

Her Majesty The Queen *Appellant*

v.

Alta Energy Luxembourg S.A.R.L.
Respondent

**INDEXED AS: CANADA v. ALTA ENERGY
LUXEMBOURG S.A.R.L.**

2021 SCC 49

File No.: 39113.

2021: March 19; 2021: November 26.

Present: Wagner C.J. and Abella, Moldaver,
Karakatsanis, Côté, Brown, Rowe, Martin and
Kasirer JJ.

**ON APPEAL FROM THE FEDERAL COURT OF
APPEAL**

Taxation — Income tax — Tax avoidance — Application of general anti-avoidance rule — Large capital gain realized by corporate resident of Luxembourg on sale of shares whose value derived principally from immovable property situated in Canada — Corporation claiming exemption from Canadian tax on basis that shares were protected property under tax treaty between Canada and Luxembourg — Whether general anti-avoidance rule applicable to deny requested exemption — Income Tax Act, R.S.C. 1985, c. 1 (5th Supp.), s. 245 — Convention between the Government of Canada and the Government of the Grand Duchy of Luxembourg for the Avoidance of Double Taxation and the Prevention of Fiscal Evasion with Respect to Taxes on Income and on Capital, Can. T.S. 2000 No. 22, art. 13.

In 2011, two American firms founded an American company for the purpose of acquiring and developing unconventional oil and natural gas properties. Alta Energy Partners Canada Ltd. (“Alta Canada”), a wholly owned Canadian subsidiary of that company, was incorporated in order to carry on that business. A restructuring of Alta Canada was undertaken in 2012. As part of the restructuring, Alta Energy Luxembourg S.A.R.L. (“Alta Luxembourg”) was incorporated under the laws of Luxembourg and its shares were issued to a new Canadian partnership. On the same day, Alta Luxembourg purchased all of the shares of Alta Canada. In 2013, it sold those shares, realizing a capital gain in excess of \$380 million. Payment for the

Sa Majesté la Reine *Appelante*

c.

Alta Energy Luxembourg S.A.R.L. *Intimée*

**RÉPERTORIÉ : CANADA c. ALTA ENERGY
LUXEMBOURG S.A.R.L.**

2021 CSC 49

N° du greffe : 39113.

2021 : 19 mars; 2021 : 26 novembre.

Présents : Le juge en chef Wagner et les juges Abella,
Moldaver, Karakatsanis, Côté, Brown, Rowe, Martin et
Kasirer.

EN APPEL DE LA COUR D’APPEL FÉDÉRALE

Droit fiscal — Impôt sur le revenu — Évitement fiscal — Application de la règle générale anti-évitement — Important gain en capital réalisé par une société résidente du Luxembourg sur la vente d’actions dont la valeur est principalement tirée de biens immobiliers situés au Canada — Société demandant une exonération à l’impôt canadien au motif que les actions étaient des biens protégés par un traité fiscal conclu entre le Canada et le Luxembourg — La règle générale anti-évitement s’applique-t-elle pour refuser l’exonération demandée? — Loi de l’impôt sur le revenu, L.R.C. 1985, c. 1 (5^e suppl.), art. 245 — Convention entre le gouvernement du Canada et le gouvernement du Grand-Duché de Luxembourg en vue d’éviter les doubles impositions et de prévenir l’évasion fiscale en matière d’impôts sur le revenu et sur la fortune, R.T. Can. 2000 n° 22, art. 13.

En 2011, deux entreprises américaines ont créé une société américaine afin d’acquérir et de mettre en valeur des biens non conventionnels en pétrole et en gaz naturel. Alta Energy Partners Canada Ltd. (« Alta Canada »), une filiale canadienne en propriété exclusive de cette société, a été constituée pour mener les activités en question. Une restructuration d’Alta Canada a été entreprise en 2012. Dans ce contexte, Alta Energy Luxembourg S.A.R.L. (« Alta Luxembourg ») a été constituée conformément aux lois luxembourgeoises et ses actions ont été émises au profit d’une nouvelle société de personnes canadienne. Le même jour, Alta Luxembourg a acheté toutes les actions d’Alta Canada. En 2013, elle a vendu ces actions,

shares was organized so that Alta Luxembourg did not receive any of the sale proceeds. Following the sale, Alta Luxembourg did not conduct any other business or hold any other investments.

The capital gain was reported to the Luxembourg tax authorities and was subject to full taxation under Luxembourg's domestic laws. In its Canadian tax return for 2013, Alta Luxembourg claimed an exemption from Canadian tax on the basis that the gain was not included in its "taxable income earned in Canada" under s. 115(1)(b) of the *Income Tax Act* ("Act") because the shares were "treaty-protected property" under art. 13(4) and (5) of the *Convention between the Government of Canada and the Government of the Grand Duchy of Luxembourg for the Avoidance of Double Taxation and the Prevention of Fiscal Evasion with Respect to Taxes on Income and on Capital* ("Treaty"). Article 13(4) of the *Treaty* creates an exemption for residents of Luxembourg from Canadian tax arising from a capital gain on the alienation of shares the value of which is derived principally from immovable property situated in Canada and in which the business of the company was carried on.

The Minister denied the treaty exemption. Alta Luxembourg appealed to the Tax Court of Canada. The Minister argued that the business property exemption in art. 13(4) of the *Treaty* did not apply and, in the alternative, if the shares did qualify as treaty-protected property, that the general anti-avoidance rule ("GAAR") in s. 245 of the *Act* should apply. The Tax Court found that the shares were treaty-protected property. With respect to the GAAR, the parties agreed that the restructuring was an "avoidance transaction" as defined in s. 245(3) of the *Act* that resulted in a tax benefit. The Tax Court held that the avoidance transaction did not result in a misuse or abuse of the provisions of the *Act* or the *Treaty*. The Federal Court of Appeal dismissed the Minister's appeal, which raised only the issue of whether the GAAR applied.

Held (Wagner C.J. and Rowe and Martin JJ. dissenting): The appeal should be dismissed.

Per Abella, Moldaver, Karakatsanis, Côté, Brown and Kasirer JJ.: The Minister has not discharged her burden of proving abusive tax avoidance. In agreeing to include a specific exemption for immovable property in the *Treaty*, Canada sought to encourage investments by Luxembourg residents in business assets embodied in immovable

réalisant un gain en capital de plus de 380 millions de dollars. Le paiement des actions a été fait de sorte qu'Alta Luxembourg ne reçoive pas le produit de la vente. Après la vente, Alta Luxembourg n'a mené aucune autre activité ni fait aucun autre investissement.

Le gain en capital a été déclaré aux autorités fiscales luxembourgeoises et a été assujéti à une imposition complète au Luxembourg en application de ses lois. Dans sa déclaration de revenus au Canada pour 2013, Alta Luxembourg a demandé d'être exonérée de l'impôt canadien au motif que le gain n'était pas inclus dans son « revenu imposable gagné au Canada » au sens de l'al. 115(1)b) de la *Loi de l'impôt sur le revenu* (« *Loi* ») puisque les actions étaient des « biens protégés par traité » au sens des par. 13(4) et (5) de la *Convention entre le gouvernement du Canada et le gouvernement du Grand-Duché de Luxembourg en vue d'éviter les doubles impositions et de prévenir l'évasion fiscale en matière d'impôts sur le revenu et sur la fortune* (« *Convention* »). Le paragraphe 13(4) de la *Convention* prévoit que les résidents du Luxembourg sont exonérés de l'impôt canadien lorsqu'ils tirent un gain en capital de l'aliénation d'actions dont la valeur est principalement tirée de biens immobiliers situés au Canada et dans lesquels la société a exercé son activité.

La ministre a refusé l'exonération demandée. Alta Luxembourg a interjeté appel devant la Cour canadienne de l'impôt. La ministre a plaidé que l'exonération relative aux biens d'entreprise prévue au par. 13(4) de la *Convention* ne s'appliquait pas et, subsidiairement, si les actions constituaient des biens protégés par traité, que la règle générale anti-évitement (« RGAÉ ») prévue à l'art. 245 de la *Loi* devrait s'appliquer. La Cour de l'impôt a conclu que les actions constituaient des biens protégés par traité. S'agissant de la RGAÉ, les parties ont convenu que la restructuration constituait une « opération d'évitement », au sens du par. 245(3) de la *Loi* ayant donné lieu à un avantage fiscal. La Cour de l'impôt a conclu que l'opération d'évitement n'avait pas entraîné un recours abusif aux dispositions de la *Loi* ou de la *Convention* ou un abus dans leur application. La Cour d'appel fédérale a rejeté le pourvoi interjeté par la ministre, qui soulevait seulement la question de savoir si la RGAÉ s'appliquait.

Arrêt (le juge en chef Wagner et les juges Rowe et Martin sont dissidents) : Le pourvoi est rejeté.

Les juges Abella, Moldaver, Karakatsanis, Côté, Brown et Kasirer : La ministre ne s'est pas acquittée du fardeau qui lui incombait de prouver qu'il y a eu évitement fiscal abusif. En acceptant d'inclure une clause d'exonération spécifique pour les biens immobiliers dans la *Convention*, le Canada voulait encourager les résidents luxembourgeois

property located in Canada and to reap the ensuing benefits. Alta Luxembourg made exactly such an investment. It is a resident of Luxembourg and, as such, is exempt from Canadian taxes on the capital gain realized on the disposition of shares of its wholly owned Canadian subsidiary.

The GAAR acts as a legislative limit on both tax certainty and the well-accepted principle that taxpayers are entitled to arrange their affairs to minimize the amount of tax payable. It bars abusive tax avoidance transactions, including those in which taxpayers seek to obtain treaty benefits that were never intended by the contracting states, but it cannot be used to fundamentally alter the criteria under which a person is entitled to the benefits of a treaty. Applying the GAAR involves a three-part process meant to determine: (1) whether there is a tax benefit arising from a transaction; (2) whether the transaction is an avoidance transaction; and (3) whether the avoidance transaction is abusive. To determine whether a transaction is abusive, the Court has set out a two-step inquiry. Under the first step, the provisions relied on for the tax benefit are interpreted to determine their object, spirit, and purpose. In cases of treaty interpretation, this must be done with a view to implementing the true intention of the parties. Under the second step, a factual analysis determines whether the avoidance transaction at issue frustrates the object, spirit, and purpose of the provisions.

The object, spirit, and purpose of the business property exemption provided for in art. 13(4) and (5) of the *Treaty* are to foster international investment. The object, spirit, and purpose of arts. 1 and 4, which make residence central to the application of the *Treaty*, are to allow all persons who are residents under the laws of one or both of the contracting states to claim benefits under the *Treaty*, so long as their resident status could expose them to full tax liability. According to art. 4, “residence” under the *Treaty* is based on liability to tax in one or both of the contracting states by reason of domicile, residence, place of management or another similar criterion. In the context of corporations, the “liable to tax” requirement is met where the domestic law of a contracting state exposes a corporation to full tax liability because it has its residence in that state. Residence is to be defined by the laws of the contracting state in which residence is claimed. Consistent with international practice, Luxembourg law

à investir dans des actifs commerciaux intégrés à des biens immobiliers situés au Canada et tirer les avantages économiques de ces investissements. Alta Luxembourg a fait précisément ce type d’investissement. Elle est résidente du Luxembourg et, à ce titre, elle est exonérée de tout impôt canadien sur le gain en capital tiré de l’aliénation des actions de sa filiale en propriété exclusive canadienne.

La RGAÉ agit comme une limite légale à la certitude fiscale et au principe bien établi selon lequel le contribuable a le droit d’organiser ses affaires de façon à réduire au maximum l’impôt qu’il doit payer. Elle empêche les opérations d’évitement fiscal abusives, y compris celles dans le cadre desquelles les contribuables cherchent à obtenir, au titre d’un traité, des avantages que les États contractants n’ont jamais eu l’intention de conférer, mais elle ne peut être utilisée pour modifier fondamentalement les critères en fonction desquels une personne a droit aux avantages conférés par un traité. Appliquer la RGAÉ est un processus en trois étapes visant à déterminer : (1) s’il existe un avantage fiscal découlant d’une opération; (2) si l’opération constitue une opération d’évitement; et (3) si l’opération d’évitement est abusive. Pour déterminer si l’opération est abusive, la Cour a établi une analyse en deux étapes. Dans un premier temps, il faut interpréter les dispositions qui sont invoquées pour obtenir l’avantage fiscal afin d’en déterminer l’objet et l’esprit. Dans les cas d’interprétation d’un traité, cela doit se faire avec pour objectif de mettre en œuvre les intentions véritables des parties. Dans un deuxième temps, il faut procéder à une analyse factuelle pour déterminer si l’opération d’évitement en cause contrecarre l’objet et l’esprit des dispositions invoquées.

L’objet et l’esprit de l’exonération relative aux biens d’entreprise prévue aux par. 13(4) et (5) de la *Convention* consistent à favoriser les investissements internationaux. L’objet et l’esprit des art. 1 et 4, qui placent la résidence au cœur de l’application de la *Convention*, consistent à permettre à toutes les personnes qui sont résidentes au sens des lois de l’un ou l’autre des États contractants de réclamer les avantages découlant de la *Convention*, pour autant que ces personnes puissent être entièrement assujetties à l’impôt en raison de leur statut de résidents. Selon l’art. 4, la « résidence » au sens de la *Convention* est fondée sur l’assujettissement à l’impôt dans un État contractant ou dans les deux États contractants en raison du domicile, de la résidence, du siège de direction ou de tout autre critère de nature analogue. S’agissant des sociétés, l’exigence relative à « l’assujettissement à l’impôt » est respectée lorsque les lois nationales d’un État contractant font en sorte qu’une société est entièrement assujettie à l’impôt

grants resident status to corporations having either their legal seat or their central management in Luxembourg. This does not depart from accepted usage such that the bargain struck in the *Treaty* could be upheld only if Luxembourg residents claiming benefits have sufficient substantive economic connections to their country of residence. If the drafters had truly intended to include only corporations with sufficient substantive economic connections to their country of residence within the scope of the *Treaty*, they would have clearly signalled their intention to depart from a well-established criterion like the “place of incorporation” or “legal seat”.

Another contextual element further reinforces the conclusion that the purpose of arts. 1 and 4 of the *Treaty* is not to reserve benefits to corporations with sufficient substantive economic connections to their country of residence: the inclusion of art. 28(3) in the *Treaty*, which denies benefits to certain Luxembourg holding companies. The parties’ choice of this approach should be understood as a rejection of the relevance of economic ties for delineating which corporations should be entitled to benefits and which should not. This choice suggests that the drafters intended to exclude a corporation with minimal economic connections to one of the contracting states only where the corporation is a holding company benefiting from Luxembourg’s well known international tax haven regime. In light of this clear intention, the spirit of arts. 1 and 4 was not to limit access to the benefits of the *Treaty* to corporations with sufficient substantive economic connections to their country of residence.

Although the absence of specific anti-avoidance rules is not necessarily determinative of the application of the GAAR, their absence sheds light on the contracting states’ intention. This is not a case where Parliament did not or could not have foreseen the tax strategy employed by the taxpayer. The use of conduit corporations — legal entities created in a state essentially to obtain treaty benefits that would not be available directly — was not an unforeseen tax strategy at the time of the *Treaty*. Options to remediate the situation were available and known by the parties, but they made deliberate choices to guard some benefits against conduit corporations and to leave others

du simple fait qu’elle est résidente de cet État. La résidence est définie par la législation de l’État contractant où le contribuable soutient être résident. Conformément à la pratique internationale, la législation du Luxembourg accorde aux sociétés le statut de résident si leur siège social ou leur direction centrale se trouve au Luxembourg. Cela ne s’écarte pas du sens reconnu de telle sorte que l’entente consignée dans la *Convention* ne pourrait être maintenue que si les résidents du Luxembourg qui réclament des avantages ont des liens économiques substantiels suffisants avec leur pays de résidence. Si les rédacteurs n’avaient voulu inclure dans le champ d’application de la *Convention* que les sociétés ayant des liens économiques substantiels suffisants avec leur pays de résidence, ils auraient clairement indiqué leur intention de s’écarter d’un critère bien établi comme la règle du « lieu de constitution en société » ou du « siège social ».

Un autre élément contextuel renforce la conclusion suivant laquelle les art. 1 et 4 de la *Convention* n’ont pas pour objet de réserver les avantages aux sociétés ayant des liens économiques substantiels suffisants avec leur pays de résidence, à savoir l’inclusion du par. 28(3) dans la *Convention*, une disposition qui refuse les avantages à certaines sociétés holding luxembourgeoises. Il convient d’interpréter la décision des parties d’opter pour cette approche comme un rejet de la pertinence des liens économiques à titre de critère pour départager les sociétés qui devraient avoir droit aux avantages et celles qui ne devraient pas y avoir droit. Ce choix laisse croire que les rédacteurs voulaient exclure les sociétés ayant des liens économiques négligeables avec l’un des États contractants uniquement lorsque celles-ci sont des sociétés holding bénéficiant du statut bien connu de paradis fiscal international du Luxembourg. À la lumière de cette intention claire, l’esprit des art. 1 et 4 ne consistait pas à restreindre aux sociétés ayant des liens économiques substantiels suffisants avec leur pays de résidence l’accès aux avantages découlant de la *Convention*.

Bien que l’absence de règles anti-évitement particulières ne constitue pas nécessairement un facteur déterminant pour l’application de la RGAÉ, elle fournit un éclairage sur l’intention des États contractants. Il ne s’agit pas d’un cas où le législateur n’a pas prévu la stratégie fiscale employée par le contribuable, ou n’aurait pas pu la prévoir. Le recours à des sociétés relais, c’est-à-dire des entités juridiques créées dans un État essentiellement pour obtenir des allégements d’impôts auxquels cette personne n’aurait pas droit directement, ne constituait pas une stratégie fiscale imprévue au moment de la conclusion de la *Convention*. Il aurait été possible de pallier cette situation

unguarded. Had the parties truly intended to prevent such corporations from taking advantage of the business property exemption, they could have done so. Combined with Canada's preference at the time of the *Treaty* for taking advantage of the economic benefits yielded by foreign investments rather than higher tax revenues, this makes the rationale of the business property exemption even clearer. The fact that the capital gains may not be taxed in Luxembourg, leading to double non-taxation, and the fact that conduit corporations can take advantage of the business property exemption are tax planning outcomes consistent with the bargain struck between Canada and Luxembourg.

In raising the GAAR, Canada is now seeking to revisit its bargain in order to secure both foreign investments and tax revenues. Tax treaties are replete with choices. One key choice made by Canada and Luxembourg in negotiating the *Treaty* was to deviate from the OECD *Model Tax Convention on Income and on Capital* by allocating to a person's residence state the right to tax capital gains realized on the disposition of shares or other similar interests deriving their value principally from immovable property used in a corporation's business. The business property exemption is a clear departure from the theory of economic allegiance, under which the parties to a treaty avoid double taxation by allocating the right to collect taxes to the contracting state to which the income and the taxpayer are more closely connected. Canada effectively agreed to give up its right to tax certain entities incorporated in Luxembourg in exchange for the jobs and economic opportunities that the business property exemption would promote.

The provisions of the *Treaty* operated as they were intended to operate — the avoidance transaction neither defeated nor frustrated the object, spirit, or purpose of the provisions in issue. Therefore, there was no abuse, so the GAAR cannot be applied to deny the tax benefit claimed. The *Treaty* makes it clear that Canada and Luxembourg agreed that the power to tax would be allocated to Luxembourg where the conditions of the business property exemption were met. There is nothing in the *Treaty* suggesting that a single-purpose conduit corporation resident in Luxembourg cannot avail itself of the benefits of the *Treaty* due to some other consideration. The provisions of the *Treaty* operated as they were intended

et les parties le savaient. Or, elles ont délibérément choisi de mettre certains avantages hors de la portée des sociétés relais et d'en laisser d'autres à leur disposition. Si les parties avaient vraiment voulu empêcher ces sociétés de bénéficier de l'exonération relative aux biens d'entreprise, elles auraient pu le faire. Si l'on tient compte du fait que, du temps de la signature de la *Convention*, le Canada préférerait profiter des avantages économiques des investissements étrangers plutôt que d'accroître ses recettes fiscales, on comprend encore mieux la raison d'être de l'exonération relative aux biens d'entreprise. Le fait que les gains en capital puissent ne pas être imposés au Luxembourg — ce qui mènerait à une double non-imposition — et le fait que les sociétés relais puissent bénéficier de l'exonération relative aux biens d'entreprise sont des conséquences de la planification fiscale qui sont conformes à l'accord conclu entre le Canada et le Luxembourg.

En invoquant la RGAÉ, le Canada cherche maintenant à revoir l'entente afin de bénéficier à la fois d'investissements étrangers et de recettes fiscales. Les parties aux traités fiscaux doivent faire de nombreux choix. Le Canada et le Luxembourg ont notamment choisi en négociant la *Convention* de s'écarter du *Modèle de convention fiscale concernant le revenu et la fortune* de l'OCDE en permettant à l'État de résidence d'imposer les gains en capital tirés de l'aliénation d'actions ou de toute autre participation similaire dont la valeur est principalement tirée de biens immobiliers utilisés dans le cadre des activités de la société. L'exonération relative aux biens d'entreprise s'écarte clairement de la doctrine de l'allégeance économique, selon laquelle les parties à un traité évitent la double imposition en attribuant le droit de prélever des impôts à l'État contractant auquel le revenu et le contribuable sont le plus étroitement liés. Le Canada a convenu de renoncer à son droit d'imposer certaines entités constituées au Luxembourg en échange des emplois et des occasions d'affaires que favorise la clause d'exonération relative aux biens d'entreprise.

Les dispositions de la *Convention* ont été appliquées comme elles le devaient — l'opération d'évitement ne contrecarrait pas l'objet ou l'esprit des dispositions en cause. Par conséquent, il n'y a pas eu d'abus, et la RGAÉ ne peut donc pas être utilisée pour refuser l'avantage fiscal demandé. Il ressort nettement de la *Convention* que le Canada et le Luxembourg ont convenu que le pouvoir de lever des impôts serait conféré au Luxembourg, pour autant que les conditions de l'exonération relative aux biens d'entreprise soient remplies. Rien dans la *Convention* ne laisse croire qu'une société-relais à but unique, résidente du Luxembourg, ne peut pas se prévaloir des avantages prévus par la *Convention* pour toute autre raison. Les

to operate; there was no abuse, and, therefore, the GAAR cannot be applied to deny the tax benefit claimed.

Per Wagner C.J. and Rowe and Martin JJ. (dissenting): The appeal should be allowed. Alta Luxembourg's claim for a tax benefit under the *Treaty* is the result of abusive avoidance transactions. The courts below did not properly identify the rationale underlying the relevant provisions of the *Treaty*. They gave weight only to the text and failed to consider why the provisions were put in place. This is not the exercise mandated under the GAAR. Technical compliance with a tax treaty in a way that frustrates the underlying rationale of the provisions relied upon by the taxpayer is precisely what triggers the GAAR. Although it is a long standing principle in Canadian law that taxpayers may arrange their affairs to minimize their amount of tax payable, an unbridled application of that principle can mislead taxpayers into believing that tax plans that merely comply with the technical provisions of the *Act* are acceptable. Similarly, treaty shopping is not inherently abusive, but where taxing rights in a tax treaty are allocated on the basis of economic allegiance and conduit entities claim tax benefits despite the absence of any genuine economic connection with the state of residence, treaty shopping is abusive.

Canada has acted to curb abusive international tax avoidance by enacting the GAAR, which denies tax benefits when taxpayers engage in transactions that conform with the text of the tax rules relied upon, but do not accord with their rationale. As such, the GAAR vests upon courts the unusual duty to look beyond the words of the applicable provisions to determine whether the transactions in question frustrate their underlying rationale. An interpretation confined to the black letter of these legislative provisions would defeat Parliament's will and fail to fulfil the courts' role. As the question under the GAAR is not whether the taxpayer can claim a tax benefit, but rather why the benefit was conferred, a GAAR analysis is not constrained by the text in the same way as a traditional statutory interpretation. While this gives rise to a degree of uncertainty for taxpayers, allowing the GAAR to create this uncertainty was a deliberate choice that Parliament made when it enacted a provision that can defeat tax avoidance schemes that exploit Canada's legislation and treaties. Where those schemes cross the

dispositions de la *Convention* ont été appliquées comme elles le devaient; il n'y a pas eu d'abus et, par conséquent, la RGAÉ ne peut pas être utilisée pour refuser l'avantage fiscal demandé.

Le juge en chef Wagner et les juges Rowe et Martin (dissidents) : Le pourvoi devrait être accueilli. La réclamation par Alta Luxembourg d'un avantage fiscal découlant de la *Convention* résulte d'opérations d'évitement abusives. Les tribunaux d'instances inférieures ont mal cerné la raison d'être des dispositions pertinentes de la *Convention*. Ils n'ont accordé de poids qu'au texte et ont omis de tenir compte de la raison pour laquelle les dispositions ont été adoptées. Tel n'est pas l'exercice auquel les tribunaux doivent s'adonner en application de la RGAÉ. C'est précisément le fait de se conformer à un traité fiscal sur le plan technique, mais de manière à contrecarrer la raison d'être des dispositions invoquées par les contribuables, qui déclenche l'application de la RGAÉ. Bien que le principe selon lequel les contribuables ont le droit d'organiser leurs affaires de façon à réduire au maximum l'impôt qu'ils doivent payer soit reconnu depuis longtemps, une application débridée de ce principe peut induire les contribuables en erreur et leur faire croire que les stratégies fiscales qui ne font que se conformer aux dispositions techniques de la *Loi* sont acceptables. De même, le chalandage fiscal n'est pas intrinsèquement abusif, mais quand les droits de lever des impôts prévus dans un traité fiscal sont attribués sur la base de l'allégeance économique et que des sociétés relais réclament des avantages fiscaux alors qu'elles n'ont pas de lien économique véritable avec l'État de résidence, le chalandage fiscal est abusif.

Le Canada a pris des mesures pour freiner l'évitement fiscal international abusif en adoptant la RGAÉ, qui nie les avantages fiscaux lorsque les contribuables s'adonnent à des opérations conformes à la lettre des règles fiscales invoquées, mais pas à leur raison d'être. Ainsi, les tribunaux se voient confier l'obligation inhabituelle de regarder au-delà du libellé des dispositions applicables pour déterminer si les opérations en cause contrecarrent la raison d'être de ces dispositions. Une interprétation de ces dispositions législatives se limitant à l'analyse de leur libellé contreviendrait à la volonté du Parlement et ne permettrait pas aux tribunaux de s'acquitter de leur rôle. Étant donné que, lorsqu'il s'agit d'appliquer la RGAÉ, la question n'est pas de savoir si les contribuables peuvent se prévaloir de l'avantage fiscal, mais plutôt de savoir pourquoi l'avantage a été conféré, l'analyse fondée sur la RGAÉ n'est pas restreinte par le libellé des dispositions pertinentes comme l'est l'interprétation législative classique. Bien que cela soumette les contribuables à une incertitude inévitable, le fait que la RGAÉ crée cette incertitude est le fruit d'un

line into abusive tax avoidance, a finding that the GAAR applies does not run counter to the principles of certainty, predictability and fairness.

The allocation of taxing powers in the *Treaty* follows the theory of “economic allegiance”, so the object, spirit or purpose of the relevant provisions of the *Treaty* is to assign taxing rights to the state with the closest economic connection to the taxpayer’s income. Under art. 13(5), the state of residence retains its jurisdiction to tax capital gains unless the exceptions in art. 13(1) to (4) apply. Article 13(1) preserves the right of the source state to tax gains derived from immovable property situated in that state, and art. 13(4) preserves the source state’s right to tax capital gains arising from the disposition of shares the value of which is derived principally from immovable property situated in that state, unless the company carries on business in the property. The business property exemption assigns the right to tax capital gains arising from the disposition of immovable property in which business is carried on to the resident state. The rationale behind the business property exemption is to encourage investment; it reflects the fact that the business activity, rather than the immovable property itself, drives the value of the property. Article 13(4) therefore allocates to Luxembourg the right to tax its residents’ indirect gains from immovable property situated in Canada used in a business.

In the instant case, the abuse is clear. Alta Luxembourg had no genuine economic connections with Luxembourg as it was a mere conduit interposed in Luxembourg for residents of third-party states to avail themselves of a tax exemption under the *Treaty*. This lack of any genuine economic connection to Luxembourg frustrates the rationale of the relevant provisions of the *Treaty*. The federal government did not deliberately set out to create the conditions for unlimited tax avoidance by means of schemes such as that in which Alta Luxembourg was used. The Court should not legitimize such blatantly abusive tax avoidance based on the view that Canada should have negotiated different treaty terms. *Ex ante* speculation about how the treaty parties ought to have proceeded based on alternatives said to have been available to them gives primacy to what is not there. Parliament was entitled to rely on the GAAR to address abusive uses of the *Treaty* rather than negotiate the inclusion of a specific rule. The focus

choix délibéré qu’a fait le Parlement lorsqu’il a adopté une disposition qui peut faire obstacle à des stratégies d’évitement fiscal qui exploitent les lois du Canada et les traités auxquels il a adhéré. Lorsque ces stratégies entrent dans le champ de l’évitement fiscal abusif, la conclusion que la RGAÉ s’applique ne fait pas obstacle aux principes de certitude, de prévisibilité et d’équité.

La répartition des pouvoirs de lever des impôts dans la *Convention* suit la théorie de « l’allégeance économique », donc l’objet ou l’esprit des dispositions pertinentes de la *Convention* consiste à conférer le droit d’imposer à l’État qui a les liens économiques les plus étroits avec les revenus des contribuables. Suivant le par. 13(5), l’État de résidence conserve la compétence d’imposer les gains en capital à moins que les exceptions décrites aux par. 13(1) à (4) s’appliquent. Le paragraphe 13(1) préserve le droit de l’État de la source d’imposer les gains tirés de biens immobiliers situés dans cet État, et le par. 13(4) prévoit que l’État de la source conserve également son droit d’imposer les gains en capital tirés de l’aliénation d’actions dont la valeur est principalement tirée de biens immobiliers situés dans cet État, à moins que la société exerce ses activités dans le bien. L’exonération relative aux biens d’entreprise confère à l’État de résidence le droit d’imposer les gains en capital tirés de la liquidation d’un bien immobilier où s’exercent des activités commerciales. La raison d’être de l’exonération relative aux biens d’entreprise est d’encourager l’investissement; elle reflète le fait que l’activité commerciale, plutôt que le bien immobilier lui-même, détermine la valeur de ce dernier. Le paragraphe 13(4) confère donc au Luxembourg le droit d’imposer les gains indirects tirés par ses résidents de biens immobiliers situés au Canada et utilisés pour mener une activité commerciale.

En l’espèce, l’abus est manifeste. Alta Luxembourg n’avait aucun lien économique véritable avec le Luxembourg puisqu’il s’agissait d’une simple société relais interposée au Luxembourg pour que des résidents d’États tiers puissent se prévaloir d’une exonération fiscale en vertu de la *Convention*. Cette absence de tout lien économique véritable avec le Luxembourg contrecarre la raison d’être des dispositions pertinentes de la *Convention*. Le gouvernement fédéral n’a pas délibérément cherché à créer un cadre qui permette de se livrer à un évitement fiscal illimité au moyen de stratagèmes comme celui auquel Alta Luxembourg a eu recours. La Cour ne devrait pas légitimer cet évitement fiscal abusif et flagrant sous prétexte que le Canada aurait dû négocier des conditions différentes. La spéculation *ex ante* sur la manière dont les parties auraient dû procéder en fonction d’autres possibilités dont elles auraient disposé donne la primauté à ce qui n’existe pas. Le législateur était en droit de s’appuyer sur la RGAÉ pour

should be on what was actually agreed upon and whether the underlying rationale of the relevant provisions was frustrated by the avoidance transactions undertaken. In the give and take of treaty negotiation, Canada certainly did not give up the GAAR.

The facts of this case are a patent example of a sophisticated taxpayer effecting a restructuring on the basis of professional tax advice to avoid Canadian tax. In such cases, the principle of fairness ought not to be ignored. As for the degree of uncertainty introduced by the GAAR, it is counterbalanced by the Crown's burden to show that the avoidance transactions frustrates the object, spirit or purpose of the provisions relied on by the taxpayer and by the fact that any doubt under the GAAR analysis is to be resolved in favour of the taxpayer.

Cases Cited

By Côté J.

Applied: *Canada Trustco Mortgage Co. v. Canada*, 2005 SCC 54, [2005] 2 S.C.R. 601; *Cophorne Holdings Ltd. v. Canada*, 2011 SCC 63, [2011] 3 S.C.R. 721; **approved:** *Prévost Car Inc. v. Canada*, 2009 FCA 57, [2010] 2 F.C.R. 65; **referred to:** *R. v. MIL (Investments) S.A.*, 2007 FCA 236, [2007] 4 C.T.C. 235; *MIL (Investments) S.A. v. R.*, 2006 TCC 460, [2006] 5 C.T.C. 2552; *Commissioners of Inland Revenue v. Duke of Westminster*, [1936] A.C. 1; *Lipson v. Canada*, 2009 SCC 1, [2009] 1 S.C.R. 3; *R. v. Melford Developments Inc.*, [1982] 2 S.C.R. 504; *Crown Forest Industries Ltd. v. Canada*, [1995] 2 S.C.R. 802; *Stubart Investments Ltd. v. The Queen*, [1984] 1 S.C.R. 536; *J. N. Gladden Estate v. The Queen*, [1985] 1 C.T.C. 163; *Cudd Pressure Control Inc. v. R.*, [1999] 1 C.T.C. 1; *SA Andritz*, No. 233894, Conseil d'État (Section du Contentieux), December 30, 2003; *R. v. Hauser*, [1979] 1 S.C.R. 984; *R. v. McLeod* (1950), 97 C.C.C. 366; *Dilworth v. Commissioner of Stamps*, [1899] A.C. 99; *Shell Canada Ltd. v. Canada*, [1999] 3 S.C.R. 622; *Sun Indalex Finance, LLC v. United Steelworkers*, 2013 SCC 6, [2013] 1 S.C.R. 271.

By Rowe and Martin JJ. (dissenting)

Commissioners of Inland Revenue v. Duke of Westminster, [1936] A.C. 1; *Canada Trustco Mortgage Co. v. Canada*, 2005 SCC 54, [2005] 2 S.C.R. 601; *Shell Canada Ltd. v. Canada*, [1999] 3 S.C.R. 622; *Cophorne Holdings Ltd. v. Canada*, 2011 SCC 63, [2011] 3 S.C.R. 721; *Lipson v. Canada*, 2009 SCC 1, [2009] 1 S.C.R. 3;

prévenir les utilisations abusives de la *Convention* plutôt que de négocier l'inclusion d'une règle particulière. Il faut examiner ce qui a réellement fait l'objet de l'entente et la question de savoir si les opérations d'évitement ont eu pour effet de contrecarrer la raison d'être des dispositions pertinentes. Dans le cadre du donnant-donnant qui a eu cours lors de la négociation du traité, le Canada n'a certainement pas renoncé à la RGAÉ.

Les faits de l'espèce sont un exemple patent d'une restructuration effectuée par un contribuable averti sur la base de conseils d'un expert en fiscalité afin d'éviter de payer de l'impôt au Canada. Dans de tels cas, il ne faut pas oublier le principe d'équité. Par ailleurs, le degré d'incertitude introduit par la RGAÉ est contrebalancé par le fardeau qu'a la Couronne de démontrer que les opérations d'évitement contrecarrent l'objet ou l'esprit des dispositions invoquées par les contribuables et par le fait que tout doute soulevé dans le cadre de l'analyse fondée sur la RGAÉ doit être résolu en faveur des contribuables.

Jurisprudence

Citée par la juge Côté

Arrêts appliqués : *Hypothèques Trustco Canada c. Canada*, 2005 CSC 54, [2005] 2 R.C.S. 601; *Cophorne Holdings Ltd. c. Canada*, 2011 CSC 63, [2011] 3 R.C.S. 721; **arrêt approuvé :** *Prévost Car Inc. c. Canada*, 2009 CAF 57, [2010] 2 R.C.F. 65; **arrêts mentionnés :** *R. c. MIL (Investments) S.A.*, 2007 CAF 236; *MIL (Investments) S.A. c. R.*, 2006 CCI 460; *Commissioners of Inland Revenue c. Duke of Westminster*, [1936] A.C. 1; *Lipson c. Canada*, 2009 CSC 1, [2009] 1 R.C.S. 3; *R. c. Melford Developments Inc.*, [1982] 2 R.C.S. 504; *Crown Forest Industries Ltd. c. Canada*, [1995] 2 R.C.S. 802; *Stubart Investments Ltd. c. La Reine*, [1984] 1 R.C.S. 536; *Gladden (Succession) c. Canada*, [1985] A.C.F. n° 31 (QL); *Cudd Pressure Control Inc. c. Canada*, 1998 CanLII 8590; *SA Andritz*, n° 233894, Conseil d'État (Section du Contentieux), 30 décembre 2003; *R. c. Hauser*, [1979] 1 R.C.S. 984; *R. c. McLeod* (1950), 97 C.C.C. 366; *Dilworth c. Commissioner of Stamps*, [1899] A.C. 99; *Shell Canada Ltée c. Canada*, [1999] 3 R.C.S. 622; *Sun Indalex Finance, LLC c. Syndicat des Métallurgistes*, 2013 CSC 6, [2013] 1 R.C.S. 271.

Citée par les juges Rowe et Martin (dissidents)

Commissioners of Inland Revenue c. Duke of Westminster, [1936] A.C. 1; *Hypothèques Trustco Canada c. Canada*, 2005 CSC 54, [2005] 2 R.C.S. 601; *Shell Canada Ltée c. Canada*, [1999] 3 R.C.S. 622; *Cophorne Holdings Ltd. c. Canada*, 2011 CSC 63, [2011] 3 R.C.S. 721; *Lipson c. Canada*, 2009 CSC 1, [2009] 1 R.C.S. 3;

RMM Canadian Enterprises Inc. v. R., [1998] 1 C.T.C. 2300; *McNichol v. The Queen*, 97 D.T.C. 111; *MIL (Investments) S.A. v. R.*, 2006 TCC 460, [2006] 5 C.T.C. 2552; *Prévost Car Inc. v. Canada*, 2009 FCA 57, [2010] 2 F.C.R. 65; *Crown Forest Industries Ltd. v. Canada*, [1995] 2 S.C.R. 802; *Fundy Settlement v. Canada*, 2010 FCA 309, [2012] 2 F.C.R. 374; *R. v. MIL (Investments) S.A.*, 2007 FCA 236, [2007] 4 C.T.C. 235; *Fundy Settlement v. Canada*, 2012 SCC 14, [2012] 1 S.C.R. 520; *Canada v. 594710 British Columbia Ltd.*, 2018 FCA 166, [2019] 5 C.T.C. 1.

Statutes and Regulations Cited

Budget Implementation Act, 2004, No. 2, S.C. 2005, c. 19, s. 52(2).
Canada-United States Tax Convention Act, 1984, S.C. 1984, c. 20, Sch. I [the *Convention Between Canada and the United States of America with Respect to Taxes on Income and on Capital*].
Income Tax Act, R.S.C. 1985, c. 1 (5th Supp.), ss. 2(3), 38, 39, 66(15) “principal-business corporation”, 115(1)(b), 245 [repl. 2005, c. 19, s. 52], 248(1), 250(4)(a).
Income Tax Conventions Implementation Act, 1999, S.C. 2000, c. 11, s. 51(2).
Income Tax Conventions Interpretation Act, R.S.C. 1985, c. I-4, s. 4.1.
Multilateral Instrument in Respect of Tax Conventions Act, S.C. 2019, c. 12.

Treaties and Other International Instruments

Agreement between the Government of Canada and the Government of the Federal Republic of Nigeria for the Avoidance of Double Taxation and the Prevention of Fiscal Evasion with Respect to Taxes on Income and on Capital Gains, Can. T.S. 1999 No. 48, arts. 10(7), 11(8), 12(7).
Convention between the Government of Canada and the Government of the Grand Duchy of Luxembourg for the Avoidance of Double Taxation and the Prevention of Fiscal Evasion with Respect to Taxes on Income and on Capital, Can. T.S. 2000 No. 22, arts. 1, 3, 4, 5, 6(2), 10 to 12, 13, 28(3).
Convention between the Government of Canada and the Government of the Republic of Kazakhstan for the Avoidance of Double Taxation and the Prevention of Fiscal Evasion with Respect to Taxes on Income and on Capital, Can. T.S. 1998 No. 13, arts. 11(8), 12(7), 28(3).
Convention between the Government of Canada and the Government of the Republic of Peru for the Avoidance of

RMM Canadian Enterprises Inc. c. Canada, [1997] A.C.I. n° 302 (QL); *McNichol c. Canada*, [1997] A.C.I. n° 5 (QL); *MIL (Investments) S.A. c. R.*, 2006 CCI 460; *Prévost Car Inc. c. Canada*, 2009 CAF 57, [2010] 2 R.C.F. 65; *Crown Forest Industries Ltd. c. Canada*, [1995] 2 R.C.S. 802; *Fundy Settlement c. Canada*, 2010 CAF 309, [2012] 2 R.C.F. 374; *R. c. MIL (Investments) S.A.*, 2007 CAF 236; *Fundy Settlement c. Canada*, 2012 CSC 14, [2012] 1 R.C.S. 520; *Canada c. 594710 British Columbia Ltd.*, 2018 CAF 166.

Lois et règlements cités

Loi de 1984 sur la Convention Canada-États-Unis en matière d'impôts, S.C. 1984, c. 20, ann. I [la *Convention entre le Canada et les États-Unis d'Amérique en matière d'impôts sur le revenu et sur la fortune*].
Loi de 1999 pour la mise en œuvre de conventions fiscales, L.C. 2000, c. 11, art. 51(2).
Loi de l'impôt sur le revenu, L.R.C. 1985, c. 1 (5^e suppl.), art. 2(3), 38, 39, 66(15) « société exploitant une entreprise principale », 115(1)(b), 245 [rempl. 2005, c. 19, s. 52], 248(1), 250(4)(a).
Loi n° 2 d'exécution du budget de 2004, L.C. 2005, c. 19, art. 52(2).
Loi sur l'instrument multilatéral relatif aux conventions fiscales, L.C. 2019, c. 12.
Loi sur l'interprétation des conventions en matière d'impôts sur le revenu, L.R.C. 1985, c. I-4, art. 4.1.

Traités et autres instruments internationaux

Accord entre le gouvernement du Canada et le gouvernement de la République fédérale du Nigéria en vue d'éviter les doubles impositions et de prévenir l'évasion fiscale en matière d'impôts sur le revenu et sur les gains en capital, R.T. Can. 1999 n° 48, art. 10(7), 11(8), 12(7).
Convention entre le gouvernement du Canada et le gouvernement de l'Ukraine en vue d'éviter les doubles impositions et de prévenir l'évasion fiscale en matière d'impôts sur le revenu et sur la fortune, R.T. Can. 1997 n° 39, art. 11(8), 12(8).
Convention entre le gouvernement du Canada et le gouvernement de la République d'Ouzbékistan en vue d'éviter les doubles impositions et de prévenir l'évasion fiscale en matière d'impôts sur le revenu et sur la fortune, R.T. Can. 2000 n° 18, art. 11(8), 12(7).
Convention entre le gouvernement du Canada et le gouvernement de la République du Kazakhstan en vue d'éviter les doubles impositions et de prévenir l'évasion

- Double Taxation and the Prevention of Fiscal Evasion with Respect to Taxes on Income and on Capital*, Can. T.S. 2002 No. 23, arts. 10(7), 11(7), 12(7), 28(3).
- Convention between the Government of Canada and the Government of the Republic of Uzbekistan for the Avoidance of Double Taxation and the Prevention of Fiscal Evasion with Respect to Taxes on Income and on Capital*, Can. T.S. 2000 No. 18, arts. 11(8), 12(7).
- Convention between the Government of Canada and the Government of Ukraine for the Avoidance of Double Taxation and the Prevention of Fiscal Evasion with Respect to Taxes on Income and on Capital*, Can. T.S. 1997 No. 39, arts. 11(8), 12(8).
- Multilateral Convention to Implement Tax Treaty Related Measures to Prevent Base Erosion and Profit Shifting*, Can. T.S. 2019 No. 26.
- Vienna Convention on the Law of Treaties*, Can. T.S. 1980 No. 37, arts. 26, 31.

