélande, le pourcentage minimal s'élève à plus de 75 pour cent.

Les dispositions RAA des conventions conclues avec l'Australie, l'Irlande et le Royaume-Uni comportent une clause semblable au texte suivant de manière à rendre également admissible [traduction] :

une personne autre qu'une personne physique ou une société dont (i) la principale catégorie de parts est cotée ou admise à une bourse de valeurs reconnue [...] et fait l'objet de transactions régulières à au moins une des bourses de valeurs reconnues ou (ii) les propriétaires directs ou indirects d'au moins 50 pour cent des participations bénéficiaires de cette personne sont des personnes admissibles [...].

- 3.3 Les dispositions RAA des conventions conclues avec la Belgique, le Danemark, la Finlande, l'Allemagne, le Luxembourg, la Nouvelle-Zélande, la Suède et le Royaume-Uni comportent une clause qui a pour effet d'étendre le statut de personne admissible aux sociétés suivantes et qui est formulée à peu près comme suit [traduction] :

Une société qui est un résident d'un État contractant a également droit aux avantages de la convention si : (a) au moins 95 pour cent du total des droits de vote et de la valeur des actions (et au moins 50 pour cent de toute catégorie disproportionnée d'actions) de la société sont détenues, directement ou indirectement, par au plus sept personnes qui sont des bénéficiaires équivalents; (b) moins de 50 pour cent du revenu brut de la société au cours de la période imposable, déterminé selon les règles de l'État de résidence de la société, est payé ou dû, directement ou indirectement, à des personnes qui ne sont pas des bénéficiaires équivalents, sous la forme de paiements déductibles, aux fins des impôts visés par la présente convention, dans l'État de résidence de la société (à l'exception des paiements de pleine concurrence effectués dans le cadre ordinaire d'activités d'entreprise au titre de services ou de biens corporels et des paiements concernant des obligations financières envers une banque qui n'est pas liée au débiteur).

- 3.4 Dans les conventions autres que celles qui ont été conclues avec Chypre, l'Indonésie, l'Italie, la Jamaïque et la Nouvelle-Zélande, les dispositions RAA comportent une clause ayant pour effet d'étendre le statut de personne admissible comme suit [traduction] :

Un résident a droit aux avantages prévus par la convention au titre d'un élément de revenu ayant sa source dans l'autre État contractant, (i) si ce résident exerce activement une activité industrielle ou commerciale dans le premier État (autre que l'activité consistant à réaliser ou gérer des investissements, à moins qu'il ne s'agisse d'une activité bancaire ou d'une activité d'assurance exercée par une banque ou une compagnie d'assurance); (ii) si le revenu est lié à cette activité ou en constitue un élément accessoire et (iii) si l'activité industrielle ou commerciale présente un caractère substantiel par rapport à l'activité exercée dans l'autre État qui génère le revenu (sous réserve de certaines restrictions, y compris l'interdiction relative à la gestion ou à la réalisation d'investissements et la détermination de

la question de savoir si une activité industrielle ou commerciale présente un caractère substantiel et si le revenu généré est lié à une activité industrielle ou commerciale dans le cas où l'activité exercée dans l'autre État qui génère le revenu fait partie de l'activité industrielle ou commerciale ou est accessoire à celle-ci).

3.5 Les conventions conclues avec l'Australie, l'Autriche, la Belgique, la France, les Pays-Bas et la Suisse comportent une disposition RAA dont une clause a pour effet d'accorder les avantages de la convention à une société qui est « le siège administratif principal d'un groupe multinational ».

3.6 La disposition RAA des conventions conclues avec l'Australie et le Luxembourg comporte une clause semblable au texte suivant, qui vise à restreindre l'admissibilité des sociétés aux avantages prévus par la convention [traduction] :

Malgré les dispositions précédentes du présent article, si une société qui est un résident de l'un des États contractants ou une société qui détient au moins 50 pour cent du vote global ou de la valeur de ladite société possède en circulation une catégorie d'actions (a) qui font l'objet de conditions ou d'autres arrangements qui confèrent à ses détenteurs le droit à une portion des revenus de la société provenant de l'autre État contractant qui serait plus importante que celle qu'ils recevraient si les conditions ou arrangements n'existaient pas (la part disproportionnée du revenu) et (b) dont au moins 50 pour cent du pouvoir de vote et de la valeur appartiennent à des personnes qui ne sont pas des personnes admissibles, les avantages de la présente convention ne s'appliqueront pas à la part disproportionnée du revenu.

4. Les conventions conclues avec le Canada, l'Estonie, la France, la Lettonie, la Lituanie, la Nouvelle-Zélande, le Portugal, l'Afrique du Sud, la Suisse et le Royaume-Uni comportent une disposition RAA dont une clause a pour effet d'accorder les avantages de la convention aux successions et fiducies. Les dispositions de ces conventions qui concernent les successions et les fiducies sont assorties des mêmes conditions que celles qui sont énoncées plus haut au paragraphe 3.1 à l'égard des sociétés aux fins de l'application des avantages, sauf dans le cas de la convention signée avec la Nouvelle-Zélande.

5. La disposition RAA des conventions conclues avec l'Australie, la Barbade, la Chine, le Danemark, la Finlande, l'Allemagne, le Japon, les Pays-Bas et l'Afrique du Sud comporte une clause semblable au texte qui suit au sujet des régimes de retraite [traduction] :

Une entité organisée selon la législation de l'un des États contractants et établie et maintenue dans cet État pour fournir, conformément à un plan, des pensions ou d'autres avantages similaires à des personnes qui sont employées ou qui ont une profession indépendante, même si l'entité est généralement exonérée d'impôt dans cet État, à condition que plus de 50 pour cent des bénéficiaires, des membres ou des participants de l'entité soient des personnes physiques qui résident dans l'un ou l'autre des États contractants.

6. À l'exception des conventions signées avec Chypre, l'Indonésie, l'Italie, la Jamaïque et la Nouvelle-Zélande, chaque convention énonce un pouvoir discrétionnaire prépondérant qui permet aux autorités compétentes de l'État source de traiter comme des personnes admissibles des personnes qui seraient par ailleurs inadmissibles. Cependant, la convention conclue avec la Nouvelle-Zélande impose à l'État contractant en cause l'obligation de consulter l'autre État contractant avant de refuser les avantages de la convention.