Authors Cited

- Anonymous. “The big carve-up”, *The Economist*, May 15, 2021, pp. 65-66.
- Arnold, Brian J. “Reflections on the Relationship Between Statutory Interpretation and Tax Avoidance” (2001), 49 *Can. Tax J.* 1.
- Arnold, Brian J. *Reforming Canada’s International Tax System: Toward Coherence and Simplicity*. Toronto: Canadian Tax Foundation, 2009.
- Arnold, Brian J. “Tax Treaties and Tax Avoidance: The 2003 Revisions to the Commentary to the OECD Model” (2004), 58 *Bull. Int’l Fisc. Doc.* 244.
- Arnold, Brian J., and James R. Wilson. “Aggressive International Tax Planning by Multinational Corporations: The Canadian Context and Possible Responses”, in University of Calgary School of Public Policy, Vol. 7, Research Paper No. 29, 2014.
- Avi-Yonah, Reuven S., Nicola Sartori and Omri Marian. *Global Perspectives on Income Taxation Law*. New York: Oxford University Press, 2011.
- Baker, Philip. *The United Nations Model Double Taxation Convention Between Developed and Developing Countries: Possible Extension of the Beneficial Ownership Concept*, U.N. Doc. E/C.18/2008/CRP.2/Add.1, Ann., October 17, 2008.
- Bammens, Niels, and Luc De Broe. “Treaty Shopping and Avoidance of Abuse”, in Michael Lang et al., eds., *Tax Treaties: Building Bridges between Law and Economics*. Amsterdam: IBFD, 2010, 51.
- Baruch, Jérémie, et autres. *OpenLux: Enquête sur le Luxembourg, coffre-fort de l’Europe*, 8 février 2021 (online: <https://www.lemonde.fr/les-decodeurs/vi>

- fiscale en matière d’impôts sur le revenu et sur la fortune*, R.T. Can. 1998 n° 13, art. 11(8), 12(7), 28(3).
- Convention entre le gouvernement du Canada et le gouvernement de la République du Pérou en vue d’éviter les doubles impositions et de prévenir l’évasion fiscale en matière d’impôts sur le revenu et sur la fortune*, R.T. Can. 2002 n° 23, art. 10(7), 11(7), 12(7), 28(3).
- Convention entre le gouvernement du Canada et le gouvernement du Grand-Duché de Luxembourg en vue d’éviter les doubles impositions et de prévenir l’évasion fiscale en matière d’impôts sur le revenu et sur la fortune*, R.T. Can. 2000 n° 22, art. 1, 3, 4, 5, 6(2), 10 à 12, 13, 28(3).
- Convention de Vienne sur le droit des traités*, R.T. Can. 1980 n° 37, art. 26, 31.
- Convention multilatérale pour la mise en œuvre des mesures relatives aux conventions fiscales pour prévenir l’érosion de la base d’imposition et le transfert de bénéfices*, R.T. Can. 2019 n° 26.

Doctrine et autres documents cités

- Anonymous. « The big carve-up », *The Economist*, May 15, 2021, pp. 65-66.
- Arnold, Brian J. « Reflections on the Relationship Between Statutory Interpretation and Tax Avoidance » (2001), 49 *Rev. fisc. can.* 1.
- Arnold, Brian J. *Reforming Canada’s International Tax System : Toward Coherence and Simplicity*, Toronto, Canadian Tax Foundation, 2009.
- Arnold, Brian J. « Tax Treaties and Tax Avoidance : The 2003 Revisions to the Commentary to the OECD Model » (2004), 58 *Bull. Int’l Fisc. Doc.* 244.
- Arnold, Brian J., and James R. Wilson. « Aggressive International Tax Planning by Multinational Corporations : The Canadian Context and Possible Responses », in University of Calgary School of Public Policy, Vol. 7, Research Paper No. 29, 2014.
- Avi-Yonah, Reuven S., Nicola Sartori and Omri Marian. *Global Perspectives on Income Taxation Law*, New York, Oxford University Press, 2011.
- Baker, Philip. *The United Nations Model Double Taxation Convention Between Developed and Developing Countries : Possible Extension of the Beneficial Ownership Concept*, Doc. N.U. E/C.18/2008/CRP.2/Add.1, ann., 17 octobre 2008.
- Bammens, Niels, and Luc De Broe. « Treaty Shopping and Avoidance of Abuse », in Michael Lang et al., eds., *Tax Treaties : Building Bridges between Law and Economics*, Amsterdam, IBFD, 2010, 51.
- Baruch, Jérémie, et autres. *OpenLux : Enquête sur le Luxembourg, coffre-fort de l’Europe*, 8 février 2021 (en ligne : <https://www.lemonde.fr/les-decodeurs/vi>

- suel/2021/02/08/openlux-enquete-sur-le-luxembourg-coffre-fort-de-l-europe_6069132_4355770.html).
- Brown, Catherine Anne, and Joseph Bogle. “Treaty Shopping and the New Multilateral Tax Agreement — Is it Business as Usual in Canada?” (2020), 43 *Dal. L.J.* 1.
- Canada. *Report of the Royal Commission on Taxation*, vol. 3, part A, *Taxation of Income*. Ottawa, 1966.
- Canada. Department of Finance. *Consultation Paper on Treaty Shopping — The Problem and Possible Solutions*, August 12, 2013 (online: <https://web.archive.org/web/20140304022356/http://www.fin.gc.ca/activty/consult/ts-cf-eng.asp>; archived version: https://www.scc-csc.ca/cso-dce/2021SCC-CSC49_1_eng.pdf).
- Canada. Department of Finance. *Explanatory Notes to Legislation Relating to Income Tax*. Ottawa, 1988.
- Canada. Office of the Auditor General. *Report of the Auditor General of Canada to the House of Commons — Chapter 7 — Canada Customs and Revenue Agency, International Tax Administration: Non-Residents Subject to Canadian Income Tax*. Ottawa, 2001.
- Canada. Office of the Auditor General. *Report of the Auditor General of Canada to the House of Commons*, 1992. Ottawa, 1992.
- Canada. Senate. Standing Senate Committee on National Finance. *Proceedings of the Standing Senate Committee on National Finance*, No. 19, 1st Sess., 38th Parl., April 20, 2005.
- Canada. Senate. Standing Senate Committee on National Finance. *Proceedings of the Standing Senate Committee on National Finance*, No. 20, 1st Sess., 38th Parl., May 2, 2005.
- Christians, Allison, and Nicolas Benoît-Guay. “Status and Structure of Tax Treaties”, in Jean-Pierre Vidal, ed., *Introduction to International Tax in Canada*, 9th ed. Toronto: Thomson Reuters, 2021.
- Couzin, Robert. *Corporate Residence and International Taxation*. Amsterdam: IBFD, 2002.
- Davies, David R. *Principles of International Double Taxation Relief*. London: Sweet & Maxwell, 1985.
- Diamond, Walter H., et al. *Tax Havens of the World*, vol. 2. New York: Matthew Bender, 2020 (loose-leaf updated 2020, release 170-3).
- Dodge, David A. “A New and More Coherent Approach to Tax Avoidance” (1988), 36 *Can. Tax J.* 1.
- Duff, David G. “Tax Treaty Abuse and the Principal Purpose Test — Part 1” (2018), 66 *Can. Tax J.* 619.
- Duff, David G. “The Interpretive Exercise Under the General Anti-Avoidance Rule”, in Brian J. Arnold, ed., *The General Anti-Avoidance Rule — Past, Present, and Future*. Toronto: Canadian Tax Foundation, 2021, 383.
- suel/2021/02/08/openlux-enquete-sur-le-luxembourg-coffre-fort-de-l-europe_6069132_4355770.html).
- Brown, Catherine Anne, and Joseph Bogle. « Treaty Shopping and the New Multilateral Tax Agreement — Is it Business as Usual in Canada? » (2020), 43 *Dal. L.J.* 1.
- Canada. *Rapport de la Commission royale d’enquête sur la fiscalité*, t. 3, première partie, *L’imposition du revenu*, Ottawa, 1966.
- Canada. Bureau du vérificateur général. *Rapport de la vérificatrice générale du Canada à la Chambre des communes — Chapitre 7 — Agence de douanes et du revenu du Canada, L’administration de l’impôt international : les non-résidents assujettis à l’impôt sur le revenu du Canada*, Ottawa, 2001.
- Canada. Bureau du vérificateur général. *Rapport du vérificateur général du Canada à la Chambre des communes*, 1992, Ottawa, 1992.
- Canada. Ministère des Finances. *Notes explicatives sur le projet de loi concernant l’impôt sur le revenu*, Ottawa, 1988.
- Canada. Ministère des Finances. *Document de consultation sur le chalandage fiscal — Le problème et les solutions possibles*, 12 août 2013 (en ligne : <https://web.archive.org/web/20140304003051/http://www.fin.gc.ca/activty/consult/ts-cf-fra.asp>; version archivée : https://www.scc-csc.ca/cso-dce/2021SCC-CSC49_1_fra.pdf).
- Canada. Sénat. Comité sénatorial permanent des Finances nationales. *Délibérations du Comité sénatorial permanent des Finances nationales*, n° 19, 1^{re} sess., 38^e lég., 20 avril 2005.
- Canada. Sénat. Comité sénatorial permanent des Finances nationales. *Délibérations du Comité sénatorial permanent des Finances nationales*, n° 20, 1^{re} sess., 38^e lég., 2 mai 2005.
- Christians, Allison, et Nicolas Benoît-Guay. « Statut et contenu des conventions fiscales », dans Jean-Pierre Vidal, dir., *Introduction à la fiscalité internationale au Canada*, 10^e éd., Toronto, Thomson Reuters, 2021.
- Couzin, Robert. *Corporate Residence and International Taxation*, Amsterdam, IBFD, 2002.
- Davies, David R. *Principles of International Double Taxation Relief*, London, Sweet & Maxwell, 1985.
- Diamond, Walter H., et al. *Tax Havens of the World*, vol. 2, New York, Matthew Bender, 2020 (loose-leaf updated 2020, release 170-3).
- Dodge, David A. « A New and More Coherent Approach to Tax Avoidance » (1988), 36 *Rev. fisc. can.* 1.
- Duff, David G. « Tax Treaty Abuse and the Principal Purpose Test — Part 1 » (2018), 66 *Rev. fisc. can.* 619.
- Duff, David G. « The Interpretive Exercise Under the General Anti-Avoidance Rule », in Brian J. Arnold,

- Grundy's Tax Havens: A World Survey*, 4th ed., by John Walters, ed. London: Sweet & Maxwell, 1983.
- Hattingh, P. Johann. "Article 1 of the OECD Model: Historical Background and the Issues Surrounding It" (2003), 57 *Bull. Int'l Fisc. Doc.* 215.
- Innes, William I., Patrick J. Boyle and Joel A. Nitikman. *The Essential GAAR Manual: Policies, Principles and Procedures*. Toronto: CCH Canadian, 2006.
- Kemmeren, Eric C. C. M. "Legal and Economic Principles Support an Origin and Import Neutrality-Based over a Residence and Export Neutrality-Based Tax Treaty Policy", in Michael Lang et al., eds., *Tax Treaties: Building Bridges between Law and Economics*. Amsterdam: IBFD, 2010, 237.
- Knechtle, Arnold A. *Basic Problems in International Fiscal Law*. Translated by W. E. Weisflog. Deventer, The Netherlands: Kluwer, 1979.
- Krishna, Vern. *Fundamentals of Canadian Income Tax*, vol. 1, *Personal Tax*, 2nd ed. Toronto: Thomson Reuters, 2019.
- Krishna, Vern. *Income Tax Law*, 2nd ed. Toronto: Irwin Law, 2012.
- Krishna, Vern. "Using Beneficial Ownership to Prevent Treaty Shopping" (2009), 56 *Tax Notes Int'l* 537.
- Li, Jinyan. "Beneficial Ownership in Tax Treaties: Judicial Interpretation and the Case for Clarity", in Philip Baker and Catherine Bobbett, eds., *Tax Polymath: A life in international taxation*. Amsterdam: IBFD, 2011, 187.
- Li, Jinyan. "'Economic Substance': Drawing the Line Between Legitimate Tax Minimization and Abusive Tax Avoidance" (2006), 54 *Can. Tax J.* 23.
- Li, Jinyan, Arthur Cockfield and J. Scott Wilkie. *International Taxation in Canada: Principles and Practices*, 2nd ed. Markham, Ont.: LexisNexis, 2011.
- Li, Jinyan, and Arthur Cockfield, with J. Scott Wilkie. *International Taxation in Canada: Principles and Practices*, 4th ed. Toronto: LexisNexis, 2018.
- Li, Jinyan, and Francesco Avella. "Article 13: Capital Gains", in *Global Tax Treaty Commentaries*, last reviewed May 30, 2020 (online: <https://research.ibfd.org/#/>).
- Loomer, Geoffrey T. "Tax Treaty Abuse: Is Canada Responding Effectively?", in Oxford University Centre for Business Taxation, Working Paper No. 09/05, October 2008, revised March 2009.
- Malherbe, Philippe. *Elements of International Income Taxation*. Brussels: Bruylant, 2015.
- Organisation for Economic Co-operation and Development. *Action 6 Prevention of tax treaty abuse* (online: <https://www.oecd.org/tax/beps/beps-actions/action6/>).
- Organisation for Economic Co-operation and Development. *Background Brief: Inclusive Framework on* ed., *The General Anti-Avoidance Rule — Past, Present, and Future*, Toronto, Fondation canadienne de fiscalité, 2021, 383.
- Grundy's Tax Havens: A World Survey*, 4th ed., by John Walters, ed., London, Sweet & Maxwell, 1983.
- Hattingh, P. Johann. « Article 1 of the OECD Model : Historical Background and the Issues Surrounding It » (2003), 57 *Bull. Int'l Fisc. Doc.* 215.
- Innes, William I., Patrick J. Boyle and Joel A. Nitikman. *The Essential GAAR Manual : Policies, Principles and Procedures*, Toronto, CCH Canadian, 2006.
- Kemmeren, Eric C. C. M. « Legal and Economic Principles Support an Origin and Import Neutrality-Based over a Residence and Export Neutrality-Based Tax Treaty Policy », in Michael Lang et al., eds., *Tax Treaties : Building Bridges between Law and Economics*, Amsterdam, IBFD, 2010, 237.
- Knechtle, Arnold A. *Basic Problems in International Fiscal Law*, Translated by W. E. Weisflog, Deventer (The Netherlands), Kluwer, 1979.
- Krishna, Vern. *Fundamentals of Canadian Income Tax*, vol. 1, *Personal Tax*, 2nd ed., Toronto, Thomson Reuters, 2019.
- Krishna, Vern. *Income Tax Law*, 2nd ed., Toronto, Irwin Law, 2012.
- Krishna, Vern. « Using Beneficial Ownership to Prevent Treaty Shopping » (2009), 56 *Tax Notes Int'l* 537.
- Li, Jinyan. « Beneficial Ownership in Tax Treaties : Judicial Interpretation and the Case for Clarity », in Philip Baker and Catherine Bobbett, eds., *Tax Polymath : A life in international taxation*, Amsterdam, IBFD, 2011, 187.
- Li, Jinyan. « "Economic Substance" : Drawing the Line Between Legitimate Tax Minimization and Abusive Tax Avoidance » (2006), 54 *Rev. fisc. can.* 23.
- Li, Jinyan, Arthur Cockfield and J. Scott Wilkie. *International Taxation in Canada : Principles and Practices*, 2nd ed., Markham (Ont.), LexisNexis, 2011.
- Li, Jinyan, and Arthur Cockfield, with J. Scott Wilkie. *International Taxation in Canada : Principles and Practices*, 4th ed., Toronto, LexisNexis, 2018.
- Li, Jinyan, and Francesco Avella. « Article 13 : Capital Gains », in *Global Tax Treaty Commentaries*, last reviewed May 30, 2020 (en ligne : <https://research.ibfd.org/#/>).
- Loomer, Geoffrey T. « Tax Treaty Abuse : Is Canada Responding Effectively? », in Oxford University Centre for Business Taxation, Working Paper No. 09/05, October 2008, revised March 2009.
- Malherbe, Philippe. *Éléments de droit fiscal international*, Bruxelles, Bruylant, 2015.

- BEPS*, January 2017 (online: <https://www.oecd.org/tax/beps/background-brief-inclusive-framework-on-beps.pdf>).
- Organisation for Economic Co-operation and Development. Committee on Fiscal Affairs. *Model Double Taxation Convention on Income and on Capital*. Paris, 1977.
- Organisation for Economic Co-operation and Development. Committee on Fiscal Affairs. *Model Tax Convention on Income and on Capital: Condensed Version*. Paris, 1998.
- Organisation for Economic Co-operation and Development. *Glossary of Tax Terms* (online: <https://www.oecd.org/ctp/glossaryoftaxterms.htm>), “treaty shopping”.
- Organisation for Economic Co-operation and Development. *Model Tax Convention on Income and on Capital: Condensed Version*. Paris, 2003.
- Organisation for Economic Co-operation and Development. *Model Tax Convention on Income and on Capital: Condensed Version*. Paris, 2017.
- Rosenbloom, H. David. “Tax Treaty Abuse: Policies and Issues” (1983), 15 *Law & Pol’y Int’l Bus.* 763.
- Sasseville, Jacques. “Implementation of the General Anti-Avoidance Rule”, in Corporate Management Tax Conference, *Income Tax Enforcement, Compliance, and Administration*. Toronto: Canadian Tax Foundation, 1988, 4:1.
- Simontacchi, Stefano. “Immovable Property Companies as Defined in Article 13(4) of the OECD Model” (2006), 60 *Bull. Int’l Tax’n* 29.
- Simontacchi, Stefano. *Taxation of Capital Gains under the OECD Model Convention: With special regard to Immovable Property*, in Series on International Taxation, vol. 29. Alphen aan den Rijn, The Netherlands: Kluwer Law International, 2007.
- United Nations. *Model Double Taxation Convention between Developed and Developing Countries*. U.N. Doc. ST/ESA/PAD/SER.E/21. New York, 2001.
- United Nations. Committee of Experts on International Cooperation in Tax Matters. *Report on the fourth session (20-24 October 2008)*. U.N. Doc. E/2008/45 (Supp.). New York, 2008.
- Vogel, Klaus. “Double Tax Treaties and Their Interpretation” (1986), 4 *Int’l Tax & Bus. Law* 1.
- Ward, David A. “Principles To Be Applied in Interpreting Tax Treaties” (1977), 25 *Can. Tax J.* 263.
- Ward, David A., et al. *The Interpretation of Income Tax Treaties with Particular Reference to the Commentaries* Nations Unies. *Modèle de convention des Nations Unies concernant les doubles impositions entre pays développés et pays en développement*, Doc. N.U. ST/ESA/PAD/SER.E/21, New York, 2001.
- Nations Unies. Comité d’experts de la coopération internationale en matière fiscale. *Rapport sur les travaux de la quatrième session (20-24 octobre 2008)*, Doc. N.U. E/2008/45 (suppl.), New York, 2008.
- Organisation de Coopération et de Développement Économiques. *Action 6 Prevention of tax treaty abuse* (en ligne : <https://www.oecd.org/tax/beps/beps-actions/action6/>).
- Organisation de Coopération et de Développement Économiques. *Background Brief : Inclusive Framework on BEPS*, January 2017 (en ligne : <https://www.oecd.org/tax/beps/background-brief-inclusive-framework-on-beps.pdf>).
- Organisation de Coopération et de Développement Économiques. Comité des Affaires Fiscales. *Modèle de convention de double imposition concernant le revenu et la fortune*, Paris, 1977.
- Organisation de Coopération et de Développement Économiques. Comité des Affaires Fiscales. *Modèle de convention fiscale concernant le revenu et la fortune : Version abrégée*, Paris, 1998.
- Organisation de Coopération et de Développement Économiques. *Glossary of Tax Terms* (en ligne : <https://www.oecd.org/fr/ctp/glossaryoftaxterms.htm>), “treaty shopping”.
- Organisation de Coopération et de Développement Économiques. *Modèle de convention fiscale concernant le revenu et la fortune : Version abrégée*, Paris, 2003.
- Organisation de Coopération et de Développement Économiques. *Modèle de Convention fiscale concernant le revenu et la fortune : Version abrégée*, Paris, 2017.
- Rosenbloom, H. David. « Tax Treaty Abuse : Policies and Issues » (1983), 15 *Law & Pol’y Int’l Bus.* 763.
- Sasseville, Jacques. « Implementation of the General Anti-Avoidance Rule », in Corporate Management Tax Conference, *Income Tax Enforcement, Compliance, and Administration*, Toronto, Canadian Tax Foundation, 1988, 4:1.
- Simontacchi, Stefano. « Immovable Property Companies as Defined in Article 13(4) of the OECD Model » (2006), 60 *Bull. Int’l Tax’n* 29.
- Simontacchi, Stefano. *Taxation of Capital Gains under the OECD Model Convention : With special regard to Immovable Property* in Series on International Taxation, vol. 29, Alphen aan den Rijn (The Netherlands), Kluwer Law International, 2007.

on the OECD Model. Kingston: International Fiscal Association (Canadian Branch), 2005.

Vogel, Klaus. « Double Tax Treaties and Their Interpretation » (1986), 4 *Int'l Tax & Bus. Law*. 1.

Ward, David A. « Principles To Be Applied in Interpreting Tax Treaties » (1977), 25 *Rev. fisc. can.* 263.

Ward, David A., et al. *The Interpretation of Income Tax Treaties with Particular Reference to the Commentaries on the OECD Model*, Kingston, International Fiscal Association (Canadian Branch), 2005.

APPEAL from a judgment of the Federal Court of Appeal (Webb, Near and Locke JJ.A.), 2020 FCA 43, [2020] 5 C.T.C. 193, 2020 D.T.C. 5021, [2020] F.C.J. No. 204 (QL), 2020 CarswellNat 314 (WL Can.), affirming a decision of Hogan J., 2018 TCC 152, [2019] 5 C.T.C. 2183, 2018 D.T.C. 1120, [2018] T.C.J. No. 124 (QL), 2018 CarswellNat 4615 (WL Can.). Appeal dismissed, Wagner C.J. and Rowe and Martin JJ. dissenting.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel fédérale (les juges Webb, Near et Locke), 2020 CAF 43, [2020] 5 C.T.C. 193, 2020 D.T.C. 5021, [2020] A.C.F. n° 204 (QL), 2020 CarswellNat 3461 (WL Can.), qui a confirmé une décision du juge Hogan, 2018 CCI 152, [2019] 5 C.T.C. 2183, 2018 D.T.C. 1120, [2018] T.C.J. No. 124 (QL), 2018 CarswellNat 12304 (WL Can.). Pourvoi rejeté, le juge en chef Wagner et les juges Rowe et Martin sont dissidents.

Michael Taylor and Natalie Goulard, for the appellant.

Michael Taylor et Natalie Goulard, pour l'appelante.

Matthew G. Williams and E. Rebecca Potter, for the respondent.

Matthew G. Williams et E. Rebecca Potter, pour l'intimée.

The judgment of Abella, Moldaver, Karakatsanis, Côté, Brown and Kasirer JJ. was delivered by

Version française du jugement des juges Abella, Moldaver, Karakatsanis, Côté, Brown et Kasirer rendu par

CÔTÉ J. —

LA JUGE CÔTÉ —

TABLE OF CONTENTS

TABLE DES MATIÈRES

	Paragraph
I. <u>Overview</u>	1
II. <u>Background</u>	11
III. <u>Judicial History</u>	18
A. <i>Tax Court of Canada, 2018 TCC 152, [2019] 5 C.T.C. 2183 (Hogan J.)</i>	18
B. <i>Federal Court of Appeal, 2020 FCA 43, [2020] 5 C.T.C. 193 (Webb, Near and Locke JJ.A.)</i>	23
IV. <u>Issues</u>	28
V. <u>Analysis</u>	29

	Paragraphe
I. <u>Aperçu</u>	1
II. <u>Contexte</u>	11
III. <u>Historique judiciaire</u>	18
A. <i>Cour canadienne de l'impôt, 2018 CCI 152 (le juge Hogan)</i>	18
B. <i>Cour d'appel fédérale, 2020 CAF 43 (les juges Webb, Near et Locke)</i>	23
IV. <u>Questions en litige</u>	28
V. <u>Analyse</u>	29

A. <i>General Anti-Avoidance Rule</i> (“GAAR”).....	29	A. <i>La règle générale anti-évitement</i> (« RGAÉ »).....	29
B. <i>International Tax Treaties</i>	34	B. <i>Traités fiscaux internationaux</i>	34
(1) <i>General Principles</i>	34	(1) <i>Principes généraux</i>	34
(2) <i>OECD Commentaries as Interpretative Aids</i>	38	(2) <i>Commentaires de l’OCDE comme instruments d’interprétation</i>	38
C. <i>Cautionary Preface to the GAAR Analysis</i>	46	C. <i>Mises en garde avant l’analyse fondée sur la RGAÉ</i>	46
D. <i>First Step: Object, Spirit, and Purpose of the Relevant Provisions</i>	50	D. <i>Première étape : Objet et esprit des dispositions pertinentes</i>	50
(1) <i>Residence (Arts. 1 and 4(1))</i>	52	(1) <i>Résidence (art. 1 et 4(1))</i>	52
(2) <i>Carve-Out from Source-Based Capital Gains Tax (“Business Property Exemption” (Art. 13(4) and (5)))</i>	68	(2) <i>Exonération relative à l’impôt fondé sur la source des gains en capital (« exonération relative aux biens d’entreprise ») (par. 13(4) et (5))</i>	68
E. <i>Second Step: Abusiveness of the Transaction</i>	90	E. <i>Deuxième étape : caractère abusif de l’opération</i>	90
VI. <i>Conclusion</i>	97	VI. <i>Conclusion</i>	97
I. <i>Overview</i>		I. <i>Aperçu</i>	

[1] The principles of predictability, certainty, and fairness and respect for the right of taxpayers to legitimate tax minimization are the bedrock of tax law. In the context of international tax treaties, respect for negotiated bargains between contracting states is fundamental to ensure tax certainty and predictability and to uphold the principle of *pacta sunt servanda*, pursuant to which parties to a treaty must keep their sides of the bargain.

[2] Section 245 of the *Income Tax Act*, R.S.C. 1985, c. 1 (5th Supp.) (“*Act*”), known as the general anti-avoidance rule (“GAAR”), acts as a legislative limit on tax certainty by barring abusive tax avoidance transactions, including those in which taxpayers seek to obtain treaty benefits that were never intended by the contracting states. This intention is found by

[1] Les principes de prévisibilité, de certitude et d’équité ainsi que le respect du droit des contribuables à la réduction maximale légitime de l’impôt constituent la pierre angulaire du droit fiscal. Dans le contexte des traités fiscaux internationaux, il est fondamental de respecter les ententes négociées entre les États contractants pour favoriser la certitude et la prévisibilité sur le plan fiscal et pour assurer le respect du principe *pacta sunt servanda* suivant lequel les parties à un traité doivent respecter leur part de l’entente.

[2] L’article 245 de la *Loi de l’impôt sur le revenu*, L.R.C. 1985, c. 1 (5^e suppl.) (« *Loi* »), connu sous le nom de règle générale anti-évitement (« RGAÉ »), agit comme une limite légale à la certitude fiscale en interdisant les opérations d’évitement fiscal abusives, notamment celles dans le cadre desquelles les contribuables cherchent à obtenir, au titre d’un

going behind the text of the provisions under which a tax benefit is claimed in order to determine their object, spirit, and purpose. In the bilateral treaty context, there are two sovereign states whose intentions are relevant; a robust analysis must take both into consideration in order to give proper effect to the tax treaty as a carefully negotiated instrument.

[3] In this case, the appellant, Her Majesty The Queen, as represented by the Minister of National Revenue (“Minister”), submits that the transaction at issue abused the *Convention between the Government of Canada and the Government of the Grand Duchy of Luxembourg for the Avoidance of Double Taxation and the Prevention of Fiscal Evasion with Respect to Taxes on Income and on Capital*, Can. T.S. 2000 No. 22 (“*Treaty*”). According to the Minister, the drafters did not intend the *Treaty* to benefit residents without “sufficient substantive economic connections” to their state of residence (A.F., at para. 100). In the view of the respondent, Alta Energy Luxembourg S.A.R.L. (“Alta Luxembourg”), the Minister has failed to discharge her burden of establishing that the object, spirit, or purpose of the provisions was frustrated or defeated.

[4] In my view, the Minister is asking this Court to use the GAAR to change the result, not by interpreting the provisions of the *Treaty* through a unified textual, contextual, and purposive analysis, but by fundamentally altering the criteria under which a person is entitled to the benefits of the *Treaty*, thus frustrating the certainty and predictability sought by the drafters.

[5] Tax treaties are replete with choices. One key choice made by Canada and Luxembourg was to deviate from the Organisation for Economic Cooperation and Development (“OECD”) *Model Tax Convention on Income and on Capital* (“OECD

traité, des avantages que les États contractants n’ont jamais eu l’intention de conférer. Pour dégager cette intention, il faut aller au-delà du texte même des dispositions en vertu desquelles un avantage fiscal est réclamé afin d’en déterminer l’objet et l’esprit. Dans le contexte d’un traité bilatéral, les intentions de deux États souverains sont pertinentes; toute analyse rigoureuse doit prendre les intentions de ces deux États en considération afin de donner dûment effet au traité fiscal en tant qu’instrument soigneusement négocié.

[3] En l’espèce, l’appelante, Sa Majesté la Reine représentée par la ministre du Revenu national (« ministre »), soutient que l’opération en cause a entraîné un abus de la *Convention entre le gouvernement du Canada et le gouvernement du Grand-Duché de Luxembourg en vue d’éviter les doubles impositions et de prévenir l’évasion fiscale en matière d’impôts sur le revenu et sur la fortune*, R.T. Can. 2000 n° 22 (« *Convention* »). En effet, selon la ministre, les rédacteurs n’ont pas voulu que la *Convention* accorde un avantage aux résidents n’ayant aucun [TRADUCTION] « lien économique substantiel suffisant » avec leur État de résidence (m.a., par. 100). Selon l’intimée, Alta Energy Luxembourg S.A.R.L. (« Alta Luxembourg »), la ministre ne s’est pas acquittée du fardeau qui lui incombait de démontrer que l’objet et l’esprit des dispositions ont été contrecarrés.

[4] À mon avis, la ministre demande à la Cour d’utiliser la RGAÉ pour changer le résultat de l’affaire, non pas en interprétant les dispositions de la *Convention* au moyen d’une analyse textuelle, contextuelle et téléologique unifiée, mais en modifiant fondamentalement les critères en fonction desquels une personne a droit aux avantages conférés par la *Convention*, ce qui aurait pour effet de compromettre la certitude et la prévisibilité visées par les rédacteurs.

[5] Les parties aux traités fiscaux doivent faire de nombreux choix. Le Canada et le Luxembourg ont notamment choisi de s’écarter du *Modèle de convention fiscale concernant le revenu et la fortune* de l’Organisation de coopération et de développement

Model Treaty”)¹ by including a specific carve-out provision for immovable property, also called the business property exemption. This carve-out allocates to a person’s residence state the right to tax capital gains realized on the disposition of shares or other similar interests deriving their value principally from immovable property used in a corporation’s business. The rationale of the carve-out is not connected to the theory of economic allegiance. In fact, this provision is a clear departure from this theory, for the source state normally has the greater economic claim to tax income derived from immovable property or a business situated within its territory.

[6] Canada’s decision to forego its right to tax such capital gains realized in Canada was based on economic considerations broader than generating tax revenues. Tax law is designed not only to bring revenues into a state’s coffers but also to incentivize or disincentivize certain behaviours (*Canada Trustco Mortgage Co. v. Canada*, 2005 SCC 54, [2005] 2 S.C.R. 601, at para. 53). Indeed, in agreeing to include the carve-out in the *Treaty*, Canada sought to encourage investments by Luxembourg residents in business assets embodied in immovable property located in Canada (e.g., mines, hotels, or oil shales) and to reap the ensuing economic benefits. This incentive was never intended to be limited to Luxembourg residents with “sufficient substantive economic connections” to Luxembourg. Internationally, residency typically does not depend on the existence of such

économique (« OCDE ») (« *Modèle de convention de l’OCDE* »)¹ en incluant une clause d’exonération spécifique pour les biens immobiliers, aussi appelée exonération relative aux biens d’entreprise. Cette clause d’exonération permet à l’État de résidence d’imposer les gains en capital tirés de l’aliénation d’actions ou de toute autre participation similaire dont la valeur est principalement tirée de biens immobiliers utilisés dans le cadre des activités de la société. La raison d’être de la clause d’exonération n’est pas liée à la doctrine de l’allégeance économique. En fait, cette clause s’écarte clairement de cette doctrine puisque l’État-source a habituellement un droit économique supérieur d’imposer le revenu tiré de biens immobiliers ou d’une entreprise situés sur son territoire.

[6] La décision du Canada de renoncer à son droit d’imposer ces gains en capital réalisés au Canada était basée sur des considérations économiques plus larges que la production de recettes fiscales. Le droit fiscal ne vise pas seulement à remplir les coffres de l’État; il sert aussi à encourager ou à décourager certains comportements (*Hypothèques Trustco Canada c. Canada*, 2005 CSC 54, [2005] 2 R.C.S. 601, par. 53). En effet, en acceptant d’inclure la clause d’exonération dans la *Convention*, le Canada voulait encourager les résidents luxembourgeois à investir dans des actifs commerciaux intégrés à des biens immobiliers situés au Canada (p. ex., des mines, des hôtels et des formations de schiste bitumineux) et tirer les avantages économiques de ces investissements. Il n’a jamais été question de réserver cette mesure incitative aux résidents luxembourgeois ayant des

¹ Several versions of the OECD *Model Treaty* and its Introductions and Commentaries are cited in these reasons: the 1977 “Commentary on Article 1”, in *Model Double Taxation Convention on Income and on Capital*; the 1998 “Model Convention with Respect to Taxes on Income and on Capital”, “Commentary on Article 1”, “Commentary on Article 4” and “Commentary on Article 13”, in *Model Convention with Respect to Taxes on Income and on Capital: Condensed Version*; the 2003 “Model Convention with Respect to Taxes on Income and on Capital”, “Introduction” and “Commentary on Article 1”, in *Model Tax Convention on Income and on Capital: Condensed Version*; and the 2017 “Model Convention with Respect to Taxes on Income and on Capital” and “Introduction”, in *Model Tax Convention on Income and on Capital: Condensed Version*.

¹ Les présents motifs font référence à plusieurs versions du *Modèle de convention* de l’OCDE et des Introductions et des Commentaires publiés à leur égard : les « Commentaires sur l’article 1 » de 1977, dans *Modèle de convention de double imposition concernant le revenu et la fortune*; le « Modèle de Convention fiscale concernant le revenu et la fortune », les « Commentaires sur l’article 1 », les « Commentaires sur l’article 4 » et les « Commentaires sur l’article 13 » de 1998, dans *Modèle de convention fiscale concernant le revenu et la fortune : Version abrégée*; le « Modèle de Convention fiscale concernant le revenu et la fortune », l’« Introduction » et les « Commentaires sur l’article 1 » de 2003, dans *Modèle de convention fiscale concernant le revenu et la fortune : Version abrégée*; et le « Modèle de Convention fiscale concernant le revenu et la fortune » et l’« Introduction » de 2017, dans *Modèle de Convention fiscale concernant le revenu et la fortune : Version abrégée*.

connections; formal criteria for residency are just as well accepted as factual criteria.

[7] In this case, Alta Luxembourg made exactly such an investment. It is a resident of Luxembourg and, as such, is exempt from Canadian taxes on the capital gain realized on the disposition of shares of its wholly owned Canadian subsidiary.

[8] In my respectful view, my colleagues Rowe and Martin JJ. undertake their analysis as though the *Treaty* were a simple statute rather than a freely negotiated bargain whose interpretation must reflect the intentions of the parties that drafted it. Canada understood that it was dealing with a low-tax jurisdiction, and, in recognition of this reality, it agreed to specific terms in the *Treaty*, such as the business property exemption. In this way, Canada effectively agreed to give up its right to tax certain entities incorporated in Luxembourg in exchange for the jobs and economic opportunities that the business property exemption would promote. This decision can hardly be questioned.

[9] In raising the GAAR, Canada is now seeking to revisit its bargain in order to secure both foreign investments and tax revenues. But if the GAAR is to remain a robust tool, it cannot be used to judicially amend or renegotiate a treaty.

[10] For the reasons that follow, I agree with the courts below that the Minister has not discharged her burden of proving abusive tax avoidance. Therefore, I would dismiss the appeal.

II. Background

[11] In April 2011, Alta Resources LLC, a Texas-based oil and gas firm, and Blackstone Group LP (“Blackstone”), a New York-based private equity firm, founded Alta Energy Partners, LLC, a Delaware

« liens économiques substantiels suffisants » avec le Luxembourg. À l’échelle internationale, la résidence ne dépend pas typiquement de l’existence de tels liens; les critères officiels de résidence sont aussi bien acceptés que les critères factuels.

[7] En l’espèce, Alta Luxembourg a fait précisément ce type d’investissement. Elle est résidente du Luxembourg et, à ce titre, elle est exonérée de tout impôt canadien sur les gains en capital tirés de l’aliénation des actions de sa filiale en propriété exclusive canadienne.

[8] À mon avis, et avec égards, mes collègues les juges Rowe et Martin procèdent à leur analyse comme si la *Convention* était une simple loi plutôt qu’une entente négociée librement, dont l’interprétation doit refléter les intentions des parties l’ayant rédigée. Le Canada avait compris qu’il traitait avec un pays où le fardeau fiscal est peu élevé et, conscient de cette réalité, il a accepté certaines modalités de la *Convention*, comme la clause d’exonération relative aux biens d’entreprise. Ainsi, en réalité, le Canada a convenu de renoncer à son droit d’imposer certaines entités constituées au Luxembourg en échange des emplois et des occasions d’affaires que favorise la clause d’exonération relative aux biens d’entreprise. Cette décision peut difficilement être contestée.

[9] En invoquant la RGAÉ, le Canada cherche maintenant à revoir l’entente afin de bénéficier à la fois d’investissements étrangers et de recettes fiscales. Or, si la RGAÉ doit demeurer efficace, le Canada ne peut s’en servir pour demander aux tribunaux de modifier ou de renégocier un traité.

[10] Pour les motifs qui suivent, je conviens avec les tribunaux d’instances inférieures que la ministre ne s’est pas acquittée du fardeau qui lui incombait de prouver qu’il y a eu évitement fiscal abusif. Par conséquent, je suis d’avis de rejeter le pourvoi.

II. Contexte

[11] En avril 2011, Alta Resources LLC, une société texane d’exploitation pétrolière et gazière, et Blackstone Group LP (« Blackstone »), une société new-yorkaise d’investissement privé, ont créé Alta

limited liability company, for the purpose of acquiring and developing unconventional oil and natural gas properties in North America. One such property was the Duvernay shale formation in northwestern Alberta. Alta Energy Partners Canada Ltd. (“Alta Canada”), a wholly owned Canadian subsidiary of the Delaware limited liability company, was incorporated in order to carry on that business. Alta Canada invested almost \$300 million in its Canadian business through its acquisition of the oil and natural gas drill and recovery rights in certain lands in Alberta.

[12] A restructuring of Alta Canada was undertaken in 2012. As part of the restructuring, Alta Luxembourg was incorporated under the laws of Luxembourg to hold interests in Luxembourg and foreign companies. Prior to the restructuring, Blackstone’s counsel obtained a ruling from the Luxembourg tax authorities that the restructuring was in compliance with tax legislation and administrative policies in Luxembourg. The shares of Alta Luxembourg were issued to a new Canadian partnership formed in Alberta, Alta Energy Canada Partnership (“Partnership”). On the same day, the Delaware limited liability company sold all of its shares of Alta Canada to Alta Luxembourg. This was a taxable transaction in Canada under the *Act*, as more than 50 percent of the value of the shares was derived from Canadian resource properties.

[13] In August 2013, Alta Luxembourg agreed to sell its shares of Alta Canada to Chevron Canada Ltd. When the sale closed on September 10, 2013, for \$679,712,251.45, Alta Luxembourg realized a capital gain in excess of \$380 million on the disposition. Pursuant to a direction to pay, Alta Luxembourg directed its proceeds from the sale (less an amount paid to the Minister) to the Partnership. In exchange, the Partnership issued promissory notes to Alta Luxembourg, which were set off, in part, by an existing interest-free loan and profit-participating loan.

Energy Partners LLC, une société à responsabilité limitée constituée sous le régime des lois du Delaware, afin d’acquérir et de mettre en valeur des biens non conventionnels en pétrole et en gaz naturel en Amérique du Nord. Un de ces biens était la formation schisteuse de Duvernay située dans le nord-ouest de l’Alberta. Alta Energy Partners Canada Ltd. (« Alta Canada »), une filiale canadienne en propriété exclusive de la société à responsabilité limitée du Delaware, a été constituée pour mener les activités en question. Alta Canada a investi près de 300 millions de dollars dans son entreprise canadienne en acquérant des droits pour le forage et la récupération du pétrole et du gaz naturel sur certaines terres de l’Alberta.

[12] Une restructuration d’Alta Canada a été entreprise en 2012. Dans ce contexte, Alta Luxembourg a été constituée conformément aux lois luxembourgeoises pour qu’elle détienne des participations dans des sociétés au Luxembourg et à l’étranger. Avant la restructuration, un représentant de Blackstone a reçu confirmation des autorités fiscales luxembourgeoises que la restructuration était conforme aux lois fiscales et aux politiques administratives en vigueur au Luxembourg. Les actions d’Alta Luxembourg ont été émises au profit d’une nouvelle société de personnes canadienne constituée en Alberta, Alta Energy Canada Partnership (« Société de personnes »). Le même jour, la société à responsabilité limitée du Delaware a vendu toutes ses actions d’Alta Canada à Alta Luxembourg. Il s’agissait d’une opération imposable au Canada en application de la *Loi*, puisque plus de 50 p. 100 de la valeur des actions dérivait d’avoirs miniers canadiens.

[13] En août 2013, Alta Luxembourg a convenu de vendre ses actions d’Alta Canada à Chevron Canada Ltd. Lorsque la vente a été conclue le 10 septembre 2013 pour un montant de 679 712 251,45 \$, Alta Luxembourg a réalisé un gain en capital de plus de 380 millions de dollars. Conformément à une directive de paiement, Alta Luxembourg a versé à la Société de personnes le produit de la vente (déduction faite du montant versé à la ministre). En échange, la Société de personnes a émis des billets à ordre à l’intention d’Alta Luxembourg qui ont été

In other words, Alta Luxembourg did not receive any of the sale proceeds. Following the disposition of its shares of Alta Canada, Alta Luxembourg did not conduct any other business or hold any other investments.

[14] All tax was reported. Alta Luxembourg's capital gain was reported to the Luxembourg tax authorities and was subject to full taxation by them under their domestic laws.

[15] In its Canadian tax return filed for the 2013 taxation year, Alta Luxembourg claimed an exemption from Canadian tax on the basis that the gain was not included in its "taxable income earned in Canada" under s. 115(1)(b) of the *Act* because the shares were "treaty-protected property" under art. 13(4) and (5) of the *Treaty*. These provisions create a carve-out for residents of Luxembourg from Canadian tax arising from a capital gain on the alienation of "shares . . . the value of which . . . is derived principally from immovable property situated in [Canada]" and "in which the business of the company . . . was carried on" (art. 13(4) of the *Treaty*).

[16] The Minister denied the treaty exemption, and Alta Luxembourg appealed to the Tax Court of Canada.

[17] In their lengthy Statement of Agreed Facts, the parties make important concessions. First and foremost, the Minister agrees that Alta Luxembourg is a resident of Luxembourg for the purposes of the *Treaty*. The Minister and Alta Luxembourg also agree that Alta Canada was a "principal business corporation" pursuant to s. 66(15) of the *Act*, that its shares were taxable Canadian property within the meaning of s. 248(1) of the *Act* and that the series of restructuring transactions and the sale of the shares of Alta Canada to Chevron were an "avoidance transaction" as defined in s. 245(3) of the *Act*.

compensés, en partie, par un prêt sans intérêt et un prêt avec participation déjà existants. Autrement dit, Alta Luxembourg n'a pas reçu le produit de la vente. Après avoir disposé de ses actions d'Alta Canada, Alta Luxembourg n'a mené aucune autre activité ni fait aucun autre investissement.

[14] Le montant total des impôts a été déclaré. Le gain en capital d'Alta Luxembourg a été déclaré aux autorités fiscales luxembourgeoises et a été assujéti à une imposition complète au Luxembourg en application de ses lois.

[15] Dans sa déclaration de revenus au Canada pour l'année d'imposition 2013, Alta Luxembourg a demandé d'être exonérée de l'impôt canadien au motif que le gain n'était pas inclus dans son « revenu imposable gagné au Canada » au sens de l'al. 115(1)b) de la *Loi*, puisque les actions étaient des « biens protégés par traité » au sens des par. 13(4) et (5) de la *Convention*. Selon ces clauses de la *Convention*, les résidents du Luxembourg sont exonérés de l'impôt canadien lorsqu'ils tirent un gain en capital de l'aliénation « d'actions [. . .] dont la valeur [. . .] est principalement tirée de biens immobiliers situés [au Canada] » et « dans lesquels la société [. . .] a exercé son activité » (par. 13(4) de la *Convention*).

[16] La ministre a refusé d'appliquer la clause d'exonération prévue par la *Convention* et Alta Luxembourg a interjeté appel devant la Cour canadienne de l'impôt.

[17] Dans leur long exposé conjoint des faits, les parties font d'importantes concessions. D'abord et avant tout, la ministre reconnaît qu'Alta Luxembourg est une résidente du Luxembourg au sens de la *Convention*. La ministre et Alta Luxembourg conviennent également qu'Alta Canada était une « société exploitant une entreprise principale » au sens du par. 66(15) de la *Loi*, que ses actions étaient des biens canadiens imposables au sens du par. 248(1) de la *Loi* et que la série d'opérations de restructuration et la vente des actions d'Alta Canada à Chevron constituaient une « opération d'évitement » au sens du par. 245(3) de la *Loi*.

III. Judicial History

A. *Tax Court of Canada, 2018 TCC 152, [2019] 5 C.T.C. 2183 (Hogan J.)*

[18] Before the Tax Court, the Minister raised two arguments. First, the Minister argued that Alta Canada did not carry on business in the immovable property in question, such that the business property exemption in art. 13(4) of the *Treaty* did not apply. In the alternative, if the shares did qualify as treaty-protected property, the Minister argued that the GAAR should apply.

[19] Hogan J. found that Alta Canada carried on business in the immovable property; therefore, the carve-out in art. 13(4) applied, and Alta Canada's shares were treaty-protected property for the purposes of the *Act*. With respect to the GAAR, the parties agreed that the restructuring was an avoidance transaction that resulted in a tax benefit. Thus, the Tax Court had to determine if the GAAR applied, that is, whether the avoidance transaction resulted in a misuse or abuse of the provisions of the *Act* or the *Treaty*.

[20] With respect to the abuse analysis under the GAAR, Hogan J. held that the avoidance transaction did not result in an abuse of ss. 2(3), 38, 39, 115(1)(b) and 248(1) of the *Act*, or of the *Act* as a whole. In his view, the provisions of the *Act* had operated in the manner intended by Parliament. Without citing this Court's decision in *Canada Trustco*, Hogan J. followed the two-step approach it established, acknowledging that a tax treaty, as an international convention, should be given a liberal interpretation with a view to implementing the true intention of the parties.

[21] Hogan J. conducted a textual, contextual, and purposive analysis of arts. 1, 4 and 13 of the *Treaty* and held that their rationale is "to exempt residents of Luxembourg from Canadian taxation where there is an investment in immovable property used in a business" (para. 100). He relied in part on

III. Historique judiciaire

A. *Cour canadienne de l'impôt, 2018 CCI 152 (le juge Hogan)*

[18] Devant la Cour de l'impôt, la ministre a soulevé deux arguments. Tout d'abord, elle a plaidé qu'Alta Canada n'exerçait aucune activité dans le bien immobilier en cause, de sorte que la clause d'exonération relative aux biens d'entreprise prévue au par. 13(4) de la *Convention* ne pouvait pas s'appliquer. Subsidiairement, si les actions constituaient des biens protégés par traité, la ministre a fait valoir que la RGAÉ devrait s'appliquer.

[19] Le juge Hogan a conclu qu'Alta Canada exerçait ses activités dans le bien immobilier; par conséquent, l'exonération prévue au par. 13(4) s'appliquait et les actions d'Alta Canada constituaient des biens protégés par traité aux fins de la *Loi*. S'agissant de la RGAÉ, les parties ont convenu que la restructuration constituait une opération d'évitement ayant donné lieu à un avantage fiscal. La Cour de l'impôt devait donc déterminer si la RGAÉ s'appliquait, c'est-à-dire, si l'opération d'évitement entraînait un abus dans l'application des dispositions de la *Loi* ou de la *Convention*.

[20] En ce qui concerne l'analyse de la possibilité d'abus fondée sur la RGAÉ, le juge Hogan a conclu que l'opération d'évitement n'avait entraîné d'abus ni dans l'application des art. 2(3), 38, 39, 115(1)(b) et 248(1) de la *Loi*, ni de la *Loi* dans son ensemble. À son avis, les dispositions de la *Loi* avaient opéré de la manière prévue par le législateur. Sans référer à la décision de la Cour dans *Trustco Canada*, le juge Hogan a adopté l'approche en deux étapes qui y a été énoncée et a reconnu qu'un traité fiscal, à titre de convention internationale, devait être interprété de façon libérale, de manière à appliquer les véritables intentions des parties.

[21] Le juge Hogan a effectué une analyse textuelle, contextuelle et téléologique des art. 1, 4 et 13 de la *Convention* et a conclu que la raison d'être de ces dispositions est « d'exempter les résidents du Luxembourg de l'impôt canadien lorsqu'un investissement dans un bien immobilier est utilisé dans

the 2017 OECD *Model Treaty*, on which the *Treaty* is modeled, and its Commentaries as interpretive aids. He observed that the business property exemption in art. 13(4) of the *Treaty* does not exist in the OECD *Model Treaty*, which demonstrates an intention to depart from the *Model Treaty* in order to attract foreign investment in business property situated in Canada. Despite the Minister's objections, Hogan J. found nothing improper about Alta Luxembourg, a single-purpose holding corporation resident in Luxembourg, availing itself of the benefits of the *Treaty*. In his view, the Minister was seeking to achieve through the courts the same result with the GAAR as was intended by the Minister of Finance's proposed rule against tax treaty shopping, but the GAAR could not be used in this way.

[22] Hogan J. held that the overall result of the transaction was not contrary to the rationale of arts. 1, 4 and 13 because the "significant investments of [Alta Luxembourg] to de-risk the Duvernay shale constitute an investment in immovable property used in a business" (para. 100). Therefore, the GAAR did not preclude Alta Luxembourg from claiming the exemption provided for in art. 13(5) of the *Treaty*, and the matter was referred back to the Minister for reconsideration and reassessment.

B. *Federal Court of Appeal, 2020 FCA 43, [2020] 5 C.T.C. 193 (Webb, Near and Locke J.J.A.)*

[23] The Minister did not appeal the Tax Court's finding that Alta Luxembourg satisfied the requirements for the business property exemption. Thus, the sole issue before the Federal Court of Appeal was whether the GAAR applied because of an abuse of the *Act* or the *Treaty*.

[24] Webb J.A., writing for a unanimous court, dismissed the appeal. In his analysis of the object,

une entreprise » (par. 100 (CanLII)). Il a notamment utilisé le *Modèle de convention* de l'OCDE de 2017, duquel la *Convention* est inspirée, ainsi que les Commentaires qui s'y rapportent, comme instruments d'interprétation. Il a noté que la clause d'exonération relative aux biens d'entreprise prévue au par. 13(4) de la *Convention* ne se retrouve pas dans le *Modèle de convention* de l'OCDE, ce qui démontre l'intention de s'écarter du modèle dans le but d'attirer des investissements étrangers dans des biens situés au Canada. Malgré les objections formulées par la ministre, le juge Hogan a conclu qu'il n'y avait rien de répréhensible au fait qu'Alta Luxembourg, une société de portefeuille à but unique résidente du Luxembourg, se prévale des avantages conférés par la *Convention*. Selon lui, la ministre cherchait, par l'intermédiaire des tribunaux, à utiliser la RGAÉ pour obtenir le même résultat que celui voulu par la règle proposée par le ministre des Finances pour contrer le chalandage fiscal; or, la RGAÉ ne peut pas être appliquée de cette façon.

[22] Le juge Hogan a conclu que le résultat global de l'opération n'était pas contraire à la raison d'être des art. 1, 4 et 13 puisque les « investissements importants [d'Alta Luxembourg] pour atténuer le risque dans la formation schisteuse de Duvernay constituent un investissement dans un bien immobilier utilisé dans une entreprise » (par. 100). La RGAÉ n'empêchait donc pas Alta Luxembourg de demander l'exonération prévue au par. 13(5) de la *Convention* et l'affaire a été renvoyée à la ministre pour nouvel examen et établissement d'une nouvelle cotisation.

B. *Cour d'appel fédérale, 2020 CAF 43 (les juges Webb, Near et Locke)*

[23] La ministre n'a pas interjeté appel de la conclusion de la Cour de l'impôt selon laquelle Alta Luxembourg respectait les exigences de la clause d'exonération relative aux biens d'entreprise. Par conséquent, la seule question dont la Cour d'appel fédérale était saisie était de savoir si la RGAÉ s'appliquait par suite d'un abus des dispositions de la *Loi* ou de la *Convention*.

[24] Le juge Webb, exprimant l'avis unanime de la cour, a rejeté l'appel. Dans son analyse de l'objet

spirit, and purpose of the relevant provisions, Webb J.A. noted that most of the Minister's submissions were in reference to general principles and failed to identify any clear rationale for the provisions at issue: arts. 1, 4 and 13(4) of the *Treaty*. Relying on *R. v. MIL (Investments) S.A.*, 2007 FCA 236, [2007] 4 C.T.C. 235, Webb J.A. concluded "that the object, spirit and purpose of the relevant provisions of the [*Treaty*] is reflected in the words as chosen by Canada and Luxembourg. Since the provisions operated as they were intended to operate, there was no abuse" (para. 80). He also determined that Commentaries on the OECD *Model Treaty* published subsequently to the signature and ratification of the *Treaty* were "of little assistance in determining the rationale for the exemption" (para. 36).

[25] In addition to finding that the Minister had failed to identify any clear rationale for arts. 1, 4 and 13(4) of the *Treaty*, Webb J.A. found that the Minister's five further submissions did not withstand scrutiny, as they all added qualifications to or modified the words of the *Treaty*. The Minister's submissions changed the identity of who would qualify for the exemption from "residents" to "investors" and added the qualification that an "entity" had to have the potential to earn income in Luxembourg in order to be considered a resident of Luxembourg. In Webb J.A.'s view, the fact that the net effect of the profit-participating loan was that Alta Luxembourg never realized taxable income in Luxembourg "is a matter for the Luxembourg tax authorities" (para. 57). Additionally, there was no underlying requirement that the exemption benefit only persons with commercial or economic ties to Luxembourg, nor was the residence of the partners of Alta Luxembourg's sole shareholder relevant to the analysis. He found that these qualifications were not included in the exemption in the *Treaty*, even though they could easily have been added.

[26] Webb J.A. declined to find that treaty shopping is abusive, agreeing with the Tax Court judge in *MIL (Investments) S.A. v. R.*, 2006 TCC 460, [2006] 5

et de l'esprit des dispositions pertinentes, il a noté que la plupart des observations formulées par la ministre renvoyaient à des principes généraux et qu'elles ne décrivaient pas la raison d'être sous-tendant les dispositions pertinentes, soit les art. 1, 4 et 13(4) de la *Convention*. Le juge Webb s'est fondé sur l'arrêt *R. c. MIL (Investments) S.A.*, 2007 CAF 236, pour conclure « que l'objet et l'esprit des dispositions pertinentes de la [*Convention*] émanent des termes choisis par le Canada et le Luxembourg. Les dispositions ayant été appliquées comme prévu, il n'y a pas eu d'abus » (par. 80 (CanLII)). Il a aussi indiqué que les Commentaires portant sur le *Modèle de convention* de l'OCDE qui ont été publiés après la signature et la ratification de la *Convention* n'étaient « guère utiles lorsqu'il s'agit de déterminer la raison d'être de l'exonération » (par. 36).

[25] Outre le fait que la ministre n'a pas réussi à décrire clairement la raison d'être des art. 1, 4 et 13(4) de la *Convention*, le juge Webb a conclu que les cinq autres observations de la ministre ne résistaient pas à l'analyse, car elles ajoutaient toutes des conditions aux termes de la *Convention*, ou elles les modifiaient. Dans ses observations, la ministre a changé l'identité des personnes admissibles à l'exonération, la faisant passer de « résidents » à « investisseurs », et a ajouté une condition, soit que les « entités » doivent être susceptibles de gagner un revenu au Luxembourg pour pouvoir être considérées comme résidentes du Luxembourg. Selon le juge Webb, le fait que le prêt avec participation aux bénéfices a eu pour effet net qu'Alta Luxembourg n'a jamais réalisé un revenu imposable au Luxembourg « relève des autorités fiscales [de ce pays] » (par. 57). En outre, il n'existe aucune exigence sous-jacente selon laquelle l'exonération ne doit viser que les personnes ayant des liens commerciaux ou économiques avec le Luxembourg, ou que la résidence des associés de l'unique actionnaire d'Alta Luxembourg est un facteur pertinent. Il a conclu que ces conditions n'étaient pas comprises dans l'exonération prévue par la *Convention*, même si elles auraient pu facilement être ajoutées.

[26] Le juge Webb a refusé de conclure au caractère abusif du chalandage fiscal et a souscrit à la conclusion tirée par le juge de la Cour de l'impôt au

C.T.C. 2552 (“*MIL* (TCC)”), at para. 69, that “[t]here is nothing inherently proper or improper with selecting one foreign regime over another” and that, though “the selection of a low tax jurisdiction may speak persuasively as evidence of a tax purpose for an alleged avoidance transaction, . . . the shopping or selection of a treaty to minimize tax on its own cannot be viewed as being abusive”.

[27] In short, Webb J.A. found that “the object, spirit and purpose of the relevant provisions of the [*Treaty*] is reflected in the words as chosen by Canada and Luxembourg. Since the provisions [had] operated as they were intended to operate, there was no abuse” (para. 80). The appeal was therefore dismissed.

IV. Issues

[28] The Minister has accepted that Alta Luxembourg is a resident of Luxembourg for the purposes of the *Treaty* and that a business was being carried on in the immovable property in question. Furthermore, Alta Luxembourg has admitted the existence of a tax benefit and an avoidance transaction. Therefore, the only element in dispute is the abusive nature of the transaction, which raises the following issues:

- (a) What are the object, spirit, and purpose of the relevant provisions of the *Treaty*?
- (b) Did the courts below err in concluding that the avoidance transaction in this case did not result in an abuse of those provisions?

V. Analysis

A. *General Anti-Avoidance Rule* (“GAAR”)

[29] Like all statutes, tax legislation must be interpreted by conducting a “textual, contextual and purposive analysis to find a meaning that is harmonious with the Act as a whole” (*Canada Trustco*, at para. 10). However, where tax provisions are

par. 72 (CanLII) de la décision *MIL* (*Investments*) S.A. c. R., 2006 CCI 460 (« *MIL* (CCI) »), selon laquelle « [l]e choix d’un régime étranger par opposition à un autre n’a rien de foncièrement approprié ou inapproprié en soi » et que, même si « le choix d’une juridiction où le fardeau fiscal est peu élevé peut constituer un élément de preuve convaincant de l’objet fiscal inhérent à une opération qui est apparemment une opération d’évitement, [. . .] le choix d’une convention fiscale pour minimiser l’impôt ne peut en soi être perçu comme une stratégie abusive ».

[27] En résumé, le juge Webb est arrivé à la conclusion que « l’objet et l’esprit des dispositions pertinentes de la [*Convention*] émanent des termes choisis par le Canada et le Luxembourg. Les dispositions ayant été appliquées comme prévu, il n’y a pas eu d’abus » (par. 80). L’appel a donc été rejeté.

IV. Questions en litige

[28] La ministre a admis qu’Alta Luxembourg est une résidente du Luxembourg aux fins de la *Convention* et que des activités étaient exercées dans le bien immobilier en cause. Par ailleurs, Alta Luxembourg a reconnu l’existence d’un avantage fiscal et d’une opération d’évitement. Par conséquent, seule la nature abusive de l’opération fait l’objet du litige, ce qui soulève les questions suivantes :

- a) Quels sont l’objet et l’esprit des dispositions pertinentes de la *Convention*?
- b) Les tribunaux d’instances inférieures ont-ils commis une erreur en concluant que l’opération d’évitement en l’espèce n’a pas entraîné un abus dans l’application de ces dispositions?

V. Analyse

A. *La règle générale anti-évitement* (« RGAÉ »)

[29] À l’instar de toutes les lois, celles en matières fiscales doivent être interprétées dans le cadre d’une « analyse textuelle, contextuelle et téléologique destinée à dégager un sens qui s’harmonise avec la Loi dans son ensemble » (*Trustco Canada*,

drafted with “particularity and detail”, a largely textual interpretation is appropriate in light of the well-accepted *Duke of Westminster* principle that “taxpayers are entitled to arrange their affairs to minimize the amount of tax payable” (*Canada Trustco*, at para. 11, citing *Commissioners of Inland Revenue v. Duke of Westminster*, [1936] A.C. 1 (H.L.)). This principle, derived from the rule of law, has been deemed the “foundation stone of Canadian law on tax avoidance” (B. J. Arnold, “Reflections on the Relationship Between Statutory Interpretation and Tax Avoidance” (2001), 49 *Can. Tax J.* 1, at p. 3).

[30] This established principle was affected by the enactment of s. 245 of the *Act*, also known as the GAAR, which “superimposed a prohibition on abusive tax avoidance, with the effect that the literal application of provisions of the *Act* may be seen as abusive in light of their context and purpose” (*Canada Trustco*, at para. 1). Thus, if the Minister can establish abusive tax avoidance under the GAAR, s. 245 of the *Act* will apply to deny the tax benefit even where the tax arrangements are consistent with a literal interpretation of the relevant provisions (*Copthorne Holdings Ltd. v. Canada*, 2011 SCC 63, [2011] 3 S.C.R. 721, at para. 66). The GAAR applies both to the abuse of provisions found in the *Act* and to the abuse of provisions found in a tax treaty (s. 245(4)(a)(i) and (iv) of the *Act*; s. 4.1 of the *Income Tax Conventions Interpretation Act*, R.S.C. 1985, c. I-4).

[31] Applying the GAAR involves a three-part process meant to determine: (1) whether there is a tax benefit arising from a transaction; (2) whether the transaction is an avoidance transaction; and (3) whether the avoidance transaction is abusive (*Canada Trustco*, at para. 17). As mentioned above, the third part is the only one in issue before this Court. To determine whether a transaction is abusive, this Court has set out a two-step inquiry (*Canada Trustco*, at paras. 44 and 55). Under the first step, the provisions relied on for the tax benefit are interpreted

par. 10). Cependant, lorsque des dispositions fiscales comportent un « caractère détaillé et précis », une interprétation largement textuelle est appropriée en raison du principe bien établi dans la décision *Duke of Westminster* selon lequel « le contribuable a le droit d’organiser ses affaires de façon à réduire au maximum l’impôt qu’il doit payer » (*Trustco Canada*, par. 11, citant *Commissioners of Inland Revenue c. Duke of Westminster*, [1936] A.C. 1 (H.L.)). Ce principe, découlant de la primauté du droit, est considéré comme la [TRADUCTION] « pierre angulaire du droit canadien en matière d’évitement fiscal » (B. J. Arnold, « Reflections on the Relationship Between Statutory Interpretation and Tax Avoidance » (2001), 49 *Rev. fisc. can.* 1, p. 3).

[30] Ce principe reconnu a été affecté par l’adoption du par. 245(4) de la *Loi*, également connu sous le nom de RGAÉ, qui a « superposé une interdiction d’évitement fiscal abusif, de sorte que l’application littérale de certaines dispositions de la *Loi* peut être perçue comme étant abusive à la lumière de leur contexte et de leur objet » (*Trustco Canada*, par. 1). Par conséquent, si la ministre peut établir l’existence d’un évitement fiscal abusif suivant la RGAÉ, l’art. 245 de la *Loi* permet de refuser un avantage fiscal, même lorsque les arrangements fiscaux sont conformes à une interprétation littérale des dispositions pertinentes (*Copthorne Holdings Ltd. c. Canada*, 2011 CSC 63, [2011] 3 R.C.S. 721, par. 66). La RGAÉ s’applique lorsqu’il y a un abus dans l’application des dispositions de la *Loi* ou de celles d’un traité fiscal (sous-al. 245(4)a)(i) et (iv) de la *Loi*; art. 4.1 de la *Loi sur l’interprétation des conventions en matière d’impôts sur le revenu*, L.R.C. 1985, c. I-4).

[31] Appliquer la RGAÉ est un processus en trois étapes visant à déterminer : (1) s’il existe un avantage fiscal découlant d’une opération; (2) si l’opération constitue une opération d’évitement; et (3) si l’opération d’évitement est abusive (*Trustco Canada*, par. 17). Comme je l’ai déjà indiqué, seule la troisième étape fait l’objet du présent pourvoi. Pour déterminer si l’opération est abusive, la Cour a établi une analyse en deux étapes (*Trustco Canada*, par. 44 et 55). Dans un premier temps, il faut interpréter les dispositions qui sont invoquées pour

to determine their object, spirit, and purpose. The second step is to undertake a factual analysis to determine whether the avoidance transaction at issue is consistent with or frustrates the object, spirit, and purpose of the provisions.

[32] The onus rests on the Minister to demonstrate the object, spirit, and purpose of the relevant provisions and to establish that allowing Alta Luxembourg the benefit of the exemption would be a misuse or an abuse of the provisions (*Canada Trustco*, at para. 65). Abusive tax avoidance occurs “when a taxpayer relies on specific provisions of the *Income Tax Act* in order to achieve an outcome that those provisions seek to prevent” or when a transaction “defeats the underlying rationale of the provisions that are relied upon” (*Canada Trustco*, at paras. 45; see also para. 57; *Lipson v. Canada*, 2009 SCC 1, [2009] 1 S.C.R. 3, at para. 40). Abusive tax avoidance can also occur when an arrangement “circumvents the application of certain provisions, such as specific anti-avoidance rules, in a manner that frustrates or defeats the object, spirit or purpose of those provisions” (para. 45).

[33] *Canada Trustco* recognized that the line between legitimate tax minimization and abusive tax avoidance is “far from bright” (para. 16). As a result, “[i]f the existence of abusive tax avoidance is unclear, the benefit of the doubt goes to the taxpayer” (*Canada Trustco*, at para. 66; see also *Cophorne*, at para. 72).

B. *International Tax Treaties*

(1) General Principles

[34] In *R. v. Melford Developments Inc.*, [1982] 2 S.C.R. 504, at p. 513, this Court applied the principle that tax treaties do not themselves levy new taxes, they simply authorize the contracting parties to do so. Reciprocity is a fundamental principle underlying tax treaties, as they confer rights and impose obligations on each of the contracting states. Hogan J. observed that “[p]arties to a tax treaty are presumed to know the other country’s tax system when they

obtenir l’avantage fiscal afin d’en déterminer l’objet et l’esprit. Dans un deuxième temps, il faut procéder à une analyse factuelle pour déterminer si l’opération d’évitement en cause est conforme à l’objet et à l’esprit des dispositions invoquées ou si elle les contrecarre.

[32] Il incombe à la ministre de décrire l’objet et l’esprit des dispositions pertinentes et d’établir que permettre à Alta Luxembourg de bénéficier de l’exonération constituerait un recours abusif aux dispositions ou un abus de leur application (*Trustco Canada*, par. 65). Il y a évitement fiscal abusif « dans le cas où le contribuable se fonde sur des dispositions particulières de la *Loi de l’impôt sur le revenu* pour obtenir un résultat que ces dispositions visent à empêcher » ou lorsqu’une opération « va à l’encontre de la raison d’être des dispositions invoquées » (*Trustco Canada*, par. 45; voir aussi par. 57; *Lipson c. Canada*, 2009 CSC 1, [2009] 1 R.C.S. 3, par. 40). Un mécanisme qui « contourne l’application de certaines dispositions, comme des règles anti-évitement particulières, d’une manière contraire à l’objet ou à l’esprit de ces dispositions » peut également donner lieu à un évitement fiscal abusif (par. 45).

[33] Dans l’arrêt *Trustco Canada*, la Cour a reconnu que la ligne de démarcation entre la réduction maximale légitime de l’impôt et l’évitement fiscal abusif est « loin d’être nette » (par. 16). En conséquence, « [s]’il n’est pas certain qu’il y a eu évitement fiscal abusif, il faut laisser le bénéfice du doute au contribuable » (*Trustco Canada*, par. 66; voir aussi *Cophorne*, par. 72).

B. *Traités fiscaux internationaux*

(1) Principes généraux

[34] Dans l’arrêt *R. c. Melford Developments Inc.*, [1982] 2 R.C.S. 504, p. 513, la Cour a appliqué le principe selon lequel les traités fiscaux ne lèvent pas eux-mêmes de nouveaux impôts, ils autorisent simplement les parties contractantes à le faire. La réciprocité est un principe fondamental qui sous-tend ces traités puisque ceux-ci confèrent des droits et imposent des obligations à chacun des États contractants. Le juge Hogan a noté que « [l]orsqu’elles

negotiate a tax treaty; they are presumed to know the tax consequences of a tax treaty when they negotiate amendments to that treaty” (para. 84). This only makes sense.

[35] The objective of tax treaties, broadly stated, is to govern the interactions between national tax laws in order to facilitate cross-border trade and investment. One of the most important operational goals is the elimination of double taxation, where the same source of income is taxed by two or more states without any relief. If left unchecked, double taxation risks creating barriers to international trade and investment, which are vital in a globalized economy. Thus, many substantive provisions of the *OECD Model Treaty*, a model for numerous bilateral tax treaties, are directed to achieving this goal and resolving conflicting claims between residence-based taxation and source-based taxation.

[36] Another important consideration is the dual nature — contractual and statutory — of tax treaties. Consideration of the contractual element is crucial to the application of the GAAR because it focuses the analysis on whether the particular tax planning strategy is consistent with the compromises reached by the contracting states. As noted by international tax law scholars Jinyan Li and Arthur Cockfield:

Whether the particular outcome of tax planning is defensible may depend on the understanding of the “bargain” struck by the two treaty partner countries. Every dispute involving the application of a tax treaty needs to ask the question of whether and how one treaty partner can dispute or should be allowed to upset the “bargain” struck in its own national interest that inheres in the treaty “contract”. Despite the offence that one treaty partner may take, in retrospect, to how a treaty provision is applied, the question remains: Might the particular outcome be one that the other treaty partner foresaw or reflect the “contractual intention” of the other treaty partner? After all, the “bargain” was entered into by the parties out of mutual

négocient un traité fiscal, les parties à une convention fiscale sont censées connaître le système fiscal de l’autre pays; elles sont censées connaître les conséquences fiscales d’une convention fiscale lorsqu’elles négocient des modifications à cette convention » (par. 84), ce qui est tout à fait logique.

[35] En termes généraux, les traités fiscaux ont pour objectif de régir les interactions entre les lois fiscales nationales afin de faciliter les échanges et les investissements transfrontaliers. L’un des plus importants objectifs opérationnels est l’élimination de la double imposition, dans le cas où la même source de revenus est imposée par au moins deux États sans aucun allègement. En l’absence de contrôle, la double imposition risquerait de nuire aux échanges et aux investissements internationaux, lesquels sont essentiels dans une économie mondialisée. Par conséquent, plusieurs dispositions importantes du *Modèle de convention* de l’OCDE — lequel sert de modèle à de nombreux traités fiscaux bilatéraux — visent à atteindre cet objectif et à régler les différends qui existent entre l’imposition fondée sur la résidence et celle fondée sur la source.

[36] Il importe également de tenir compte de la double nature des traités fiscaux, soit leurs natures contractuelle et législative. Il est essentiel de prendre en considération la nature contractuelle des traités lorsque vient le temps d’appliquer la RGAÉ puisque cette approche focalise l’analyse sur la question de savoir si la stratégie de planification fiscale en cause respecte les compromis auxquels sont parvenus les États contractants. Comme le notent les spécialistes en droit fiscal international Jinyan Li et Arthur Cockfield :

[TRADUCTION] La question de savoir si l’issue de la planification fiscale peut se justifier repose sur la compréhension de l’« entente » conclue par les deux pays signataires du traité. Tout litige portant sur l’application d’un traité fiscal doit poser la question de savoir si un signataire du traité peut contester l’« entente » conclue dans son propre intérêt national — laquelle est inhérente au « contrat » que représente le traité — ou s’il doit être autorisé à modifier cette entente et, le cas échéant, comment il peut procéder. Même si un signataire du traité peut, rétrospectivement, se plaindre de la façon dont une disposition de ce dernier est appliquée, la question qui se pose reste la même : est-ce que l’issue aurait pu être envisagée par l’autre partie au

self-interest. This is particularly relevant in applying general anti-avoidance rules. [Emphasis added.]

(J. Li and A. Cockfield, with J. S. Wilkie, *International Taxation in Canada: Principles and Practices* (4th ed. 2018), at p. 376)

[37] As tax treaties are treaties, their interpretation is governed by the *Vienna Convention on the Law of Treaties*, Can. T.S. 1980 No. 37 (“*Vienna Convention*”), but the methodology prescribed is not radically different from the modern principle applicable to domestic statutes in Canada — that is, one must consider the ordinary meaning of the text in its context and in light of its purpose (art. 31(1) of the *Vienna Convention*; *Crown Forest Industries Ltd. v. Canada*, [1995] 2 S.C.R. 802, at para. 43; *Stubart Investments Ltd. v. The Queen*, [1984] 1 S.C.R. 536, at p. 578). However, unlike statutes, treaties must be interpreted “with a view to implementing the true intentions of the parties” (*J. N. Gladden Estate v. The Queen*, [1985] 1 C.T.C. 163 (F.C.T.D.), at p. 166, quoted approvingly in *Crown Forest*, at para. 43). The national self-interest of *each* contracting state must be reconciled in the interpretive process in order to give full effect to the bargain codified by the treaty. This principle applies with equal force where a court is engaged in the process of ascertaining a treaty’s “object, spirit, and purpose” as part of the GAAR framework.

(2) OECD Commentaries as Interpretative Aids

[38] Article 31 of the *Vienna Convention* permits courts to consider contextual factors such as other agreements and instruments made by parties in connection with a treaty. In my view, the OECD *Model Treaty* and its Commentaries are relevant to the interpretation of treaties based on that model. The introduction to the OECD *Model Treaty* indicates that the Commentaries “can . . . be of great assistance in the application and interpretation of the conventions and, in particular, in the settlement of any disputes”, and this Court has affirmed the

traité ou pourrait-elle refléter « l’intention contractuelle » de l’autre partie? Après tout, l’« entente » a été conclue par les parties dans leur intérêt mutuel. Cette question est d’autant plus pertinente lorsqu’il s’agit d’appliquer les règles générales anti-évitement. [Je souligne.]

(J. Li et A. Cockfield, avec J. S. Wilkie, *International Taxation in Canada : Principles and Practices* (4^e éd. 2018), p. 376)

[37] Les traités fiscaux étant des traités, leur interprétation est régie par la *Convention de Vienne sur le droit des traités*, R.T. Can. 1980 n° 37 (« *Convention de Vienne* »). La méthodologie prescrite n’est toutefois pas diamétralement opposée au principe moderne qui s’applique aux lois nationales du Canada, à savoir qu’il faut examiner le sens ordinaire du texte dans son contexte et à la lumière de son but (par. 31(1) de la *Convention de Vienne*; *Crown Forest Industries Ltd. c. Canada*, [1995] 2 R.C.S. 802, par. 43; *Stubart Investments Ltd. c. La Reine*, [1984] 1 R.C.S. 536, p. 578). Cela dit, contrairement aux lois, les traités doivent être interprétés « de manière à appliquer les véritables intentions des parties » (*Gladden (Succession) c. Canada*, [1985] A.C.F. n° 31 (QL) (1^{re} inst.), cité avec approbation dans l’arrêt *Crown Forest*, par. 43). L’intérêt national de *chaque* État contractant doit être pris en compte dans le processus d’interprétation afin de donner plein effet à l’entente codifiée dans le traité. Ce principe s’applique tout autant lorsqu’une cour est appelée à déterminer « l’objet et l’esprit » d’un traité dans le cadre de l’analyse fondée sur la RGAÉ.

(2) Commentaires de l’OCDE comme instruments d’interprétation

[38] L’article 31 de la *Convention de Vienne* permet aux tribunaux de tenir compte de facteurs contextuels tels que les autres accords et instruments conclus par les parties ayant rapport à un traité. À mon avis, le *Modèle de convention* de l’OCDE et les Commentaries qui s’y rapportent sont pertinents pour l’interprétation des traités fondés sur ce modèle. D’ailleurs, on peut lire dans l’introduction de ce dernier que les Commentaries « peuvent [. . .] être très utiles dans l’application et l’interprétation des conventions et en particulier dans le règlement

“high persuasive value” of the OECD *Model Treaty* and its Commentaries (“Introduction” to the OECD *Model Treaty* (1998, 2003 and 2017), at para. 29; *Crown Forest*, at para. 55; see also D. A. Ward, “Principles To Be Applied in Interpreting Tax Treaties” (1977), 25 *Can. Tax J.* 263, at p. 268). However, the relevance of Commentaries released subsequent to the signing of a treaty is disputed (see, e.g., “Introduction” to the OECD *Model Treaty* (1998, 2003 and 2017), at para. 35; *MIL* (TCC), at para. 83; *Cudd Pressure Control Inc. v. R.*, [1999] 1 C.T.C. 1 (F.C.A.), at para. 28, per McDonald J.A.; *SA Andritz*, No. 233894, Conseil d’État (Section du Contentieux), December 30, 2003 (France); Li and Cockfield, at p. 57).

[39] In the instant case, the Minister relies on revisions to the Commentaries on the OECD *Model Treaty* that were published in 2003 and 2017, several years after Canada and Luxembourg negotiated the *Treaty*. In the 2003 Commentaries, treaty shopping is characterized as an abuse of the concept of residence, whereas previous Commentaries published at the time the *Treaty* was signed were silent on this question. A revision to the 2017 Commentaries, made in connection with the addition of a new art. 29 to the OECD *Model Treaty*, provides that legal residency alone is not an automatic entitlement to all benefits under a tax treaty.

[40] While revisions to the Commentaries are relevant to tax treaty interpretation, the key issue is the weight that they should receive. Although some scholars submit that the OECD has a tendency of revising the Commentaries too often and too dramatically, thereby sometimes diverging from the original intentions of the parties, I am not prepared to reject all subsequent Commentaries as interpretative aids (see Li and Cockfield, at p. 57; P. Malherbe, *Elements of International Income Taxation* (2015), at pp. 49-50). I instead prefer the nuanced approach adopted by the Federal Court of Appeal in *Prévost Car Inc. v. Canada*, 2009 FCA 57, [2010] 2 F.C.R. 65.

des différends éventuels », et notre Cour a confirmé que le *Modèle de convention* de l’OCDE et les Commentaires s’y rapportant étaient « fort convaincant[s] » (« Introduction » au *Modèle de convention* de l’OCDE (1998, 2003 et 2017), par. 29; *Crown Forest*, par. 55; voir aussi D. A. Ward, « Principles To Be Applied in Interpreting Tax Treaties » (1977), 25 *Rev. fisc. can.* 263, p. 268). Cependant, la pertinence des Commentaires publiés après la signature d’une convention est contestée (voir, p. ex., « Introduction » au *Modèle de convention* de l’OCDE (1998, 2003 et 2017), par. 35; *MIL* (CCI), par. 83; *Cudd Pressure Control Inc. c. Canada*, 1998 CanLII 8590 (C.A.F.), par. 28, le juge McDonald; *SA Andritz*, n° 233894, Conseil d’État (Section du Contentieux), 30 décembre 2003 (France); Li et Cockfield, p. 57).

[39] En l’espèce, la ministre s’appuie sur les Commentaires révisés se rapportant au *Modèle de convention* de l’OCDE qui ont été publiés en 2003 et en 2017, soit plusieurs années après que le Canada et le Luxembourg ont négocié la *Convention*. Dans les Commentaires de 2003, le chalandage fiscal était décrit comme un recours abusif à la notion de résidence, alors que le sujet n’était pas abordé dans les Commentaires antérieurs déjà publiés au moment de la signature de la *Convention*. Par ailleurs, les Commentaires de 2017, qui portent sur l’ajout de l’art. 29 au *Modèle de convention* de l’OCDE, précisent que la résidence légale ne constitue pas à elle seule un droit automatique à tous les avantages conférés par un traité fiscal.

[40] Il est vrai que les Commentaires révisés sont pertinents pour l’interprétation d’un traité fiscal, mais il faut avant tout décider du poids à leur accorder. Bien que certains auteurs soutiennent que l’OCDE a tendance à réviser les Commentaires trop souvent et trop radicalement, s’écartant ainsi parfois des intentions originales des parties, je ne suis pas prête à rejeter tous les Commentaires postérieurs à la conclusion d’un traité en tant qu’instruments d’interprétation de ce dernier (voir Li et Cockfield, p. 57; P. Malherbe, *Elements of International Income Taxation* (2015), p. 49-50). Je préfère l’approche nuancée qu’a adoptée la Cour d’appel fédérale dans l’arrêt *Prévost Car Inc. c. Canada*, 2009 CAF 57, [2010] 2 R.C.F. 65.

[41] Indeed, in *Prévost Car*, the Federal Court of Appeal held that subsequent Commentaries expanding or clarifying notions already captured by the OECD *Model Treaty* are relevant, but not those that extend the scope of provisions in a manner that could not have been considered by the drafters (paras. 10-12; see also Li and Cockfield, at p. 57). Thus, while later amendments to the Commentaries are not part of the context as defined in art. 31(2) of the *Vienna Convention*, given that such amendments were not made “in connexion with the conclusion of the treaty”, they may play a role under art. 31(3), which refers to “[a]ny subsequent agreement between the parties regarding the interpretation of the treaty or the application of its provisions” and “[a]ny subsequent practice in the application of the treaty which establishes the agreement of the parties regarding its interpretation”.

[42] In this case, I am of the view that the 2003 and 2017 Commentaries do not reflect the intentions of the drafters of the *Treaty*. The extensive revisions made to the Commentaries in 2003 purported to clarify the relationship between tax treaties and domestic anti-avoidance rules, and, in particular, one of the revisions was made to include the prevention of tax avoidance as a purpose of such treaties. The changes were not mere clarifications and have been described as being “created out of thin air by the OECD in 2003” and as “a significant change in the stated attitude of the OECD to the relationship between tax treaties and tax avoidance” (B. J. Arnold, “Tax Treaties and Tax Avoidance: The 2003 Revisions to the Commentary to the OECD Model” (2004), 58 *Bull. Int’l Fisc. Doc.* 244, at pp. 249 and 260).

[43] Using the Federal Court of Appeal’s language in *Prévost Car* (at para. 12), the 2003 Commentaries do not elicit, but rather contradict, the views previously expressed. When Canada and Luxembourg signed the *Treaty* in 1999, the applicable Commentaries indicated that anti-abuse measures, to be effective, had to be included in a treaty (“Commentary on Article 1” of the 1998 OECD *Model Treaty*, at para. 21). Further, they referred to

[41] En effet, dans l’arrêt *Prévost Car*, la Cour d’appel fédérale a conclu que les Commentaires postérieurs à la conclusion d’un traité qui approfondissent ou clarifient des notions déjà présentes dans le *Modèle de convention* de l’OCDE sont pertinents, mais pas ceux qui étendent la portée des dispositions d’une manière qui n’aurait pu être envisagée par les rédacteurs (par. 10-12; voir aussi Li et Cockfield, p. 57). Par conséquent, bien que les modifications des Commentaires postérieures à la conclusion d’un traité ne font pas partie du contexte tel qu’il est défini au par. 31(2) de la *Convention de Vienne*, puisqu’elles n’ont pas été apportées « à l’occasion de la conclusion du traité », elles peuvent être prises en considération aux termes du par. 31(3), lequel fait état « de tout accord ultérieur intervenu entre les parties au sujet de l’interprétation du traité ou de l’application de ses dispositions » et « de toute pratique ultérieurement suivie dans l’application du traité par laquelle est établi l’accord des parties à l’égard de l’interprétation du traité ».

[42] En l’espèce, j’estime que les Commentaires de 2003 et de 2017 ne reflètent pas les intentions des rédacteurs de la *Convention*. Les modifications importantes apportées aux Commentaires en 2003 visaient à clarifier le lien entre les traités fiscaux et les règles internes anti-évitement, notamment en faisant de la lutte à l’évitement fiscal un objectif des traités. Ces modifications ne sont pas que de simples précisions. Elles ont même été décrites comme des mesures [TRADUCTION] « créées de toutes pièces par l’OCDE en 2003 », et comme « un changement important dans la position de l’OCDE à l’égard du lien entre les traités fiscaux et l’évitement fiscal » (B. J. Arnold, « Tax Treaties and Tax Avoidance : The 2003 Revisions to the Commentary to the OECD Model » (2004), 58 *Bull. Int’l Fisc. Doc.* 244, p. 249 et 260).

[43] Pour reprendre les termes utilisés par la Cour d’appel fédérale dans l’arrêt *Prévost Car* (par. 12), les Commentaires de 2003 ne permettent pas d’éclairer les vues exprimées précédemment, mais viennent plutôt les contredire. Quand le Canada et le Luxembourg ont signé la *Convention* en 1999, les Commentaires en vigueur précisaient que les mesures anti-abus devaient faire l’objet d’un traité pour qu’elles puissent s’appliquer (« Commentaires

the principle of *pacta sunt servanda*, which supports the position that where nothing in a treaty speaks directly to fiscal avoidance, there is a strong argument that the treaty partners negotiated the treaty not intending such rules to apply (“Commentary on Article 1” of the 1998 OECD *Model Treaty*, at paras. 11-26; D. A. Ward et al., *The Interpretation of Income Tax Treaties with Particular Reference to the Commentaries on the OECD Model* (2005), at pp. 91-92).

[44] Moreover, interpreting art. 1 of the *Treaty* with reference to the 2003 Commentaries would overlook Luxembourg’s registered observation on the “Commentary on Article 1” of the 2003 OECD *Model Treaty*. That observation reads as follows:

Luxembourg does not share the interpretation in paragraphs 9.2, 22.1 and 23 which provide that there is generally no conflict between anti-abuse provisions of the domestic law of a Contracting State and the provisions of its tax conventions. Absent an express provision in the Convention, Luxembourg therefore believes that a State can only apply its domestic anti-abuse provisions in specific cases after recourse to the mutual agreement procedure. [para. 27.6]

In effect, even if the Minister were able to rely on the Commentaries postdating the *Treaty*, they would be of no assistance because Luxembourg’s observation expresses disagreement with the “Commentary on Article 1” of the OECD *Model Treaty*, which includes the anti-abuse commentary (Ward et al., at p. 64; “Commentary on Article 1” of the 2003 OECD *Model Treaty*, at p. 7).

[45] It follows, then, that in the interpretation of art. 1 of the *Treaty*, Commentaries on art. 1 of the OECD *Model Treaty* that postdate the *Treaty* cannot be relied on to introduce terms that modify the *Treaty*. Not only would this effectively amend the *Treaty* in a manner not agreed upon by the parties, but it would also usurp the role of the Governor

sur l’article 1 » du *Modèle de convention* de l’OCDE de 1998, par. 21). En outre, il y était question du principe *pacta sunt servanda*, qui supporte la thèse selon laquelle il y a de bonnes raisons de croire que les signataires ont négocié la *Convention* sans avoir l’intention d’appliquer des règles relatives à l’évitement fiscal si la *Convention* ne prévoyait rien à ce sujet (« Commentaires sur l’article 1 » du *Modèle de convention* de l’OCDE de 1998, par. 11-26; D. A. Ward et autres, *The Interpretation of Income Tax Treaties with Particular Reference to the Commentaries on the OECD Model* (2005), p. 91-92).

[44] En outre, interpréter l’article premier de la *Convention* en fonction des Commentaires de 2003 reviendrait à passer sous silence l’observation faite par le Luxembourg quant aux « Commentaires sur l’article 1 » du *Modèle de convention* de l’OCDE de 2003, laquelle se lit comme suit :

Le *Luxembourg* ne partage pas l’interprétation donnée aux paragraphes 9.2, 22.1 et 23 disposant qu’en règle générale il n’y a pas de conflit entre les dispositions anti-abus contenues dans la législation nationale d’un État contractant et les dispositions de la convention fiscale conclue par cet État. En l’absence d’un texte conventionnel formel, le Luxembourg estime donc qu’un État ne peut appliquer sa législation nationale anti-abus qu’en des cas précis après avoir eu recours à la procédure [à l’]amiable. [par. 27.6]

En fait, même si la ministre pouvait se fonder sur les Commentaires postérieurs à la *Convention*, cela ne lui serait d’aucune utilité puisque l’observation du Luxembourg traduit un désaccord avec les « Commentaires sur l’article 1 » du *Modèle de convention* de l’OCDE, qui incluent le commentaire sur les clauses anti-abus (Ward et autres, p. 64; « Commentaires sur l’article 1 » du *Modèle de convention* de l’OCDE de 2003, p. 7).

[45] Bref, lorsqu’il s’agit d’interpréter l’article premier de la *Convention*, il n’est pas possible de se servir des Commentaires sur l’art. 1 du *Modèle de convention* de l’OCDE postérieurs à la date de la *Convention* afin d’ajouter des éléments ayant pour effet de modifier cette dernière. Procéder ainsi reviendrait non seulement à modifier la *Convention*

in Council by allowing for judicial amendment of bilateral treaties against the expressed wishes of the contracting states.

C. *Cautionary Preface to the GAAR Analysis*

[46] Before I proceed, it is important to sound some notes of caution.

[47] First and foremost, tax avoidance is *not* tax evasion, and there is no suggestion by either party that the transaction in this case was evasive. In addition, tax avoidance should not be conflated with abuse. Even if a transaction was designed for a tax avoidance purpose and not for a *bona fide* non-tax purpose, such as an economic or commercial purpose, it does not mean that it is necessarily abusive within the meaning of the GAAR (*Canada Trustco*, at paras. 36 and 57; see also *Lipson*, at para. 38). The purpose of a transaction is relevant mainly to characterize it as either an avoidance transaction or a *bona fide* transaction and, specifically, to assess the abusive nature of the transaction. In their factual analysis, courts may consider whether an avoidance transaction was “motivated by any economic, commercial, family or other non-tax purpose” (*Canada Trustco*, at para. 58). However, a finding that a *bona fide* non-tax purpose is lacking, taken alone, should not be considered conclusive evidence of abusive tax avoidance. Justices Rowe and Martin are taking exactly that approach, and it colours their entire analysis. Moreover, such a finding should not be allowed to impair the proper interpretation of the relevant provisions in a manner that makes substantive economic connections or the presence of a *bona fide* non-tax purpose a condition precedent to every tax benefit; the goal is to ensure the relevant provisions are properly interpreted in light of their context and purpose (*Canada Trustco*, at para. 62).