Les dispositions RAA qui figurent dans les conventions des États-Unis appartiennent à quatre grands modèles (reproduits ci-après) :

Le premier modèle est celui des conventions conclues avec l'Estonie, la Lettonie et la Lituanie, qui sont identiques. Les conventions signées avec l'Australie, l'Autriche, le Bangladesh, le Canada, l'Irlande, le Luxembourg, les Pays-Bas, le Portugal, la Thaïlande et le Royaume-Uni comportent une version modifiée de ce modèle.

Le deuxième modèle est celui des conventions conclues avec la Belgique, le Danemark, la Finlande, la France, l'Allemagne, la Slovaquie, l'Afrique du Sud, le Sri Lanka et la Suède. De ces conventions, celles qui ont été signées avec la Belgique et la Finlande ne comportent que quelques écarts par rapport au deuxième modèle. Les conventions conclues avec la Slovaquie et le Sri Lanka représentent des versions plus simplifiées du deuxième modèle. Dans le cas des conventions signées avec le Danemark, la France, l'Allemagne, le Japon et l'Afrique du Sud, la version du deuxième modèle est davantage modifiée.

Le troisième modèle est celui des conventions signées avec le Kazakhstan, la Russie et l'Ukraine. Les conventions conclues avec la République tchèque et la Slovaquie ne sont que des versions légèrement modifiées de ce troisième modèle. Les conventions conclues avec le Mexique, l'Espagne et le Venezuela sont également inspirées de ce modèle, mais dans une moindre mesure.

Le quatrième modèle correspond à celui des conventions conclues avec Chypre, la Jamaïque, l'Inde, l'Italie et la Nouvelle-Zélande. La convention conclue avec Chypre représente une version légèrement modifiée du quatrième modèle. Quant aux conventions signées avec l'Inde, l'Italie et la Nouvelle-Zélande, elles sont également inspirées de ce modèle, mais dans une moindre mesure.

Les conventions conclues avec la Barbade, la Chine, l'Indonésie, Israël, les Antilles néerlandaises, la Suisse et la Turquie ne s'apparentent à aucun des quatre modèles.

Restriction apportée aux avantages — Modèle 1 [traduction]

1. Un résident d'un État contractant a droit à tous les avantages prévus par la présente convention seulement s'il est « un résident admissible » au sens du présent article.
2. Un résident d'un État contractant est un résident admissible pour une année d'imposition seulement s'il est :
 - a) une personne physique;
 - b) un État contractant ou l'une de ses subdivisions politiques ou collectivités locales ou toute personne morale de droit public de cet État, cette subdivision ou cette collectivité;
 - c) une société, si, à la fois :
 - (i) pendant au moins la moitié de son année d'imposition, les bénéficiaires effectifs d'au moins 50 pour cent de chaque catégorie des actions de la société sont des résidents admissibles au titre des alinéas a), b), e) ou f) du présent paragraphe, ou des citoyens des États-Unis, pourvu que, dans le cas des bénéficiaires indirects, chaque propriétaire intermédiaire soit une personne ayant droit aux avantages de la convention au titre du présent paragraphe;
 - et
 - (ii) les montants payés ou dus par la société au cours de son année d'imposition à des personnes autres que des résidents admissibles ou des citoyens des États-Unis, lesquels montants sont déductibles aux fins de l'impôt sur le revenu dans l'État de résidence de la société (à l'exclusion des paiements de pleine concurrence effectués dans le cadre ordinaire d'activités d'entreprise au titre de services ou de biens corporels), ne dépassent pas 50 pour cent du revenu brut de la société pour cette année;
- d) une fiducie ou une succession, si le droit de propriété afférent à ses participations bénéficiaires remplit l'exigence du sous-alinéa c)(i) et que les paiements qu'elle verse aux personnes qui ne sont pas des résidents admissibles ou des citoyens des États-Unis remplissent l'exigence du sous-alinéa c)(ii);
- e) une personne,
 - (i) dont les participations bénéficiaires représentant au moins 50 pour cent de la valeur de chaque catégorie de participation font l'objet de transactions importantes et régulières dans une bourse de valeurs reconnue; ou
 - (ii) dont les propriétaires directs ou indirects d'au moins 50 pour cent de chaque catégorie de participation sont des personnes qui ont droit aux avantages au titre du sous-alinéa (i), pourvu que, dans le cas des propriétaires indirects, chaque propriétaire intermédiaire soit une personne ayant droit aux avantages de la convention au titre du présent paragraphe;

- f) une personne décrite à l'alinéa 3b) de l'article 4 (Résident), pourvu que plus de la moitié des bénéficiaires, membres ou participants, le cas échéant, de cette personne soient des résidents admissibles; ou
 - g) une société d'investissement régie par les États-Unis ou une entité similaire dans [l'État contractant] qui est agréée par les autorités compétentes des États contractants.
3. a) Un résident d'un État contractant qui n'est pas un résident admissible pourra bénéficier des avantages prévus par la présente convention au titre d'un élément de revenu ayant sa source dans l'autre État contractant, si
- (i) ce résident exerce une activité industrielle ou commerciale effective dans le premier État mentionné,
 - (ii) le revenu est lié à cette activité ou en constitue un élément accessoire, et
 - (iii) l'activité industrielle ou commerciale présente un caractère substantiel par rapport à l'activité exercée dans l'autre État qui génère le revenu.
- b) Aux fins du présent paragraphe, l'activité qui consiste à réaliser ou à gérer des investissements ne sera pas considérée comme une activité industrielle ou commerciale effective, à moins qu'il ne s'agisse d'une activité bancaire, d'une activité d'assurance ou d'une activité portant sur des valeurs mobilières exercée par une banque, une compagnie d'assurance ou un opérateur sur titres agréé.
- c) Le caractère substantiel ou non d'une activité industrielle ou commerciale au sens du présent paragraphe sera déterminé en prenant en compte l'ensemble des faits et circonstances propres à chaque cas. Cependant, en tout état de cause, une activité industrielle ou commerciale sera réputée présenter un caractère substantiel si, au cours de l'année d'imposition précédente ou de la moyenne des trois années d'imposition précédentes, la valeur de l'actif, le revenu brut et les dépenses salariales se rapportant à l'activité industrielle ou commerciale exercée dans le premier État mentionné totalisent au moins 7,5 pour cent de la quote-part détenue par le résident (et les parties liées) dans la valeur de l'actif, le revenu brut et les dépenses salariales qui se rapportent à l'activité ayant généré le revenu dans l'autre État, et que la moyenne des trois ratios dépasse 10 pour cent.
- d) Un revenu est généré en liaison avec une activité commerciale ou industrielle si l'activité exercée dans l'autre État qui génère le revenu est une activité qui fait partie de l'activité commerciale ou industrielle ou qui est complémentaire à celle-ci. Un revenu est accessoire à une activité commerciale ou industrielle s'il facilite l'exercice de l'activité commerciale ou industrielle dans l'autre État.
4. Un résident d'un État contractant qui n'est pas un résident admissible conformément aux dispositions du paragraphe 2 peut néanmoins bénéficier des avantages de la convention à l'égard du revenu généré dans l'autre État contractant si l'autorité compétente de celui-ci en décide ainsi.

5. Aux fins du présent article, l'expression « bourse de valeurs reconnue » désigne :
 - a) le système NASDAQ possédé par l'Association nationale des agents de change et toute bourse de valeurs enregistrée auprès de la Commission des bourses de valeurs (Securities and Exchange Commission) comme étant une bourse de valeurs nationale aux fins de la loi sur les bourses de valeurs de 1934 (Securities Exchange Act de 1934);
 - b) la bourse de valeurs [de l'État contractant] (nom); et
 - c) toute bourse de valeurs agréée par les autorités compétentes des États contractants.
6. Les autorités compétentes des États contractants se consultent en vue d'en arriver à une entente sur l'application des dispositions du présent article, notamment quant à la publication d'un guide. Conformément aux dispositions de l'article 26 (Échange de renseignements et assistance administrative), les autorités compétentes s'échangent les renseignements nécessaires pour mettre en œuvre les dispositions du présent article.

Restriction apportée aux avantages — Modèle 2 [traduction]

1. Un résident d'un État contractant ne peut bénéficier des avantages accordés aux résidents d'un État contractant aux termes de la présente Convention que dans la mesure prévue par le présent article.
2. Un résident d'un État contractant peut bénéficier de tous les avantages prévus par la présente Convention si ce résident est :
 - a) une personne physique;
 - b) un État contractant ou une de ses subdivisions politiques ou collectivités locales;
 - c) une société, si :
 - (i) la principale catégorie d'actions de cette société (et toute catégorie disproportionnée d'actions) fait l'objet de transactions régulières sur un ou plusieurs marchés boursiers reconnus, et :
 - A) la principale catégorie de ses actions fait principalement l'objet de transactions sur un marché boursier reconnu situé dans l'État contractant dont la société est un résident (ou, dans le cas d'une société résidente de [l'État contractant], sur un marché boursier reconnu situé dans l'Union européenne ou dans un autre État de l'Espace économique européen⁶⁷ ou, dans le cas d'une société résidente des États-Unis, sur un marché boursier reconnu situé dans un autre État qui est partie à l'Accord de libre-échange nord-américain); ou
 - B) le siège principal de direction et de contrôle de cette société se trouve dans l'État contractant dont elle est un résident; ou
 - (ii) au moins 50 pour cent du total des droits de vote et de la valeur des actions (et au moins 50 pour cent de toute catégorie disproportionnée d'actions) de la société sont détenus, directement ou indirectement, par au plus cinq sociétés pouvant bénéficier des avantages aux termes du point (i) du présent sous-paragraphe, sous réserve que, dans le cas d'une détention indirecte, chaque détenteur intermédiaire soit un résident de l'un ou l'autre des États contractants;
 - d) une personne mentionnée à l'article 4 (Résident), paragraphe 1, sous-paragraphe c), sous réserve, dans le cas d'une personne mentionnée au point (ii) de ce sous-paragraphe, que :
 - (i) plus de 50 pour cent des bénéficiaires, membres ou participants de cette personne soient des personnes physiques résidentes de l'un ou l'autre des États contractants; ou

⁶⁷ Cette clause figure habituellement dans les conventions conclues avec les pays membres de l'UE.

- (ii) le promoteur de cette personne puisse bénéficier des avantages prévus par la présente Convention en vertu du présent article; ou
 - e) une personne autre qu'une personne physique, si :
 - (i) pendant au moins la moitié des jours de la période imposable, au moins 50 pour cent de chaque catégorie d'actions ou autres intérêts effectifs dans cette personne sont, directement ou indirectement, la propriété de résidents de l'État contractant dont cette personne est un résident qui peuvent bénéficier des avantages prévus par la présente Convention en vertu du sous-paragraphe a), du sous-paragraphe b), du sous-paragraphe c), (i) ou du sous-paragraphe d) du présent paragraphe; et
 - (ii) moins de 50 pour cent du revenu brut de cette personne au cours de la période imposable, déterminé selon les règles de l'État de résidence de cette personne, est payé ou dû, directement ou indirectement, à des personnes autres que des résidents de l'un ou l'autre des États contractants appelés à bénéficier des avantages de la présente Convention en vertu du sous-paragraphe a), du sous-paragraphe b), du sous-paragraphe c) (i), ou du sous-paragraphe d) du présent paragraphe, sous la forme de paiements déductibles, aux fins des impôts visés par la présente Convention, dans l'État de résidence de cette personne (à l'exception toutefois de paiements de pleine concurrence effectués dans le cadre ordinaire d'activités d'entreprise au titre de services ou biens corporels et de paiements concernant des obligations financières envers une banque qui n'est pas liée au débiteur).
3. Une société qui est un résident d'un État contractant peut également bénéficier des avantages de la Convention si :
- a) au moins 95 pour cent du total des droits de vote et de la valeur des actions (et au moins 50 pour cent de toute catégorie disproportionnée d'actions) de la société sont détenus, directement ou indirectement, par au plus sept personnes qui sont des bénéficiaires équivalents; et
 - b) moins de 50 pour cent du revenu brut de la société au cours de la période imposable, déterminé selon les règles de l'État de résidence de la société, est payé ou dû, directement ou indirectement, à des personnes qui ne sont pas des bénéficiaires équivalents, sous la forme de paiements déductibles, aux fins des impôts visés par la présente Convention, dans l'État de résidence de la société (à l'exception de paiements de pleine concurrence effectués dans le cadre ordinaire d'activités d'entreprise au titre de services ou biens corporels et de paiements concernant des obligations financières envers une banque qui n'est pas liée au débiteur).