[48] Second, it is also important to distinguish what is immoral from what is abusive. It is true, as reiterated in *Cophorne*, that the GAAR is a

d’une manière non convenue par les parties, mais aussi à usurper le rôle du gouverneur en conseil en autorisant les tribunaux à modifier des traités bilatéraux, à l’encontre de la volonté exprimée par les États contractants.

C. *Mises en garde avant l’analyse fondée sur la RGAÉ*

[46] Avant de continuer, il importe de faire quelques mises en garde.

[47] Tout d’abord, il *ne faut pas* confondre évitement fiscal et évasion fiscale, et ni l’une ni l’autre des parties n’a laissé entendre que l’opération en cause était évasive. Il ne faut pas non plus confondre évitement fiscal et abus. Même si une opération vise l’évitement fiscal, et non un véritable objet non fiscal — comme un objet économique ou commercial —, elle n’est pas nécessairement abusive au sens de la RGAÉ (*Trustco Canada*, par. 36 et 57; voir aussi *Lipson*, par. 38). L’objet de l’opération sert essentiellement à qualifier celle-ci d’opération d’évitement ou d’opération véritable et, plus précisément, à évaluer la nature abusive de l’opération. Dans l’analyse des faits, les tribunaux peuvent tenir compte du fait que l’opération d’évitement « obéissai[t] à des motivations économiques, commerciales, familiales ou à d’autres motivations non fiscales » (*Trustco Canada*, par. 58). Cependant, une conclusion d’absence d’un véritable objet non fiscal ne devrait pas, à elle seule, être considérée comme une preuve concluante d’évitement fiscal abusif. Les juges Rowe et Martin adoptent précisément cette approche, et cela teinte toute leur analyse. En outre, une telle conclusion ne devrait pas modifier l’interprétation qu’il convient de donner aux dispositions pertinentes au point de faire de liens économiques étroits ou de l’existence d’un objet non fiscal véritable une condition préalable à l’obtention d’un avantage fiscal. L’objectif est de veiller à ce que les dispositions pertinentes soient interprétées correctement à la lumière de leur contexte et de leur objet (*Trustco Canada*, par. 62).

[48] Ensuite, il importe d’établir une distinction entre ce qui est immoral et ce qui est abusif. Comme l’a rappelé la Cour dans l’arrêt *Cophorne*, il est vrai

legislative measure by which “Parliament has conferred on the court the unusual duty of going behind the words of the legislation to determine the object, spirit or purpose of the provision or provisions relied upon by the taxpayer” (para. 66). But, in *Copthorne*, Rothstein J. was quick to note the limits to that legislative mandate. In contrast to what my colleagues are proposing, Rothstein J. observed that courts should not infuse the abuse analysis with “a value judgment of what is right or wrong nor with theories about what tax law ought to be or ought to do” (para. 70). Taxpayers are allowed to minimize their tax liability to the full extent of the law and to engage in “creative” tax avoidance planning, insofar as it is not abusive within the meaning of the GAAR (para. 65). Therefore, even though one may consider treaty shopping in tax havens to be immoral, this is not determinative of a finding of abuse.

[49] Finally, the abuse analysis is not meant to be a “search for an overriding policy of the Act that is not based on a unified, textual, contextual and purposive interpretation of the specific provisions in issue” (*Canada Trustco*, at para. 41). The focus of the interpretation is on the object, spirit, and purpose of the *specific provisions* and not on the broader policy objective of the *Act* or of a particular tax treaty. Therefore, policy objectives such as “avoiding double taxation” and “encouraging trade and investment” that are found in bilateral tax treaties cannot be invoked to override the wording of the provisions in issue.

D. *First Step: Object, Spirit, and Purpose of the Relevant Provisions*

[50] As mentioned above, the first step of the abuse analysis is to ascertain the object, spirit, and purpose of the relevant provisions. Because this is a question of treaty interpretation, however, this must be done with a view to implementing the true intentions of the parties. This is a question of law and the analysis of this first step is therefore subject to the correctness standard (*Canada Trustco*, at para. 44).

que la RGAÉ est une mesure législative par laquelle « le législateur confie aux tribunaux la tâche inhabituelle d’aller au-delà du texte de la disposition invoquée par le contribuable pour en déterminer l’objet ou l’esprit » (par. 66). Cependant, dans cet arrêt, le juge Rothstein s’est empressé de souligner les limites de ce mandat législatif. Contrairement à ce que proposent mes collègues, le juge Rothstein a souligné que les tribunaux ne devraient pas imprégner l’analyse relative à l’abus d’un « jugement de valeur quant à ce qui est bien ou mal non plus [que de] conjectures sur ce que devrait être une loi fiscale ou sur l’effet qu’elle devrait avoir » (par. 70). Le contribuable a le droit de réduire son obligation fiscale dans les limites permises par la loi et de se montrer « ingénieux » dans la planification d’un évitement fiscal, dans la mesure où l’opération ne constitue pas un abus au sens de la RGAÉ (par. 65). Par conséquent, même si on peut penser que le chalandage fiscal dans les paradis fiscaux est immoral, cela ne suffit pas pour conclure à l’abus.

[49] Enfin, l’analyse visant à déterminer s’il y a eu abus ne doit pas servir à « [rechercher] une politique prépondérante de la Loi qui n’est pas fondée sur une interprétation textuelle, contextuelle et téléologique unifiée des dispositions en cause » (*Trustco Canada*, par. 41). L’interprétation est axée sur l’objet et l’esprit des *dispositions en cause*, et non sur l’objectif politique général de la *Loi*, ou d’un traité fiscal en particulier. Les objectifs politiques — comme « éviter la double imposition » et « encourager les échanges et les investissements » — qui sont énoncés dans les traités fiscaux bilatéraux ne peuvent donc pas être invoqués pour passer outre le libellé des dispositions en cause.

D. *Première étape : Objet et esprit des dispositions pertinentes*

[50] Comme il a déjà été mentionné, la première étape de l’analyse relative à l’abus consiste à déterminer l’objet et l’esprit des dispositions pertinentes. Puisqu’il s’agit d’une question d’interprétation d’un traité, cela doit toutefois se faire avec pour objectif de mettre en œuvre les intentions véritables des parties. C’est une question de droit; cette première étape de l’analyse est donc assujettie à la norme de la décision correcte (*Trustco Canada*, par. 44).

[51] The Minister’s submissions centre on an alleged abuse by Alta Luxembourg of arts. 1, 4(1) and 13(4) and (5) of the *Treaty*. I analyze these provisions in two separate groups for the purposes of the first step: first, arts. 1 and 4(1), which pertain to resident status; and second, art. 13(4) and (5), under which the right to tax the capital gain at issue is allocated to the residence state.

(1) Residence (Arts. 1 and 4(1))

[52] Residence is at the core of bilateral tax treaties, given that access to treaty benefits is normally reserved to persons residing in one or both of the contracting states. The text of arts. 1 and 4(1) of the *Treaty* also makes residence central to the application of the *Treaty*. Indeed, the residency requirement established in art. 1 of the *Treaty* is modeled on the OECD *Model Treaty*:

This Convention shall apply to persons who are residents of one or both of the Contracting States.

[53] Article 4(1) elaborates on the definition of “residence” under the *Treaty*:

For the purposes of this Convention, the term “resident of a Contracting State” means any person who, under the laws of that State, is liable to tax therein by reason of that person’s domicile, residence, place of management or any other criterion of a similar nature. This term also includes a Contracting State or a political subdivision or local authority thereof or any agency or instrumentality of any such State, subdivision or authority. This term, however, does not include any person who is liable to tax in that State in respect only of income from sources in that State.

According to this provision, a resident under the *Treaty* is a person who is *liable to tax* in one or both of the contracting states (Canada and Luxembourg) by reason of one of the *connecting factors* listed (i.e. domicile, residence, place of management or another similar criterion) (see *Crown Forest*, at paras. 23-25).

[51] Les observations de la ministre portent essentiellement sur l’application supposément abusive des art. 1, 4(1), 13(4) et 13(5) de la *Convention* par Alta Luxembourg. Aux fins de la première étape de l’analyse, je réparties ces dispositions en deux groupes : d’abord, les art. 1 et 4(1) qui se rapportent au statut de résident; ensuite, les par. 13(4) et (5) qui confèrent à l’État de résidence le droit d’imposer le gain en capital en cause.

(1) Résidence (art. 1 et 4(1))

[52] La question de la résidence est au cœur des traités fiscaux bilatéraux puisque le droit aux avantages conférés par un traité est habituellement réservé aux personnes résidentes de l’un des deux États contractants ou des deux États contractants. Aux termes des art. 1 et 4(1) de la *Convention*, la résidence est en outre au cœur de l’application de cette dernière. En effet, l’exigence en matière de résidence énoncée à l’article premier de la *Convention* s’inspire du *Modèle de convention* de l’OCDE :

La présente Convention s’applique aux personnes qui sont des résidents d’un État contractant ou des deux États contractants.

[53] Le paragraphe 4(1) précise la définition de « résidence » au sens de la *Convention* :

Au sens de la présente Convention, l’expression « résident d’un État contractant » désigne 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. Cette expression comprend également un État contractant ou l’une de ses subdivisions politiques ou collectivités locales ou toute personne morale de droit public de cet État, de cette subdivision ou de cette collectivité. Toutefois, cette expression ne comprend pas les personnes qui ne sont assujetties à l’impôt dans cet État que pour les revenus de sources situées dans cet État.

Aux termes de cette clause, un résident au sens de la *Convention* est une personne qui est *assujettie à l’impôt* dans un État contractant ou dans les deux États contractants (en l’espèce, le Canada et le Luxembourg) en raison de l’un des *facteurs de rattachement* énumérés (c.-à-d. le domicile, la résidence,

I also note that the use of the word “means” in this provision indicates that the definition should be “construed as comprehending that which is specifically described or defined” and thus as setting out all requirements that must be met to be considered a resident under the *Treaty* (*R. v. Hauser*, [1979] 1 S.C.R. 984, at p. 1009, per Dickson J.; see also *R. v. McLeod* (1950), 97 C.C.C. 366 (B.C.C.A.), at pp. 371-72, quoting *Dilworth v. Commissioner of Stamps*, [1899] A.C. 99 (P.C.), at pp. 105-6).

[54] In the context of corporations, the “liable to tax” requirement is met under the *Treaty* where the domestic law of a contracting state exposes the corporation to full tax liability on its worldwide income because it has its residence in that state (see *Crown Forest*, at paras. 40 and 45). Liability to full taxation is established by the nexus between that State and the corporation’s resident status. The “liable to tax” requirement is often described in terms that may perhaps appear misleading, such as “comprehensive taxation” or “full liability to tax”. These terms convey the idea that residents enjoying tax holidays may be more suspicious than others. In reality, this requirement is not concerned with whether the person claiming benefits is in fact subject to taxation. Being liable to tax is better understood as being “liable to be liable to tax”, meaning that taxes are a possibility, regardless of whether the person actually pays any (*R. Couzin, Corporate Residence and International Taxation* (2002), at p. 107; see also pp. 106 and 111). Therefore, corporate residents enjoying certain tax holidays, for example on capital gains, do not automatically lose their resident status under the *Treaty* because they are not subject to every possible form of taxation (*Couzin*, at pp. 110-11 and 150). This can be contrasted with fiscally transparent vehicles like partnerships that are not exempted from taxation but, rather, are not exposed to tax at all, as their income is taxed in the partners’ hands instead.

le siège de direction ou tout autre critère de nature analogue) (voir *Crown Forest*, par. 23-25). Je souligne également que le recours au verbe « désigne » signale que cette disposition « vise [. . .] ce qui est spécifiquement décrit ou défini » et que la définition énonce donc toutes les exigences auxquelles une personne doit satisfaire pour être considérée comme résidente aux fins de la *Convention* (*R. c. Hauser*, [1979] 1 R.C.S. 984, p. 1009, le juge Dickson; voir aussi *R. c. McLeod* (1950), 97 C.C.C. 366 (C.A.C.-B.), p. 371-372, citant *Dilworth c. Commissioner of Stamps*, [1899] A.C. 99 (C.P.), p. 105-106).

[54] S’agissant des sociétés, l’exigence relative à « l’assujettissement à l’impôt » qui est prévue dans la *Convention* est respectée lorsque les lois nationales d’un État contractant font en sorte qu’une société est entièrement assujettie à l’impôt sur ses revenus mondiaux du simple fait qu’elle est résidente de cet État (voir *Crown Forest*, par. 40 et 45). L’assujettissement intégral à l’impôt est établi en fonction du lien entre cet État et le statut de résident de la société. Or, l’exigence relative à « l’assujettissement à l’impôt » est souvent décrite en des termes qui peuvent sembler trompeurs tels que « imposition complète » ou « assujettissement intégral à l’impôt ». Ces expressions transmettent le message que les résidents qui sont exonérés d’impôt sont plus suspects que les autres. En réalité, cette exigence n’a rien à voir avec la question de savoir si la personne qui réclame des avantages est en fait assujettie à l’impôt. Être assujetti à l’impôt signifie plutôt être [TRADUCTION] « susceptible d’être assujetti à l’impôt », c’est-à-dire qu’une personne pourrait être imposée, qu’elle paie ou non des impôts (*R. Couzin, Corporate Residence and International Taxation* (2002), p. 107; voir aussi p. 106 et 111). Ainsi, les sociétés résidentes qui bénéficient de certaines exonérations fiscales, sur les gains en capital par exemple, ne perdent pas automatiquement leur statut de résident au titre de la *Convention* du fait qu’elles ne sont pas assujetties à toutes les formes possibles d’imposition (*Couzin*, p. 110-111 et 150). Cette situation est bien différente de celle des entités transparentes sur le plan fiscal, comme les sociétés de personnes, lesquelles ne sont pas assujetties à l’impôt — et non exonérées de l’impôt —, puisque leurs revenus sont plutôt imposés une fois entre les mains des associés.

[55] Aside from the “liable to tax” requirement, the purpose of art. 4(1) is not to establish specific standards for defining residence. This provision expressly states that residence is to be defined by the *laws of the contracting state* of which the person claims to be a resident. This provision of the *Treaty* is modeled almost word for word on art. 4(1) of the 1998 OECD *Model Treaty*, whose Commentary also made it clear that the intention was to leave the core definition of residence to domestic law, not to bilateral tax treaties:

Conventions for the avoidance of double taxation do not normally concern themselves with the domestic laws of the Contracting States laying down the conditions under which a person is to be treated fiscally as “resident” and, consequently, is fully liable to tax in that State. They do not lay down standards which the provisions of the domestic laws on “residence” have to fulfil in order that claims for full tax liability can be accepted between the Contracting States. In this respect the States take their stand entirely on the domestic laws. [Emphasis added.]

(“Commentary on Article 4” of the 1998 OECD *Model Treaty*, at para. 4)

[56] Consideration of the context of the *Treaty* confirms this intention expressed in the Commentary. Indeed, this preference for leaving the meaning of residence to domestic law is totally consistent with the scheme of the *Treaty*. Most terms found in the *Treaty* are defined under domestic law and not by the *Treaty* itself. As emphasized by Professor Arnold, “[b]ecause the language of tax treaties is broad and general, it seems inevitable that recourse must be had to the domestic laws of the contracting states in order to provide flesh for the bare bones of the treaty” (B. J. Arnold, *Reforming Canada’s International Tax System: Toward Coherence and Simplicity* (2009), at p. 325). Although the *Treaty* does define residence in art. 4 and some other terms in arts. 3(1), 5, and 6(2), these definitions are far from exhaustive. In fact, the list of defined terms is rather scant, and important concepts, such as “business” and “profits”, take their meaning directly from domestic law. The importance

[55] Le paragraphe 4(1) n’a pas pour objet d’établir des critères précis quant à la définition de résidence, si ce n’est l’exigence relative à « l’assujettissement à l’impôt ». Il ressort expressément de cette disposition que la résidence est définie par la *législation de l’État contractant* dont la personne prétend être résidente. En outre, cette clause de la *Convention* reprend, presque mot pour mot, les termes du par. 4(1) du *Modèle de convention* de l’OCDE de 1998. Or, l’intention que la notion de résidence soit définie dans la législation interne, et non dans le traité fiscal bilatéral, ressort clairement des Commentaires portant sur cette disposition :

Les conventions de double imposition ne se préoccupent pas en général des législations internes des États contractants ayant pour objet de définir les conditions dans lesquelles une personne est reconnue, au point de vue fiscal, comme « résident » d’un État et est par conséquent assujettie intégralement à l’impôt dans cet État. Ces conventions ne précisent pas les critères auxquels doivent répondre les dispositions des législations internes sur la « résidence » pour que les États contractants reconnaissent à l’un d’entre eux le droit d’assujettissement intégral. À cet égard, les États arrêtent leur position en se fondant uniquement sur leur législation interne. [Je souligne.]

(« Commentaires sur l’article 4 » du *Modèle de convention* de l’OCDE de 1998, par. 4)

[56] Le contexte de la *Convention* confirme cette intention exprimée dans les Commentaires. En effet, cette préférence consistant à laisser aux États le soin de définir la notion de résidence dans leur législation interne est en tout point conforme à l’économie de la *Convention*. La plupart des termes utilisés dans cette dernière sont définis dans les lois internes des États contractants, et non pas dans la *Convention* elle-même. Comme le souligne le professeur Arnold, [TRADUCTION] « [p]uisque le libellé des traités fiscaux est vaste et général, il faut inévitablement avoir recours à la législation interne des États contractants pour étoffer les dispositions du traité » (B. J. Arnold, *Reforming Canada’s International Tax System : Toward Coherence and Simplicity* (2009), p. 325). Certes, la *Convention* définit la notion de résidence à l’art. 4, et quelques autres termes aux art. 3(1), 5 et 6(2), mais ces définitions sont loin d’être exhaustives. En fait, la liste des termes définis

of domestic law as a source of substantive content for the application of the *Treaty* is expressly spelled out in art. 3(2):

As regards the application of the Convention at any time by a Contracting State, any term not defined therein shall, unless the context otherwise requires, have the meaning that it has at that time under the law of that State for the purposes of the taxes to which the Convention applies, any meaning under the applicable tax laws of that State prevailing over a meaning given to the term under other laws of that State.

[57] Despite the clear pronouncement made in the Commentary above and the well-established preference for leaving important definitions to domestic law, and despite her admission that Alta Luxembourg is a resident of Luxembourg, the Minister argues that meeting the definition of resident under domestic law is not sufficient to qualify as a resident under the *Treaty*. According to the Minister, the benefits of the *Treaty* “are intended to be available only to persons who have sufficient substantive economic connections” to their state of residence (A.F., at para. 100 (emphasis added)). Mere formalistic or legal attachment to their state of residence would thus be insufficient.

[58] It is worth noting that the words “sufficient substantive economic connections” are conspicuous by their absence in the text of both arts. 1 and 4. Although the GAAR invites courts to go beyond the text to understand the object, spirit, and purpose of the provisions, there are limits to this exercise, especially when attempting to discern the intent of bilateral treaty partners. In the face of a complete absence of express words, the inclusion of an unexpressed condition must be approached with circumspection. It must be remembered that the text also plays an important role in ascertaining the purpose of a provision. The proper approach is one that *unifies* the text, context, and purpose, not a purposive one in

est plutôt courte et certains concepts importants, comme ceux d’« entreprise » et de « bénéfices », puisent leur sens directement dans les lois internes. D’ailleurs, l’importance du droit interne, en tant que source de contenu substantif, pour l’application de la *Convention* est expressément énoncée au par. 3(2) :

Pour l’application de la Convention à un moment donné par un État contractant, tout terme ou expression qui n’y est pas défini a, sauf si le contexte exige une interprétation différente, le sens que lui attribue, à ce moment, le droit de cet État concernant les impôts auxquels s’applique la Convention, le sens attribué à ce terme ou expression par le droit fiscal de cet État prévalant sur le sens que lui attribue les autres branches du droit de cet État.

[57] Malgré la déclaration claire faite dans l’extrait des Commentaires reproduit précédemment et la nette préférence pour que les termes importants soient définis dans les lois internes, et malgré son admission qu’Alta Luxembourg est une résidente du Luxembourg, la ministre soutient que le fait de correspondre à la définition de résidence énoncée dans les lois internes ne suffit pas nécessairement pour avoir qualité de résident au sens de la *Convention*. Selon la ministre, les avantages prévus par la *Convention* [TRADUCTION] « sont censés n’être offerts qu’aux personnes ayant des liens économiques substantiels suffisants » avec leur État de résidence (m.a., par. 100 (je souligne)). Un simple rattachement formel ou juridique à leur État de résidence serait donc insuffisant.

[58] Il convient de souligner que l’expression « liens économiques substantiels suffisants » brille par son absence dans le libellé des art. 1 et 4. Même si la RGAÉ invite les tribunaux à aller au-delà du texte et à comprendre l’objet et l’esprit des dispositions, cet exercice a ses limites, surtout lorsqu’il s’agit de discerner l’intention des signataires de traités bilatéraux. Vu l’absence totale de termes explicites, il faut faire preuve de circonspection au moment d’ajouter une condition qui n’est pas exprimée. Il faut se rappeler que le texte joue aussi un rôle important dans l’appréciation de l’objet d’une disposition. La bonne approche consiste à *unifier* le texte, le contexte et l’objet, et non pas à interpréter

search of a vague policy objective disconnected from the text (*Canada Trustco*, at para. 41).

[59] Nonetheless, I acknowledge that treaty partners do not have the unfettered liberty to alter or redefine residence as they wish for the purposes of a tax treaty. The broader context of international tax law and the law of treaties helps to understand what was within the contemplation of Canada and Luxembourg when they drafted arts. 1 and 4(1) of the *Treaty*. Pursuant to the principle of *pacta sunt servanda*, parties to a treaty must keep their sides of the bargain and perform their obligations in good faith (art. 26 of the *Vienna Convention*). Domestic law definitions of residence should therefore broadly correspond to international norms and not have the effect of redefining residence in a way “that takes the words unmistakably past their accepted usage” (Cousin, at p. 136), including the definitions of residence that were in effect in the two states at the time the *Treaty* was drafted.

[60] I pause here to observe that the definition of residence in Luxembourg law is consistent with international practice. Broadly speaking, there are two internationally recognized methods used to determine corporate residency: (1) the “place of incorporation” or “legal seat” rule, pursuant to which residence is determined by a purely formal criterion, that is, where the corporation was incorporated or has its legal seat; and (2) the “real seat” rule, pursuant to which residence depends on a combination of factual factors aimed at identifying the corporation’s place of effective management (R. S. Avi-Yonah, N. Sartori and O. Marian, *Global Perspectives on Income Taxation Law* (2011), at p. 130, quoting M. A. Kane and E. B. Rock, “Corporate Taxation and International Charter Competition” (2008), 106 *Mich. L. Rev.* 1229, at p. 1235). Luxembourg law grants resident status to corporations having either their legal seat or their central management in Luxembourg — two criteria consistent with these methods (Statement of Agreed Facts, A.R., vol. II, at p. 28, para. 122; Opinion on the Luxembourg tax residence of the company, A.R., vol. VII, at pp. 5 and 7, paras. 7.2 and 8.2.1). In the

le texte de manière téléologique à la recherche d’un objectif politique vague qui n’a rien à voir avec le texte (*Trustco Canada*, par. 41).

[59] Néanmoins, je reconnais que les signataires d’une convention ne peuvent pas simplement modifier ou redéfinir la notion de résidence comme ils le souhaitent aux fins d’un traité fiscal. Le contexte plus général du droit fiscal international et du droit des traités aide à comprendre ce que le Canada et le Luxembourg envisageaient lorsqu’ils ont rédigé les art. 1 et 4(1) de la *Convention*. Suivant le principe *pacta sunt servanda*, les parties à un traité doivent respecter leur part de l’entente et s’acquitter de leurs obligations de bonne foi (art. 26 de la *Convention de Vienne*). La définition de résidence qui se trouve dans la législation interne devrait donc généralement correspondre aux normes internationales et ne pas avoir pour effet de la redéfinir d’une manière [TRADUCTION] « qui éloigne indubitablement les mots de l’usage accepté » (Cousin, p. 136), y compris les définitions du terme qui étaient en vigueur dans les deux États au moment de la rédaction de la *Convention*.

[60] Je fais ici une pause pour souligner que la définition de résidence donnée dans la législation du Luxembourg est conforme à la pratique internationale. De manière générale, il existe deux méthodes internationalement reconnues pour déterminer le lieu de résidence d’une société : (1) la règle du [TRADUCTION] « lieu de constitution en société » ou du « siège social » suivant laquelle le lieu de résidence est déterminé en fonction d’un critère de pure forme, c’est-à-dire le lieu où la société a été constituée ou celui où elle a son siège social; et (2) la règle du « siège réel » suivant laquelle le lieu de résidence repose sur une combinaison de facteurs factuels qui visent à déterminer où est situé le siège de direction effective de la société (R. S. Avi-Yonah, N. Sartori et O. Marian, *Global Perspectives on Income Taxation Law* (2011), p. 130, citant M. A. Kane et E. B. Rock, « Corporate Taxation and International Charter Competition » (2008), 106 *Mich. L. Rev.* 1229, p. 1235). La législation du Luxembourg accorde aux sociétés le statut de résident si leur siège social ou leur direction centrale se trouve au Luxembourg, deux critères conformes à ces méthodes (exposé conjoint des faits, d.a., vol. II,

instant case, the parties agree that Alta Luxembourg is a resident of Luxembourg as its legal seat is located there (Statement of Agreed Facts, A.R., vol. II, at p. 28, para. 122).

[61] Interestingly, the “sufficient substantive economic connections” rationale put forward by the Minister bears similarities to the “real seat” rule emphasizing substance over form and seemingly rejects a formal, legalistic rule like the “place of incorporation” or “legal seat” rule. Thus, I understand the Minister’s submissions as suggesting that establishing residence merely on the basis of a formal criterion is insufficient to conform to the spirit of the rules of residence under the *Treaty*. Something more would be needed: some *real* connections to the country of residence. What the Minister’s submissions overlook, however, is that many of the world’s most developed economies — including Canada itself — accept and apply the “place of incorporation” or “legal seat” rule (Avi-Yonah, Sartori and Marian, pp. 130 and 133-34; see s. 250(4)(a) of the *Act*). Although a formal criterion may sometimes be unable to capture the *real* location of a corporation’s economic activities, it nevertheless became widespread internationally because of its certainty and simplicity, considerations that are vital to a well-functioning tax system based on the rule of law and the *Duke of Westminster* principle (Li and Cockfield, at p. 77). Hence, the definition in Luxembourg law does not depart from accepted usage such that the bargain struck in the *Treaty* could be upheld only if Luxembourg residents claiming benefits have “sufficient substantive economic connections” to their country of residence.

[62] Given this broad international acceptance of formal residency, if the drafters had truly intended to include only corporations with “sufficient substantive economic connections” to their country of residence within the scope of the *Treaty*, they would have clearly signalled their intention to depart from a

p. 28, par. 122; Avis sur la résidence aux fins de l’impôt de la société au Luxembourg, d.a., vol. VII, p. 5 et 7, par. 7.2 et 8.2.1). En l’espèce, les parties ont reconnu qu’Alta Luxembourg est une résidente du Luxembourg puisque son siège social s’y trouve (exposé conjoint des faits, d.a., vol. II, p. 28, par. 122).

[61] Fait intéressant, l’argument fondé sur les « liens économiques substantiels suffisants » avancé par la ministre présente plusieurs similitudes avec la règle du « siège réel », qui met l’accent sur le fond plutôt que sur la forme et semble rejeter une règle formelle et légaliste comme celle du « lieu de constitution en société » ou du « siège social ». Ainsi, je comprends que, selon la ministre, il n’est pas possible de respecter l’esprit des règles de résidence prévues par la *Convention* en établissant la résidence sur la simple base d’un critère formel. Il en faudrait davantage : des liens *véritables* avec le pays de résidence. Ce que la ministre oublie, cependant, c’est que bon nombre des économies les plus développées du monde — y compris le Canada lui-même — acceptent et appliquent la règle dite du « lieu de constitution en société » ou du « siège social » (Avi-Yonah, Sartori et Marian, p. 130 et 133-134; voir al. 250(4)a de la *Loi*). Bien qu’il soit parfois impossible de déterminer l’emplacement *réel* des activités économiques d’une société au moyen d’un critère formel, ce type de critère s’est imposé à l’échelle internationale en raison de sa fiabilité et de sa simplicité, deux éléments essentiels au bon fonctionnement d’un système fiscal fondé sur la primauté du droit et sur le principe établi dans la décision *Duke of Westminster* (Li et Cockfield, p. 77). Par conséquent, la définition proposée dans la législation du Luxembourg ne s’écarte pas du sens reconnu de telle sorte que l’entente consignée dans la *Convention* ne pourrait être maintenue que si les résidents du Luxembourg qui réclament des avantages ont des « liens économiques substantiels suffisants » avec leur pays de résidence.

[62] Comme la notion de résidence formelle est largement acceptée partout dans le monde, si les rédacteurs n’avaient voulu inclure dans le champ d’application de la *Convention* que les sociétés ayant des « liens économiques substantiels suffisants » avec leur pays de résidence, ils auraient clairement

well-established criterion like the “place of incorporation” or “legal seat” rule. They would not have simply incorporated arts. 1 and 4(1) of the OECD *Model Treaty*, which reflect an international consensus, with no alteration. This indicates, in my view, that the object of arts. 1 and 4(1) is not to exclude all corporations with minimal economic connections to their country of residence, such as those whose residence is established solely on the basis of a formal, legal attachment. Access to the benefits of the *Treaty* by virtue of a domestic law definition of residence like the “legal seat” rule is therefore entirely consistent with the spirit of these provisions.

[63] Another contextual element further reinforces my opinion that the purpose of arts. 1 and 4 is not to reserve benefits to corporations with “sufficient substantive economic connections” to their country of residence: the inclusion of art. 28(3) in the *Treaty*, which denies benefits to certain Luxembourg holding companies. The “Commentary on Article 1” of the 1998 OECD *Model Treaty* specifically warned against the use of conduit companies, that is, “legal entit[ies] created in a State essentially to obtain treaty benefits that would not be available directly” (para. 9). Several solutions were proposed in the Commentary, but “no definitive texts [were] drafted” and “no strict recommendations [were] made” (para. 12). OECD members were left to choose which solution suited them.

[64] Chief among these solutions were the “look-through” approach and the exclusion approach. A “look-through” provision disallows treaty benefits to corporations that are resident in a contracting state but owned by residents of a third country (para. 13). When combined with a provision safeguarding *bona fide* business activities, a provision of this type has the effect of allowing treaty benefits to corporations owned by residents of a third country that conduct

indiqué leur intention de s’écarter d’un critère bien établi comme la règle du « lieu de constitution en société » ou du « siège social ». Ils n’auraient pas simplement repris sans les modifier les art. 1 et 4(1) du *Modèle de convention* de l’OCDE, lesquels reflètent un consensus international. À mon avis, on peut donc conclure que les art. 1 et 4(1) n’ont pas pour objet d’exclure toutes les sociétés ayant des liens économiques négligeables avec leur pays de résidence, comme les sociétés dont la résidence est établie uniquement sur la base d’un rattachement formel et légal. Par conséquent, il est tout à fait conforme à l’esprit de ces dispositions de permettre à de telles sociétés de bénéficier des avantages prévus dans la *Convention* en appliquant une définition de la résidence tirée de la législation interne telle que la règle du « siège social ».

[63] Un autre élément contextuel renforce mon opinion suivant laquelle les art. 1 et 4(1) n’ont pas pour objet de réserver les avantages aux sociétés ayant des « liens économiques substantiels suffisants » avec leur pays de résidence, à savoir l’inclusion du par. 28(3) dans la *Convention*, une disposition qui refuse les avantages à certaines sociétés holding luxembourgeoises. Les « Commentaires sur l’article 1 » du *Modèle de convention* de l’OCDE de 1998 met précisément en garde contre le recours aux sociétés relais, c’est-à-dire à des « entité[s] juridique[s] créée[s] dans un État essentiellement pour obtenir les allègements d’impôts prévus dans les conventions conclues par cet État et auxquels cette personne n’aurait pas droit directement » (par. 9). Plusieurs solutions ont été proposées dans les Commentaires, mais « aucun texte définitif n’a été établi » et « aucune recommandation stricte n’a été formulée » (par. 12). Les membres de l’OCDE devaient choisir la solution qui leur convenait le mieux.

[64] Parmi ces solutions, les principales sont la méthode « par transparence » et la méthode de l’exclusion. Aux termes d’une clause « de transparence », les sociétés résidentes d’un pays contractant, mais appartenant à des résidents de pays tiers, ne bénéficient pas des avantages découlant du traité (par. 13). Combinée à une disposition visant à préserver les activités industrielles ou commerciales de bonne foi, une telle disposition a pour effet d’accorder les

bona fide business activities in the contracting state of which they claim to be residents, while excluding those conducting “little substantive business activities” there (para. 14). The exclusion approach denies treaty benefits to certain types of companies enjoying special tax privileges that constitute harmful tax competition (para. 15). The main advantage of the exclusion approach over the “look-through” one is its clarity and simplicity (para. 16). It does not require an assessment of the substantive nature of business activities to determine whether they are *bona fide* or not, unlike the “look-through” approach or the approach focusing on the existence of “sufficient substantive economic connections” invoked by the Minister.

avantages découlant du traité aux sociétés détenues par des résidents de pays tiers qui exercent des activités industrielles ou commerciales de bonne foi dans l’État contractant dont elles prétendent être résidentes, tout en excluant celles qui exercent « peu d’activités industrielles ou commerciales » (par. 14). La méthode de l’exclusion permet de refuser les avantages liés au traité à certaines sociétés bénéficiant de privilèges fiscaux qui constituent une concurrence fiscale dommageable (par. 15). Le principal avantage de la méthode de l’exclusion par rapport à la méthode « par transparence » réside dans sa clarté et sa simplicité (par. 16). Elle ne requiert pas une évaluation de la nature substantielle des activités industrielles ou commerciales pour déterminer si elles sont menées de bonne foi ou non, contrairement à la méthode « par transparence » ou à l’approche axée sur l’existence de « liens économiques substantiels suffisants » invoquée par la ministre.

[65] At the time of the *Treaty*, Luxembourg was well known as an international tax haven exempting certain holding companies from most taxes, provided they had no direct presence in the local economy (see *Grundy’s Tax Havens: A World Survey* (4th ed. 1983), at pp. 2 and 157-64; W. H. Diamond et al., *Tax Havens of the World* (loose-leaf), vol. 2, ch. Luxembourg, at pp. 5-6). To deny the benefits of the *Treaty* to such holding companies with minimal economic connections to Luxembourg, Canada and Luxembourg preferred the exclusion approach over the “look-through” approach. Indeed, the two contracting states did not insert a “look-through” provision combined with a safeguarding provision, as Canada did in the treaties it entered into during the same period with Kazakhstan (1996) and Peru (2001) (art. 28(3) of the *Convention between the Government of Canada and the Government of the Republic of Kazakhstan for the Avoidance of Double Taxation and the Prevention of Fiscal Evasion with Respect to Taxes on Income and on Capital*, Can T.S. 1998 No. 13; art. 28(3) of the *Convention between the Government of Canada and the Government of the Republic of Peru for the Avoidance of Double Taxation and the Prevention of Fiscal Evasion with Respect to Taxes on Income and on Capital*, Can. T.S. 2002 No. 23). Canada and Luxembourg included instead a provision denying the benefits of

[65] Au moment de la signature de la *Convention*, le Luxembourg était bien connu pour son statut de paradis fiscal international, qui permettait d’exonérer certaines sociétés holding de la plupart des impôts, à condition qu’elles n’aient pas été directement présentes dans l’économie locale (voir *Grundy’s Tax Havens : A World Survey* (4^e éd. 1983), p. 2 et 157-164; W. H. Diamond et autres, *Tax Havens of the World* (feuilles mobiles), vol. 2, ch. Luxembourg, p. 5-6). Pour refuser à ces sociétés holding ayant des liens économiques négligeables avec le Luxembourg les avantages découlant de la *Convention*, le Canada et le Luxembourg ont préféré la méthode de l’exclusion à la méthode « par transparence ». En effet, les deux États contractants n’ont pas inclus de clause « de transparence », combinée à une clause de sauvegarde, comme le Canada l’a fait dans les conventions qu’il a conclues avec le Kazakhstan (1996) et le Pérou (2001) au cours de la même période (par. 28(3) de la *Convention entre le gouvernement du Canada et le gouvernement de la République du Kazakhstan en vue d’éviter les doubles impositions et de prévenir l’évasion fiscale en matière d’impôts sur le revenu et sur la fortune*, R.T. Can. 1998 n° 13; par. 28(3) de la *Convention entre le gouvernement du Canada et le gouvernement de la République du Pérou en vue d’éviter les doubles impositions et de prévenir l’évasion fiscale en matière d’impôts sur le revenu et sur*

the *Treaty* to certain holding companies established in Luxembourg, that is, art. 28(3):

The Convention shall not apply to holding companies within the meaning of the special Luxembourg laws (currently the Act of July 31, 1929 and the Grand Duchy Order of December 17, 1938) or any other similar law enacted in Luxembourg after the signature of the Convention, nor to companies subjected to similar fiscal laws in Luxembourg.

[66] Pursuant to the principle of implied exclusion, this choice made by the parties in favour of the exclusion approach — one that favours form over substance — should be understood as a rejection of the relevance of economic ties for delineating which corporations should be entitled to benefits and which should not. This leads me to conclude that the drafters intended to exclude a corporation with minimal economic connections to one of the contracting states *only* where the corporation is a holding company benefiting from Luxembourg’s international tax haven regime. In light of this clear intention to reject only Luxembourg holding companies and not every company with limited economic ties to its country of residence, I am even more persuaded that the spirit of arts. 1 and 4(1) was *not* to limit access to the benefits of the *Treaty* to corporations with “sufficient substantive economic connections” to their country of residence.

[67] In sum, the object, spirit, and purpose of arts. 1 and 4(1) are to allow all persons who are residents under the laws of one or both of the contracting states to claim benefits under the *Treaty* so long as their resident status could expose them to full tax liability (regardless of whether there is actual taxation). They are broadly consistent with international norms. This is normally the case for corporations that are residents by virtue of the “place of incorporation” or “legal seat” rule, unless they fall within the exclusion provided for in art. 28(3). As a result, I conclude that the spirit of these provisions is *not* to reserve the benefits of the *Treaty* to residents that

la fortune, R.T. Can. 2002 n° 23). Ils ont plutôt prévu une clause permettant de refuser à certaines sociétés holding constituées au Luxembourg les avantages découlant de la *Convention*, soit, le par. 28(3) :

La Convention ne s’applique pas aux sociétés holding au sens de la législation particulière luxembourgeoise régie actuellement par la loi du 31 juillet 1929 et de l’arrêté grand-ducal du 17 décembre 1938, ou de toute autre loi similaire qui entrerait en vigueur au Luxembourg après la signature de la Convention, ni à des sociétés soumises au Luxembourg à une législation fiscale similaire.

[66] Conformément au principe de l’exclusion implicite, il convient d’interpréter la décision des parties d’opter pour la méthode de l’exclusion — qui privilégie la forme par rapport au fond — comme un rejet de la pertinence des liens économiques à titre de critère pour départager les sociétés qui devraient avoir droit aux avantages et celles qui ne devraient pas y avoir droit. Cela m’amène à conclure que les rédacteurs voulaient exclure les sociétés ayant des liens économiques négligeables avec l’un des États contractants *uniquement* lorsque celles-ci sont des sociétés holding bénéficiant du statut de paradis fiscal international du Luxembourg. À la lumière de cette intention claire de rejeter uniquement les sociétés holding du Luxembourg, et non toutes les sociétés ayant peu de liens économiques avec leur pays de résidence, je suis encore plus persuadée que l’esprit des art. 1 et 4(1) *ne* consistait *pas* à restreindre aux sociétés ayant des « liens économiques substantiels suffisants » avec leur pays de résidence l’accès aux avantages découlant de la *Convention*.

[67] En résumé, l’objet et l’esprit des art. 1 et 4(1) consistent à permettre à toutes les personnes qui sont résidentes au sens des lois de l’un ou l’autre des États contractants de réclamer les avantages découlant de la *Convention*, pour autant que ces personnes puissent être entièrement assujetties à l’impôt en raison de leur statut de résidents (qu’il y ait ou non imposition dans les faits). Ce statut correspond globalement aux normes internationales. C’est habituellement le cas des sociétés qui sont résidentes en raison de la règle du « lieu de constitution en société » ou du « siège social », à moins qu’elles ne tombent sous le coup de l’exclusion prévue au

have “sufficient substantive economic connections” to their country of residence.

- (2) Carve-Out from Source-Based Capital Gains Tax (“Business Property Exemption”) (Art. 13(4) and (5))

[68] The carve-out from source-based capital gains tax, also called the business property exemption, is provided for in art. 13(4) and (5). These provisions create an exception to source-based taxation for capital gains derived from the alienation of shares deriving their value principally from immovable property used in a corporation’s business and allocate to the residence state the exclusive right to tax such capital gains:

ARTICLE 13

Capital Gains

...

4. Gains derived by a resident of a Contracting State from the alienation of:

- (a) shares (other than shares listed on an approved stock exchange in the other Contracting State) forming part of a substantial interest in the capital stock of a company the value of which shares is derived principally from immovable property situated in that other State; or
- (b) an interest in a partnership, trust or estate, the value of which is derived principally from immovable property situated in that other State,

may be taxed in that other State. For the purposes of this paragraph, the term “immovable property” does not include property (other than rental property) in which the business of the company, partnership, trust or estate was carried on; and a substantial interest exists when the

par. 28(3). En conséquence, je conclus que l’esprit de ces dispositions *ne* consiste *pas* à réserver les avantages découlant de la *Convention* aux résidents qui ont des « liens économiques substantiels suffisants » avec leur pays de résidence.

- (2) Exonération relative à l’impôt fondé sur la source des gains en capital (« exonération relative aux biens d’entreprise ») (par. 13(4) et (5))

[68] L’exonération relative à l’impôt fondé sur la source des gains en capital, aussi appelée « exonération relative aux biens d’entreprise », est prévue par les par. 13(4) et (5). Le libellé de ces clauses crée une exception relative à l’imposition fondée sur la source des gains en capital provenant de l’aliénation d’actions dont la valeur est principalement tirée de biens immobiliers utilisés dans le cadre des activités de la société et confère à l’État de résidence le droit exclusif d’imposer ces gains en capital :

ARTICLE 13

Gains en capital

...

4. Les gains qu’un résident d’un État contractant tire de l’aliénation :

- a) d’actions (autres que des actions inscrites à une bourse de valeurs approuvée dans l’autre État contractant) faisant partie d’une participation substantielle dans le capital d’une société et dont la valeur des actions est principalement tirée de biens immobiliers situés dans cet autre État; ou
- b) d’une participation dans une société de personnes, une fiducie ou une succession et dont la valeur est principalement tirée de biens immobiliers situés dans cet autre État,

sont imposables dans cet autre État. Au sens du présent paragraphe, l’expression « biens immobiliers » ne comprend pas les biens (autres que les biens locatifs) dans lesquels la société, la société de personnes, la fiducie ou la succession a exercé son activité; et, il existe une

resident and persons related thereto own 10 per cent or more of the shares of any class or the capital stock of a company.

5. Gains from the alienation of any property, other than that referred to in paragraphs 1 to 4 shall be taxable only in the Contracting State of which the alienator is a resident.

[69] With respect to the object, spirit, and purpose of art. 13(4) and (5), the crux of the Minister's argument turns on the theory of economic allegiance. In accordance with this theory, the Minister submits that the provisions of the *Treaty* distributing taxing rights seek to avoid double taxation by allocating these rights to the contracting state to which the income and the taxpayer are more closely connected.

[70] According to the Minister, the carve-out provided for in art. 13(4) exempts the capital gains at issue from source-based taxation because the taxpayer's economic connection to the state of residence outweighs the connection between the source state and the immovable property. The connection with the residence state is considered greater, for that state is said to provide the benefits that allow its residents to earn such capital gains (e.g. economy, infrastructure, education, social services). The social and economic environment of the residence state therefore provides the taxpayer with the tools necessary to grow the business carried on in the immovable property located in the source state. In return for these benefits, the taxpayer is expected to pay taxes to the state of residence, not to the source state.

[71] In the Minister's view, this logic holds only where the taxpayer owes economic allegiance to the state of residence, which can be tested by the presence of "sufficient substantive economic connections" to that state. In the absence of such connections, the residence state's greater claim to tax would retreat so that the connection between the source state and the immovable property would prevail. As a consequence, the source state would possess the greater claim, and the carve-out from source-based taxation should be unavailable.

participation substantielle lorsque le résident et des personnes qui lui sont associées possèdent au moins 10 p. 100 des actions d'une catégorie quelconque du capital d'une société.