4. a) Un résident d'un État contractant, qu'il puisse ou non bénéficier d'avantages en vertu des paragraphes 2 ou 3, pourra bénéficier des avantages prévus par la Convention au titre d'un élément de revenu ayant sa source dans l'autre État contractant, si ce résident exerce une activité industrielle ou commerciale effective dans le premier État (autre que l'activité consistant à réaliser ou gérer des investissements pour son propre compte, à moins qu'il ne s'agisse d'une activité bancaire, d'assurance ou d'une activité portant sur des valeurs mobilières exercée par une banque, une compagnie d'assurance ou un opérateur sur titres agréé) et si le revenu tiré de l'autre État contractant est lié à cette activité ou en constitue un élément accessoire.
 - b) Si un résident d'un État contractant ou l'une quelconque de ses entreprises associées exerce dans l'autre État contractant une activité industrielle ou commerciale qui génère un élément de revenu, le sous-paragraph a) du présent paragraphe ne s'applique à cet élément de revenu que si l'activité industrielle ou commerciale exercée dans le premier État présente un caractère substantiel par rapport aux activités exercées dans l'autre État. Le caractère substantiel ou non d'une activité industrielle ou commerciale, au sens du présent paragraphe, sera déterminé en prenant en compte l'ensemble des faits et circonstances propres à chaque cas.
 - c) Aux fins de déterminer si une personne « exerce une activité industrielle ou commerciale effective » dans un État contractant au sens du sous-paragraph a) du présent paragraphe, les activités exercées par des personnes liées à cette personne sont censées être exercées par cette personne. Une personne est considérée comme liée à une autre si une de ces personnes possède au moins 50 pour cent d'un intérêt effectif dans l'autre (ou, dans le cas d'une société, au moins 50 pour cent du total des droits de vote et au moins 50 pour cent de la valeur totale des actions de la société ou de l'intérêt effectif dans les capitaux propres de la société) ou si une autre personne possède directement ou indirectement, au moins 50 pour cent d'un intérêt effectif dans chacune d'elles (ou, dans le cas d'une société, au moins 50 pour cent du total des droits de vote et au moins 50 pour cent de la valeur totale des actions de la société ou de l'intérêt effectif dans les capitaux propres de la société). En tout cas, une personne est considérée comme liée à une autre si, en prenant en compte l'ensemble des faits et circonstances propres à ce cas, l'une est sous le contrôle de l'autre ou toutes deux sont sous le contrôle de la même personne ou des mêmes personnes.
5. Nonobstant les dispositions précédentes du présent article, lorsqu'une entreprise de [l'État contractant] tire des États-Unis des intérêts ou des redevances, et que les revenus constitués par ces intérêts ou redevances sont exemptés d'impôt dans cet État parce qu'ils sont imputables à un établissement stable que cette entreprise a dans un État tiers, les avantages fiscaux qui seraient accordés en vertu des autres dispositions de la Convention ne s'appliquent pas à ces revenus si l'impôt qui est effectivement payé dans l'État tiers au titre de ces revenus est inférieur à 60 pour cent de l'impôt qui aurait été dû [dans cet État] si les revenus avaient été recueillis [dans cet État] par l'entreprise et n'étaient pas imputables à l'établissement stable situé dans l'État tiers. Les intérêts

ou redevances auxquels s'appliquent les dispositions du présent paragraphe sont imposables aux États-Unis à un taux n'excédant pas 15 pour cent de leur montant brut. Les dispositions du présent paragraphe ne s'appliquent pas lorsque :

- a) en ce qui concerne les intérêts, tels qu'ils sont définis à l'article 11 (Intérêts), les revenus provenant des États-Unis se rattachent, ou sont accessoires, à l'exercice par l'établissement stable d'une activité industrielle ou commerciale effective dans l'État tiers (autre que l'activité consistant à effectuer, gérer ou simplement détenir des investissements pour le compte de l'entreprise elle-même, à moins qu'il ne s'agisse d'une activité bancaire ou portant sur des valeurs mobilières exercée par une banque ou un opérateur sur titres agréé); ou
 - b) en ce qui concerne les redevances, telles qu'elles sont définies à l'article 12 (Redevances), les redevances sont reçues à titre de rémunération pour l'usage, ou la concession de l'usage, d'un bien incorporel produit ou développé par l'établissement stable lui-même.
6. Un résident d'un État contractant qui ne peut bénéficier d'avantages en vertu des paragraphes précédents du présent article peut néanmoins bénéficier des avantages prévus par la Convention si l'autorité compétente de l'autre État contractant décide que la constitution, l'acquisition ou la conservation de cette personne et l'exercice de ses activités n'ont pas parmi leurs objectifs principaux d'obtenir les avantages prévus par la Convention. L'autorité compétente de l'autre État contractant consulte l'autorité compétente du premier État avant de refuser d'accorder les avantages prévus par la Convention sur la base du présent paragraphe.
7. Aux fins du présent article :
- a) l'expression « principale catégorie d'actions » désigne les actions ordinaires de la société, à condition que cette catégorie d'actions représente la majorité des droits de vote et de la valeur de la société. Si aucune catégorie d'actions ordinaires ne représente à elle seule la majorité du total des droits de vote et de la valeur de la société, la « principale catégorie d'actions » désigne les catégories qui ensemble représentent une majorité du total des droits de vote et de la valeur de la société.
 - b) l'expression « catégorie disproportionnée d'actions » désigne toute catégorie d'actions d'une société résidente d'un État contractant qui confère à l'actionnaire le droit à une participation, sous la forme de dividendes, de paiements de rachat ou sous une autre forme, dans les bénéfices générés dans l'autre État contractant par certains actifs ou certaines activités de la société, qui est exagérément élevée par rapport à sa participation dans l'ensemble des actifs ou des activités de cette société;
 - c) le terme « actions » comprend les certificats représentatifs d'actions;