5. Les gains provenant de l'aliénation de tous biens autres que ceux visés aux paragraphes 1 à 4 ne sont imposables que dans l'État contractant dont le cédant est un résident.

[69] En ce qui concerne l'objet et l'esprit des par. 13(4) et (5), l'argument de la ministre repose essentiellement sur la doctrine de l'allégeance économique. Suivant cette doctrine, la ministre soutient que les dispositions de la *Convention* qui répartissent les droits de lever des impôts visent à éviter la double imposition en attribuant ces droits à l'État contractant auquel le revenu et le contribuable sont le plus étroitement liés.

[70] Selon la ministre, aux termes du par. 13(4), les gains en capital en cause sont exempts de l'impôt fondé sur la source parce que le lien économique du contribuable avec son État de résidence l'emporte sur le lien entre l'État-source et le bien immobilier. En effet, on considère que le lien avec l'État de résidence est plus étroit puisque cet État offrirait à ses résidents les avantages qui leur permettent de réaliser de tels gains en capital (p. ex. économie, infrastructure, éducation, services sociaux). Ainsi, l'environnement social et économique de l'État de résidence permettrait au contribuable de développer les activités industrielles et commerciales exercées dans le bien immobilier situé dans l'État-source. En échange de tels avantages, on s'attend à ce que le contribuable paie ses impôts à son État de résidence, et non à l'État-source.

[71] Or, selon la ministre, ce raisonnement ne vaut que lorsque le contribuable a une allégeance économique envers son État de résidence, allégeance qui se traduit par la présence de « liens économiques substantiels suffisants » avec cet État. En l'absence de tels liens, l'État de résidence ne détiendrait plus le droit supérieur de lever des impôts et le lien entre l'État-source et le bien immobilier primerait. L'État-source jouirait alors de ce droit supérieur et la clause d'exonération relative à l'imposition fondée sur la source ne pourrait pas être invoquée.

[72] The theory of economic allegiance is indeed the principle underlying the allocation of taxing rights, and giving effect to this principle thus constitutes the broad purpose of provisions of the *Treaty*, such as art. 13, that distribute the right to tax between the residence and source states (J. Li and F. Avella, “Article 13: Capital Gains”, in *Global Tax Treaty Commentaries*, last reviewed May 30, 2020 (online), at s. 1.1.2.1). However, I disagree with the Minister’s articulation of the theory in this case.

[73] Broadly speaking, the apportionment of taxing rights between the residence and source states under the OECD *Model Treaty*, which serves as a model for the *Treaty*, is centred on the distinction between active and passive income (Li and Cockfield, at p. 12; Avi-Yonah, Sartori and Marian, at p. 155). The source state has the primary right to tax active income (e.g. business profits and employment income), and the residence state has only residual rights. Pursuant to the theory of economic allegiance, the source state has a greater claim to tax active income because its economic environment has the closest connection with the origin of wealth (Malherbe, at p. 56; Li and Cockfield, at pp. 66 and 151). Non-residents owe allegiance to the source state as a result, and they are expected to pay tax for the public services from which they benefit in carrying on their active economic activities in the source state.

[74] Conversely, the residence state has the primary right to tax passive income (e.g. interest, dividends, and capital gains), and the source state has only residual rights. The source state’s claim to tax passive income is considered weaker in comparison to that of the residence state because generating such income is assumed to require few public services from the source state. Moreover, the economic environment of the source state is considered less material to the earning prospect of passive investments, as such passive activities may be conducted in various jurisdictions without either improving or negatively affecting their earning prospect. Therefore,

[72] La doctrine de l’allégeance économique est certainement le principe qui sous-tend la répartition des droits de lever des impôts, et son application constitue donc l’objet général des dispositions de la *Convention* qui, comme l’art. 13, assurent la répartition des droits de lever des impôts entre l’État de résidence et l’État-source (J. Li et F. Avella, « Article 13 : Capital Gains », dans *Global Tax Treaty Commentaries*, révisé le plus récemment le 30 mai 2020 (en ligne), s. 1.1.2.1). Toutefois, je ne suis pas d’accord avec la façon dont la ministre décrit cette doctrine en l’espèce.

[73] De manière générale, la répartition des droits de lever des impôts entre l’État de résidence et l’État-source qui est prévue par le *Modèle de convention* de l’OCDE, lequel a servi de modèle pour la *Convention*, est axée sur la distinction entre les revenus actifs et passifs (Li et Cockfield, p. 12; Avi-Yonah, Sartori et Marian, p. 155). L’État-source a le droit prioritaire d’imposer les revenus actifs (p. ex. les bénéfices des entreprises et les revenus d’emploi), et l’État de résidence n’a que des droits résiduels. Selon la doctrine de l’allégeance économique, l’État-source a un droit supérieur de lever des impôts sur les revenus actifs, car son environnement économique est le plus étroitement lié à l’origine de la richesse (Malherbe, p. 56; Li et Cockfield, p. 66 et 151). Les non-résidents doivent donc allégeance à l’État-source et doivent payer de l’impôt afin d’assumer leur part des coûts des services publics dont ils ont bénéficié lorsqu’ils ont activement exercé leurs activités économiques dans l’État-source.

[74] À l’inverse, l’État de résidence a un droit prioritaire de lever des impôts sur les revenus passifs (p. ex. les intérêts, les dividendes et les gains en capital) et l’État-source n’a que des droits résiduels. L’État-source a un droit inférieur d’imposer les revenus passifs à celui de l’État de résidence, car il est tenu pour acquis que l’État-source n’a pas à fournir beaucoup de services publics pour que ces revenus soient générés. En outre, on considère que l’environnement économique de l’État-source joue un rôle moins important quant aux possibilités de rendement des investissements passifs puisque des activités passives d’investissement peuvent être

non-residents earning passive income owe little allegiance to the source state.

[75] The allocation of the right to tax capital gains in the *Treaty* relies on this articulation of economic allegiance distinguishing between active and passive income. This allocation serves as the broad purpose of art. 13. Under art. 13(5) of the *Treaty*, the residence state has the primary right to tax capital gains, as they are passive income. Under art. 13(1) to (4), there are exceptions allowing the source state to tax capital gains realized by non-residents. For example, gains derived from the alienation of immovable property, movable property forming part of the business property of a permanent establishment located in the source state, and shares whose value is derived principally from immovable property may be taxed by the source state. The rationale of these exceptions is that the origin of the wealth acquired from sales of immovable property and the like is the source state, which therefore has a greater claim to tax (Malherbe, at pp. 58-59). For instance, the sale of immovable property situated in Canada is, in essence, a sale of a “piece of Canada” — “the ‘Canadianness’ of the property . . . is the source of the gains” (Li and Cockfield, at pp. 198 and 151).

[76] The business property exemption applies where a capital gain is realized on the sale of shares whose value is derived principally from immovable property *in which a business was carried on*. As a consequence, the default rule is reinstated, so that the residence state has the primary right to tax the gain. In my opinion, this constitutes a departure from the theory of economic allegiance as articulated in the *Treaty* and the *OECD Model Treaty* and shows that the business property exemption has a different purpose. According to the logic of economic allegiance, the source state normally has a greater claim to tax income derived from a business carried on within its territory or from the disposition of immovable property located within its territory, because the source state’s economic environment

menées dans divers pays sans toutefois améliorer ou compromettre les possibilités de rendement. En conséquence, les non-résidents qui gagnent des revenus passifs portent peu allégeance à l’État-source.

[75] Dans la *Convention*, le droit d’imposer les gains en capital est accordé en fonction de cette doctrine de l’allégeance économique qui établit une distinction entre les revenus actifs et les revenus passifs. Voilà l’objet général de l’art. 13. Aux termes du par. 13(5) de la *Convention*, l’État de résidence a le droit d’imposer les gains en capital de façon prioritaire puisqu’il s’agit de revenus passifs. Les paragraphes 13(1) à (4) prévoient des exceptions en vertu desquelles l’État-source peut imposer les gains en capital réalisés par des non-résidents. Par exemple, il peut imposer les gains tirés de l’aliénation de biens immobiliers, de biens mobiliers qui font partie de l’actif d’un établissement stable situé dans l’État-source et d’actions dont la valeur est principalement tirée de biens immobiliers. Ces exceptions se justifient par le fait que la richesse accumulée grâce à la vente de biens immobiliers et d’autres biens semblables trouve son origine dans l’État-source, ce qui confère à ce dernier un droit supérieur de lever des impôts (Malherbe, p. 58-59). À titre d’exemple, la vente d’un bien immobilier situé au Canada est essentiellement la vente d’une [TRADUCTION] « partie du Canada » — « le “caractère canadien” de l’immeuble [. . .] est la source des gains » (Li et Cockfield, p. 198 et 151).

[76] L’exonération relative aux biens d’entreprise s’applique quand les gains en capital sont réalisés sur la vente d’actions dont la valeur est tirée principalement de biens immobiliers *dans lesquels une activité était exercée*. Par conséquent, la règle par défaut est rétablie de sorte que l’État de résidence a le droit prioritaire d’imposer de tels gains. À mon avis, cela constitue un écart par rapport à la doctrine de l’allégeance économique telle qu’elle est formulée dans la *Convention* et dans le *Modèle de convention* de l’OCDE et prouve que l’exonération relative aux biens d’entreprise a un objet différent. Si on suit la logique de la doctrine de l’allégeance économique, l’État-source jouit habituellement d’un droit supérieur lorsque vient le temps d’imposer les revenus tirés d’une activité exercée sur son territoire ou de

has the closest connection to the origin of wealth. Under art. 13(4) and (5), however, the taxing right is allocated to the residence state instead of the source state. This departure can be explained by the fact that economic allegiance is not the sole principle or policy consideration underlying the rules applicable to source-based taxation; the principle of capital import neutrality, the concern to prevent tax base erosion, and the desire to attract foreign investment also underlie these rules (Li and Cockfield, at pp. 151-54). Since all these principles and policy considerations cannot be accommodated in every single rule, a balancing exercise is inevitable (see *Shell Canada Ltd. v. Canada*, [1999] 3 S.C.R. 622, at para. 43; *Canada Trustco*, at para. 53; *Sun Indalex Finance, LLC v. United Steelworkers*, 2013 SCC 6, [2013] 1 S.C.R. 271, at para. 174). Article 13(4) is also the result of a balancing exercise. The theory of economic allegiance is not the dominating rationale underlying the carve-out provided for in art. 13(4). Rather, the main objective is to attract foreign investment, as I explain below.

[77] Canada was and still is a large importer of foreign capital and thus a source country (Arnold (2009), at pp. 10-11). As a source country, Canada would have had an interest in negotiating broad source-based taxation rights in bilateral treaties in order to collect larger tax revenues. According to learned authors, Canada must have been alive, however, to the fact that its position on source-based taxation could also be used as an instrument to attract foreign investment crucial to its economy (Li and Cockfield, at p. 153). Harsh source taxes chase away foreign investors, whereas tax breaks attract them. Importers of capital thus have an interest in maintaining a balance between these disincentives and incentives if they want to remain competitive in the global economy. Li and Avella say that Canada has routinely included the carve-out in many of its tax treaties, including this *Treaty*, for this specific reason (s. 3.1.4.6.3). This tax break encourages foreigners to invest in immovable property situated in Canada in

l'aliénation de biens immobiliers situés sur son territoire, puisque son environnement économique est le plus étroitement lié à l'origine de la richesse. Or, les par. 13(4) et (5) confèrent le droit de lever des impôts à l'État de résidence plutôt qu'à l'État-source. Ce décalage peut s'expliquer par le fait que l'allégeance économique n'est pas l'unique principe ou considération d'intérêt général qui sous-tend les règles applicables à l'imposition fondée sur la source; le principe de la neutralité par rapport à l'importation de capitaux, le souci de prévenir l'érosion de la base d'imposition et le désir d'attirer les investissements étrangers sous-tendent également ces règles (Li et Cockfield, p. 151-154). Puisqu'il est impossible de tenir compte de tous ces principes et de toutes ces considérations d'intérêt général dans chacune des règles, il faut procéder à une mise en balance (voir *Shell Canada Ltée c. Canada*, [1999] 3 R.C.S. 622, par. 43; *Trustco Canada*, par. 53; *Sun Indalex Finance, LLC c. Syndicat des Métallos*, 2013 CSC 6, [2013] 1 R.C.S. 271, par. 174). Le paragraphe 13(4) est le fruit d'une telle mise en balance. L'exonération prévue dans ce paragraphe n'est pas fondée principalement sur la doctrine de l'allégeance économique. En fait, comme je l'expliquerai ultérieurement, le par. 13(4) vise principalement à attirer des investissements étrangers.

[77] Le Canada était, et est toujours, un grand importateur de capitaux étrangers, et donc un pays-source (Arnold (2009), p. 10-11). À ce titre, il aurait eu intérêt à négocier de larges droits de lever des impôts fondés sur la source dans les traités bilatéraux afin de percevoir des recettes fiscales plus importantes. Selon d'éminents auteurs, le Canada devait pourtant savoir que sa position à l'égard de l'imposition fondée sur la source pouvait également servir à attirer des investissements étrangers, essentiels à son économie (Li et Cockfield, p. 153). Une lourde imposition à la source chasse les investisseurs étrangers alors que les allègements fiscaux les attirent. Les importateurs de capitaux ont donc intérêt à maintenir un équilibre entre ces mesures dissuasives et incitatives s'ils veulent rester compétitifs dans l'économie mondiale. Selon Li et Avella, le Canada inclut couramment l'exonération dans ses traités fiscaux, notamment dans la *Convention*, pour cette raison bien précise (s. 3.1.4.6.3). Cet allègement fiscal encourage

which businesses are carried on (e.g. mines, hotels, or oil shales), rather than simply to invest in assets to be held for speculative purposes.

[78] Importantly, I note that only a very small number of the world's tax treaties include the carve-out, thereby signalling that its inclusion in the *Treaty* was no accident on Canada's part. To begin with, less than 35 percent of the world's pre-2014 double-tax treaties include a provision allocating to the source state the right to tax capital gains from the disposition of shares of a company or interests in a partnership, trust, or estate whose value is derived principally from immovable property, as provided for in the first part of art. 13(4) (Li and Avella, at ss. 2.1.5 and 3.1.4.1.2). And out of that 35 percent, an even smaller number of treaties contain the carve-out provided for at the end of art. 13(4) (Li and Avella, at s. 3.1.4.6.3).

[79] The remaining question is whether the contracting states intended that persons without "sufficient substantive economic connections" to their state of residence be able to take advantage of the carve-out to avoid paying any taxes. Put simply, the question is whether the use of conduit corporations in this context perverts the bargain struck between Canada and Luxembourg. In my view, it does not.

[80] The GAAR was enacted to catch unforeseen tax strategies. However, the use of conduit corporations, "legal entit[ies] created in a State essentially to obtain treaty benefits that would not be available directly", was not an unforeseen tax strategy at the time of the *Treaty* ("Commentary on Article 1" of the 1998 OECD *Model Treaty*, at para. 9). Indeed, it was far from being a novel phenomenon that emerged subsequently to the signing of the *Treaty*. Back in the 1970s, the "Commentary on Article 1" of the 1977 OECD *Model Treaty* criticized tax planning strategies involving conduit corporations (paras. 8-9). This was also an issue discussed by learned authors (see, e.g., A. A. Knechtle, *Basic Problems in International*

les étrangers à investir dans des biens immobiliers situés au Canada et dans lesquels une activité industrielle et commerciale est exercée (p. ex. des mines, des hôtels ou des formations de schiste bitumineux), plutôt qu'à investir simplement dans des actifs devant être détenus à des fins de spéculation.

[78] Il est important de noter que seul un très petit nombre de traités fiscaux dans le monde prévoit cette exonération, ce qui signifie que le Canada ne l'a pas insérée par hasard dans la *Convention*. Tout d'abord, moins de 35 p. 100 des traités fiscaux relatifs à la double imposition conclus dans le monde avant 2014 comprennent une disposition qui confère à l'État-source le droit d'imposer les gains en capital découlant de l'aliénation des actions d'une société ou des participations dans une société de personnes, une fiducie ou une succession dont la valeur est principalement tirée de biens immobiliers, comme le prévoit la première partie du par. 13(4) (Li et Avella, s. 2.1.5 et 3.1.4.1.2). Ensuite, de ces 35 p. 100, une proportion encore plus faible de traités contient l'exonération prévue à la fin du par. 13(4) (Li et Avella, s. 3.1.4.6.3).

[79] Il reste à savoir si les États contractants voulaient que les personnes sans « lien économique substantiel suffisant » avec leur État de résidence puissent bénéficier de l'exonération pour éviter de payer quelque impôt que ce soit. Autrement dit, il faut se demander si le recours aux sociétés relais dans ce contexte pervertit l'accord conclu entre le Canada et le Luxembourg. À mon avis, ce n'est pas le cas.

[80] La RGAÉ a été adoptée dans le but d'identifier des stratégies fiscales qui n'avaient pas été prévues. Or, le recours à des sociétés relais, c'est-à-dire des « entité[s] juridique[s] créée[s] dans un État essentiellement pour obtenir les allègements d'impôts prévus dans les conventions conclues par cet État et auxquels cette personne n'aurait pas droit directement », ne constituait pas une stratégie fiscale imprévue au moment de la conclusion de la *Convention* (« Commentaires sur l'article 1 » du *Modèle de convention* de l'OCDE de 1998, par. 9). En effet, il ne s'agissait absolument pas d'un phénomène nouveau qui serait apparu après la signature de la *Convention*. Dans les années 1970, les stratégies de planification

Fiscal Law (1979), at p. 115; D. R. Davies, *Principles of International Double Taxation Relief* (1985), at paras. 1.13 and 3.22). And more contemporaneously to the *Treaty*, the “Commentary on Article 1” of the 1998 OECD *Model Treaty* discussed the use of conduit corporations as well.

[81] Luxembourg is a country well known for its broad tax treaty network and international tax haven regime, making it an attractive jurisdiction to set up a conduit corporation and take advantage of treaty benefits. As mentioned above, one can presume that Canada had knowledge of these features of Luxembourg’s tax system when it entered into the *Treaty*. Canada nevertheless entered into a bilateral tax treaty with Luxembourg with only minimal safeguards and thereby ignored many of the OECD’s suggestions. At that time, as discussed above, the “Commentary on Article 1” of the 1998 OECD *Model Treaty* set out a whole menu of potential anti-avoidance provisions that might have short-circuited the creation of conduit corporations in Luxembourg.

[82] I acknowledge that the absence of specific anti-avoidance rules that would have prevented the situation is not necessarily determinative of the application of the GAAR (see *Copthorne*, at paras. 108-11). Of course, one could always imagine a potential anti-avoidance rule that would have pre-empted the tax strategy at issue. If that were the standard, I agree that it would provide a full response in every case and gut the GAAR. In this case, the absence of specific anti-avoidance provisions represents, however, an enlightening contextual and purposive element as it sheds light on the contracting states’ intention. This is not a case where Parliament did not or could not have foreseen the tax strategy employed by the taxpayer. Options to remediate the situation were

fiscale ayant recours à des sociétés relais ont fait l’objet de critiques dans les « Commentaires sur l’article 1 » du *Modèle de convention* de l’OCDE de 1977 (par. 8-9). La question a aussi été abordée par d’éminents auteurs (voir, p. ex., A. A. Knechtle, *Basic Problems in International Fiscal Law* (1979), p. 115; D. R. Davies, *Principles of International Double Taxation Relief* (1985), par. 1.13 et 3.22). En outre, à une époque se rapprochant davantage de la date de la conclusion de la *Convention*, la question de l’utilisation des sociétés relais a aussi été examinée dans les « Commentaires sur l’article 1 » du *Modèle de convention* de l’OCDE de 1998.

[81] Le Luxembourg est un pays bien connu pour son large éventail de conventions fiscales et son statut de paradis fiscal international, ce qui en fait un pays attrayant pour créer une société relais et profiter des avantages découlant des conventions. Comme je l’ai déjà mentionné, on peut présumer que le Canada était au courant de ces particularités du système fiscal luxembourgeois lorsqu’il a conclu la *Convention*. Malgré tout, il a conclu un traité fiscal bilatéral avec le Luxembourg ne comportant que très peu de mesures de protection et n’ayant ainsi pas tenu compte de nombreuses suggestions de l’OCDE. Encore une fois, à l’époque où la *Convention* a été conclue, on retrouvait dans les « Commentaires sur l’article 1 » du *Modèle de convention* de l’OCDE de 1998 une longue liste de propositions de dispositions anti-évitement qui auraient pu empêcher la création de sociétés relais au Luxembourg.

[82] Je reconnais que l’absence de règles anti-évitement particulières qui auraient empêché pareille situation de se produire ne constitue pas nécessairement un facteur déterminant pour l’application de la RGAÉ (voir *Copthorne*, par. 108-111). On peut certainement imaginer une règle anti-évitement qui aurait permis d’empêcher le recours à la stratégie fiscale en cause. Si telle était la norme, je suis d’accord pour dire que cela permettrait de régler chaque cas de manière complète et dépouillerait la RGAÉ de tout son sens. En l’espèce, l’absence de dispositions anti-évitement particulières représente toutefois un élément contextuel et téléologique révélateur puisqu’elle fournit un éclairage sur l’intention des États contractants. Il ne s’agit pas d’un cas où le

available and known by the parties, but they made deliberate choices to guard some benefits against conduit corporations and to leave others unguarded. Had the parties truly intended to prevent such corporations from taking advantage of the carve-out, they could have done so. Combined with Canada's preference at the time of the *Treaty* for taking advantage of economic benefits yielded by foreign investments rather than higher tax revenues (as will be discussed below), this makes the rationale of the carve-out even clearer. In my opinion, Canada and Luxembourg made a deliberate choice to leave the business property exemption unguarded.

[83] The parties agreed to exclude Luxembourg holding companies from their *Treaty* (art. 28(3)). However, as explained above, the parties did not follow the OECD's suggestion to include a "look-through" provision combined with a provision safeguarding *bona fide* business activities. Doing so would have excluded conduit corporations that were owned by residents of a third country and that conducted few "substantive business activities" in Luxembourg.

[84] Moreover, Luxembourg and Canada added provisions reserving the benefits of the *Treaty* to the beneficial owners of certain income, but only in respect of dividends, interest, and royalties, not capital gains (arts. 10 to 12). If the parties had applied the concept of beneficial ownership to the carve-out, it would have prevented conduit corporations from taking advantage of this benefit where their beneficial owners were residents of a third country (see, e.g., *Prévost Car*). Although the OECD *Model Treaty* may not have specifically recommended extending the concept of beneficial ownership to capital gains, nothing barred the parties from doing so. After all, the OECD *Model Treaty* remains a model, not a binding legal instrument. I fail to see, as Rowe and Martin JJ. do, a fundamental difference between capital gains, on the one hand, and dividends, interest,

législateur n'a pas prévu la stratégie fiscale employée par le contribuable, ou n'aurait pas pu la prévoir. Il aurait été possible de pallier cette situation et les parties le savaient. Or, elles ont délibérément choisi de mettre certains avantages hors de la portée des sociétés relais et d'en laisser d'autres à leur disposition. Si les parties avaient vraiment voulu empêcher ces sociétés de bénéficier de l'exonération, elles auraient pu le faire. Si l'on tient compte du fait que, du temps de la signature de la *Convention*, le Canada préférerait profiter des avantages économiques des investissements étrangers plutôt que d'accroître ses recettes fiscales (tel qu'il sera expliqué ultérieurement), on comprend encore mieux la raison d'être de l'exonération. À mon avis, le Canada et le Luxembourg ont délibérément choisi de laisser l'exonération relative aux biens d'entreprise à la disposition des sociétés relais.

[83] Les parties ont convenu d'exclure les sociétés holding luxembourgeoises du champ d'application de la *Convention* (par. 28(3)). Cependant, comme je l'ai déjà expliqué, elles n'ont pas retenu la suggestion de l'OCDE d'inclure une clause « de transparence » combinée à une autre clause visant à préserver les activités industrielles ou commerciales de bonne foi. Si elles l'avaient fait, elles auraient ainsi exclu les sociétés relais détenues par des résidents de pays tiers qui n'exercent que peu « d'activités industrielles ou commerciales importantes » au Luxembourg.

[84] En outre, le Luxembourg et le Canada ont ajouté des dispositions qui réservent les avantages prévus par la *Convention* aux bénéficiaires effectifs de certains revenus, mais uniquement en ce qui concerne les dividendes, les intérêts et les redevances, et non les gains en capital (art. 10 à 12). S'ils avaient appliqué la notion de bénéficiaire effectif à l'exonération, les sociétés relais, dont les bénéficiaires effectifs étaient des résidents de pays tiers, n'auraient pas pu profiter de ces avantages (voir, p. ex., *Prévost Car*). Même si le *Modèle de convention* de l'OCDE ne recommandait pas expressément d'appliquer la notion de bénéficiaire effectif aux gains en capital, rien n'empêchait les parties de le faire. Après tout, le *Modèle de convention* de l'OCDE demeure un modèle, et non un instrument juridique contraignant. Contrairement aux juges Rowe et Martin, je ne vois

and royalties, on the other, that would have made beneficial ownership unsuitable in respect of capital gains. It is true that, in a paper prepared in 2008 for the United Nations, Professor Philip Baker questioned the possible extension of the beneficial ownership concept to capital gains because it is harder to identify the beneficial owner of a capital gain than to identify the beneficial owner of a traceable flow of income like dividends, interest, and royalties (*The United Nations Model Double Taxation Convention Between Developed and Developing Countries: Possible Extension of the Beneficial Ownership Concept*, U.N. Doc. E/C.18/2008/CRP.2/Add.1, Ann., October 17, 2008, at para. 55). But Professor Baker explained that this difference is “not insurmountable” (para. 58). In the end, he even suggested the potential wording of a beneficial ownership provision applicable to capital gains:

6. Gains from the alienation of any property other than that referred to in paragraphs 1, 2, 3, 4 and 5 shall be taxable only in the Contracting State of which the beneficial owner is a resident. [para. 59]

[85] As suggested in the “Commentary on Article 13” of the 1998 OECD *Model Treaty*, Canada could also have insisted on a subject-to-tax provision if it had truly been concerned about the erosion of its tax base (para. 21). Pursuant to such a provision, a contracting state foregoes its right to tax capital gains only if the other state actually taxes these gains. The inclusion of a provision of this sort would have meant that capital gains exempt from or subject to very little tax in Luxembourg would be taxable in Canada, instead of having almost double non-taxation. Canada’s decision is, however, not surprising. Situations of double non-taxation are intentional and part of the bargain in most cases (Couzin, at p. 109). The absence of a subject-to-tax provision, combined with Canada’s knowledge of Luxembourg’s tax system, confirms my view that Canada’s primary objective in including art. 13(4) was to cede its right to tax capital gains of a certain

aucune différence fondamentale entre les gains en capital, d’une part, et les dividendes, intérêts et redevances, d’autre part, qui soit de nature à rendre la notion de bénéficiaire effectif inapplicable aux gains en capital. Il est vrai que, dans un document préparé en 2008 pour les Nations Unies, le professeur Philip Baker s’est interrogé sur la possibilité d’étendre le concept de bénéficiaire effectif aux gains en capital puisqu’il est plus difficile d’identifier le bénéficiaire effectif d’un tel gain que d’identifier celui d’un flux de revenu retraçable, comme les dividendes, les intérêts et les redevances (*The United Nations Model Double Taxation Convention Between Developed and Developing Countries : Possible Extension of the Beneficial Ownership Concept*, Doc. N.U. E/C.18/2008/CRP.2/Add.1, ann., 17 octobre 2008, par. 55). Or, le professeur Baker a expliqué que cette différence n’est [TRADUCTION] « pas insurmontable » (par. 58). En définitive, il a même proposé un libellé pour une disposition relative au bénéficiaire effectif qui s’appliquerait aux gains en capital :

[TRADUCTION]

6. Les gains tirés de l’aliénation de biens autres que ceux mentionnés aux paragraphes 1, 2, 3, 4 et 5 sont imposables seulement dans l’État contractant où le bénéficiaire effectif est résident. [par. 59]

[85] Comme le précisent les « Commentaires sur l’article 13 » du *Modèle de convention* de l’OCDE de 1998, le Canada aurait aussi pu insister pour que soit ajoutée une clause sur l’assujettissement à l’impôt s’il avait vraiment été préoccupé par l’érosion de son assiette fiscale (par. 21). Aux termes d’une telle disposition, un État contractant renonce à son droit d’imposer les gains en capital seulement si l’autre État impose les gains en question. L’ajout d’une telle clause aurait eu pour effet de rendre imposables au Canada les gains en capital qui sont exemptés ou assujettis à une très faible imposition au Luxembourg, au lieu de conduire pour ainsi dire à une double non-imposition. La décision du Canada n’est toutefois pas surprenante. Les situations de double non-imposition sont voulues et s’inscrivent dans le cadre de l’accord dans la plupart des cas (Couzin, p. 109). Le fait que la *Convention* ne comprend pas de disposition sur l’assujettissement à

nature realized in Canada in order to attract foreign investment. It was not part of the bargain that Luxembourg actually tax the gains to the same extent that Canada would have taxed them.

[86] Further, consideration of tax treaties *in pari materia* forming part of the broader context of the *Treaty* corroborates the parties' deliberate choice to leave the business property exemption unguarded against conduit corporations established in Luxembourg. As noted by Professor Arnold, Canada began including discrete purpose tests designed to prevent treaty shopping in some of the treaties it entered into around the same time it entered into the *Treaty*, which was signed in 1999 ((2009), at p. 358). See, e.g., the treaties with Nigeria², Ukraine³, Kazakhstan⁴, Uzbekistan⁵, and Peru⁶. These provisions were designed to take back certain treaty benefits where the purpose of a transaction was to gain access to these benefits. Most likely, the creation of a conduit corporation in Luxembourg to access the exemption would have been caught by such a purpose test. Had the parties truly intended to deprive such corporations of the benefits of the carve-out,

l'impôt et que, par ailleurs, le Canada connaisse le système fiscal luxembourgeois confirme mon point de vue, à savoir que le Canada — lorsqu'il a ajouté le par. 13(4) — avait pour principal objectif de céder son droit d'imposer les gains en capital d'une certaine nature réalisés sur son territoire afin d'attirer des investissements étrangers. Il n'était pas prévu que le Luxembourg impose les gains dans la même mesure que le Canada les aurait imposés.

[86] De plus, l'examen des traités fiscaux *in pari materia* qui font partie du contexte plus général de la *Convention* confirme que les parties ont délibérément choisi de laisser l'exonération relative aux biens d'entreprise à la disposition des sociétés relais établies au Luxembourg. Comme l'a souligné le professeur Arnold, le Canada a commencé à inclure dans quelques-uns des traités qu'il a conclus à la même époque où il a conclu la *Convention* en 1999 le test de l'objet principal pour prévenir les cas de chalandage fiscal ((2009), p. 358). Voir, p. ex., les traités conclus avec le Nigéria², l'Ukraine³, le Kazakhstan⁴, l'Ouzbékistan⁵ et le Pérou⁶. Ces dispositions visaient à retirer certains avantages conventionnels lorsque l'opération avait pour objectif de profiter de ces avantages. La création d'une société relais au Luxembourg dans le but de bénéficier de l'exonération aurait fort probablement été visée par un tel test de l'objet principal. Si les parties avaient

² *Agreement between the Government of Canada and the Government of the Federal Republic of Nigeria for the Avoidance of Double Taxation and the Prevention of Fiscal Evasion with Respect to Taxes on Income and on Capital Gains*, Can. T.S. 1999 No. 48, arts. 10(7), 11(8) and 12(7).

³ *Convention between the Government of Canada and the Government of Ukraine for the Avoidance of Double Taxation and the Prevention of Fiscal Evasion with Respect to Taxes on Income and on Capital*, Can. T.S. 1997 No. 39, arts. 11(8) and 12(8).

⁴ *Convention between the Government of Canada and the Government of the Republic of Kazakhstan for the Avoidance of Double Taxation and the Prevention of Fiscal Evasion with Respect to Taxes on Income and on Capital*, Can. T.S. 1998 No. 13, arts. 11(8) and 12(7).

⁵ *Convention between the Government of Canada and the Government of the Republic of Uzbekistan for the Avoidance of Double Taxation and the Prevention of Fiscal Evasion with Respect to Taxes on Income and on Capital*, Can. T.S. 2000 No. 18, arts. 11(8) and 12(7).

⁶ *Convention Between the Government of Canada and the Government of the Republic of Peru for the Avoidance of Double Taxation and the Prevention of Fiscal Evasion with Respect to Taxes on Income and on Capital*, Can. T.S. 2002 No. 23, arts. 10(7), 11(7), and 12(7).

² *Accord entre le gouvernement du Canada et le gouvernement de la République fédérale du Nigéria en vue d'éviter les doubles impositions et de prévenir l'évasion fiscale en matière d'impôts sur le revenu et sur les gains en capital*, R.T. Can. 1999 n° 48, par. 10(7), 11(8) et 12(7).

³ *Convention entre le gouvernement du Canada et le gouvernement de l'Ukraine en vue d'éviter les doubles impositions et de prévenir l'évasion fiscale en matière d'impôts sur le revenu et sur la fortune*, R.T. Can. 1997 n° 39, par. 11(8) et 12(8).

⁴ *Convention entre le gouvernement du Canada et le gouvernement de la République du Kazakhstan en vue d'éviter les doubles impositions et de prévenir l'évasion fiscale en matière d'impôts sur le revenu et sur la fortune*, R.T. Can. 1998 n° 13, par. 11(8) et 12(7).

⁵ *Convention entre le gouvernement du Canada et le gouvernement de la République d'Ouzbékistan en vue d'éviter les doubles impositions et de prévenir l'évasion fiscale en matière d'impôts sur le revenu et sur la fortune*, R.T. Can. 2000 n° 18, par. 11(8) et 12(7).

⁶ *Convention entre le gouvernement du Canada et le gouvernement de la République du Pérou en vue d'éviter les doubles impositions et de prévenir l'évasion fiscale en matière d'impôts sur le revenu et sur la fortune*, R.T. Can. 2002 n° 23, par. 10(7), 11(7) et 12(7).

they would have made the carve-out subject to a purpose test.

[87] The absence of any such anti-avoidance measure that would have limited access to the carve-out in a treaty with a country known for not taxing capital gains leads me to believe that Canada weighed the pros and cons and concluded that its national interest in attracting foreign investors, using Luxembourg as a conduit to take advantage of the carve-out, outweighed its interest in collecting more tax revenues on such capital gains. This answers the question of “why the benefit was conferred” posed under the GAAR (*Canada Trustco*, at para. 66). This choice must also have been motivated by the fact that Canada was not keen on going its own way at a time when the international community was not yet as serious about curtailing treaty shopping as it was during the years leading to the signature and ratification of the *Multilateral Convention to Implement Tax Treaty Related Measures to Prevent Base Erosion and Profit Shifting*, Can. T.S. 2019 No. 26, in 2017 and as it has remained to this day (see *Multilateral Instrument in Respect of Tax Conventions Act*, S.C. 2019, c. 12; Arnold (2009), at p. 18). As a relatively small country, “Canada does not have the luxury of setting its own policy without considering what other countries do”, and it must have rightly seen multilateralism as the way forward (Li and Cockfield, at p. 25).

[88] This is not an absurd proposition, as my colleagues assert. There is no better way to describe Canada’s attitude at the time of the *Treaty* when faced with the dilemma between higher tax revenues and competitiveness than to quote the words of the Department of Finance’s response to the *Report of the Auditor General of Canada to the House of Commons, 1992*, at p. 52:

To a large degree, international norms limit the range of options available to the Canadian government and, in this

vraiment voulu priver ces sociétés des avantages de l’exonération, elles auraient fait en sorte que celle-ci soit assujettie à un test de l’objet.

[87] L’absence d’une mesure anti-évitement de ce type susceptible de limiter la possibilité de se prévaloir de l’exonération prévue dans un traité conclu avec un pays connu pour ne pas imposer les gains en capital m’amène à croire que le Canada a pesé le pour et le contre et a conclu qu’il était d’avantage dans l’intérêt national d’attirer des investisseurs étrangers — qui utiliseraient le Luxembourg comme relais afin de se prévaloir de l’exonération — que de percevoir des recettes fiscales plus importantes sur les gains en capital. Cela répond à la question de savoir « pourquoi l’avantage a été conféré » posée en application de la RGAÉ (*Trustco Canada*, par. 66). Ce choix a sans doute aussi tenu au fait que le Canada ne voulait pas faire cavalier seul à un moment où la communauté internationale ne luttait pas encore aussi sérieusement contre le chalandage fiscal qu’elle l’a fait dans les années qui ont mené à la signature et à la ratification de la *Convention multilatérale pour la mise en œuvre des mesures relatives aux conventions fiscales pour prévenir l’érosion de la base d’imposition et le transfert de bénéfices*, R.T. Can. 2019 n° 26, en 2017 et encore aujourd’hui (voir la *Loi sur l’instrument multilatéral relatif aux conventions fiscales*, L.C. 2019, c. 12; Arnold (2009), p. 18). Étant un pays relativement petit, [TRADUCTION] « le Canada ne peut pas se permettre d’établir sa propre politique sans tenir compte de ce que font les autres pays », et il a dû, à juste titre, juger que le multilatéralisme était la voie à suivre (Li et Cockfield, p. 25).

[88] Il ne s’agit pas d’une proposition absurde, comme l’affirment mes collègues. Il n’y a pas meilleure façon de décrire la position du Canada à l’époque de la signature de la *Convention* — alors qu’il devait choisir entre l’accroissement de ses recettes fiscales et sa compétitivité — que de citer textuellement la réponse du ministère des Finances au *Rapport du vérificateur général du Canada à la Chambre des communes, 1992*, p. 58 :

Dans une large mesure, les normes internationales limitent les choix qui s’offrent au gouvernement canadien et, dans

context, the government's policy has generally been to favour competitiveness concerns over those of revenue generation. [Emphasis added.]

[89] In conclusion, the object, spirit, and purpose of the carve-out provided for in art. 13(4) and (5) of the *Treaty* are to foster international investment by exempting residents of a contracting state from taxes in the source state on capital gains realized on the disposition of immovable property in which a business was carried on, or on the disposition of shares whose value is derived principally from such immovable property. The fact that the capital gains may not be taxed in Luxembourg, leading to double non-taxation, and the fact that conduit corporations can take advantage of the carve-out are tax planning outcomes consistent with the bargain struck between Canada and Luxembourg. Although Canada had a greater claim to tax such income based on the theory of economic allegiance and would have most likely received more tax revenues without the carve-out given its traditional status as a source state, Canada agreed to forego its right to tax such capital gains, regardless of whether they would be taxed in Luxembourg, in order to attract foreign investment in business assets embodied in immovable property located in Canada (e.g. hotels, mines, or oil shales) and to reap the economic benefits generated by that investment. This is what was actually agreed upon. It appears that Canada was aware of tax planning strategies using conduit corporations in Luxembourg but that it made a deliberate choice not to include anti-avoidance provisions that would have addressed this situation in the *Treaty*.

E. *Second Step: Abusiveness of the Transaction*

[90] The second step of the methodology for the abuse analysis is “to examine the factual context of a case to determine whether the avoidance transaction defeated or frustrated the object, spirit or purpose of the provisions in issue” (*Canada Trustco*, at para. 55).

ce contexte, la politique du gouvernement tend de façon générale à favoriser la compétitivité plutôt que l'accroissement des recettes. [Je souligne.]

[89] En conclusion, l'objet et l'esprit de l'exonération prévue aux par. 13(4) et (5) de la *Convention* consistent à favoriser les investissements internationaux en exonérant les résidents d'un État contractant de l'impôt perçu dans l'État-source sur les gains en capital provenant de l'aliénation de biens immobiliers dans lesquels des activités sont exercées, ou de l'aliénation d'actions dont la valeur est principalement tirée de ces biens immobiliers. Le fait que les gains en capital puissent ne pas être imposés au Luxembourg — ce qui mènerait à une double non-imposition —, et le fait que les sociétés relais puissent bénéficier de l'exonération sont des conséquences de la planification fiscale qui sont conformes à l'accord conclu entre le Canada et le Luxembourg. Suivant la doctrine de l'allégeance économique, le Canada avait certes un droit supérieur d'imposer ces revenus et, n'eût été l'exonération, il aurait probablement reçu des recettes fiscales plus importantes compte tenu de son statut traditionnel d'État-source. Or, il a accepté de renoncer à ce droit, que ces gains en capital soient imposés au Luxembourg ou non, pour inciter les étrangers à investir dans des actifs commerciaux prenant la forme de biens immobiliers situés au Canada (p. ex. des hôtels, des mines ou des formations de schiste bitumineux) et pour tirer profit des retombées économiques générées par ces investissements. Voilà ce dont il a été convenu. Il semble que le Canada était au courant des stratégies de planification fiscale basées sur le recours aux sociétés relais au Luxembourg, mais il a délibérément choisi de ne pas inclure dans la *Convention* elle-même de dispositions anti-évitement qui auraient permis de pallier cette situation.

E. *Deuxième étape : caractère abusif de l'opération*

[90] La deuxième étape de l'analyse de la question de l'abus consiste à « examiner le contexte factuel de l'affaire pour déterminer si l'opération d'évitement contrecarrerait l'objet ou l'esprit des dispositions en cause » (*Trustco Canada*, par. 55).

[91] Alta Luxembourg was created as part of a restructuring of activities to take advantage of the carve-out provided for in art. 13(4) of the *Treaty*. It concedes that this tax benefit was derived from a transaction not arranged primarily for a *bona fide* purpose other than to obtain this benefit. However, I fail to see how this avoidance transaction was abusive.

[92] In this Court, as in the Federal Court of Appeal, the Minister rightly concedes that Alta Luxembourg is a resident of Luxembourg for the purposes of the *Treaty*, as it has its legal seat there. Moreover, nothing indicates that Alta Luxembourg was not liable to tax in Luxembourg. The gain it realized on the disposition of its shares of Alta Canada was reported to the Luxembourg authorities and was subject to full taxation under their domestic laws. The fact that Alta Luxembourg paid less tax in Luxembourg on this gain than it would have paid if it were a Canadian resident paying tax in Canada changes nothing in this determination. As noted by this Court in *Copthorne*, “determining the rationale of the relevant provisions of the Act should not be conflated with a value judgment of what is right or wrong nor with theories about what tax law ought to be or ought to do” (para. 70). Therefore, from the moment that Alta Luxembourg realized a gain on the disposition of its shares of Alta Canada, the laws of Luxembourg applied and Canada’s interest in the gain ceased. As a result, Alta Luxembourg’s resident status falls squarely within the object, spirit, and purpose of arts. 1 and 4(1) of the *Treaty*.

[93] The Minister has failed to discharge her burden of establishing that the avoidance transaction defeats the underlying rationale, the “object, spirit, or purpose”, beyond the words of the provisions. Alta Luxembourg met the clear requirements of arts. 1, 4, and 13(4).

[94] The *Treaty* makes it clear that Canada and Luxembourg agreed that the power to tax would be

[91] Alta Luxembourg a été constituée dans le cadre d’une restructuration d’activités, pour qu’elle puisse bénéficier de l’exonération prévue au par. 13(4) de la *Convention*. Elle concède que cet avantage fiscal découlait d’une opération qui n’avait pas été organisée principalement dans un but véritable autre que celui d’obtenir l’avantage fiscal. Toutefois, je ne vois pas en quoi cette opération d’évitement était abusive.

[92] Tant devant la Cour d’appel fédérale que devant notre Cour, la ministre a concédé avec raison qu’Alta Luxembourg est une résidente du Luxembourg au sens de la *Convention*, puisqu’elle y a son siège social. En outre, rien n’indique qu’Alta Luxembourg n’était pas assujettie à l’impôt au Luxembourg. Les gains qu’elle a tirés de l’aliénation de ses actions d’Alta Canada ont été déclarés aux autorités luxembourgeoises et assujettis à une imposition intégrale au Luxembourg en application des lois internes. Le fait qu’Alta Luxembourg ait payé sur ces gains moins d’impôts au Luxembourg qu’elle n’en aurait payé si elle avait été une résidente canadienne tenue de payer des impôts au Canada ne change rien. Comme l’a souligné la Cour dans l’arrêt *Copthorne*, « [i]l ne faut [. . .] pas confondre la détermination de la raison d’être des dispositions applicables de la Loi avec le jugement de valeur quant à ce qui est bien ou mal non plus qu’avec les conjectures sur ce que devrait être une loi fiscale ou sur l’effet qu’elle devrait avoir » (par. 70). Ainsi, à partir du moment où Alta Luxembourg a tiré des gains de l’aliénation de ses actions d’Alta Canada, les lois du Luxembourg s’appliquaient et le Canada a perdu tout droit sur eux. Le statut de résidente d’Alta Luxembourg respecte donc parfaitement l’objet et l’esprit des art. 1 et 4(1) de la *Convention*.

[93] La ministre ne s’est pas acquittée du fardeau qui lui incombait d’établir que l’opération d’évitement contrecarre la raison d’être des dispositions, ou « leur objet ou esprit », au-delà du libellé des dispositions. Alta Luxembourg a satisfait aux exigences clairement énoncées aux art. 1, 4 et 13(4).

[94] Il ressort nettement de la *Convention* que le Canada et le Luxembourg ont convenu que le pouvoir

allocated to Luxembourg where the conditions of the carve-out were met. There is nothing in the *Treaty* suggesting that a single-purpose conduit corporation resident in Luxembourg cannot avail itself of the benefits of the *Treaty* or should be denied these benefits due to some other consideration such as its shareholders not being themselves residents of Luxembourg. In this case, the provisions operated as they were intended to operate; there was no abuse, and, therefore, the GAAR cannot be applied to deny the tax benefit claimed.

[95] This result accords with the true intention of the partners to the *Treaty* and must be respected. As Pelletier J.A. held in *MIL (Investments)*, “[t]o the extent that the appellant argues that the Tax Treaty should not be interpreted so as to permit double non-taxation, the issue raised by GAAR is the incidence of Canadian taxation, not the foregoing of revenues by the Luxembourg fiscal authorities” (para. 8).

[96] A final note on the Minister’s implication that treaty shopping arrangements are inherently abusive. A broad assertion of “treaty shopping” does not conform to a proper GAAR analysis. In accordance with the separation of powers, developing tax policy is the task of the executive and legislative branches. Courts do not have the constitutional legitimacy and resources to be tax policy makers (*Canada Trustco*, at para. 41). It is for the executive and legislative branches to decide what is right and what is wrong, and then to translate these decisions into legislation that courts can apply. It bears repeating that the application of the GAAR must not be premised on “a value judgment of what is right or wrong [or] theories about what tax law ought to be or ought to do” (*Copthorne*, at para. 70). Taxpayers are “entitled to select courses of action or enter into transactions that will minimize their tax liability” (*Copthorne*, at para. 65). The courts’ role is limited to determining whether a transaction abuses the object, spirit, and purpose of the specific provisions relied on by the taxpayer. It is not to rewrite tax statutes and tax

de lever des impôts serait conféré au Luxembourg, pour autant que les conditions de l’exonération soient remplies. Rien dans la *Convention* ne laisse croire qu’une société-relais à but unique, résidente du Luxembourg, ne peut pas se prévaloir des avantages prévus par la *Convention* ou qu’elle devrait se les voir refuser pour toute autre raison, comme le fait que ses actionnaires ne sont pas eux-mêmes résidents du Luxembourg. En l’espèce, les dispositions ont été appliquées comme elles le devaient. Il n’y a pas eu d’abus et, par conséquent, la RGAÉ ne peut pas être utilisée pour refuser l’avantage fiscal demandé.

[95] Ce résultat est conforme à la véritable intention des signataires de la *Convention* et doit être respecté. Comme l’a conclu le juge Pelletier de la Cour d’appel dans l’arrêt *MIL (Investments)*, « [d]ans la mesure où l’appelante fait valoir que le traité fiscal ne devrait pas être interprété de manière à autoriser une double non-imposition, le point que soulève la [RGAÉ] est l’incidence de la fiscalité canadienne, non la renonciation du fisc luxembourgeois à des recettes publiques » (par. 8).

[96] Enfin, je souhaite formuler une dernière remarque sur l’insinuation faite par la ministre selon laquelle les stratégies de chalandage fiscal sont intrinsèquement abusives. Une simple allégation de « chalandage fiscal » ne saurait satisfaire aux exigences de l’analyse fondée sur la RGAÉ. Conformément à la séparation des pouvoirs, il appartient aux pouvoirs exécutif et législatif d’élaborer des politiques fiscales. Les tribunaux n’ont ni la légitimité constitutionnelle ni les ressources nécessaires pour établir de telles politiques (*Trustco Canada*, par. 41). Il revient aux pouvoirs exécutif et législatif de décider ce qui est bien et ce qui est mal, puis de transformer ces conclusions en lois applicables par les tribunaux. Je le répète, il ne faut pas confondre l’application de la RGAÉ avec « le jugement de valeur quant à ce qui est bien ou mal non plus qu’avec les conjectures sur ce que devrait être une loi fiscale ou sur l’effet qu’elle devrait avoir » (*Copthorne*, par. 70). Le contribuable « peut opter pour les avenues ou les opérations qui sont propres à réduire son obligation fiscale » (*Copthorne*, par. 65). Le rôle des tribunaux

treaties to prevent treaty shopping when these instruments do not clearly do so.

VI. Conclusion

[97] For these reasons, I would dismiss the appeal. The respondent is entitled to its costs in this appeal.

The reasons of Wagner C.J. and Rowe and Martin JJ. were delivered by

ROWE AND MARTIN JJ. (dissenting) —

I. Overview

[98] Multinational companies exploiting gaps and mismatches in international tax rules erode domestic tax bases and cost countries an estimated US\$100 to US\$240 billion in lost revenue annually (Organisation for Economic Co-operation and Development (“OECD”), *Background Brief: Inclusive Framework on BEPS*, January 2017 (online), at p. 9). As a result, aggressive international tax avoidance has received increasing political and media scrutiny (see, e.g., *The Economist’s* “The big carve-up” (May 15, 2021), at pp. 65-66, and *Le Monde’s* series *OpenLux: Enquête sur le Luxembourg, coffre-fort de l’Europe* by J. Baruch et al., February 8, 2021 (online)).

[99] Although it is a long standing principle in Canadian law that taxpayers may arrange their affairs to minimize their amount of tax payable (*Commissioners of Inland Revenue v. Duke of Westminster*, [1936] A.C. 1 (H.L.); *Canada Trustco Mortgage Co. v. Canada*, 2005 SCC 54, [2005] 2 S.C.R. 601, at para. 11), the freedom to do so is not without limits. Canada has acted to curb abusive international tax avoidance by enacting the general anti-avoidance rule (“GAAR”), which denies tax benefits when taxpayers engage in transactions that

se limite à déterminer si une opération constitue un abus de l’objet et de l’esprit des dispositions particulières invoquées par le contribuable, et ne consiste pas à réécrire les lois et les conventions fiscales pour empêcher le chalandage fiscal quand ces instruments ne le font pas clairement.

VI. Conclusion

[97] Pour ces motifs, je suis d’avis de rejeter le pourvoi. L’intimée a droit aux dépens afférents au présent pourvoi.

Version française des motifs du juge en chef Wagner et des juges Rowe et Martin rendus par

LES JUGES ROWE ET MARTIN (dissidents) —

I. Aperçu

[98] Les multinationales qui exploitent les lacunes et les disparités des règles fiscales internationales érodent les assiettes fiscales nationales et coûtent aux divers pays une somme estimée entre 100 et 240 milliards de dollars américains en pertes de revenus annuellement (Organisation de coopération et de développement économiques (« OCDE »), *Background Brief: Inclusive Framework on BEPS*, janvier 2017 (en ligne), p. 9). Par conséquent, l’évitement fiscal international agressif a fait l’objet d’une attention médiatique et politique croissante (voir, p. ex., l’article « The big carve-up », dans *The Economist* (15 mai 2021), p. 65-66, et la série de J. Baruch et autres, *OpenLux : Enquête sur le Luxembourg, coffre-fort de l’Europe*, publiée dans *Le Monde*, 8 février 2021 (en ligne)).

[99] Bien que le principe selon lequel les contribuables ont le droit d’organiser leurs affaires de façon à réduire au maximum l’impôt qu’ils doivent payer est reconnu depuis longtemps (*Commissioners of Inland Revenue c. Duke of Westminster*, [1936] A.C. 1 (H.L.); *Hypothèques Trustco Canada c. Canada*, 2005 CSC 54, [2005] 2 R.C.S. 601, par. 11), le droit de ce faire n’est pas illimité. Le Canada a pris des mesures pour freiner l’évitement fiscal international abusif en adoptant la règle générale anti-évitement (« RGAÉ ») qui supprime les avantages

conform with the text of the tax rules relied upon, but do not accord with their rationale. In introducing the GAAR in our tax legislation some 30 years ago, and in making it clear that it was applicable to abuses of tax treaties, Parliament made a policy choice by which it intended to fight harmful tax avoidance schemes that cross the line of legitimate tax planning and venture into the realm of abusive tax avoidance.

[100] Courts now have the responsibility to give proper effect to the intention of Parliament and ensure the GAAR plays a meaningful role in controlling avoidance transactions that technically comply with the provisions of a tax treaty but frustrate their underlying rationale. The interpretation exercise that is mandated in a GAAR analysis thus vests upon courts the unusual duty to look *beyond* the words of the applicable provisions to determine whether the transactions in question frustrate the underlying rationale of those provisions. Giving an interpretation confined to the black letter of these legislative provisions instead defeats Parliament's will and fails to fulfil the courts' role "to interpret and apply the Act as it was adopted by Parliament" (*Shell Canada Ltd. v. Canada*, [1999] 3 S.C.R. 622, at para. 45; see also *Canada Trustco*, at para. 13).

[101] Given that the GAAR can only find application where a taxpayer has complied with the strict requirements of a provision, absolute certainty cannot be achieved, nor was it intended. This is a legislative choice that Parliament made in order to strike a necessary balance between the uncertainty inherent in the GAAR and the fairness of the Canadian tax system as a whole achieved by defeating abusive tax avoidance schemes.

[102] Alta Energy Luxembourg S.A.R.L. ("Alta Luxembourg") is a Luxembourg corporation created so that shareholders of Alta Energy Partners, LLC ("Alta US"), who are residents neither of Canada nor of Luxembourg, could benefit from an exemption

fiscaux lorsque les contribuables s'adonnent à des opérations conformes à la lettre des règles fiscales invoquées, mais pas à leur raison d'être. En intégrant la RGAÉ à nos lois fiscales il y a quelque 30 ans, et en exprimant clairement que celle-ci s'appliquait pour contrer l'usage abusif des traités fiscaux, le Parlement a fait un choix de politique générale avec l'intention de lutter contre les stratagèmes nuisibles d'évitement fiscal qui franchissent la ligne de la planification fiscale légitime et relèvent davantage du domaine de l'évitement fiscal abusif.

[100] Les tribunaux ont maintenant la responsabilité de donner effet comme il se doit à l'intention du Parlement et de garantir que la RGAÉ joue un rôle véritable pour contrôler les opérations visant l'évitement qui sont conformes aux dispositions d'un traité fiscal sur le plan technique, mais qui contrecarrent leur raison d'être. Dans l'exercice d'interprétation que requière l'analyse fondée sur la RGAÉ, les tribunaux se voient donc confier l'obligation inhabituelle de regarder *au-delà* du libellé des dispositions applicables pour déterminer si les opérations en cause contrecarrent la raison d'être de ces dispositions. S'ils interprétaient ces dernières en se limitant à l'analyse de leur libellé, les tribunaux contreviendraient à la volonté du Parlement et ne s'acquitteraient pas de leur rôle « d'interpréter et d'appliquer la Loi telle qu'elle a été adoptée par le Parlement » (*Shell Canada Ltée c. Canada*, [1999] 3 R.C.S. 622, par. 45; voir aussi *Trustco Canada*, par. 13).

[101] Puisque la RGAÉ ne s'applique que lorsque les contribuables se conforment aux exigences strictes d'une disposition, il est impossible d'avoir une certitude absolue, et ce n'est d'ailleurs pas ce qui était voulu. Il s'agit d'un choix législatif qu'a fait le Parlement pour atteindre un équilibre nécessaire entre l'incertitude inhérente à l'application de la RGAÉ et l'équité du régime fiscal canadien dans son ensemble, et ce, en contrant les stratagèmes abusifs d'évitement fiscal.

[102] Alta Energy Luxembourg S.A.R.L. (« Alta Luxembourg ») est une société luxembourgeoise créée pour que les actionnaires d'Alta Energy Partners, LLC (« Alta US ») — qui ne sont résidents ni du Canada ni du Luxembourg — puissent

from Canadian income tax under the *Convention between the Government of Canada and the Government of the Grand Duchy of Luxembourg for the Avoidance of Double Taxation and the Prevention of Fiscal Evasion with Respect to Taxes on Income and on Capital*, Can. T.S. 2000 No. 22 (“Treaty”), with respect to liquidation of an investment in oil and gas properties. Despite being a mere conduit interposed in Luxembourg, Alta Luxembourg claimed a tax exemption for a capital gain of more than \$380 million. The issue in this case is whether this transaction constitutes abuse under the GAAR. In effect, does Alta Luxembourg get to claim this exemption and, thereby, pay no tax at all in Canada on a multimillion dollar profit made from property in Canada, even though it had no genuine connection to Luxembourg?

[103] We conclude that Alta Luxembourg’s claim for a tax benefit under the Treaty is the result of abusive avoidance transactions. In our respectful view, the courts below did not properly identify the rationale underlying the relevant provisions of the Treaty. They gave weight only to the text and failed to consider why the provisions were put in place. This is not the exercise mandated under the GAAR.

[104] The object, spirit or purpose of the relevant provisions of the Treaty is to assign taxing rights to the state with the closest economic connection to the taxpayer’s income. Article 13(4) allocates to Luxembourg the right to tax its residents’ indirect gains from immovable property situated in Canada used in a business. In such cases, Luxembourg is deemed to have the closer economic connection with the taxpayer’s income because the business activity, rather than the immovable property itself, drives the value of the property.

bénéficiaire d’une exonération à l’impôt sur le revenu du Canada en application de la *Convention entre le gouvernement du Canada et le gouvernement du Grand-Duché de Luxembourg en vue d’éviter les doubles impositions et de prévenir l’évasion fiscale en matière d’impôts sur le revenu et sur la fortune*, R.T. Can. 2000 n° 22 (« Convention »), relative à la liquidation d’un investissement dans des propriétés pétrolières et gazières. En dépit du fait qu’elle n’est qu’une simple société relais interposée au Luxembourg, Alta Luxembourg a demandé une exonération fiscale pour un gain en capital de plus de 380 millions de dollars. La question en l’espèce est de savoir si cette opération constitue un abus au sens de la RGAÉ. Autrement dit, concrètement, il s’agit de savoir si Alta Luxembourg peut se prévaloir de cette exonération et, de ce fait, ne payer aucun impôt au Canada sur un profit de plusieurs millions de dollars réalisé grâce à une propriété qui se trouve au Canada, et ce, même si elle n’avait aucun lien véritable avec le Luxembourg.

[103] Nous concluons que la réclamation par Alta Luxembourg d’un avantage fiscal découlant de la Convention résulte d’opérations d’évitement abusives. Selon nous, les tribunaux d’instances inférieures ont mal cerné la raison d’être des dispositions pertinentes de la Convention. Ils n’ont accordé de poids qu’au texte et ont omis de tenir compte de la raison pour laquelle les dispositions ont été adoptées. Tel n’est pas l’exercice auquel les tribunaux doivent s’adonner en application de la RGAÉ.

[104] L’objet ou l’esprit des dispositions pertinentes de la Convention consiste à conférer le droit d’imposer à l’État qui a les liens économiques les plus étroits avec les revenus des contribuables. Le paragraphe 13(4) confère au Luxembourg le droit d’imposer les gains indirects tirés par ses résidents de biens immobiliers situés au Canada et utilisés pour mener une activité commerciale. Dans de tels cas, le Luxembourg est réputé avoir le lien économique le plus étroit avec les revenus des contribuables parce que l’activité commerciale, plutôt que la propriété immobilière elle-même, est à l’origine de la valeur de la propriété.

[105] Here, a review of the factual matrix reveals that Alta Luxembourg utterly lacks a genuine economic connection with Luxembourg. Allowing it to benefit from art. 13(4) and (5) would frustrate the rationale of this provision and is thereby abusive. The common intention of Canada and Luxembourg in entering into a tax treaty could not have been to provide avenues for residents of third-party states to indirectly obtain benefits from Luxembourg's tax regime they could not obtain directly, despite the absence of genuine ties to that state. Accordingly, we would allow the appeal.

II. Background

[106] In June 2011, Alta Energy Partners Canada Ltd. ("Alta Canada") was incorporated under the laws of Alberta. It was a wholly owned subsidiary of Alta US, whose shareholders were foreign investors from the United States or other countries. Alta Canada carried on an unconventional shale oil business in Northern Alberta. The indirect owners of the shares of Alta Canada were advised by tax professionals that their current corporate structure was undesirable from a tax perspective — the capital gain resulting from the future disposition of the shares would be subject to Canadian taxes because the shares of Alta Canada were taxable Canadian property and Canada reserves the right to tax such capital gains under the *Convention Between Canada and the United States of America with Respect to Taxes on Income and on Capital* (enacted in law in Canada by the *Canada-United States Tax Convention Act, 1984*, S.C. 1984, c. 20, Sch. I; see ss. 2(3)(c) and 115(1)(b) of the *Income Tax Act*, R.S.C. 1985, c. 1 (5th Supp.) ("Act"). The advice highlighted the existence of a favourable exemption under other tax treaties that would lead to the non-taxation of the capital gain to be realized on the sale of the shares.

[107] In April 2012, Alta Luxembourg was formed under the laws of Luxembourg for the purpose of taking advantage of the Treaty. The shares of Alta

[105] En l'espèce, un examen du fondement factuel révèle qu'Alta Luxembourg n'a absolument aucun lien économique véritable avec le Luxembourg. Lui permettre de tirer avantage des par. 13(4) et (5) contrecarrerait la raison d'être de ces dispositions et serait donc abusif. Lorsqu'ils ont conclu un traité fiscal, le Canada et le Luxembourg n'ont pas pu avoir l'intention commune de fournir des avenues aux résidents de pays tiers pour qu'ils obtiennent indirectement des avantages du régime fiscal du Luxembourg qu'ils ne pouvaient obtenir directement, et ce, en dépit de l'absence de liens véritables avec cet État. En conséquence, nous sommes d'avis d'accueillir le pourvoi.

II. Les faits

[106] En juin 2011, Alta Energy Partners Canada Ltd. (« Alta Canada ») a été constituée conformément aux lois de l'Alberta. C'était une filiale en propriété exclusive d'Alta US, dont les actionnaires étaient des investisseurs étrangers provenant des États-Unis et d'ailleurs. Alta Canada exploitait une entreprise de pétrole de schiste non conventionnel au nord de l'Alberta. Les propriétaires indirects des actions d'Alta Canada ont été informés par des fiscalistes que leur structure d'entreprise du moment n'était pas avantageuse du point de vue fiscal — le gain en capital qui découlerait de la liquidation future des actions serait assujéti à l'impôt canadien parce que les actions d'Alta Canada étaient des biens canadiens imposables et que le Canada se réserve le droit d'imposer de tels gains en capital en vertu de la *Convention entre le Canada et les États-Unis d'Amérique en matière d'impôts sur le revenu et sur la fortune* (adopté au Canada par la *Loi de 1984 sur la Convention Canada-États-Unis en matière d'impôts*, S.C. 1984, c. 20, ann. I; voir les al. 2(3)(c) et 115(1)(b) de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, L.R.C. 1985, c. 1 (5^e suppl.) (« Loi »)). L'avis soulignait l'existence d'une exonération favorable prévue par d'autres traités fiscaux dont l'application aurait pour effet que le gain en capital réalisé lors de la vente des actions ne serait pas imposable.

[107] En avril 2012, Alta Luxembourg a été constituée conformément aux lois du Luxembourg dans le but de tirer avantage de la Convention. Les

Luxembourg were still indirectly controlled by shareholders of Alta US. Alta Luxembourg had no genuine connection to Luxembourg: it had no business activity in Luxembourg and it did not hold any other investment. The sole purpose for the incorporation was to avoid paying taxes in Canada on the sale of the shares of Alta Canada.

[108] On the same day, Alta US sold all its shares of Alta Canada to Alta Luxembourg. The investors had received a confirmation from the Luxembourg tax authorities that capital gains realized on the participation in Alta Canada would be exempt from Luxembourg tax. The result was to replace Alta US with Alta Luxembourg as shareholder of Alta Canada, but to keep the same persons effectively in control.

[109] In 2013, Alta Luxembourg sold the shares of Alta Canada for an amount of approximately \$680 million. The resulting capital gain was in excess of \$380 million. Alta Luxembourg then claimed an exemption from Canadian income tax under art. 13(5) of the Treaty.

[110] The Minister of National Revenue denied the exemption, partially on the basis that the GAAR operated to deny the benefit. Alta Luxembourg appealed the assessment. The Tax Court of Canada allowed Alta Luxembourg's appeal. It found that Alta Luxembourg could claim the exemption from Canadian income tax and that the GAAR did not prevent this entitlement (2018 TCC 152, [2019] 5 C.T.C. 2183). The Federal Court of Appeal agreed with the Tax Court (2020 FCA 43, [2020] 5 C.T.C. 193).

III. Analysis

A. *The Legal Framework Under the General Anti-Avoidance Rule*

[111] The GAAR, set out at s. 245 of the Act, is a tool to preserve the integrity of our tax system

actions d'Alta Luxembourg demeuraient indirectement contrôlées par les actionnaires d'Alta US. Alta Luxembourg n'avait aucun lien véritable avec le Luxembourg : elle n'y exerçait aucune activité commerciale et elle n'y détenait aucun autre investissement. La constitution de la société avait pour seul objectif d'éviter de payer des impôts au Canada sur la vente des actions d'Alta Canada.

[108] Le même jour, Alta US a vendu toutes ses actions d'Alta Canada à Alta Luxembourg. Les investisseurs avaient reçu la confirmation des autorités fiscales luxembourgeoises que le gain en capital réalisé en lien avec Alta Canada serait exempté d'impôt suivant les règles fiscales du Luxembourg. Par suite de cette restructuration, Alta US a été remplacée par Alta Luxembourg en tant qu'actionnaire d'Alta Canada; cela dit, dans les faits, les mêmes personnes ont continué à en exercer le contrôle.

[109] En 2013, Alta Luxembourg a vendu les actions d'Alta Canada pour environ 680 millions de dollars. Le gain en capital qui en a découlé excédait 380 millions de dollars. Alta Luxembourg a alors souhaité se prévaloir d'une exonération à l'impôt sur le revenu canadien en application du par. 13(5) de la Convention.

[110] La ministre du Revenu national a refusé l'exonération, se fondant en partie sur le fait que la RGAÉ a pour effet de supprimer cet avantage. Alta Luxembourg a interjeté appel de la cotisation. La Cour canadienne de l'impôt a accueilli l'appel d'Alta Luxembourg. Elle a conclu que cette dernière pouvait réclamer l'exonération à l'impôt canadien sur le revenu et que la RGAÉ ne la privait pas de ce droit (2018 CCI 152). La Cour d'appel fédérale s'est dite d'accord avec la Cour canadienne de l'impôt (2020 CAF 43).

III. Analyse

A. *Le cadre juridique applicable à la règle générale anti-évitement*

[111] La RGAÉ, énoncée à l'art. 245 de la Loi, est un outil, servant à préserver l'intégrité de notre

which seeks to respond to “the need to prevent further erosion of tax revenues through purely tax-motivated strategies” (J. Sasseville, “Implementation of the General Anti-Avoidance Rule”, in Corporate Management Tax Conference, *Income Tax Enforcement, Compliance, and Administration* (1988), 4:1, at p. 4:2). Indeed, an unbridled application of the *Duke of Westminster* principle providing that a taxpayer may arrange their affairs to minimize their tax burden “can mislead taxpayers into believing that tax plans that merely comply with the technical provisions of the Act are acceptable” (V. Krishna, *Income Tax Law* (2nd ed. 2012), at p. 473).

[112] Establishing the line between legitimate tax planning and abusive tax avoidance is a complex balancing exercise. Parliament drew that line by enacting the GAAR — “the apex of all anti-avoidance measures” (Krishna (2012), at p. 470). Section 245, which sets out the GAAR reads, in part:

(2) Where a transaction is an avoidance transaction, the tax consequences to a person shall be determined as is reasonable in the circumstances in order to deny a tax benefit that, but for this section, would result, directly or indirectly, from that transaction or from a series of transactions that includes that transaction.

...

(4) Subsection (2) applies to a transaction only if it may reasonably be considered that the transaction

(a) would, if this Act were read without reference to this section, result directly or indirectly in a misuse of the provisions of any one or more of

...

(iv) a tax treaty ... or

...

régime fiscal, qui vise à [TRADUCTION] « répondre au besoin de prévenir l'érosion supplémentaire des revenus fiscaux qui découle de stratégies motivées exclusivement par des préoccupations fiscales » (J. Sasseville, « Implementation of the General Anti-Avoidance Rule », dans Corporate Management Tax Conference, *Income Tax Enforcement, Compliance, and Administration* (1988), 4:1, p. 4:2). En effet, une application débridée du principe énoncé dans la décision *Duke of Westminster*, selon lequel les contribuables ont le droit d'organiser leurs affaires de façon à réduire au maximum l'impôt qu'ils doivent payer, [TRADUCTION] « peut induire les contribuables en erreur et leur faire croire que les stratégies fiscales qui ne font que se conformer aux dispositions techniques de la Loi sont acceptables » (V. Krishna, *Income Tax Law* (2^e éd. 2012), p. 473).

[112] Tracer la ligne entre la planification fiscale légitime et l'évitement fiscal abusif est un exercice de mise en balance complexe. Le Parlement a tracé cette ligne en édictant la RGAÉ — [TRADUCTION] « le summum de toutes les mesures anti-évitement » (Krishna (2012), p. 470). L'article 245 de la Loi, qui énonce la RGAÉ, se lit en partie comme suit :

(2) 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 un avantage fiscal qui, sans le présent article, découlerait, directement ou indirectement, de cette opération ou d'une série d'opérations dont cette opération fait partie.

...

(4) Le paragraphe (2) ne s'applique qu'à l'opération dont il est raisonnable de considérer, selon le cas :

a) qu'elle entraînerait, directement ou indirectement, s'il n'était pas tenu compte du présent article, un abus dans l'application des dispositions d'un ou de plusieurs des textes suivants :

...

(iv) un traité fiscal,

...

(b) would result directly or indirectly in an abuse having regard to those provisions, other than this section, read as a whole.

[113] There are three requirements for the GAAR to apply and to deny tax benefits: (1) there must be a *tax benefit*; (2) the transaction giving rise to the tax benefit must be an *avoidance transaction* under s. 245(3), “in the sense that it cannot be said to have been reasonably undertaken or arranged primarily for a *bona fide* purpose other than to obtain a tax benefit”; and (3) the avoidance transaction must result in a *misuse or abuse* of the Act or a tax treaty, “in the sense that it cannot be reasonably concluded that a tax benefit would be consistent with the object, spirit or purpose of the provisions relied upon by the taxpayer” (*Canada Trustco*, at para. 66(1.); s. 245(3) of the Act). Thus, where there is a tax benefit and an avoidance transaction, the application of the GAAR to deny the tax benefit will only be avoided “if it may be reasonable to consider that it did not result from abusive tax avoidance under s. 245(4)” (para. 35, see also Department of Finance, *Explanatory Notes to Legislation Relating to Income Tax* (1988), at p. 464). The terms “misuse” and “abuse” are not defined in the Act. As such, courts had to ascertain the appropriate test for determining whether abusive tax avoidance had taken place.

(1) Determining Whether There Has Been Abuse Under the GAAR

[114] The third requirement of the GAAR is subdivided into two steps. The first is to determine the object, spirit or purpose of the provisions giving rise to the tax benefit; the second is to determine whether the transaction frustrates that purpose (*Canada Trustco*, at para. 44).

[115] First, the court must identify the “object, spirit or purpose of the provisions of the *Income Tax Act* that are relied on for the tax benefit, having regard to the scheme of the Act, the relevant provisions and permissible extrinsic aids” (*Canada*

b) qu’elle entraînerait, directement ou indirectement, un abus dans l’application de ces dispositions compte non tenu du présent article lues dans leur ensemble.

[113] La RGAÉ s’applique et les avantages fiscaux peuvent être refusés s’il est satisfait à trois conditions : (1) il doit exister un *avantage fiscal*; (2) l’opération qui donne lieu à l’avantage fiscal doit être une *opération d’évitement* aux termes du par. 245(3), « en ce sens qu’il n’est pas raisonnable d’affirmer qu’elle est principalement effectuée pour un objet véritable — l’obtention d’un avantage fiscal n’étant pas considérée comme un objet véritable »; (3) l’opération d’évitement doit entraîner un *recours abusif* à la Loi ou à un traité fiscal *ou un abus* de l’un de ceux-ci, « en ce sens qu’il n’est pas raisonnable de conclure qu’un avantage fiscal serait conforme à l’objet ou à l’esprit des dispositions invoquées par le[s] contribuable[s] » (*Trustco Canada*, par. 66(1.); par. 245(3) de la Loi). Ainsi, en présence d’un avantage fiscal et d’une opération d’évitement, l’application de la RGAÉ pour refuser l’avantage fiscal ne sera évitée que s’il « est raisonnable de considérer qu’il ne découle pas d’un évitement fiscal abusif au sens du par. 245(4) » (par. 35, voir aussi ministère des Finances, *Notes explicatives sur le projet de loi concernant l’impôt sur le revenu* (1988), p. 495-496). Les termes « recours abusif » et « abus » ne sont pas définis dans la Loi. Les tribunaux ont donc dû établir le test approprié pour déterminer s’il y a eu évitement fiscal abusif.

(1) Déterminer s’il y a eu abus au sens de la RGAÉ

[114] La troisième condition à laquelle il faut satisfaire pour que la RGAÉ s’applique est subdivisée en deux étapes. La première consiste à cerner l’objet ou l’esprit des dispositions qui confère l’avantage fiscal; la deuxième appelle à décider si l’opération contrecarre cet objet (*Trustco Canada*, par. 44).

[115] Premièrement, le tribunal doit cerner « l’objet ou l’esprit des dispositions de la *Loi de l’impôt sur le revenu* qui sont invoquées pour obtenir l’avantage fiscal, eu égard à l’économie de la Loi, aux dispositions pertinentes et aux moyens extrinsèques

Trustco, at para. 55). As Justice Rothstein emphasized in *Copthorne Holdings Ltd. v. Canada*, 2011 SCC 63, [2011] 3 S.C.R. 721, Parliament, in enacting the GAAR, has conferred an “unusual duty” on the courts to look *beyond* the words of the statute to ascertain the object, spirit or purpose of the provisions at issue (para. 66). Even if the taxpayer complies with the text of the provisions of the Act or tax treaty, courts must determine whether the taxpayer’s transactions are in accord with the rationale of the provisions relied upon (*Copthorne*, at para. 66; Krishna (2012), at p. 486).

[116] Although the GAAR analysis involves a textual, contextual, and purposive analysis, the inquiry differs from traditional statutory interpretation. Whereas the object of traditional statutory interpretation is to “determine what the words of the statute mean”, the GAAR analysis is a “search . . . for the rationale that underlies the words that may not be captured by the bare meaning of the words themselves” (*Copthorne*, at para. 70). The question under the GAAR is not whether the taxpayer can claim a tax benefit, but rather “why the benefit was conferred” (*Canada Trustco*, at para. 66(4.)). Thus, a traditional statutory interpretation “is constrained by the text of the relevant provisions in a way that a GAAR analysis is not” (D. G. Duff, “The Interpretive Exercise Under the General Anti-Avoidance Rule”, in B. J. Arnold, ed., *The General Anti-Avoidance Rule — Past, Present, and Future* (2021), 383, at p. 406). This follows by necessary implication. To determine whether a taxpayer can claim a tax benefit in the first place, the provisions of the Act must be interpreted applying the traditional textual, contextual and purposive approach. And, in any GAAR case, “the text of the provisions at issue will not literally preclude a tax benefit the taxpayer seeks by entering into the transaction or series” (*Copthorne*, at para. 88). If the GAAR simply replicated the statutory interpretation exercise, it would be meaningless. This difference in the methodology of interpretation is pivotal to giving proper effect to the GAAR.

admissibles » (*Trustco Canada*, par. 55). Comme le juge Rothstein l’a souligné dans l’arrêt *Copthorne Holdings Ltd. c. Canada*, 2011 CSC 63, [2011] 3 R.C.S. 721, le Parlement, en adoptant la RGAÉ, a confié aux tribunaux la « tâche inhabituelle » d’aller *au-delà* du texte de la loi pour déterminer l’objet ou l’esprit des dispositions en cause (par. 66). Même si les contribuables respectent la lettre des dispositions de la loi ou du traité fiscal, les tribunaux doivent décider si leurs opérations sont compatibles avec la raison d’être des dispositions qu’ils invoquent (*Copthorne*, par. 66; Krishna (2012), p. 486).

[116] Même si l’analyse fondée sur la RGAÉ est textuelle, contextuelle et téléologique, l’exercice diffère de l’interprétation législative classique. Là où l’objet de cette dernière consiste à « établir le sens du texte de la loi », l’analyse fondée sur la RGAÉ vise à « [rechercher la] raison d’être de la disposition [qui] peut ne pas ressortir de la seule signification des mots eux-mêmes » (*Copthorne*, par. 70). Lorsqu’il s’agit d’appliquer la RGAÉ, la question n’est pas de savoir si les contribuables peuvent se prévaloir de l’avantage fiscal, mais plutôt de savoir « pourquoi l’avantage a été conféré » (*Trustco Canada*, par. 66(4.)). En conséquence, une interprétation législative classique [TRADUCTION] « est restreinte par le libellé des dispositions pertinentes, contrairement à l’analyse fondée sur la RGAÉ qui ne l’est pas » (D. G. Duff, « The Interpretive Exercise Under the General Anti-Avoidance Rule », dans B. J. Arnold, dir., *The General Anti-Avoidance Rule — Past, Present and Future* (2021), 383, p. 406). Il en est ainsi par inférence nécessaire. Pour décider, en premier lieu, si les contribuables peuvent se prévaloir d’un avantage fiscal, les dispositions de la Loi doivent être interprétées au moyen de l’approche classique textuelle, contextuelle et téléologique. En outre, dans tous les cas visés par la RGAÉ, « la disposition visée n’interdit pas littéralement l’avantage fiscal que le contribuable tente d’obtenir au moyen de l’opération ou de la série d’opérations » (*Copthorne*, par. 88). Si la RGAÉ se contentait de reproduire l’exercice d’interprétation législative, elle n’aurait aucun sens. Cette différence de méthodologie dans l’interprétation est cruciale pour donner l’effet qu’il convient de lui donner à la RGAÉ.

[117] Similarly, in determining the meaning of tax treaties, art. 31 of the *Vienna Convention on the Law of Treaties*, Can. T.S. 1980 No. 37, requires the terms of a treaty to be interpreted in light of their context and in light of the treaty's object and purpose. The GAAR directs courts to go behind this meaning and to identify the rationale underlying the relevant provision of the treaty.

[118] Once the court has identified the rationale underlying the relevant provisions, the second step of the abuse analysis is “to determine whether the avoidance transaction defeated or frustrated the object, spirit or purpose of the provisions in issue” (*Canada Trustco*, at para. 55). There will be a finding of abuse: “. . . (1) where the transaction achieves an outcome the statutory provision was intended to prevent; (2) where the transaction defeats the underlying rationale of the provision; or (3) where the transaction circumvents the provision in a manner that frustrates or defeats its object, spirit or purpose . . .” (*Copthorne*, at para. 72). These considerations “are not independent of one another and may overlap” (*ibid.*). The abusive nature of the transaction “must be clear” (*Canada Trustco*, at para. 62).

[119] In summary, the GAAR will not apply “to deny the tax benefit[t] that results from these transactions as long as they are carried out within the object and spirit of the provisions of the Act read as a whole” (Krishna (2012), at p. 486, quoting Department of Finance (1988), at p. 464). The same rule would undoubtedly apply to tax benefits arising under the Treaty. However, the GAAR applies when the taxpayer carries out transactions to obtain a tax benefit not intended by specific provisions of the Act or treaty read as a whole. In such cases, the GAAR “will override other provisions of the Act [or tax treaties] since, otherwise, its object and purpose would be defeated” (p. 489, quoting Department of Finance (1988), at p. 465).

(2) Certainty, Predictability and Fairness

[120] To the extent that the GAAR is only invoked where there will be compliance with the

[117] De même, pour décider du sens des traités fiscaux, l'art. 31 de la *Convention de Vienne sur le droit des traités*, R.T. Can. 1980 n° 37, exige que les termes d'un traité soient interprétés dans leur contexte et à la lumière de son objet et de son but. La RGAÉ exige des tribunaux qu'ils aillent au-delà de cette signification et qu'ils cernent la raison d'être de la disposition pertinente du traité.

[118] Une fois que le tribunal a cerné la raison d'être des dispositions pertinentes, la seconde étape de l'analyse relative à l'abus consiste à « déterminer si l'opération d'évitement contrecarrait l'objet ou l'esprit des dispositions en cause » (*Trustco Canada*, par. 55). Il conclut à l'abus : « . . . lorsque l'opération (1) produit un résultat que la disposition législative vise à empêcher, (2) va à l'encontre de la raison d'être de la disposition ou (3) contourne l'application de la disposition de manière à contrecarrer son objet ou son esprit . . . » (*Copthorne*, par. 72). Ces considérations « ne jouent pas indépendamment les unes des autres, et elles peuvent se chevaucher » (*ibid.*). Le caractère abusif de l'opération « doit être manifest[e] » (*Trustco Canada*, par. 62).

[119] En résumé, la RGAÉ ne s'applique pas pour « refuser [l']avantage[e] fisca[l] découlant de ces opérations dans la mesure où elles sont effectuées conformément à l'objet ou à l'esprit des dispositions de la Loi lue dans son ensemble » (Krishna (2012), p. 486, citant le ministère des Finances (1988), p. 496). La même règle s'applique sans aucun doute à des avantages fiscaux découlant de la Convention. Cependant, la RGAÉ s'applique lorsque les contribuables s'adonnent à des opérations pour obtenir un avantage fiscal que n'étaient pas censées procurer des dispositions précises de la Loi ou du traité lus dans leur ensemble. Dans de tels cas, la RGAÉ « primera les autres dispositions de la Loi [ou de traités fiscaux] puisque autrement [son] objet et [son] esprit [. . .] seraient battus en brèche » (p. 489, citant le ministère des Finances (1988), p. 496).

(2) Certitude, prévisibilité et équité

[120] Dans la mesure où la RGAÉ n'est invoquée que lorsqu'il a été satisfait aux exigences suivant

requirements on a literal reading of a provision, the GAAR, by nature, gives rise to an “unavoidable degree of uncertainty for taxpayers” (*Copthorne*, at para. 123). Allowing the GAAR to create this uncertainty was a deliberate choice that Parliament made when it enacted a provision that can defeat tax avoidance schemes that exploit Canada’s legislation and treaties. The Act contains numerous anti-avoidance provisions that target specific factual scenarios. Inventive tax planners may successfully avoid these provisions by using structured transactions, but those transactions may still constitute abusive tax avoidance. The GAAR was designed to act as the final, catch-all provision which can be applied where no specific anti-avoidance provision applies, exists or was circumvented. It is a “provision of last resort” (*Canada Trustco*, at para. 21).

[121] Absolute certainty under the GAAR does not exist. Parliament has made a tax policy choice in order to balance the principles of certainty and predictability with another principle that is as fundamental to our tax system — the principle of fairness (*Lipson v. Canada*, 2009 SCC 1, [2009] 1 S.C.R. 3, at para. 52). The GAAR “is designed, in the complex context of the [Act], to restrain abusive tax avoidance and to make sure that the fairness of the tax system is preserved” (*ibid.*). Sophisticated taxpayers who can afford tax professionals have access to planning strategies that lower or eliminate their tax burden through what may cross the line into abusive tax avoidance territory. Not applying the GAAR to those abusive schemes is deeply unfair not solely because only this select group of taxpayers may have access to such professionals, but also because the tax burden avoided by the select group falls back on the taxpayers who do not, for instance through higher tax rates (D. A. Dodge, “A New and More Coherent Approach to Tax Avoidance” (1988), 36 *Can. Tax J.* 1, at pp. 4, 8 and 9).

le sens littéral d’une disposition, de par sa nature, elle soumet « les contribuables à une incertitude inévitable » (*Copthorne*, par. 123). Le fait que la RGAÉ crée cette incertitude est le fruit d’un choix délibéré qu’a fait le Parlement lorsqu’il a adopté une disposition qui peut faire obstacle à des stratégies d’évitement fiscal qui exploitent les lois du Canada et les traités auxquels il a adhéré. La Loi contient de nombreuses dispositions anti-évitement qui visent des scénarios factuels précis. Des fiscalistes inventifs peuvent esquiver ces dispositions avec succès au moyen d’opérations structurées, mais ces opérations peuvent constituer malgré tout un évitement fiscal abusif. La RGAÉ a été conçue pour servir de disposition à invoquer en dernier ressort, et qui ne peut s’appliquer que lorsqu’aucune disposition anti-évitement spécifique ne s’applique ou n’existe, ou lorsqu’une mesure existante a été contournée. Il s’agit d’une « mesure de dernier recours » (*Trustco Canada*, par. 21).

[121] Lorsque la RGAÉ s’applique, il n’existe pas de certitude absolue. Le Parlement a fait un choix de politique générale en matière fiscale de manière à mettre en balance les principes de certitude et de prévisibilité avec un autre principe tout aussi fondamental dans notre régime fiscal, soit le principe de l’équité (*Lipson c. Canada*, 2009 CSC 1, [2009] 1 R.C.S. 3, par. 52). La RGAÉ, « [d]ans le cadre complexe de la [Loi], [. . .] vise à empêcher l’évitement fiscal abusif et à préserver l’équité du régime fiscal » (*ibid.*). Des contribuables renseignés qui peuvent se payer les services de fiscalistes ont accès à des stratégies de planification qui diminuent ou éliminent leur fardeau fiscal et qui peuvent entrer dans le champ de l’évitement fiscal abusif. Il serait profondément injuste de ne pas appliquer la RGAÉ à ces stratégies, non seulement parce que seul ce groupe restreint de contribuables peut avoir accès à de tels professionnels, mais aussi parce que le fardeau fiscal que n’assume pas ce groupe retombe sur les contribuables qui n’y ont pas accès, par exemple en étant assujettis à des taux d’imposition plus élevés (D. A. Dodge, « A New and More Coherent Approach to Tax Avoidance » (1988), 36 *Rev. fisc. can.* 1, p. 4, 8 et 9).

[122] Professor J. Li underscores this essential balancing role the GAAR plays in our tax system, as recognized in our jurisprudence:

As the Supreme Court noted in *Canada Trustco*, the preservation of “certainty, predictability and fairness” for individual taxpayers is considered a “basic tenet of tax law” [at para. 61]. On the other hand, the GAAR requires the balancing of this set of policy concerns against the concern for protection of the tax base and the fairness of the tax system as a whole.

... the GAAR cases generally involve situations that do not concern the majority of taxpayers, and the transactions are well planned and executed on the basis of professional tax advice. Therefore, the requirement of certainty does not ring true in GAAR cases. [Emphasis added; footnotes omitted.]

(“‘Economic Substance’: Drawing the Line Between Legitimate Tax Minimization and Abusive Tax Avoidance” (2006), 54 *Can. Tax J.* 23, at p. 40)

[123] Consequently, a finding that the GAAR applies to deny the tax benefits conferred by clear provisions where avoidance transactions defeat their underlying rationale does not run counter to the principles of certainty, predictability and fairness. The application of the GAAR in these circumstances upholds the balance Parliament sought to strike between those principles and gives effect to its intent to curb abusive tax avoidance (Department of Finance (1988), at p. 461, cited in *Canada Trustco*, at para. 15).

[124] This is the view that the majority upheld in *Lipson*. In that case, the dissenting judges were of the view that the *Duke of Westminster* principle should prevail over the GAAR on the basis that, if not contained, the GAAR was a “weapon” that “could have a widespread, serious and unpredictable effect on legitimate tax planning” (para. 55). Justice LeBel, for the majority, found that this approach “essentially gut[ted] the GAAR and rea[d] it out of the [Act] under the guise of an exercise in legal interpretation” (para. 52). Overemphasizing the principles of certainty and predictability to the detriment of that

[122] La professeure J. Li souligne ce rôle de mise en balance essentiel que joue la RGAÉ dans notre régime fiscal, comme l’a reconnu notre jurisprudence :

[TRADUCTION] Comme la Cour suprême l’a noté dans l’arrêt *Trustco Canada*, le maintien de « la certitude, [de] la prévisibilité et [de] l’équité » pour les contribuables est considéré comme un « précepte fondamental du droit fiscal » [par. 61]. Cela dit, la RGAÉ exige de mettre cet ensemble de préoccupations de politique générale en balance avec le souci de protéger l’assiette fiscale ainsi que l’équité du régime fiscal dans son ensemble.

... les causes où il est question de la RGAÉ ont généralement trait à des situations qui ne concernent pas la majorité des contribuables, et les opérations sont bien planifiées et mises en œuvre sur le fondement de l’avis de fiscalistes. L’exigence de certitude ne trouve pas de résonance dans les cas faisant intervenir la RGAÉ. [Nous soulignons; notes en bas de page omises.]

(« “Economic Substance” : Drawing the Line Between Legitimate Tax Minimization and Abusive Tax Avoidance » (2006), 54 *Rev. fisc. can.* 23, p. 40)

[123] En conséquence, la conclusion que la RGAÉ s’applique pour refuser des avantages fiscaux conférés par des dispositions claires lorsque des opérations d’évitement contrecarrent leur raison d’être ne fait pas obstacle aux principes de certitude, de prévisibilité et d’équité. L’application de la RGAÉ dans ces circonstances maintient l’équilibre que le Parlement cherchait à atteindre entre ces principes et donne effet à son intention de lutter contre l’évitement fiscal abusif (Ministère des Finances (1988), p. 492, cité dans *Trustco Canada*, par. 15).