- d) l'expression « marché boursier reconnu » désigne :
- (i) le système NASDAQ appartenant à la National Association of Securities Dealers, Inc. et toute bourse de valeurs enregistrée auprès de la Securities and Exchange Commission américaine en tant que bourse de valeurs nationale au sens du Securities Exchange Act américain de 1934;
 - (ii) la Bourse de [l'État contractant];
 - (iii) l'Irish Stock Exchange et les bourses de valeurs d'Amsterdam, Bruxelles, Copenhague, Francfort, Hambourg, Helsinki, Londres, Madrid, Milan, Oslo, Paris, Reykjavik, Riga, Tallinn, Toronto, Vienne, Vilnius et Zurich⁶⁸; et
 - (iv) tout autre marché boursier reconnu par les autorités compétentes des États contractants;
- e) une catégorie d'actions fait l'objet de transactions régulières sur un ou plusieurs marchés boursiers reconnus au cours d'une période imposable si le nombre total des actions de cette catégorie qui ont fait l'objet de transactions sur ce ou ces marchés boursiers au cours de la période imposable précédente représente au moins 6 pour cent du nombre moyen d'actions de la même catégorie en circulation au cours de cette période imposable précédente;
- f) le siège principal de direction et de contrôle d'une société ne se trouve dans l'État contractant dont cette société est un résident que si le personnel dirigeant et les cadres supérieurs exercent, dans cet État plus que dans tout autre État, la responsabilité journalière de la prise de décisions en matière stratégique, financière et opérationnelle de la société (y compris ses filiales directes et indirectes), et que les activités journalières du personnel nécessaire à la préparation et à la prise de ces décisions sont exercées dans cet État plus que dans tout autre État;
- g) l'expression « bénéficiaire équivalent » désigne un résident d'un État membre de l'Union européenne ou de tout autre État de l'Espace économique européen ou d'une partie à l'Accord de libre-échange nord-américain, ou de la Suisse, mais seulement lorsque ce résident :
- (i) A) aurait droit à tous les avantages prévus par une convention fiscale générale conclue entre un État membre de l'Union européenne ou un autre État de l'Espace économique européen ou une partie à l'Accord de libre-échange nord-américain ou la Suisse et l'État auquel les avantages de la présente Convention sont demandés en vertu de dispositions analogues à celles du sous-paragraphe a), du sous-paragraphe b), du sous-paragraphe c) (i), et du sous-paragraphe d) du paragraphe 2, sous réserve, si cette convention ne contient pas de clause générale de limitation des avantages, que ce résident puisse bénéficier des avantages de la présente Convention en vertu du sous-paragraphe a),

68 Il s'agit de la liste figurant dans la convention conclue avec la Suède. Cette liste peut varier d'une convention à l'autre.

- du sous-paragraphe b), du sous-paragraphe c), (i) ou du sous-paragraphe d) du paragraphe 2 si cette personne était un résident de l'un des États contractants au sens de l'article 4 (Résident); et
- B) en ce qui concerne les primes d'assurance et les revenus visés aux articles 10 (Dividendes), 11 (Intérêts) et 12 (Redevances), pourrait bénéficier, en vertu d'une telle convention, d'un taux d'imposition au moins aussi bas que le taux applicable en vertu de la présente Convention à l'élément de revenu pour lequel des avantages sont demandés en vertu de la présente Convention; ou
- (ii) est un résident d'un État contractant qui peut bénéficier des avantages de la présente Convention en vertu du sous-paragraphe a), du sous-paragraphe b), du sous-paragraphe c), (i) ou du sous-paragraphe d) du paragraphe 2;
- h) en ce qui concerne les dividendes, les intérêts ou les redevances provenant de [l'État contractant] et dont le bénéficiaire effectif est une société qui est un résident des États-Unis, une société qui est un résident d'un État membre de l'Union européenne est considérée comme remplissant les conditions prévues au sous-paragraphe g) (i) B) aux fins de déterminer si ce résident des États-Unis peut bénéficier des avantages de la présente Convention en vertu du présent paragraphe lorsqu'un paiement de dividendes, intérêts ou redevances provenant de [l'État contractant] et effectué directement à ce résident d'un État membre de l'Union européenne aurait été exempté d'impôt en vertu d'une directive quelconque de l'Union européenne, nonobstant le fait que la convention fiscale entre [l'État contractant] et cet autre État membre de l'Union européenne prévoirait pour un tel paiement un taux d'imposition plus élevé que le taux applicable à une telle société des États-Unis en vertu de l'article 10, 11 ou 12.

Restriction apportée aux avantages — Modèle 3 [traduction]