[124] C’est le point de vue qu’ont retenu les juges majoritaires dans l’arrêt *Lipson*. Dans cette cause, les juges dissidents étaient d’avis que le principe énoncé dans la décision *Duke of Westminster* devait primer sur la RGAÉ parce que cette dernière, si son application n’était pas balisée, constituerait une « arme susceptible d’avoir un effet considérable, sérieux et imprévisible sur la planification fiscale légitime » (par. 55). Au nom des juges majoritaires, le juge LeBel a conclu que cette approche « neutralise essentiellement la RGAÉ et en fait abstraction dans la [Loi], et ce, sous couvert d’interprétation

of fairness is contrary to Parliament's will. In the words of LeBel J., the "desire to avoid uncertainty cannot justify ignoring a provision of the [Act] that is clearly intended to apply to transactions that would otherwise be valid on their face" (*ibid.*). Courts have the obligation to animate all parts of Parliament's legislation, including s. 245 of the Act.

(3) The Application of the GAAR to Bilateral Tax Conventions

[125] Following the introduction of s. 245 of the Act, the question of whether this provision applied to tax treaties gave rise to much debate among commentators and scholars (W. I. Innes, P. J. Boyle and J. A. Nitikman, *The Essential GAAR Manual: Policies, Principles and Procedures* (2006), at p. 198-204). This debate is now settled.

[126] As Bowman J. (as he then was) had opined in *RMM Canadian Enterprises Inc. v. R.*, [1998] 1 C.T.C. 2300, at paras. 52-54 and 56, quoting *McNichol v. The Queen* (1997), 97 D.T.C. 111, at pp. 120-21, the Minister could use the GAAR to deny tax benefits arising from the exploitation of Canada's tax treaties. Parliament later confirmed that s. 245 applied to tax treaty benefits when it enacted s. 245(4)(a)(iv) of the Act in the *Budget Implementation Act, 2004, No. 2*, S.C. 2005, c. 19, s. 52(2). It also enacted s. 4.1 of the *Income Tax Conventions Interpretation Act*, R.S.C. 1985, c. I-4 ("ITCIA"), which provides that "[n]otwithstanding the provisions of a convention . . . it is hereby declared . . . that section 245 of the [Act] applies to any benefit provided under the convention." And, in the event of inconsistency between the Treaty and the *ITCIA*, the provisions of that act prevail (*Income Tax Conventions Implementation Act, 1999*, S.C. 2000, c. 11, s. 51(2)). The courts are bound to give effect to Parliament's legislative efforts to clearly communicate its intent to curb tax avoidance arising from an improper use of some of Canada's tax treaties through the application of the GAAR. The result is that "tax

législative » (par. 52). Donner trop de poids aux principes de certitude et de prévisibilité au détriment de celui d'équité ne respecterait pas la volonté du Parlement. Comme l'a affirmé le juge LeBel, la « volonté d'éviter l'incertitude ne saurait justifier que l'on fasse abstraction d'une disposition de la [Loi] à laquelle le législateur a clairement voulu assujettir des opérations qui sont par ailleurs valables à première vue » (*ibid.*). Les tribunaux ont l'obligation de donner vie à toutes les portions des mesures législatives adoptées par le Parlement, y compris l'art. 245 de la Loi.

(3) L'application de la RGAÉ aux conventions fiscales bilatérales

[125] Après l'adoption de l'art. 245 de la Loi, la question de savoir si cette disposition s'appliquait aux traités fiscaux a suscité de nombreux débats parmi les commentateurs et les universitaires (W. I. Innes, P. J. Boyle et J. A. Nitikman, *The Essential GAAR Manual : Policies, Principles and Procedures* (2006), p. 198-204). Le débat est maintenant clos.

[126] Comme le juge Bowman (plus tard juge en chef) l'a exprimé dans la décision *RMM Canadian Enterprises Inc. c. Canada*, [1997] A.C.I. n° 302 (QL), par. 52-54 et 56, citant *McNichol c. Canada*, [1997] A.C.I. n° 5 (QL), par. 21-25, le ministre pouvait se prévaloir de la RGAÉ pour refuser des avantages fiscaux découlant de l'exploitation des traités fiscaux conclus par le Canada. Ultérieurement, le Parlement a confirmé que l'art. 245 s'applique aux avantages conférés par les traités fiscaux lorsqu'il a adopté le sous-al. 245(4)a)(iv) de la Loi dans la *Loi n° 2 d'exécution du budget 2004*, L.C. 2005, c. 19, par. 52(2). Il a aussi adopté l'art. 4.1 de la *Loi sur l'interprétation des conventions en matière d'impôts sur le revenu*, L.R.C. 1985, c. I-4 (« *LICIR* »), qui prévoit que « [m]algré toute convention [. . .] l'article 245 de la [Loi] s'applique à tout avantage prévu par la convention ». En outre, advenant une incompatibilité entre la Convention et la *LICIR*, ce sont les dispositions de cette dernière qui l'emportent (*Loi de 1999 pour la mise en œuvre de conventions fiscales*, L.C. 2000, c. 11, par. 51(2)). Les tribunaux sont tenus en appliquant la RGAÉ de donner effet aux efforts législatifs du Parlement pour communiquer

treaties must be interpreted in the same manner as domestic legislation when analyzing potentially abusive avoidance transactions” (*MIL (Investments) S.A. v. R.*, 2006 TCC 460, [2006] 5 C.T.C. 2552 (“*MIL (TCC)*”), at para. 28). Contrary to our colleague Côté J.’s suggestion, this is not an impermissible extension of the GAAR. If there were any doubts about the application of the GAAR to tax treaties, they were unequivocally resolved when Parliament amended the Act in 2005 (see Standing Senate Committee on National Finance, *Proceedings of the Standing Senate Committee on National Finance*, Nos. 19 and 20, 1st Sess., 38th Parl., April 20 and May 2, 2005, at pp. 19:16-17, 19:22, and 19:26-27).

[127] Therefore, although this Court’s pronouncements on the GAAR were made in the context of alleged abuses of the Act, there is no dispute that the GAAR also applies to avoidance transactions that abuse or misuse tax treaties.

[128] The backdrop against which this amendment was brought provides insight. It followed a report by the Auditor General of Canada on what was then the Canada Customs and Revenue Agency (“CCRA”), in which it identified a number of tax avoidance schemes that exploited some of Canada’s tax treaties. In discussing the tax treaty Canada concluded with Barbados, the Auditor General observed the following:

During our review of non-resident files, we noted that the Agency has discovered a number of schemes developed to exploit the Canada-Barbados Income Tax Agreement. Canada usually signs tax treaties to avoid double taxation. Barbados does not tax capital gains. However, the Agreement allows a resident of Barbados to claim a Canadian tax exemption on a capital gain that would otherwise be subject to Canadian tax. The Agency is currently reviewing transactions that move capital gains from Canada to Barbados. [Emphasis added.]

clairement son intention de lutter contre l’évitement fiscal qui découle du recours inapproprié à certains des traités fiscaux conclus par le Canada. Ainsi, « les conventions fiscales doivent être interprétées de la même façon que les lois nationales lors de l’analyse des opérations d’évitement qui pourraient être abusives » (*MIL (Investments) S.A. c. R.*, 2006 CCI 460 (« *MIL (CCI)* »), par. 31 (CanLII)). Contrairement à ce que suggère notre collègue la juge Côté, cela ne revient pas à donner une portée indûment large à la RGAÉ. S’il y avait des doutes quant à l’application de cette règle aux traités fiscaux, ils ont été dissipés sans équivoque lorsque le Parlement a modifié la Loi en 2005 (voir Comité sénatorial permanent des Finances nationales, *Délibérations du Comité sénatorial permanent des Finances nationales*, n^{os} 19 et 20, 1^{re} sess., 38^e lég., 20 avril et 2 mai 2005, p. 19:16-17, 19:22 et 19:26-27).

[127] Ainsi, bien que la Cour se soit prononcée sur la RGAÉ dans le contexte d’abus allégués de la Loi, il est indéniable que cette règle s’applique aussi aux opérations d’évitement qui constituent un abus ou un usage abusif de traités fiscaux.

[128] Le contexte dans lequel la modification a été apportée est révélateur. Elle faisait suite à un rapport de la vérificatrice générale du Canada sur ce qui était alors l’Agence des douanes et du revenu du Canada (« ADRC »), dans lequel la vérificatrice avait recensé un grand nombre de stratégies d’évitement fiscal qui exploitaient certains des traités fiscaux conclus par le Canada. Au sujet du traité fiscal conclu avec la Barbade, la vérificatrice générale a formulé la remarque suivante :

Au cours de notre examen de dossiers de non-résidents, nous avons remarqué que l’Agence avait découvert un certain nombre de stratagèmes conçus pour exploiter l’Accord Canada-Barbade en matière d’impôt sur le revenu. Le Canada conclut habituellement des conventions fiscales en vue d’éviter la double imposition. La Barbade n’impose pas les gains en capital. Cependant, l’Accord permet au résident de la Barbade de demander une exemption de l’impôt du Canada sur des gains en capital qui seraient autrement assujettis à l’impôt du Canada. L’Agence examine actuellement des opérations par lesquelles des gains en capital gagnés au Canada sont réputés être un revenu gagné à la Barbade. [Nous soulignons.]

(Office of the Auditor General, *Report of the Auditor General of Canada to the House of Commons — Chapter 7 — Canada Customs and Revenue Agency, International Tax Administration: Non-Residents Subject to Canadian Income Tax* (2001), at para. 7.85)

[129] One of the schemes given as an example of an exploitation of Canada’s tax treaties is strikingly similar to the facts of the present case: a non-resident company held shares of a Canadian company, the proceeds of the sale of which shares would be taxable in Canada. The non-resident company shifted its residence to Barbados and claimed a Canadian tax exemption on the capital gain provided under the treaty between Canada and Barbados (para. 7.89).

[130] The Auditor General recommended that the CCRA “continue to be vigilant in ensuring that tax treaties are not used inappropriately to reduce Canadian tax and, if necessary, should seek legislative or treaty changes to protect Canada’s tax base” (para. 7.91 (emphasis added)). Parliament opted to make clear that the GAAR would be its preferred tool to curb tax avoidance arising from an improper use of Canada’s tax treaties.

B. Application

[131] We now turn to applying the principles laid out above to the facts of this case. Since the first two steps of the GAAR framework are not at issue, we will focus solely on the abuse analysis.

(1) Object, Spirit or Purpose of Articles 1, 4 and 13 of the Treaty

[132] The Crown submits that, with respect to “shares which derive their value principally from immovable property used in a company’s business”, the rationale underlying the relevant provisions of the Treaty is to allocate taxing rights to the state of residence, as the economic connection to the

(Bureau du vérificateur général, *Rapport de la vérificatrice générale du Canada à la Chambre des Communes — Chapitre 7 — Agence des douanes et du revenu du Canada, L’administration de l’impôt international : les non-résidents assujettis à l’impôt sur le revenu du Canada* (2001), par. 7.85)

[129] Un des stratagèmes donnés comme exemple de l’exploitation de traités fiscaux conclus par le Canada est étonnamment similaire aux faits de la présente cause : une société non résidente détenait des actions d’une société canadienne dont le produit de la vente serait imposable au Canada. La société non résidente a transféré sa résidence à la Barbade et a demandé une exonération à l’impôt canadien sur le gain en capital prévue dans la convention conclue entre le Canada et la Barbade (par. 7.89).

[130] La vérificatrice générale a recommandé que l’ADRC « rest[e] vigilante afin de s’assurer qu’aucune convention fiscale ne soit utilisée de façon inappropriée pour réduire l’impôt du Canada et elle devrait, s’il y a lieu, demander la modification des dispositions législatives ou des conventions fiscales de façon à protéger l’assiette fiscale du Canada » (par. 7.91 (nous soulignons)). Le Parlement a choisi de clarifier que la RGAÉ serait son outil de prédilection pour lutter contre l’évitement fiscal découlant d’un recours inapproprié aux traités fiscaux auxquels le Canada a adhéré.

B. Application

[131] Nous appliquerons maintenant les principes énoncés précédemment aux faits de la présente cause. Puisque les deux premières étapes de l’analyse fondée sur la RGAÉ ne sont pas en litige, nous traiterons uniquement de la question de l’abus.

(1) Objet ou esprit des art. 1, 4 et 13 de la Convention

[132] La Couronne soutient que, en ce qui a trait aux [TRANSDUCTION] « actions qui tirent leur valeur principalement de biens immobiliers utilisés dans le cadre des activités d’une société », la raison d’être des dispositions pertinentes de la Convention est de conférer des droits de lever des impôts à l’État de

company's state of residence would usually outweigh the connection to the source state as the *situs* of the immovable property (A.F., at para. 65). Alta Luxembourg adopts the view of the courts below, according to which the rationale is no broader than the text of the relevant provisions of the Treaty (A.F., at para. 97). The rationale is simply to "exempt residents of Luxembourg from Canadian taxation where there is an investment in immovable property used in a business" (T.C.C. reasons, at para. 100; see also C.A. reasons, at para. 67).

[133] We agree with the Crown. Contrary to the result reached in the courts below, this is not a case where the text of a provision fully expresses its underlying rationale; failing to have regard to this rationale renders the GAAR "meaningless" (*Copthorne*, at paras. 110-11). We conclude that the rationale underlying arts. 1, 4 and 13 of the Treaty is to assign taxing rights to the state with the stronger economic claim to the income. Canada is presumed to have the stronger connection to capital gains related to passive investment in immovable property situated in Canada realized by residents of Luxembourg. However, when the value of the immovable is driven by a company's business — that is, when residents of Luxembourg realize a gain from immovable property used in a business — Luxembourg is deemed to have the closer economic connection. The rationale underlying the carve-out in art. 13(4) is to reflect the state of residence's stronger economic claim to tax the income. In this case, the state of residence is Luxembourg but the state with the stronger economic claim to tax the income is Canada.

(a) *The Text of the Relevant Provisions*

[134] The relevant provisions of the Treaty are the following:

résidence, puisque le lien économique avec l'État de résidence de la société sera habituellement plus étroit que celui avec l'État de la source en tant que lieu où se trouvent les biens immobiliers (m.a., par. 65). Alta Luxembourg adopte le point de vue des tribunaux d'instances inférieures selon lesquels la raison d'être n'a pas une portée plus large que le texte des dispositions pertinentes de la Convention (m.a., par. 97). Les dispositions auraient pour raison d'être simplement « d'exempter les résidents du Luxembourg de l'impôt canadien lorsqu'un investissement dans un bien immobilier est utilisé dans une entreprise » (motifs de la C.C.I., par. 100; voir aussi motifs de la C.A., par. 67).

[133] Nous sommes d'accord avec la Couronne. Contrairement à la conclusion tirée par les tribunaux d'instances inférieures, il ne s'agit pas d'une situation où le texte d'une disposition en exprime entièrement la raison d'être; et ne pas tenir compte de cette raison d'être rendrait la RGAÉ « inutile » (*Copthorne*, par. 110-111). Nous concluons que la raison d'être des art. 1, 4 et 13 de la Convention est de conférer des pouvoirs de lever des impôts à l'État ayant le droit économique le plus fort sur le revenu. Le Canada est présumé avoir le lien le plus étroit avec les gains en capital relatifs à un investissement passif dans un bien immobilier situé au Canada réalisé par des résidents du Luxembourg. Cependant, lorsque le bien immobilier tire sa valeur des activités de la société — c'est-à-dire lorsque des résidents du Luxembourg réalisent un gain en capital sur un bien immobilier utilisé pour les activités d'une société —, c'est le Luxembourg qui est réputé avoir le lien économique le plus étroit. La raison d'être de l'exception à l'exception prévue au par. 13(4) est de refléter le droit économique plus fort de l'État de résidence d'imposer le revenu. En l'espèce, l'État de résidence est le Luxembourg, mais l'État avec le droit économique plus fort d'imposer le revenu est le Canada.

a) *Le libellé des dispositions pertinentes*

[134] Les dispositions pertinentes de la Convention sont les suivantes :

ARTICLE 1**I. Scope of the Convention****Persons Covered**

This Convention shall apply to persons who are residents of one or both of the Contracting States.

ARTICLE 4**Resident**

1. For the purposes of this Convention, the term “resident of a Contracting State” means any person who, under the laws of that State, is liable to tax therein by reason of that person’s domicile, residence, place of management or any other criterion of a similar nature. This term also includes a Contracting State or a political subdivision or local authority thereof or any agency or instrumentality of any such State, subdivision or authority. This term, however, does not include any person who is liable to tax in that State in respect only of income from sources in that State.

ARTICLE 13**Capital Gains**

1. Gains derived by a resident of a Contracting State from the alienation of immovable property situated in the other Contracting State may be taxed in that other State.
4. Gains derived by a resident of a Contracting State from the alienation of:
 - a. shares (other than shares listed on an approved stock exchange in the other Contracting State) forming part of a substantial interest in the capital stock of a company the value of which shares is derived principally from immovable property situated in that other State; or
 - b. an interest in a partnership, trust or estate, the value of which is derived principally from immovable property situated in that other State,

ARTICLE PREMIER**I. Champ d’application de la Convention****Personnes visées**

La présente Convention s’applique aux personnes qui sont des « résidents d’un État contractant » ou des deux États contractants.

ARTICLE 4**Résident**

1. Au sens de la présente Convention, l’expression « résident d’un État contractant » désigne 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. Cette expression comprend également un État contractant ou l’une de ses subdivisions politiques ou collectivités locales ou toute personne morale de droit public de cet État, de cette subdivision ou de cette collectivité. Toutefois, cette expression ne comprend pas les personnes qui ne sont assujetties à l’impôt dans cet État que pour les revenus de sources situées dans cet État.

ARTICLE 13**Gains en capital**

1. Les gains qu’un résident d’un État contractant tire de l’aliénation de biens immobiliers situés dans l’autre État contractant, sont imposables dans cet autre État.
4. Les gains qu’un résident d’un État contractant tire de l’aliénation :
 - a. d’actions (autres que des actions inscrites à une bourse de valeurs approuvée dans l’autre État contractant) faisant partie d’une participation substantielle dans le capital d’une société et dont la valeur des actions est principalement tirée de biens immobiliers situés dans cet autre État; ou
 - b. d’une participation dans une société de personnes, une fiducie ou une succession et dont la valeur est principalement tirée de biens immobiliers situés dans cet autre État,

may be taxed in that other State. For the purposes of this paragraph, the term “immovable property” does not include property (other than rental property) in which the business of the company, partnership, trust or estate was carried on; and a substantial interest exists when the resident and persons related thereto own 10 per cent or more of the shares of any class or the capital stock of a company.

5. Gains from the alienation of any property, other than that referred to in paragraphs 1 to 4 shall be taxable only in the Contracting State of which the alienator is a resident.

[135] Article 1 provides that the Treaty applies to “residents” of Canada or Luxembourg. Article 4 defines “resident” as persons who are liable to pay tax under the laws of the state. Article 13 of the Treaty provides for the allocation of the right to tax capital gains between Canada and Luxembourg. Under art. 13(5), the state of residence (here, Luxembourg) retains its jurisdiction to tax capital gains unless the exceptions in art. 13(1) to (4) of the Treaty apply.

[136] Article 13(1) preserves the right of the source state (here, Canada) to tax gains derived from immovable property situated in that state. This exception is reinforced by art. 13(4), which provides that the source state also preserves its right to tax capital gains arising from the disposition of shares the value of which is derived principally from immovable property situated in the source state. Article 13(4) is effectively an anti-avoidance rule: it prevents companies from avoiding source state taxation and thereby contradicting art. 13(1) simply by using a corporate vehicle to hold and sell the immovable property (J. Li and F. Avella, “Article 13: Capital Gains”, in *Global Tax Treaty Commentaries*, May 30, 2020 (online), at s. 1.1.2.5; see also T.C.C. reasons, at para. 41).

[137] Finally, there is a carve-out to the exception set out by art. 13(4), for property in which the company carries on business. Capital gains arising from the disposition of such property will be taxable in

sont imposables dans cet autre État. Au sens du présent paragraphe, l’expression « biens immobiliers » ne comprend pas les biens (autres que les biens locatifs) dans lesquels la société, la société de personnes, la fiducie ou la succession a exercé son activité; et, il existe une participation substantielle lorsque le résident et des personnes qui lui sont associées possèdent au moins 10 p. 100 des actions d’une catégorie quelconque du capital d’une société.

5. Les gains provenant de l’aliénation de tous biens autres que ceux visés aux paragraphes 1 à 4 ne sont imposables que dans l’État contractant dont le cédant est un résident.

[135] L’article premier prévoit que la Convention s’applique aux « résidents » du Canada ou du Luxembourg. L’article 4 définit le terme « résident » comme toute personne assujettie à l’impôt dans l’État. L’article 13 de la Convention répartit le droit d’imposer les gains en capital entre le Canada et le Luxembourg. Suivant le par. 13(5), l’État de résidence (le Luxembourg en l’espèce) conserve la compétence d’imposer les gains en capital à moins que les exceptions décrites aux par. 13(1) à (4) de la Convention s’appliquent.

[136] Le paragraphe 13(1) préserve le droit de l’État de la source (le Canada en l’espèce) d’imposer les gains tirés de biens immobiliers situés dans cet État. Cette exception est renforcée par le par. 13(4), qui prévoit que l’État de la source conserve également son droit d’imposer les gains en capital tirés de l’aliénation d’actions dont la valeur est principalement tirée de biens immobiliers situés dans l’État de la source. En fait, le par. 13(4) est une règle anti-évitement : il empêche les sociétés de se soustraire aux règles fiscales de l’État de la source et d’ainsi contrevenir au par. 13(1) simplement en recourant à une entité constituée en société pour détenir et vendre le bien immobilier (J. Li et F. Avella, « Article 13 : Capital Gains », dans *Global Tax Treaty Commentaries*, 30 mai 2020 (en ligne), s. 1.1.2.5; voir aussi les motifs de la C.C.I., par. 41).

[137] Enfin, il existe une exception à l’exception, énoncée au par. 13(4), pour les biens dans lesquels la société a exercé son activité. Les gains en capital tirés de l’aliénation d’un tel bien sont imposables

the state of residence as such gains fall under the rule provided by art. 13(5). In this case, the Tax Court judge found that the carve-out applies to the disposition of the shares in Alta Canada, which can be taxed by the state of residence (Luxembourg) and not by Canada.

[138] Although the text of art. 13 of the Treaty sets out a clear distributive scheme to allocate taxing rights, it sheds little light on the rationale underlying this allocation. Canada and Luxembourg did not allocate taxing rights at random; there is a logic underlying the distributive scheme set out in art. 13 of the Treaty. It is this rationale that we must identify in order to give effect to the GAAR.

(b) *Context: Specific Anti-Avoidance Provisions*

[139] Alta Luxembourg argues that the Crown’s submitted rationale, specifically what it calls a “substantial economic connection test”, has the effect of changing the bargain struck between Canada and Luxembourg. It contends that the Crown is seeking to add the unstated condition that a taxpayer must have substantial economic ties to the contracting state of residence in order to qualify as a “resident” under the Treaty. Canada could have negotiated the inclusion of a provision that could have achieved a similar effect but elected not to. Specifically, Alta Luxembourg submits that, in negotiating with Luxembourg, Canada chose not to include one — or many — of the specific anti-avoidance rules discussed in the 1998 OECD “Commentary on Article 1”, in *Model Tax Convention on Income and Capital: Condensed Version*. Therefore, Alta Luxembourg says, the Minister should not be allowed to rely on the GAAR to deny treaty benefits to an entity meeting the residency requirements outlined in the Treaty.

[140] This argument must fail as it ignores the very justifications behind the legislative choice to introduce a general anti-avoidance provision in a tax

dans l’État de résidence puisque de tels gains sont visés par la règle énoncée au par. 13(5). En l’espèce, le juge de la Cour canadienne de l’impôt a conclu que l’exception à l’exception s’appliquait à l’aliénation des actions d’Alta Canada qui, selon lui, peuvent donc être imposées par l’État de résidence (le Luxembourg) et non par le Canada.

[138] Bien que le libellé de l’art. 13 de la Convention énonce clairement comment sont répartis les pouvoirs de lever des impôts, il éclaire bien peu quant à la raison d’être de cette répartition. Or, le Canada et le Luxembourg n’ont pas réparti ces pouvoirs au hasard; il existe une logique sous-jacente au régime de répartition décrit dans cette disposition. C’est cette raison d’être que nous devons cerner pour donner effet à la RGAÉ.

b) *Contexte : dispositions anti-évitement spécifiques*

[139] Alta Luxembourg plaide que la raison d’être invoquée par la Couronne, en l’occurrence ce qu’elle appelle un « test de lien économique étroit » aurait pour effet de modifier l’entente conclue entre le Canada et le Luxembourg. Elle fait valoir que la Couronne cherche à ajouter une condition non énoncée selon laquelle les contribuables doivent avoir des liens économiques étroits avec l’État contractant de résidence pour être qualifié de « résident » au sens de la Convention. Le Canada aurait pu négocier l’inclusion d’une disposition qui aurait eu un effet similaire, mais il a choisi de ne pas le faire. Plus précisément, Alta Luxembourg soutient que lorsqu’il a négocié avec le Luxembourg, le Canada a choisi de n’inclure ni l’une ni plusieurs des règles anti-évitement spécifiques dont il est question dans les « Commentaires sur l’article 1 » du *Modèle de convention fiscale concernant le revenu et la fortune : Version abrégée* de l’OCDE de 1998. Selon Alta Luxembourg, la ministre ne devrait donc pas pouvoir se fonder sur la RGAÉ pour nier des avantages prévus dans le traité à une entité qui satisfait aux exigences en matière de résidence décrites dans la Convention.

[140] Cet argument doit échouer parce qu’il ne tient pas compte des justifications mêmes qui expliquent le choix législatif d’intégrer une disposition

system. While there are specific rules that may have permitted the denial of the tax benefits conferred here had they been included in the Treaty, it does not follow that the GAAR cannot apply to deny the tax benefit.

[141] Since not every tax avoidance strategy can be foreseen, the effectiveness of specific provisions is limited to Parliament's ability to anticipate such schemes. For this reason, those provisions cannot completely thwart inappropriate tax avoidance (Canada, *Report of the Royal Commission on Taxation* (1966), vol. 3, at p. 554). Before the inception of the GAAR, the increased use of complex tax avoidance schemes and matching responses to curb them left taxpayers with the expectation that purely tax-motivated transactions that were inconsistent with the rationale of the provisions relied upon were acceptable as long as they are not targeted by specific legislation (Dodge, at p. 4). Additionally, because legislation is generally prospective, specific anti-avoidance rules permit the early participants in avoidance schemes — those who can afford “the most astute tax advisers” — to enjoy the benefits of those schemes (p. 9). This may result in the loss of significant tax revenues.

[142] The GAAR was enacted as a much needed modernization of Canada's tools against tax avoidance. It was meant to respond appropriately to the proliferation of such complex arrangements and to reduce the burden of having to perpetually address abusive schemes with specific legislation matching each newly marketed “purely tax-motivated scheme” (Dodge, at pp. 4 and 8). The *Explanatory Notes* issued with the GAAR stated that it was to apply “as a provision of last resort after the application of the other provisions of the Act, including specific anti-avoidance measures” (Department of Finance (1988), at p. 461 (emphasis added)).

anti-évitement dans un régime fiscal. Même s'il existe des règles spécifiques qui, si elles avaient été incluses dans la Convention, auraient pu ouvrir la voie à un refus des avantages fiscaux conférés en l'espèce, il n'en résulte pas que la RGAÉ ne peut pas s'appliquer pour refuser l'avantage fiscal.

[141] Comme il est impossible d'envisager toutes les stratégies d'évitement fiscal, l'efficacité de dispositions spécifiques se limite à la capacité du Parlement d'anticiper de telles stratégies. C'est pourquoi ces dispositions ne peuvent pas complètement contrecarrer l'évitement fiscal inapproprié (Canada, *Rapport de la Commission royale d'enquête sur la fiscalité* (1966), t. 3, p. 636-637). Avant l'adoption de la RGAÉ, le recours croissant à des stratagèmes d'évitement fiscal complexes et les mesures correspondantes prises pour les enrayer ont donné l'impression aux contribuables que les opérations menées exclusivement à des fins fiscales incompatibles avec la raison d'être des dispositions invoquées étaient acceptables tant qu'elles n'étaient pas visées par une mesure législative spécifique (Dodge, p. 4). De plus, comme la législation est généralement prospective, les règles anti-évitement spécifiques permettent aux contribuables qui sont les premiers à recourir à des stratagèmes d'évitement — soit ceux qui peuvent s'offrir [TRADUCTION] « les fiscalistes les plus astucieux » — de profiter des avantages que procurent ces stratagèmes (p. 9). Or, cela peut entraîner une perte importante de revenus fiscaux.

[142] La RGAÉ a été adoptée à titre de modernisation plus que nécessaire des outils dont dispose le Canada contre l'évitement fiscal. Elle visait à répondre de manière appropriée à la prolifération de tels échafaudages complexes et à réduire le fardeau d'avoir à lutter perpétuellement contre les stratagèmes abusifs en adoptant des dispositions législatives spécifiques sur mesure pour contrer les nouvelles [TRADUCTION] « stratégies adoptées exclusivement à des fins fiscales » (Dodge, p. 4 et 8). Les *Notes explicatives* relatives à la RGAÉ énonçaient que celle-ci devait s'appliquer « en dernier ressort, après toutes les autres dispositions de la Loi, y compris les mesures anti-évitement particulières » (Ministère des Finances (1988), p. 492 (nous soulignons)).

[143] Here, Alta Luxembourg’s position essentially amounts to an argument based on the “implied exclusion” rule: if the contracting parties had meant to include an anti-avoidance provision within the Treaty, they would have done so expressly. This very reasoning was unanimously rejected by this Court in *Cophorne*.

[144] In that case, a parent and a subsidiary corporations strategically became sister corporations to conduct a horizontal, rather than vertical, amalgamation. This had the effect of increasing the paid-up capital of the shares of the amalgamated corporations compared to the paid-up capital that would have been otherwise available. The taxpayer argued that because its transactions were not caught by the detailed provisions seeking to prevent taxpayers from inappropriately preserving paid-up capital, no abusive tax avoidance could have resulted. Parliament, the argument went, would have expressly referred to such transactions if it had meant for them to be included under the provisions. This Court rejected this argument.

[145] Rothstein J. stated that the implied exclusion argument, while relevant in an exercise of statutory interpretation, does not align with “the nature of a GAAR analysis” and “is misplaced where it relies exclusively on the text of the [paid-up capital] provisions without regard to their underlying rationale” (paras. 109 and 111). He also warned that “[i]f such an approach were accepted, it would be a full response in all GAAR cases, because the actions of a taxpayer will always be permitted by the text of the Act” (para. 111).

[146] As a result, although the provisions at issue did not impose express limits on the preservation of paid-up capital on a horizontal amalgamation, the GAAR applied to deny the tax benefit. This conclusion was justified because the series of transactions allowed for the preservation of the paid-up capital upon a “horizontal” amalgamation that allowed the taxpayer to obtain tax benefits that would not have been available in a vertical amalgamation, a result

[143] En l’espèce, Alta Luxembourg plaide essentiellement un argument fondé sur la règle de « l’exclusion implicite » : si les parties contractantes avaient eu l’intention d’inclure une disposition anti-évitement dans la Convention, elles l’auraient fait expressément. Or, c’est précisément ce raisonnement que la Cour a rejeté à l’unanimité dans l’arrêt *Cophorne*.

[144] Dans cette cause, une société mère et une filiale sont devenues des sociétés sœurs à des fins stratégiques de manière à procéder à une fusion horizontale plutôt que verticale. Cela a eu pour effet d’accroître le capital versé pour les actions des sociétés fusionnées par rapport à celui qui aurait autrement été disponible. Le contribuable a plaidé que, comme ses opérations n’étaient pas visées par les dispositions détaillées adoptées pour empêcher les contribuables de préserver indûment le capital versé, l’opération ne pouvait entraîner d’évitement fiscal abusif. Le Parlement, selon cet argument, aurait mentionné expressément de telles opérations s’il avait eu l’intention qu’elles soient visées par les dispositions. La Cour a rejeté cet argument.

[145] Le juge Rothstein a affirmé que l’argument fondé sur l’exclusion implicite, bien que pertinent pour l’exercice d’interprétation législative, ne cadre pas avec « l’analyse qui sous-tend la RGAÉ [qui] n’est pas de cette nature »; il a ajouté qu’on « ne saurait invoquer [cette] exclusion [...] en la fondant uniquement sur le texte des dispositions relatives au [capital versé] sans égard à leur raison d’être » (par. 109 et 111). Il a aussi prévenu que « [s]i on y faisait droit, cette thèse neutraliserait toujours l’application de la RGAÉ, car les actes du contribuable seraient toujours permis par le texte de la Loi » (par. 111).

[146] En conséquence, même si les dispositions en cause ne restreignaient pas expressément la conservation du capital versé dans le contexte des fusions horizontales, la RGAÉ s’appliquait pour refuser l’avantage fiscal. Cette conclusion était justifiée, car la série d’opérations a permis la conservation du capital versé dans le cadre d’une fusion « horizontale » qui a procuré au contribuable des avantages fiscaux dont il n’aurait pas disposé par suite d’une

contrary to the underlying rationale of the relevant provision (*Cophorne*, at para. 126).

[147] Moreover, relying on *Prévost Car Inc. v. Canada*, 2009 FCA 57, [2010] 2 F.C.R. 65, to suggest that Canada could have relied on the notion of beneficial ownership to prevent the tax avoidance that took place here is misplaced. Not only was Canada entitled to rely on the GAAR rather than negotiate a specific anti-avoidance rule in the Treaty, it is important to note that the provision at issue in that case was art. 10, not art. 13, dealing not with capital gains but with dividends.

[148] Indeed, beneficial ownership is utterly foreign to art. 13. This notion is relevant to, as noted, art. 10, as well as arts. 11 and 12 of the 2003 OECD “Model Convention with Respect to Taxes on Income and on Capital”, in *Model Tax Convention on Income and on Capital: Condensed Version*, dealing respectively with the payment of dividends, interest and royalties. In a paper on whether the concept of beneficial ownership should be extended to arts. 13 and 21 of the 2001 United Nations *Model Double Taxation Convention between Developed and Developing Countries*, U.N. Doc. ST/ESA/PAD/SER.E/213 (identical in structure to the OECD “Model Convention”), Professor P. Baker explained, in 2008, that “the inclusion of a beneficial ownership limitation in the capital gains article of specific, bilateral conventions is not part of the current treaty practice of any state” and that “[t]here is also something of a conceptual gulf between applying the beneficial ownership concept to items of income — such as dividends, interest and royalties — and applying it to a capital gain” (*The United Nations Model Double Taxation Convention Between Developed and Developing Countries: Possible Extension of the Beneficial Ownership Concept*, U.N. Doc. E/C.18/2008/CRP.2/Add.1, Ann., October 17, 2008, at paras. 54-55 (emphasis added)). While Professor Baker did state that the “theoretical differences between a flow of income — as in the case of dividends, interest and royalties — and the effective beneficiary of a capital gain, are not insurmountable”, he then

fusion verticale, un résultat incompatible avec la raison d’être de la disposition pertinente (*Cophorne*, par. 126).

[147] Qui plus est, se fonder sur la décision *Prévost Car Inc. c. Canada*, 2009 CAF 57, [2010] 2 R.C.F. 65, afin de suggérer que le Canada aurait pu s’appuyer sur la notion de bénéficiaire effectif pour empêcher l’évitement fiscal qui a eu cours en l’espèce est malavisé. Non seulement le Canada était-il en droit de se fonder sur la RGAÉ plutôt que de négocier pour qu’une règle anti-évitement spécifique soit incluse dans la Convention, mais il importe aussi de noter que la disposition en cause dans cette affaire était l’art. 10, et non l’art. 13, qui traite non pas du gain en capital, mais des dividendes.

[148] En effet, la notion de bénéficiaire effectif n’a absolument rien à voir avec l’art. 13. Elle est pertinente pour l’art. 10, comme il a été noté, de même que pour les art. 11 et 12 du « Modèle de Convention fiscale concernant le revenu et la fortune » de 2003 de l’OCDE dans *Modèle de convention fiscale concernant le revenu et la fortune : Version abrégée*, qui traitent respectivement du paiement des dividendes, des intérêts et des redevances. Dans un article où il se demandait si l’application de la notion de bénéficiaire effectif devait être étendue aux art. 13 et 21 du *Modèle de Convention des Nations Unies concernant les doubles impositions entre pays développés et pays en développement* de 2001, Doc. N.U. ST/ESA/PAD/SER.E/213 (dont la structure est identique à celle du « Modèle de convention » de l’OCDE), le professeur P. Baker a expliqué, en 2008, que [TRADUCTION] « L’inclusion d’une limitation aux avantages que peut tirer un bénéficiaire effectif dans l’article sur les gains en capital de conventions spécifiques bilatérales ne fait partie de la pratique conventionnelle actuelle d’aucun État » et qu’« [i]l existe aussi en quelque sorte un fossé conceptuel entre l’application de la notion de bénéficiaire effectif à des éléments de revenu — comme les dividendes, les intérêts et les redevances — et son application à un gain en capital » (*The United Nations Model Double Taxation Convention Between Developed and Developing Countries : Possible Extension of the Beneficial Ownership Concept*, Doc. N.U. E/C.18/2008/CRP.2/Add.1, ann., 17 octobre 2008,

went on to state that “[i]t [was] also worth bearing in mind that there is something of a conflict in legal concepts in recognising that the owner of an asset who disposes of that asset may not be the beneficial owner of the capital gain arising from the asset” (para. 58 (emphasis added)). Further, in a subsequent report, the United Nations’ committee of experts overseeing the subcommittee who had commissioned Professor Baker’s paper concluded that “[t]here was ultimately only limited support for inserting beneficial ownership in article 13” (Committee of Experts on International Cooperation in Tax Matters, *Report on the fourth session (20-24 October 2008)*, U.N. Doc. E/2008/45 (Supp.), 2008, at para. 46).

[149] But, of more relevance to the present debate, the examples of tax treaty abuse through the use of art. 13 reviewed by Professor Baker involved, as here, transfers of residence before the disposal of an asset. He explained that the introduction of “[a] beneficial ownership limitation would not necessarily counter [these] transactions” (para. 53). For all these reasons, beneficial ownership would not be an appropriate anti-avoidance tool to curb tax treaty exploitation involving art. 13 dealing with the realization of capital gains.

[150] In sum, by Alta Luxembourg’s logic, if the lack of a specific tax-avoidance provision in the Treaty is fatal to the Crown’s position, not only would the GAAR be prevented from applying to tax treaties, it would also be prevented from applying in cases of abuse of the Act that are not specifically addressed. In our view, no inference can be drawn from the absence of an anti-avoidance rule designed to counter the particular scheme employed in this case. To do so would be inconsistent with the role of the GAAR relative to other anti-avoidance tools.

par. 54-55 (nous soulignons)). Certes, le professeur Baker a affirmé que les [TRADUCTION] « différences théoriques entre un flux de revenu — comme dans le cas des dividendes, des intérêts et des redevances — et le bénéficiaire effectif d’un gain en capital ne sont pas insurmontables », mais il a ajouté qu’« [i]l [était] également utile de garder à l’esprit qu’il existe une certaine contradiction entre les concepts juridiques lorsqu’on reconnaît que le propriétaire d’un actif qui en dispose peut ne pas être le bénéficiaire effectif du gain en capital tiré de cet actif » (par. 58 (nous soulignons)). En outre, dans un rapport subséquent, le Comité d’experts des Nations Unies chargé de superviser le sous-comité qui avait donné au professeur Baker le mandat de rédiger l’article a conclu que, « [e]n définitive, l’introduction du concept de propriété effective à l’article 13 [. . .] n’[a] reçu que peu de soutien » (Comité d’experts de la coopération internationale en matière fiscale, *Rapport sur les travaux de la quatrième session (20-24 octobre 2008)*, Doc. N.U. E/2008/45 (suppl.), 2008, par. 46).

[149] Cependant, fait encore plus pertinent aux fins du débat qui nous occupe, les exemples d’abus de traités fiscaux au moyen de l’art. 13 examinés par le professeur Baker portaient, comme en l’espèce, sur des transferts de résidence avant la liquidation d’un actif. Il a expliqué que l’introduction d’une [TRADUCTION] « limitation aux avantages que peut tirer un bénéficiaire effectif ne contrecarrerait pas nécessairement [ces] opérations » (par. 53). Pour toutes ces raisons, le recours à la notion de bénéficiaire effectif ne serait pas un outil anti-évitement auquel il serait approprié de recourir pour lutter contre l’exploitation des traités fiscaux en recourant à l’art. 13 qui traite de la réalisation de gains en capital.

[150] En somme, selon la logique d’Alta Luxembourg, si l’absence d’une disposition anti-évitement spécifique dans la Convention est fatale pour la thèse de la Couronne, non seulement la RGAÉ ne pourrait pas s’appliquer aux traités fiscaux, mais elle ne pourrait pas non plus s’appliquer dans les cas d’abus de la Loi dont il n’est pas spécifiquement question. À notre avis, on ne peut rien déduire de l’absence d’une règle anti-évitement conçue pour contrer le scénario précis utilisé en l’espèce. En effet, cela ne serait pas compatible avec le rôle de

It would also be patently contrary to this Court’s repeated holding that the GAAR is a provision of last resort, and can only find application where no other provisions of the Act do (*Canada Trustco*, at para. 21; *Copthorne*, at para. 66). Thus, the absence of specific anti-avoidance rules in the relevant provisions of the Treaty sheds little light on their underlying rationale.

(c) *The Purpose of the Relevant Provisions: Economic Allegiance Underlies the Distributive Scheme*

[151] The Treaty, like other bilateral tax treaties, allocates the right to tax between contracting states so as to avoid double taxation (E. C. C. M. Kemmeren, “Legal and Economic Principles Support an Origin and Import Neutrality-Based over a Residence and Export Neutrality-Based Tax Treaty Policy”, in M. Lang et al., eds., *Tax Treaties: Building Bridges between Law and Economics* (2010), 237, at pp. 239 and 243; K. Vogel, “Double Tax Treaties and Their Interpretation” (1986), 4 *Int’l Tax & Bus. Law* 1, at pp. 8 and 22; *Crown Forest Industries Ltd. v. Canada*, [1995] 2 S.C.R. 802, at para. 46). The allocation of taxing powers follows the theory of “economic allegiance”, under which an economic connection between the state and the taxpayer serves as the basis of taxation (Li and Avella, at s. 1.1.2.1, referring to League of Nations, Economic and Financial Commission, *Report on Double Taxation Submitted to the Financial Committee* (1923)). This means that taxes should be paid on income where it has the strongest “economic interests” or ties, either in the state of residence or the source state.

[152] The theory of economic allegiance explains why arts. 1 and 4 provide that beneficiaries of the Treaty are the residents of either state. Contracting states extend the benefits of the tax treaties only to their residents (that is, persons liable to pay tax in their state) because residence is an appropriate criterion to ensure that the treaty will “cover only persons who had an economic allegiance to one or both of

la RGAÉ à l’égard d’autres outils anti-évitement. Cela irait en outre manifestement à l’encontre de la conclusion tirée à maintes reprises par la Cour selon laquelle la RGAÉ est une mesure de dernier recours, et qu’elle ne peut s’appliquer que lorsqu’aucune autre disposition de la Loi ne le fait (*Trustco Canada*, par. 21; *Copthorne*, par. 66). Ainsi, l’absence d’une règle anti-évitement spécifique dans les dispositions pertinentes de la Convention ne donne que peu d’indications quant à leur raison d’être.

c) *L’objet des dispositions pertinentes : l’allégeance économique sous-tend le système de répartition*

[151] La Convention, comme d’autres traités fiscaux bilatéraux, répartit le droit de lever des impôts entre les États contractants de manière à éviter la double imposition (E. C. C. M. Kemmeren, « Legal and Economic Principles Support an Origin and Import Neutrality-Based over a Residence and Export Neutrality-Based Tax Treaty Policy », dans M. Lang et autres, dir., *Tax Treaties : Building Bridges between Law and Economics* (2010), 237, p. 239 et 243; K. Vogel, « Double Tax Treaties and Their Interpretation » (1986), 4 *Int’l Tax & Bus. Law* 1, p. 8 et 22; *Crown Forest Industries Ltd. c. Canada*, [1995] 2 R.C.S. 802, par. 46). La répartition des pouvoirs de lever des impôts suit la théorie de [TRADUCTION] « l’allégeance économique », selon laquelle un lien économique entre l’État et les contribuables sert de fondement pour l’imposition (Li et Avella, s. 1.1.2.1, faisant référence à Société des Nations, Commission économique et financière, *Rapport sur la double imposition présenté au Comité financier* (1923)). Cela signifie que les impôts devraient être payés sur le revenu là où ils ont les « intérêts économiques » ou les liens les plus étroits, soit dans l’État de résidence soit dans l’État de la source.