1. Une personne qui est un résident d'un État contractant et qui touche un revenu de l'autre État contractant a le droit, en vertu de la présente convention, de bénéficier d'un allègement fiscal dans cet autre État uniquement dans l'un ou l'autre des cas suivants :
 - a) cette personne est une personne physique;
 - b) cette personne exerce activement une entreprise dans le premier État (exception faite de l'entreprise qui consiste à réaliser ou à gérer des investissements, à moins qu'il ne s'agisse d'activités bancaires ou d'activités d'assurance exercées par une banque ou par une compagnie d'assurance) et le revenu provenant de cet autre État est généré en liaison avec cette entreprise ou est accessoire à celle-ci;
 - c) cette personne est une société dont les actions font l'objet de transactions régulières et importantes dans une bourse de valeurs reconnue du premier État mentionné ou appartient en totalité, directement ou indirectement, à une autre société qui est un résident du premier État mentionné et dont les actions font l'objet de transactions de cette nature;
 - d) cette personne est une organisation à but non lucratif qui est généralement exonérée d'impôt sur le revenu dans son État contractant de résidence, pourvu que plus de la moitié des bénéficiaires, membres ou participants de cette organisation aient le droit, en vertu du présent article, de bénéficier des avantages de la présente convention;
 - e) cette personne remplit les deux conditions suivantes :
 - i) plus de 50 pour cent de la participation bénéficiaire de cette personne ou, dans le cas d'une société, plus de 50 pour cent du nombre d'actions de chaque catégorie des actions de la société, appartiennent directement ou indirectement à des personnes ayant le droit de bénéficier des avantages de la présente convention en vertu des sous-alinéas a), c) ou d); et
 - ii) au plus 50 pour cent du revenu brut de cette personne sert, directement ou indirectement, au paiement des obligations financières (y compris les obligations au titre des intérêts ou redevances) à des personnes n'ayant pas le droit de bénéficier des avantages de la présente convention en vertu des sous-alinéas a), c) ou d).
2. Une personne qui n'a pas le droit de bénéficier des avantages de la présente convention en vertu des dispositions du paragraphe 1 peut, néanmoins, obtenir les avantages en question si l'autorité compétente de l'État où le revenu est généré en décide ainsi.
3. Aux fins du sous-alinéa e)(ii) du paragraphe 1, l'expression « revenu brut » désigne les recettes brutes ou, lorsqu'une personne exerce une entreprise comprenant la fabrication ou la production de biens, les recettes brutes moins les coûts directs de main-d'œuvre et de matériaux imputables à cette fabrication ou production et payés ou payables à même ces recettes.

Restriction apportée aux avantages — Modèle 4 [traduction]

1. Une personne (autre qu'une personne physique) qui est un résident d'un État contractant n'a pas droit, en vertu de la présente convention, à un allègement fiscal dans l'autre État contractant, à moins que les deux conditions suivantes soient remplies :
 - a) plus de 75 pour cent de la participation bénéficiaire de cette personne appartient, directement ou indirectement, à au moins deux personnes physiques résidant dans le premier État contractant mentionné;
 - b) le revenu de cette personne ne sert pas essentiellement, directement ou indirectement, au paiement d'obligations (y compris les obligations au titre des intérêts ou redevances) à des résidents d'un État autre qu'un État contractant, sauf à des personnes physiques assujetties dans un État contractant à un impôt sur leur revenu mondial en raison de leur citoyenneté.

La société dont les actions font l'objet de transactions importantes dans une bourse de valeurs reconnue dans un État contractant est réputée, uniquement aux fins du sous-alinéa a), appartenir à des personnes physiques résidant dans l'État contractant dont la société est un résident, selon la détermination faite en application de l'article 4 (Résidence).

2. Le paragraphe 1 ne s'applique pas s'il est décidé que l'acquisition, la possession ou le maintien en existence de cette personne et l'exercice de ses activités n'avaient pas parmi leurs objectifs principaux l'obtention des avantages prévus à la présente convention.
3. Les exigences du paragraphe 2 sont remplies, notamment, lorsqu'une société résidant dans [l'État contractant] et appartenant à des personnes physiques qui résident dans des États tiers touche un revenu pour lequel elle réclame les avantages fiscaux des États-Unis qui sont prévus à la présente convention, qu'elle n'utilise pas ce revenu de la façon décrite à l'alinéa 1b) et que :
 - a) soit la société exerce des activités commerciales dans [l'État contractant] et le revenu pour lequel elle réclame les avantages fiscaux des États-Unis est généré en liaison avec les activités commerciales exercées dans [l'État contractant] ou de façon accessoire par rapport à ces activités;
 - b) soit les personnes physiques auxquelles la société appartient sont des résidents de pays qui ont signé avec les États-Unis des conventions fiscales en vertu desquelles les personnes physiques auraient eu droit à des avantages fiscaux identiques ou essentiellement similaires aux avantages fiscaux que réclame la société en application de la présente convention, si les personnes physiques avaient gagné le revenu directement.

Les dispositions du présent paragraphe s'appliquent, avec les adaptations nécessaires, à une société qui réside aux États-Unis, qui appartient à des résidents d'États tiers et qui touche un revenu pour lequel les avantages fiscaux de [l'État contractant] sont réclamés en application de la présente convention.

Annexe B

Voici la version française des courriels mentionnés, classés par ordre chronologique et modifiés pour préserver l'anonymat des auteurs et destinataires :

1. Courriel de FIN-A à ARC-A, envoyé le 8 juin 2004, à 14h18

« Voici mon adresse électronique. Merci de me tenir au courant au sujet de l'exposé de Jacques; c'est très apprécié ».
2. Courriel de ARC-A à FIN-A, envoyé le 8 juin 2004, à 15h48

« Ça me fait plaisir. Comme je l'ai mentionné, Jacques donnera l'exposé au sujet de la RGAÉ et du chalandage fiscal demain à compter de 13h, à Rigaud. Vous pouvez mentionner que je vous autorise à y assister, si des questions sont posées. ARC-B, du BSF d'Ottawa, est l'un des organisateurs, il me connaît très bien. ARC-C, mon homologue ici à l'administration centrale, y sera également. En cas de problème, demandez à le voir. Apportez votre carte d'identité. J'espère que ce sera utile.

Le représentant de l'autorité compétente qui était au dossier dans l'affaire du chalandage fiscal est ARC-D. Son numéro de téléphone est le XXX-XXXX. »
3. Courriel de ARC-A à ARC-E, envoyé le 5 juillet 2004, à 13h37

« ARC-F m'informe que le taux d'imposition réduit du Royaume-Uni était connu lorsque les opérations visant à diminuer la retenue fiscale ont été entreprises dans l'affaire Prévost, mais qu'il y a eu des délais. Pourriez-vous vérifier pour moi à quel moment le taux réduit a d'abord été connu?

De plus, est-il identique à celui de la convention conclue avec la Suède? »
4. Courriel de ARC-A (courriel ci-joint n° 3) à ARC-G, envoyé le 5 juillet 2004, à 13h39

« ARC-G, auriez-vous l'obligeance de répondre à la question ci-dessous? »
5. Courriel de ARC-G à ARC-A, envoyé le 5 juillet 2004, à 15h32

« Bonjour ARC-A :

Malheureusement, j'ignore les dates des opérations effectuées dans l'affaire Prévost.

Cependant, nous avons commencé à négocier avec le R.-U. en 1996 et notre projet prévoyait les mêmes taux pour le R.-U. que ceux que nous avons accordés aux Pays-Bas et aux États-Unis en 1994. Dans un cas comme dans l'autre, une application progressive était prévue de façon que le taux de 5 pour cent n'entre en vigueur qu'en 1997. Cette mesure visait peut-être à donner au ministère des Finances le temps de renégocier avec nos principaux partenaires commerciaux afin que ces pays ne soient pas trop défavorisés par l'application des taux plus élevés précédemment en vigueur.

De plus, nous avons signé avec la Hongrie (mai 1994) et avec la France (novembre 1995) un protocole prévoyant des taux progressifs similaires de 5 pour cent. Ces taux traduisaient alors notre position officielle et auraient été offerts à tous les pays avec lesquels nous avons entrepris des négociations à l'époque. Je ne connais pas l'évolution des négociations relatives à la convention conclue avec la Suède. Cette convention a été signée en 1996, ce qui signifie que les négociations ont eu lieu plus tôt.

Officiellement, les taux offerts au cours des négociations sont secrets, bien que les politiques générales sur les taux soient habituellement publiques, ou publiquement accessibles. FIN-B est en vacances ce mois-ci. Il aurait probablement une meilleure idée de la date à laquelle le taux est passé de 10 à 5 pour cent. Il est probable que le changement a été apporté au cours des négociations qui ont eu lieu avec les États-Unis au sujet du troisième protocole, lesquelles ont débuté vers 1987. Lorsque la décision a été prise à ce moment-là, elle a affecté nos négociations alors en cours relativement à d'autres conventions, dont certaines ont été conclues avant l'annonce des taux dans le troisième protocole. Je pense que le traité conclu avec les Pays-Bas (Protocole) était probablement le premier de ces traités. Le ministère des Finances a souligné dans son communiqué de presse concernant la convention conclue avec la France que le changement traduisait les taux inférieurs préconisés par l'OCDE, ce qui est un signal assez clair.

Il est bien certain que, lorsque les traités ont été signés avec la Hongrie, la France et les États-Unis en 1995, les spécialistes du domaine fiscal connaissaient assez bien la position du Canada.

Communiquez avec moi si vous avez besoin de renseignements plus précis ».

6. Courriel de ARC-A à ARC-G, envoyé le 5 juillet 2004, à 16h01

« ARC-G, le protocole conclu avec le R.-U. n'a été signé que le 7 mai 2003. Il prévoit le taux réduit de 5 pour cent dans le cas des dividendes. Selon l'article XIV du protocole, il semble que ce taux soit entré en vigueur le 1^{er} janvier 2004. Ai-je tort d'en arriver à cette conclusion? Devons-nous accepter les opérations d'évitement conclues au cours des années 1990 dans le but d'éviter l'impôt fondé sur le taux qui sera en vigueur lors de la signature du protocole, alors que celle-ci a eu lieu des années plus tard et qu'aucune clause de rétroactivité n'est énoncée? Si les négociations avec le R.-U. ont débuté en 1996, à quel moment le public connaîtrait-il le pourcentage qui fait l'objet des négociations ou à quel moment saurait-il si le R.-U. est d'accord avec ce taux avant même que le protocole soit signé? »

7. Courriel de ARC-G à ARC-A, copie à ARC-E, envoyé le 5 juillet 2004, à 17h08

« Vos commentaires sont justes.

Pourtant, il est indéniable qu'au début des négociations, les deux parties ont tenté de consulter le public. Les lois internes du R.-U. ne prévoyaient aucune retenue d'impôt, le taux de l'OCDE à l'égard des dividendes directs s'élevait à 5 pour cent

et le Canada avait récemment consenti à ce taux de 5 pour cent dans les conventions signées avec d'autres États. À mon avis, le public aurait été surpris si les taux n'avaient pas été abaissés au cours des négociations. Je suis convaincu qu'il a été étonné de constater qu'un délai de huit ans avant la signature, même si la diminution à 5 pour cent n'était pas la principale pierre d'achoppement (malgré le fait que le R.-U. exerçait des pressions pour que nous consentions à un taux de 0 pour cent). Ces huit années d'attente représentent une pénalité assez élevée (5 pour cent) pour les contribuables, car c'est le ministère des Finances qui a fait traîner les choses en longueur alors qu'il ne s'agissait que d'un simple protocole qui aurait pu être signé rapidement.

Je conviens que l'utilisation d'un pays dont le taux de retenue d'impôt applicable aux dividendes était inférieur pour acheminer les paiements a donné lieu à un impôt canadien moins élevé. Idéalement, nous aurions négocié et signé de nouvelles conventions avec les pays européens afin de leur accorder à chacun le taux de 5 pour cent à la même date. Dans ce scénario, le Canada aurait été heureux, en principe, de toucher 5 pour cent sur les paiements acheminés au R.-U. et à la Suède.

Étant donné que nous négocions alors avec la Suède et avec le R.-U. et que nous étions apparemment disposés à accorder le taux de 5 pour cent dans tout nouveau traité, je crois qu'il sera difficile pour un tribunal de reprocher à deux multinationales résidant dans des pays signataires d'une convention d'avoir créé ce stratagème afin de se prévaloir de ce taux ». [souligné dans l'original]

8. Courriel de ARC-A à ARC-G, copie à ARC-E, envoyé le 5 juillet 2004, à 17h42

« AH!!! je vois que ARC-F en a discuté avec vous.

ARC-G/ARC-E, s'il s'agit d'une politique, elle devrait être publiée, comme c'est le cas pour d'autres éléments, comme les règles relatives aux frais d'intérêt sur les sommes d'argent empruntées pour verser les dividendes ou les règles relatives à l'utilisation des pertes internes, afin que tous les contribuables soient traités de manière équitable et uniforme. Qu'en est-il de tous les autres contribuables canadiens qui ont versé une retenue d'impôt de 10 pour cent plutôt que 5 pour cent au cours des huit dernières années? Allons-nous les rembourser? Tous les actionnaires non résidents devraient être autorisés à se prévaloir d'une retenue d'impôt de 5 pour cent par opposition aux taux prévus dans les conventions sans devoir recourir aux opérations d'évitement, si ce taux traduit la politique qui consiste à accorder ultérieurement le taux prévu dans le modèle de l'OCDE, même si le taux n'est officialisé dans les conventions que huit ans plus tard. Si vous décidez d'ignorer les contrats en vous fondant sur une politique, vous devez le faire de manière uniforme.

De plus, cette politique devrait être prise en compte dans tous les cas de chalandage fiscal concernant une réduction de l'impôt prévu à la partie XIII, car il arrive souvent que les conventions soient négociées de manière à traduire les clauses figurant dans les modèles de l'OCDE. Cependant, je ne connais aucune politique que l'ARC a publiée et qui correspond à votre opinion. Cette opinion n'a

pas été exprimée non plus à la réunion du comité de la RGAÉ par le représentant des Finances ou les représentants de votre région. Que suis-je censé faire si la politique n'est pas connue et que l'affaire est portée à la connaissance de toutes les régions pour commentaires sans que cette politique soit mentionnée? À l'administration centrale, nous croyons que nous ne devrions pas demander aux vérificateurs de mener des vérifications détaillées, c'est-à-dire, dans ce cas-ci, d'aller dans les Pays-Bas pour apprendre, une fois les nouvelles cotisations établies, que le taux ne va pas à l'encontre de la politique, puisque la convention sera modifiée tôt ou tard pour traduire la nouvelle directive de l'OCDE. J'ai parlé à ARC-H, la vérificatrice, il y a environ 15 minutes, et elle m'a mentionné qu'elle avait discuté de cet aspect avec vous et avec ARC-E au cours du processus de vérification. Cependant, je me rappelle avoir eu une discussion avec vous pendant l'enquête AC et vous aviez alors exprimé à mots couverts les commentaires que vous avez formulés par écrit ci-dessus.

Je dois admettre que je suis confus, mais quoi de neuf. Je devrai examiner cette « politique » avec FIN-A, des Finances, puisque FIN-B est en vacances ».

9. Courriel de ARC-A à FIN-A, envoyé le 6 juillet 2004, à 11h52

« FIN-A, je comprends que FIN-B est absent.

En ce qui concerne le dossier de chalandage fiscal (Affaire Prévost), pourriez-vous demander à la personne responsable des questions politiques liées aux conventions s'il existe une politique semblable à celle qui est commentée dans le courriel ci-joint. Je crois que les préoccupations soulevées dans les courriels sont assez claires. Si tel n'est pas le cas, téléphonez-moi au XXX-XXXX ».

10. Courriel de FIN-A à ARC-A, envoyé le 6 juillet 2004, à 13h52

« Bonjour ARC-A,

Je le ferai ».

11. Courriel de ARC-G à ARC-A, copies à ARC-E et à ARC-F, envoyé le 7 juillet 2004, à 9h30

« Bonjour ARC-A,

En fait, nous bavardions avec ARC-F.

Je ne disais pas que le ministère des Finances ou l'ARC avait pour politique d'ignorer les taux prévus dans les traités, même malgré le fait que nous proposons des taux inférieurs à l'époque, mais je soulignais que la pratique était moins répréhensible, dans la mesure où nous négocions ces taux et les aurions accordés en tout état de cause. Nous appliquons la loi et les paiements à la Suède (jusqu'en 1997) et le R.-U. applique des taux de retenue plus élevés. Les paiements destinés aux Pays-Bas donnent lieu à des taux plus avantageux.

Vous nous avez assurés qu'en vous fondant sur la RGAÉ et sur le principe de la propriété effective, vous pourriez démontrer que les paiements étaient des paiements destinés au R.-U. et à la Suède. Dans la mesure où vous avez raison, nous devrions appliquer la règle de droit. Nous nous interrogeons cependant sur notre capacité de convaincre le tribunal que les paiements ont été versés au R.-U. et à la Suède. [partie retranchée] Nous vous avons certainement mentionné que l'argument de la propriété effective dans cette affaire représente un défi important et qu'il sera encore plus difficile d'invoquer cet argument dans le contexte de l'allégation de méfait. Vous nous avez assurés qu'à l'aide de la RGAÉ, vous pouviez invoquer l'argument. À ce sujet, ARC-E et moi-même avons admis que nous connaissions mal l'application de cette règle. Nous en savons davantage sur la propriété effective et, à moins que le traité ne comporte des dispositions RAA très techniques, il est très difficile d'empêcher le chalandage fiscal. Rien ne nous empêche de le faire; cependant, nous continuons de penser que, pour qu'un tribunal considère le chalandage fiscal comme une pratique répréhensible selon les règles de droit actuellement en vigueur, nous devons invoquer davantage que des taux faisant temporairement l'objet de négociations entre des signataires éventuels de traités. Le contribuable n'a pas besoin de nous pour savoir à quel moment les taux auraient été offerts au R.-U., etc. Il pourra tirer ses conclusions à la lumière des mêmes faits que ceux que nous vous avons exposés et invoquer l'argument devant le juge.

J'ai rencontré ARC-H à ce sujet. Ils étaient très enthousiastes à l'idée d'examiner cet argument et estimaient que l'ARC était en mesure de prouver l'absence de propriété effective dans les Pays-Bas, etc. Je ne me rappelle pas avoir montré ou non de l'enthousiasme à l'égard de leurs travaux. Je sais que j'ai soulevé la question auprès du ministère des Finances à l'époque et le représentant des Finances m'a répondu que le ministère n'estimait pas cette pratique de chalandage fiscal particulièrement répréhensible à l'endroit des résidents d'un pays non signataire de la convention qui se prévalent de taux inférieurs ». [souligné dans l'original]