[152] La théorie de l’allégeance économique explique pourquoi les art. 1 et 4 prévoient que la Convention s’applique aux résidents de l’un ou l’autre des États. Les États contractants n’accordent les avantages des traités fiscaux qu’à leurs résidents (c’est-à-dire aux personnes assujetties à l’impôt chez eux) parce que la résidence est un critère approprié pour garantir que la convention [TRADUCTION] « ne

the contracting states” (P. J. Hattingh, “Article 1 of the OECD Model: Historical Background and the Issues Surrounding It” (2003), 57 *Bull. Int’l Fisc. Doc.* 215, at p. 221).

[153] Following the theory of economic allegiance, active income is generally taxable in the source country (where the income is earned) while passive income is taxed primarily in the residence country (J. Li and A. Cockfield, with J. S. Wilkie, *International Taxation in Canada: Principles and Practices* (4th ed. 2018), at pp. 46-47).

[154] While capital gains “do not fit nicely in either ‘active income’ or ‘passive income’” (J. Li, A. Cockfield and J. S. Wilkie, *International Taxation in Canada: Principles and Practices* (2nd ed. 2011), at p. 44), nonetheless the distributive scheme of art. 13 reflects, as well, the theory of economic allegiance (Li and Avella, at s. 1.1.2.1). Depending on where the economic connection is stronger, the right to tax the capital gain will be allocated to either the source state or the residence state. As a general rule, residence is taken to indicate the state to which economic ties are closest. The state of residence is typically where “capital is accumulated and consumed” (*ibid.*), so it has the greater claim to tax. As Professor Krishna explains, “[t]he obligation to pay tax based on residence derives from the principle that persons who benefit from their economic and social affiliation with a country have an obligation to contribute to its public finances” (*Fundamentals of Canadian Income Tax* (2nd ed. 2019), vol. 1, at p. 103).

[155] Article 13(5) of the Treaty reflects this principle: with certain exceptions, capital gains are taxable only in the state in which the taxpayer is a resident, because residence connotes this close connection.

[156] Gains deriving from immovable property form part of such an exception (see, generally,

visé que les personnes qui avaient une allégeance économique envers un des États contractants ou envers les deux » (P. J. Hattingh, « Article 1 of the OECD Model : Historical Background and the Issues Surrounding It » (2003), 57 *Bull. Int’l Fisc. Doc.* 215, p. 221).

[153] Selon la théorie de l’allégeance économique, le revenu actif est généralement imposable dans l’État de la source (là où le revenu est gagné) tandis que le revenu passif est imposé principalement dans l’État de résidence (J. Li et A. Cockfield, avec J. S. Wilkie, *International Taxation in Canada : Principles and Practices* (4^e éd. 2018), p. 46-47).

[154] Bien que les gains en capital [TRADUCTION] « ne correspondent précisément ni à du “revenu actif” ni à du “revenu passif” » (J. Li, A. Cockfield et J. S. Wilkie, *International Taxation in Canada : Principles and Practices* (2^e éd. 2011), p. 44), il n’en demeure pas moins que le régime de répartition décrit à l’art. 13 est lui aussi le reflet de la théorie de l’allégeance économique (Li et Avella, s. 1.1.2.1). Selon le lieu où le lien économique est le plus étroit, c’est à l’État de la source ou à l’État de résidence que sera conféré le pouvoir d’imposer le gain en capital. En règle générale, la résidence est réputée indiquer l’État avec lequel les liens économiques sont les plus étroits. L’État de résidence est généralement celui où [TRADUCTION] « le capital est accumulé et dépensé » (*ibid.*), il a donc le droit le plus fort de lever l’impôt. Comme l’explique le professeur Krishna, [TRADUCTION] « [l]’obligation de payer de l’impôt en fonction de la résidence découle du principe selon lequel les personnes qui bénéficient de leur affiliation économique et sociale avec un pays ont une obligation de contribuer aux finances publiques de ce dernier » (*Fundamentals of Canadian Income Tax* (2^e éd. 2019), vol. 1, p. 103).

[155] Le paragraphe 13(5) de la Convention reflète ce principe : sauf dans les cas de quelques exceptions, les gains en capital sont imposés uniquement dans l’État où les contribuables sont résidents, parce que la résidence est le signe de ce lien étroit.

[156] Les gains tirés d’un bien immobilier sont une de ces exceptions (voir de façon générale les

art. 13(1) and (4)). In relation to immovable property, the capital gain is generally connected predominantly to the *situs* of the property, which justifies allocating taxing rights to the source state. The rationale behind source taxation is that “a person who receives income from a person or property situated in a state has such a close relation with the state where the person or property is *physically* located that an obligation to support that state is justified on grounds of the relationship” (Kemmeren, at p. 262 (emphasis in original); see also A. Christians and N. Benoît-Guay, “Status and Structure of Tax Treaties”, in J.-P. Vidal, ed., *Introduction to International Tax in Canada* (9th ed. 2021), at p. 4/14 to 4/15). This principle explains why art. 13(1) and (4) allocates to the source state the right to tax gains derived directly or indirectly from immovable property situated in that state (Li and Avella, at ss. 1.1.2.1 and 1.1.2.5; OECD, “Commentary on Article 13”, in *Model Tax Convention on Income and on Capital: Condensed Version* (2017) (“2017 Commentary”), at para. 4; S. Simontacchi, *Taxation of Capital Gains under the OECD Model Convention: With special regard to Immovable Property* (2007), vol. 29, at p. 201).

[157] Finally, the carve-out of art. 13(4) allocates the taxing right to the state of residence for its residents’ capital gains from immovable property when it is driven by business activity, to reflect what Canada and Luxembourg considered to be closer economic ties with the residence state. “The rationale underlying this carve-out is that where a non-resident actively invests in immovable property situated in the source country, tax should be levied in the residence country” (Christians and Benoît-Guay, at p. 4/15 (emphasis added)). When business is carried on in an immovable property, the business activity — rather than the immovable property itself — drives value. Accordingly, the economic justification for source state taxation is weaker.

[158] It is worth recalling that art. 13(4) is intended to prevent taxpayers from circumventing source state

par. 13(1) et (4)). Lorsqu’il est tiré d’un bien immobilier, le gain en capital est généralement lié de manière prédominante avec le lieu où se trouve le bien, ce qui justifie de conférer le droit de lever des impôts sur ce gain à l’État de la source. La logique qui sous-tend l’imposition au lieu de résidence consiste en ce qu’une [TRADUCTION] « personne qui perçoit un revenu d’une personne ou d’un bien situé dans un État a un lien si étroit avec l’État où se trouve *physiquement* cette personne ou ce bien que l’obligation de soutenir cet État est justifiée par ce lien » (Kemmeren, p. 262 (italique dans l’original); voir aussi A. Christians et N. Benoît-Guay, « Statut et contenu des conventions fiscales », dans J.-P. Vidal, dir., *Introduction à la fiscalité internationale au Canada* (10^e éd. 2021), p. 4/16). Ce principe explique pourquoi les par. 13(1) et (4) confèrent à l’État de la source le droit d’imposer les gains tirés directement ou indirectement d’un bien immobilier situé dans cet État (Li et Avella, s. 1.1.2.1 et 1.1.2.5; OCDE, « Commentaires sur l’article 13 » dans *Modèle de Convention fiscale concernant le revenu et la fortune : Version abrégée* (2017) (« Commentaires de 2017 »), par. 4; S. Simontacchi, *Taxation of Capital Gains under the OECD Model Convention : With special regard to Immovable Property* (2007), vol. 29, p. 201).

[157] Enfin, l’exception à l’exception prévue au par. 13(4) accorde le droit de lever des impôts à l’État de résidence sur les gains en capital de ses résidents tirés de biens immobiliers, lorsque ces gains découlent de leur activité commerciale, et ce, de manière à refléter ce que le Canada et le Luxembourg estimaient être des liens économiques plus étroits avec l’État de résidence. « Le fondement de cette exception repose sur le principe qu’un non-résident qui investit activement dans des biens immobiliers situés dans le pays de la source devrait payer de l’impôt dans le pays de la résidence » (Christians et Benoît-Guay, p. 4/16 (nous soulignons)). Lorsque des activités commerciales sont menées dans un bien immobilier, la valeur est tirée de ces activités — plutôt que du bien immobilier lui-même. En conséquence, la justification économique de l’imposition par l’État de la source est plus faible.

[158] Il vaut la peine de rappeler que le par. 13(4) est censé empêcher les contribuables de contourner

taxation (art. 13(1)) by interposing a company to alienate immovable property. This justification for source state taxation is weaker when the company carries on a business in the immovable property because “the assumption that a corporate veil has been interposed between the shareholder and the immovable property is questionable, and equating the alienation of shares in the company to the alienation of the underlying immovable property does not seem tenable” (S. Simontacchi, “Immovable Property Companies as Defined in Article 13(4) of the OECD Model” (2006), 60 *Bull. Int’l Tax’n* 29, at p. 31).

[159] The carve-out is not in the 2017 OECD “Model Convention”, but it is contemplated by the OECD’s commentaries as an option for contracting parties who want to allocate taxing rights to the residence state for immovable properties such as mines and hotels (2017 Commentary, at paras. 28.5-28.7). As a result, we agree with the Tax Court that one of the purposes of the carve-out is “to encourage investments by Luxembourg residents in Immovable Property acquired to be used in a company’s business” (para. 43).

[160] Relying on *Fundy Settlement v. Canada*, 2010 FCA 309, [2012] 2 F.C.R. 374, the Federal Court of Appeal rejected the theory of “economic allegiance” as the rationale underlying art. 13(4) of the Treaty because “[t]here is no distinction in the Luxembourg Convention between residents with strong economic or commercial ties and those with weak or no commercial or economic ties” (*R. v. MIL (Investments) S.A.*, 2007 FCA 236, [2007] 4 C.T.C. 235 (“*MIL (FCA)*”), at para. 6).

[161] In our view, the reasoning adopted in *Fundy Settlement*, *MIL (TCC)* and *MIL (FCA)* departs from the proper approach under the GAAR, which focuses on the “why” — the rationale — behind the text of the relevant provisions; these cases should not be followed. If relying on the text of a treaty provision is sufficient to avoid abusing a treaty, then the GAAR is effectively rendered powerless to address

l’imposition dans l’État de la source (par. 13(1)) en interposant une société pour aliéner des biens immobiliers. Cette justification de l’imposition par l’État de la source est plus faible lorsque la société mène des activités commerciales dans le bien immobilier parce que [TRADUCTION] « l’hypothèse selon laquelle un voile corporatif a été interposé entre l’actionnaire et le bien immobilier est discutable, et assimiler l’aliénation d’actions de la société à celle du bien immobilier sous-jacent ne semble pas tenable » (S. Simontacchi, « Immovable Property Companies as Defined in Article 13(4) of the OECD Model » (2006), 60 *Bull. Int’l Tax’n* 29, p. 31).

[159] L’exception à l’exception ne figure pas dans le « Modèle de convention » de l’OCDE de 2017, mais elle est envisagée dans les commentaires de l’OCDE comme une possibilité pour les parties contractantes qui souhaitent conférer des droits de lever des impôts à l’État de résidence pour les biens immobiliers comme les mines et les hôtels (Commentaires de 2017, par. 28.5-28.7). Nous sommes donc d’accord avec la Cour canadienne de l’impôt selon laquelle cette exception à l’exception a notamment pour objet d’« encourager les investissements par les résidents du Luxembourg dans des biens immobiliers acquis pour être utilisés dans le cadre des activités d’une entreprise » (par. 43).

[160] Se fondant sur la décision *Fundy Settlement c. Canada*, 2010 CAF 309, [2012] 2 R.C.F. 374, la Cour d’appel fédérale a rejeté la théorie de « l’allégeance économique » comme raison d’être du par. 13(4) de la Convention parce que celle-ci « ne fait aucune distinction entre les résidents ayant des liens économiques ou commerciaux solides avec l’État et ceux ayant des liens faibles [ou n’en ayant pas] » (*R. c. MIL (Investments) S.A.*, 2007 CAF 236 (« *MIL (CAF)* »), par. 6 (CanLII)).

[161] Selon nous, le raisonnement adopté dans les décisions *Fundy Settlement*, *MIL (CCI)* et *MIL (CAF)* s’écarte de l’approche qu’il convient d’adopter eu égard à la RGAÉ, qui se concentre sur le « pourquoi » — la raison d’être — qui sous-tend le texte des dispositions pertinentes; ces jugements ne devraient pas être suivis. S’il suffisait de se fonder sur le texte d’une disposition d’un traité pour éviter d’abuser de

abusive transactions structured around tax treaties, notwithstanding the retroactive 2005 amendments to s. 245 of the Act to ensure that the GAAR applied to tax treaties. As Professor G. T. Loomer explains, this analysis “seems to ensure that any avoidance strategy involving a Canadian tax treaty, no matter how blatant, will be immune to the GAAR provided the intermediate entity is formally established in the particular state and meets the technical requirements of the particular treaty provisions relied upon” (“Tax Treaty Abuse: Is Canada Responding Effectively?”, in Oxford University Centre for Business Taxation, Working Paper No. 09/05 (revised March 2009), at s. 4.3.3). We would also note that, when this Court disposed of the appeal in *Fundy Settlement* on other grounds, it specified that it “should not be understood as endorsing the reasons of the Federal Court of Appeal” on the GAAR (*Fundy Settlement v. Canada*, 2012 SCC 14, [2012] 1 S.C.R. 520, at para. 19).

[162] Alta Luxembourg similarly argues that this Court held, in *Crown Forest*, that residence under bilateral tax conventions is established where a taxpayer is subject to full tax liability in the contracting state. In its view, the Crown is seeking to add the unstated condition that a taxpayer must have substantial economic ties to the contracting state of residence in order to qualify as a “resident” under the Treaty.

[163] We disagree. This argument ignores the fact that *Crown Forest* did not deal with the application of the GAAR. The Court in that case had to interpret the term “resident” under the *Canada-United States Tax Convention Act, 1984*. By contrast, where, as here, the GAAR is invoked to deny a tax benefit that would otherwise be available based on the text of the provisions, one must look beyond the text in order to determine whether conferring such benefit frustrates or exploits the underlying rationale of the provisions. This does not mean that Alta Luxembourg must meet an “unstated condition” in addition to qualifying as a “resident” under arts. 1 and 4 of the Treaty.

ce dernier, la RGAÉ serait rendue impuissante pour traiter des opérations abusives structurées en fonction de traités fiscaux, et ce, en dépit des modifications rétroactives apportées à l’art. 245 de la Loi en 2005 pour garantir que la RGAÉ s’applique aux traités fiscaux. Comme l’explique le professeur G. T. Loomer, cette analyse [TRADUCTION] « semble garantir que, dans la mesure où l’entité intermédiaire est formellement établie dans l’État en cause et satisfait aux exigences techniques des dispositions spécifiques du traité sur lesquelles elle se fonde, toute stratégie d’évitement liée à un traité fiscal auquel a adhéré le Canada, aussi flagrante soit-elle, sera à l’abri de la RGAÉ » (« Tax Treaty Abuse : Is Canada Responding Effectively? », dans Oxford University Centre for Business Taxation, Working Paper No. 09/05 (révisé en mars 2009), s. 4.3.3). Nous notons en outre que, lorsque la Cour a tranché le pourvoi dans *Fundy Settlement* pour d’autres motifs, elle a précisé qu’il « ne faut toutefois pas considérer que nous souscrivons aux motifs de la Cour d’appel fédérale » quant à la RGAÉ (*Fundy Settlement c. Canada*, 2012 CSC 14, [2012] 1 R.C.S. 520, par. 19).

[162] Alta Luxembourg plaide de même que la Cour a conclu, dans l’arrêt *Crown Forest*, que la résidence au sens des traités fiscaux bilatéraux se trouve là où les contribuables sont intégralement assujettis à l’impôt de l’État contractant. À son avis, la Couronne tente d’ajouter une condition non énoncée selon laquelle les contribuables doivent avoir des liens économiques étroits avec l’État contractant de résidence pour être un « résident » au sens de la Convention.

[163] Nous ne sommes pas d’accord. Cet argument ne tient pas compte du fait que la cause *Crown Forest* ne portait pas sur l’application de la RGAÉ. En effet, dans cette affaire, la Cour était appelée à interpréter le terme « résident » au sens de la *Loi de 1984 sur la Convention Canada-États-Unis en matière d’impôt*. Or, lorsque, comme en l’espèce, la RGAÉ est invoquée pour refuser un avantage fiscal dont pourrait autrement se prévaloir les contribuables sur le fondement du texte des dispositions, il faut pousser l’analyse au-delà du texte de manière à décider si le fait de conférer un tel avantage contrecarrerait ou exploiterait la raison d’être des dispositions.

Rather, the Crown raises the need for economic ties to Luxembourg in relation to the object, spirit or purpose underpinning the relevant provisions. For the Crown, granting the tax benefit to Alta Luxembourg in the circumstances where it fails to have any real, substantial economic connection to the state of residence would frustrate the underlying rationale of the relevant provisions. This accords with the proper methodology under the GAAR.

[164] In sum, the distributive scheme allocates taxing rights based on the strength of the economic connection between the income and the contracting states. The carve-out of art. 13(4) follows the same logic: when a taxpayer carries on a business in an immovable property, it derives benefits more from the residence state and that state's commercial legal framework than from the source state's infrastructure. This connection between the income and the residence state forms the economic basis for residence state taxation.

(d) *Conclusion on the Rationale for the Relevant Provisions*

[165] We conclude that the rationale for the relevant provisions of the Treaty is to allocate taxation rights to the contracting state which has the strongest economic claim to the relevant income. The carve-out assigns the right to tax capital gains arising from the disposition of immovable property in which business is carried on to the resident state. The rationale behind the carve-out is to encourage investment; it reflects the fact that the business activity, rather than the immovable property itself, drives the value of the property. Accordingly, the economic justification for source state taxation — an exception to the general principle of taxation in the state of residence — is weaker. The state of residence has the stronger economic claim to tax the income.

Cela ne veut pas dire qu'Alta Luxembourg doit satisfaire à une « condition non énoncée » en plus d'avoir le statut de « résident » au sens des art. 1 et 4 de la Convention. La Couronne invoque plutôt la nécessité qu'il existe des liens économiques avec le Luxembourg relativement à l'objet ou à l'esprit qui sous-tendent les dispositions pertinentes. Pour la Couronne, accorder l'avantage fiscal à Alta Luxembourg dans des circonstances où elle n'a pas de véritables liens économiques étroits avec l'État de résidence contrecarrerait la raison d'être des dispositions pertinentes. Cela est conforme à la méthodologie qu'il convient d'appliquer lorsque la RGAÉ est en cause.

[164] En somme, le régime de répartition attribue les droits de lever des impôts en fonction de l'étroitesse du lien économique entre le revenu et les États contractants. L'exception à l'exception prévue au par. 13(4) suit la même logique : lorsque les contribuables exercent des activités commerciales dans un bien immobilier, ils tirent davantage de bénéfices de l'État de résidence et du cadre juridique applicable au commerce dans cet État que de l'infrastructure de l'État de la source. Ce lien entre le revenu et l'État de résidence constitue le fondement économique de l'imposition par l'État de résidence.

(d) *Conclusion quant à la raison d'être des dispositions pertinentes*

[165] Nous concluons que la raison d'être des dispositions pertinentes de la Convention est d'attribuer les droits de lever des impôts à l'État contractant qui a le droit économique le plus fort sur le revenu en cause. L'exception à l'exception confère à l'État de résidence le droit d'imposer les gains en capital tirés de la liquidation d'un bien immobilier où s'exercent des activités commerciales. La raison d'être de cette exception à l'exception est d'encourager l'investissement; cela reflète le fait que l'activité commerciale, plutôt que le bien immobilier lui-même, détermine la valeur de ce dernier. Ainsi, la justification sur le plan économique de l'imposition par l'État de la source — une dérogation au principe général de l'imposition par l'État de résidence — est plus faible. L'État de résidence a le droit économique le plus fort de lever de l'impôt sur le revenu.

(2) Was There an Abuse of the Provisions of the Treaty?

[166] The courts below erred in law by failing to identify the object, spirit or purpose of the Treaty’s relevant provisions and, instead, merely restated art. 13(5). The courts failed to focus on the reason for the article. Consequently, we are called on to conduct the abuse analysis afresh and to determine whether the transaction falls within or frustrates the rationale of the relevant provisions of the Treaty (*Canada v. 594710 British Columbia Ltd.*, 2018 FCA 166, [2019] 5 C.T.C. 1, at para. 64).

[167] In our view, Alta Luxembourg’s presence in Luxembourg is not genuine — it is mere gossamer. As such allowing it to enjoy tax benefits conferred on the basis of the stronger economic connection between the taxpayer’s income and Luxembourg frustrates the object, spirit or purpose of the provisions of the Treaty.

[168] Alta Luxembourg’s lack of substantial economic connection is plain from a review of the record. Alta Luxembourg was created and controlled by Alta US and its American and other foreign shareholders whose jurisdiction did not have a tax treaty with a similar exemption as the Treaty. The transaction was structured to ensure no gain would be realized in Luxembourg and that all proceeds of the sale would flow to the shareholders. As a senior managing director of the private equity firm behind the restructuring said, the objective was not to establish a genuine presence in Luxembourg, but rather to ensure that “everything will . . . flow through vehicles and no Canadian taxes will be paid” (A.R., vol. IV, at p. 106). After the transaction, Alta Luxembourg did not carry business in Luxembourg.

[169] Alta Luxembourg’s presence in Luxembourg was manufactured out of whole cloth. The shareholders and investors of Alta US retained “domiciliation services” to provide a corporate presence in Luxembourg and benefit from the Treaty. Email

(2) Y a-t-il eu abus dans l’application des dispositions de la Convention?

[166] Les tribunaux d’instances inférieures ont commis une erreur de droit en omettant de cerner l’objet ou l’esprit des dispositions applicables de la Convention et en se contentant plutôt d’énoncer la teneur du par. 13(5). Ils n’ont pas porté attention à la raison d’être de la disposition. Nous sommes donc appelés à refaire l’analyse relative à l’abus et à décider si l’opération est conforme à la raison d’être des dispositions pertinentes ou si elle la contrecarre (*Canada c. 594710 British Columbia Ltd.*, 2018 CAF 166, par. 64 (CanLII)).

[167] Selon nous, Alta Luxembourg n’est pas véritablement présente au Luxembourg — ce n’est que pure apparence. Ainsi, lui permettre de bénéficier des avantages fiscaux qui sont conférés sur la base du lien économique plus étroit entre le revenu des contribuables et le Luxembourg contrecarrerait l’objet ou l’esprit des dispositions de la Convention.

[168] Il ressort clairement de l’examen du dossier qu’Alta Luxembourg n’a aucun lien économique étroit avec le Luxembourg. Elle a été créée et gérée par Alta US, ses actionnaires américains et d’autres actionnaires étrangers, dont les pays ne disposent pas d’un traité fiscal assorti d’une clause d’exonération similaire à celle prévue par la Convention. L’opération a été conçue de manière à ce qu’aucun gain ne soit réalisé au Luxembourg et que le produit de la vente soit entièrement versé aux actionnaires. Comme l’a déclaré un directeur général principal de la société privée d’investissement à l’origine de la restructuration, l’objectif n’était pas d’établir une véritable présence au Luxembourg, mais plutôt de s’assurer que [TRADUCTION] « tout transite par différentes entités et qu’aucun impôt ne soit payé au Canada » (d.a., vol. IV, p. 106). Après l’opération, Alta Luxembourg n’a exercé aucune activité commerciale au Luxembourg.

[169] La présence d’Alta Luxembourg au Luxembourg a été fabriquée de toutes pièces. Les actionnaires et les investisseurs d’Alta US ont retenu des « services de domiciliation » pour assurer une présence d’affaires au Luxembourg et bénéficier de

exchanges preceding the transaction make it clear that the service provider's role was solely to ensure that Alta Luxembourg had the minimum "substance requirements" so the shareholders and investors of Alta US could "avail [themselves of] the benefits under the Canada/Luxembourg tax treaty (i.e., to alleviate Canadian tax leakage)" (A.R., vol. IV, at pp. 138-39). Calls for Alta Luxembourg would be routed to a switchboard and answered by an employee from the service provider. In addition to providing a corporate presence to Alta Luxembourg, the service provider also held board meetings for Alta Luxembourg. The members of the board of Alta Luxembourg were composed of two classes of managers: Class A managers, and Class B managers. All Class B managers were provided by the service provider and never met with Class A managers. In essence, Alta Luxembourg only existed through the service provider. It was an empty shell.

[170] Canada and Luxembourg agreed to the carve-out for the purpose of reflecting the closer economic connection between Luxembourg and its residents who carry on business in an immovable property situated in Canada. Yet the avoidance transactions were structured around a shell company with no real ties to Luxembourg, which was created solely to obtain a tax benefit under the Treaty. Therefore, the transactions led to an outcome that defeats the rationale underlying the allocation of taxing rights to Luxembourg over a class of capital gains. Indeed, this is precisely the type of transaction that the authors Li and Avella qualify as abusive uses of tax treaties: "... using interposed companies in an intermediary jurisdiction to take advantage of that jurisdiction's treaty network..." in relation to capital gains (s. 2.1.1.3).

[171] Canada has deliberately decided not to extend the benefit of the treaty exemption found in the Treaty to the residents of the jurisdictions of the

la Convention. Il ressort clairement des courriels échangés avant l'opération que le rôle du fournisseur de services consistait uniquement à garantir qu'Alta Luxembourg réponde aux « exigences de fond » minimales afin que les actionnaires et les investisseurs d'Alta US puissent [TRADUCTION] « bénéficier des avantages prévus par le traité fiscal conclu par le Canada et le Luxembourg (c.-à-d., atténuer les pertes fiscales au Canada) » (d.a., vol. IV, p. 138-139). Les appels destinés à Alta Luxembourg étaient acheminés à un standard téléphonique et un employé du fournisseur de services y répondait. En plus d'assurer une présence d'affaires pour Alta Luxembourg, le fournisseur de services a également tenu des réunions du conseil d'administration d'Alta Luxembourg. Ce dernier était composé de deux catégories d'administrateurs : des administrateurs de catégorie A et des administrateurs de catégorie B. Les administrateurs de catégorie B ont tous été recrutés par le fournisseur de services et n'ont jamais rencontré les administrateurs de catégorie A. En réalité, Alta Luxembourg n'existait que par le biais du fournisseur de services. Il s'agissait en fait d'une coquille vide.

[170] Le Canada et le Luxembourg ont accepté l'exception à l'exception afin de refléter le lien économique plus étroit entre le Luxembourg et ses résidents qui exercent des activités commerciales dans un bien immobilier situé au Canada. Or, les opérations d'évitement ont été organisées en fonction d'une société fictive qui n'avait aucun lien véritable avec le Luxembourg et qui avait été créée dans le seul but d'obtenir un avantage fiscal prévu par la Convention. Par conséquent, les opérations ont mené à un résultat qui contrecarre la raison pour laquelle le Luxembourg s'est vu attribuer les droits de lever des impôts sur une certaine catégorie de gains en capital. En effet, c'est précisément le type d'opérations que les auteurs Li et Avella considèrent comme une utilisation abusive des traités fiscaux : [TRADUCTION] « ... recourir à des sociétés interposées dans un pays intermédiaire dans le but de tirer profit du réseau de conventions de ce pays ... » en ce qui concerne les gains en capital (s. 2.1.1.3).

[171] Le Canada a délibérément choisi de ne pas faire bénéficier les résidents des pays où se trouvent les actionnaires d'Alta US de l'exonération

shareholders of Alta US. With regards to the provisions at issue, the common intention of Canada and Luxembourg could not have been to provide an avenue for residents of third-party states to indirectly obtain tax benefits they could not obtain directly absent any real economic connection with Luxembourg. This is “patently contrary to the basis on which” states cede their “jurisdiction to tax as the source country” (*Crown Forest*, at para. 52). Our colleague’s reasons assume that the federal government deliberately set out, in the exercise of its treaty making authority, to create the conditions for unlimited tax avoidance by means of schemes such as that in which Alta Luxembourg was used. To state such a proposition is to expose its absurdity, yet our colleague seeks to legitimize such blatantly abusive tax avoidance based on her view that Canada should have negotiated different treaty terms. The focus on what else could hypothetically have been agreed to is misplaced. It involves *ex ante* speculation about how the treaty parties ought to have proceeded based on alternatives said to have been available to them. However, such an argument gives primacy to what is not there. We are of the view that Parliament was entitled to rely on the GAAR to address abusive uses of the Treaty rather than negotiate the inclusion of a specific rule. The focus should be on what was actually agreed upon and whether the underlying rationale of the relevant provisions was frustrated by the avoidance transactions undertaken. In the give and take of treaty negotiation, Canada certainly did not give up the GAAR.

prévue par la Convention. S’agissant des dispositions en cause, il est impossible que le Canada et le Luxembourg aient tous deux voulu permettre aux résidents d’États tiers d’obtenir indirectement des avantages fiscaux qu’ils ne pouvaient pas obtenir directement, en l’absence de tout lien économique véritable avec le Luxembourg. Cela serait « manifestement contraire à la raison pour laquelle » les États cèdent leur « compétence en matière fiscale à titre de pays-source du revenu » (*Crown Forest*, par. 52). Dans ses motifs, notre collègue suppose que le gouvernement fédéral a délibérément cherché, dans l’exercice du pouvoir fédéral de conclure des traités, à créer un cadre qui permette de se livrer à un évitement fiscal illimité au moyen de stratagèmes comme celui auquel Alta Luxembourg a eu recours. Affirmer une telle chose revient à en exposer l’absurdité. Or, notre collègue cherche à légitimer cet évitement fiscal abusif et flagrant sous prétexte que le Canada aurait dû négocier des conditions différentes. Il est injustifié de se demander ce qui aurait hypothétiquement pu être négocié puisque cela revient à spéculer *ex ante* sur la manière dont les parties auraient dû procéder en fonction d’autres possibilités dont elles auraient disposé. Un tel argument donne néanmoins la primauté à ce qui n’existe pas. Nous sommes d’avis que le législateur était en droit de s’appuyer sur la RGAÉ pour prévenir les utilisations abusives de la Convention plutôt que de négocier l’inclusion d’une règle particulière. Il faut examiner ce qui a réellement fait l’objet de l’entente et la question de savoir si les opérations d’évitement ont eu pour effet de contrecarrer la raison d’être des dispositions pertinentes. Dans le cadre du donnant-donnant qui a eu cours lors de la négociation du traité, le Canada n’a certainement pas renoncé à la RGAÉ.

[172] The Auditor General raised concerns with precisely these types of schemes 20 years ago and recommended that Parliament take legislative action to protect Canada’s tax base. Parliament addressed this “mischief” with the enactment of s. 4.1 *ITCIA* to ensure the Minister could rely on the GAAR to deny tax benefits obtained through the use of schemes found to be abusive under the GAAR analysis. To borrow the words of Li and Cockfield, to “ascertain whether Parliament . . . intended to prohibit a

[172] Il y a 20 ans, la vérificatrice générale a soulevé certaines préoccupations à l’égard de ce type de stratagèmes et a recommandé au Parlement d’adopter des mesures législatives pour protéger l’assiette fiscale du Canada. Le Parlement a remédié à ce mal en adoptant l’art. 4.1 de la *LICIR* afin de garantir que le ministre puisse invoquer la RGAÉ pour refuser les avantages fiscaux découlant de stratagèmes jugés abusifs dans le cadre de l’analyse qui sous-tend la RGAÉ. Pour reprendre les propos des auteurs

particular tax-avoidance transaction”, it is wise to determine what is the “mischief” it sought to remove (p. 380).

[173] In addition, the avoidance transactions run contrary to the objective of encouraging trade and investment which underlies the carve-out. They were not an acquisition or an investment, but rather a liquidation of an existing investment in Canada without paying tax on the capital gain. Thus, the transactions are disconnected from the economic objectives underlying the bargain.

[174] Further, although “insufficient by itself to establish abusive tax avoidance”, our jurisprudence is clear that the absence of a *bona fide* non-tax purpose “may form part of the factual context that the courts may consider in the analysis of abusive tax avoidance allegations under s. 245(4)” (*Canada Trustco*, at para. 58; see also *Lipson*, at para. 38). The absence of *bona fide* non-tax purpose is relevant when the rationale of the provisions at issue means “that a particular tax benefit may apply only to transactions with a certain economic, commercial, family or other non-tax purpose” (*Canada Trustco*, at para. 58).

[175] Here, the Minister is seeking to apply the GAAR in the context of a purely tax-motivated corporate restructuring resulting in a shift of residence to Luxembourg, a reorganization for which there was no *bona fide* non-tax purpose. Given that the rationale of the relevant provisions is to reflect the economic ties with Luxembourg, the state of residence, this utter lack of any non-tax purpose is a relevant underlying factor that can be considered in the analysis under s. 245(4) of the Act.

[176] While the Crown has conceded that Alta Luxembourg was a resident of Luxembourg under art. 4 of the Treaty, contrary to the Federal Court of Appeal, we do not consider the residency requirement to be determinative in the context of a GAAR

Li et Cockfield, pour [TRADUCTION] « établir si le Parlement [...] avait l’intention d’interdire une opération d’évitement fiscal particulière », il convient de déterminer quel est le « mal » qu’il voulait corriger (p. 380).

[173] En outre, les opérations d’évitement vont à l’encontre de l’objectif qui sous-tend l’exception à l’exception, c’est-à-dire encourager les échanges et les investissements. En effet, ces opérations ne constituaient pas une acquisition ou un investissement, mais plutôt la liquidation d’un investissement au Canada sans payer d’impôt sur les gains en capital. Ainsi, les opérations ne répondent pas aux objectifs économiques qui sous-tendent l’entente.

[174] Par ailleurs, il ressort clairement de la jurisprudence que, bien qu’elle soit « insuffisante en soi pour établir l’existence d’un évitement fiscal abusif », l’absence d’un véritable objet non fiscal « peut faire partie du contexte factuel dont les tribunaux peuvent tenir compte en analysant des allégations d’évitement fiscal abusif fondées sur le par. 245(4) » (*Trustco Canada*, par. 58; voir aussi *Lipson*, par. 38). L’absence d’un véritable objet non fiscal est un facteur pertinent quand la raison d’être des dispositions en cause signifie « qu’un avantage fiscal particulier ne [peut] s’appliquer qu’aux opérations ayant un certain objet économique, commercial, familial ou un autre objet non fiscal » (*Trustco Canada*, par. 58).

[175] En l’espèce, la ministre souhaite appliquer la RGAÉ dans le contexte d’une restructuration d’ordre purement fiscal qui a fait passer la résidence au Luxembourg, une réorganisation pour laquelle il n’y avait aucun véritable objet non fiscal. Étant donné que la raison d’être des dispositions en cause consiste à refléter les liens économiques avec le Luxembourg, l’État de résidence, cette absence totale d’objet non fiscal est un facteur sous-jacent pertinent qui peut être pris en considération dans l’analyse fondée sur le par. 245(4) de la Loi.

[176] Bien que la Couronne ait reconnu qu’Alta Luxembourg était une résidente du Luxembourg au sens de l’art. 4 de la Convention, nous ne sommes pas d’avis — contrairement à la Cour d’appel fédérale — que l’exigence de résidence est déterminante dans le

analysis. Again, the GAAR framework requires courts to give effect to the rationale underlying the text of the relevant provisions. The reasoning of the Federal Court of Appeal would effectively amount to holding that the GAAR does not apply to tax treaties when the benefit is to be exempt from taxation in Canada, i.e. when Canada has ceded its right to its treaty partner. Since being exempt from taxation in Canada is the main tax benefit provided by tax treaties, the GAAR, a general rule of last resort, would be rendered nugatory as a rule in relation to abuses of tax treaties. Technical compliance with a tax treaty in a way that frustrates the underlying rationale of the provisions relied upon by the taxpayer is precisely what triggers the GAAR. Alta Luxembourg complied with the words of the relevant provisions of the Treaty, but not their rationale. It is that to which the GAAR requires courts to give effect.

[177] We acknowledge that finding that a transaction structured to claim tax benefits from a treaty can be abusive when a resident lacks economic connections to the state of residence may produce more uncertainty than mechanically applying the words of the Treaty. However, Parliament struck the balance it considered proper between certainty and fairness to the tax system as a whole. The facts of this case are a patent example of a sophisticated taxpayer effecting a restructuring on the basis of professional tax advice to avoid Canadian tax. In such cases, the principle of fairness ought not to be ignored. As for the degree of uncertainty introduced by the GAAR, it is counterbalanced by the Crown's burden to show that the avoidance transactions frustrate the object, spirit or purpose of the provisions relied on by the taxpayer and by the fact that any doubt under the GAAR analysis is to be resolved in favour of the taxpayer (*Canada Trustco*, at para. 69). In this case, the abuse is clear. The evidence demonstrates that Alta Luxembourg had no genuine economic connections with Luxembourg as it was a mere conduit interposed in Luxembourg for residents of third-party states to avail themselves of a tax exemption under the Treaty. We agree with our colleague that the lack of any non-tax purpose, although relevant, does not on its

contexte de l'analyse fondée sur la RGAÉ. Encore là, la RGAÉ oblige les tribunaux à donner effet à la raison d'être du texte des dispositions pertinentes. Selon le raisonnement de la Cour d'appel fédérale, la RGAÉ ne s'appliquerait pas aux traités fiscaux quand l'avantage consiste à être exempté de l'impôt au Canada, c'est-à-dire quand le Canada a cédé son droit à l'autre pays signataire. Comme être exempté d'impôt au Canada constitue le principal avantage fiscal prévu par les traités fiscaux, la RGAÉ — une règle générale de dernier recours — deviendrait inopérante en tant que règle relative à l'utilisation abusive des traités fiscaux. C'est précisément le fait de se conformer à un traité fiscal sur le plan technique, mais de manière à contrecarrer la raison d'être des dispositions invoquées par les contribuables, qui déclenche l'application de la RGAÉ. Alta Luxembourg a respecté le libellé des dispositions pertinentes de la Convention, mais pas leur raison d'être. Or, c'est à la raison d'être que les tribunaux doivent donner effet au titre de la RGAÉ.

[177] Nous reconnaissons que le fait de conclure au caractère abusif d'une opération conçue pour réclamer des avantages fiscaux prévus par traité quand un résident n'a pas de lien économique avec l'État de résidence peut avoir pour effet de créer plus d'incertitude que le fait d'appliquer machinalement le libellé de la Convention. Cependant, le Parlement a établi l'équilibre qu'il jugeait approprié entre la certitude et l'équité du système fiscal dans son ensemble. Les faits de l'espèce sont un exemple patent d'une restructuration effectuée par un contribuable averti sur la base de conseils d'un expert en fiscalité afin d'éviter de payer de l'impôt au Canada. Dans de tels cas, il ne faut pas oublier le principe d'équité. Par ailleurs, le degré d'incertitude introduit par la RGAÉ est contrebalancé par le fardeau qu'a la Couronne de démontrer que les opérations d'évitement contrecarrent l'objet ou l'esprit des dispositions invoquées par les contribuables et par le fait que tout doute soulevé dans le cadre de l'analyse fondée sur la RGAÉ doit être résolu en faveur des contribuables (*Trustco Canada*, par. 69). En l'espèce, l'abus est manifeste. Il ressort de la preuve qu'Alta Luxembourg n'avait aucun lien économique véritable avec le Luxembourg puisqu'il s'agissait d'une simple société relais interposée au Luxembourg pour que des résidents d'États

own lead to the determination of abuse in this case. Rather, it is this lack of any genuine economic connection to Luxembourg that frustrates the rationale of the relevant provisions of the Treaty. The Crown has discharged its burden.

[178] Finally, we wish to comment on an observation made at paras. 84-85 of the Tax Court decision. The Tax Court explained that a party negotiating a tax treaty is presumed to be aware of the other state's tax system, such that Canada, as a state which taxes capital gains, should have seen to the prevention of a double exemption of this type of income. To be clear, the Crown's position, as we understand it, is not that the GAAR is invoked because the capital gain did not go on to be taxed in Luxembourg. Rather, the Crown is seeking the application of the GAAR because in its view, Alta Luxembourg had no economic connection to Luxembourg and therefore the underlying rationale of arts. 1, 4 and 13(4) that it identified is frustrated.

[179] In sum, we are of the view that Alta Luxembourg's patent lack of economic connection to Luxembourg frustrates the underlying rationale of the relevant provisions of the Treaty to allocate the taxation rights to the contracting state with the strongest economic claim. The transactions are the product of a contrivance which was not reasonably contemplated within the object, spirit or purpose of art. 13(4). As a result, the avoidance transactions frustrate the rationale of art. 13(4) and constitute abuse under the GAAR. Accordingly, the tax benefit conferred by the relevant provisions is denied.

(3) A Word on Treaty Shopping

[180] We pause to say a word on whether treaty shopping constitutes an improper use of tax treaties, as this was extensively discussed by the parties and in

tiers puissent se prévaloir d'une exonération fiscale en vertu de la Convention. Nous convenons avec notre collègue que l'absence d'un objet non fiscal, bien qu'elle soit pertinente, ne permet pas à elle seule de conclure à un abus en l'espèce. C'est plutôt l'absence de tout lien économique véritable avec le Luxembourg qui contrecarre la raison d'être des dispositions pertinentes de la Convention. La Couronne s'est acquittée de son fardeau.

[178] Enfin, nous tenons à formuler certains commentaires au sujet d'une observation formulée aux par. 84-85 de la décision de la Cour canadienne de l'impôt. La cour a expliqué que, lorsqu'elles négocient un traité fiscal, les parties sont censées connaître le système fiscal de l'autre État. C'est donc dire que le Canada, en tant qu'État qui impose les gains en capital, aurait dû voir à éviter une double exonération de ce type de revenu. Pour plus de précision, si nous comprenons bien, la Couronne ne prétend pas que la RGAÉ est invoquée parce que les gains en capital n'ont pas été imposés au Luxembourg. En fait, elle demande que la RGAÉ soit appliquée puisque, selon elle, Alta Luxembourg n'avait aucun lien économique avec le Luxembourg et la raison d'être des art. 1 et 4 et du par. 13(4) se trouve donc contrecarrée.

[179] En résumé, nous sommes d'avis que l'absence manifeste de lien économique entre Alta Luxembourg et le Luxembourg contrecarre la raison d'être des dispositions pertinentes de la Convention, qui consiste à attribuer le droit de lever des impôts à l'État contractant ayant le droit économique le plus fort. Les opérations découlent d'un arrangement qui n'était pas raisonnablement prévu dans l'objet ou l'esprit du par. 13(4). Les opérations d'évitement ont donc pour effet de contrecarrer la raison d'être du par. 13(4) et en constituent une utilisation abusive au sens de la RGAÉ. Par conséquent, l'avantage fiscal prévu par les dispositions pertinentes est refusé.

(3) Un mot sur le chalandage fiscal

[180] Nous nous permettons de commenter brièvement sur la question de savoir si le chalandage fiscal constitue une utilisation inappropriée des traités

the courts below. The OECD *Glossary of Tax Terms* (online) defines “treaty shopping” as follows:

An analysis of tax treaty provisions to structure an international transaction or operation so as to take advantage of a particular tax treaty. The term is normally applied to a situation where a person not resident of either the treaty countries establishes an entity in one of the treaty countries in order to obtain treaty benefits.

(See also *Crown Forest*, at para. 52.)

[181] On this issue, we agree with the Crown that the Treaty is not intended to provide avenues for residents of third-party states to benefit from their treaty partner’s tax regime in the absence of genuine ties to that state. As this Court held in *Crown Forest*, there is no reason to assume that Canada would enter into tax treaties to “ced[e] its taxing authority to a jurisdiction that is a stranger to the Convention” (para. 49).

[182] Treaty shopping connotes “a premeditated effort to take advantage of the international tax treaty network, and careful selection of the most favorable treaty for a specific purpose” (H. D. Rosenbloom, “Tax Treaty Abuse: Policies and Issues” (1983), 15 *Law & Pol’y Int’l Bus.* 763, at p. 766, cited in D. G. Duff, “Tax Treaty Abuse and the Principal Purpose Test — Part 1” (2018), 66 *Can. Tax J.* 619, at pp. 623-24). Treaty shopping typically involves the practice of non-residents establishing a minimal presence or economic activity in a country in order to benefit from the jurisdiction’s treaty network with other countries (V. Krishna, “Using Beneficial Ownership to Prevent Treaty Shopping” (2009), 56 *Tax Notes Int’l* 537, at p. 540).

[183] Treaty shopping has notably been criticized on the grounds that it produces outcomes contrary to the intention of the contracting states, such as

fiscaux puisque cette question a fait l’objet d’une analyse poussée de la part des parties et des tribunaux d’instances inférieures. Voici la définition de « *treaty shopping* » (« chalandage fiscal ») qui se trouve dans le *Glossary of Tax Terms* (en ligne) de l’OCDE :

[TRANSLATION] Analyse des dispositions des traités fiscaux en vue de la structuration d’une transaction ou d’une opération internationale de manière à tirer avantage d’une convention fiscale donnée. Ce terme s’applique habituellement lorsqu’une personne — résidente de ni l’un ni l’autre des pays signataire de la convention — établit une entité dans l’un de ces pays dans le but d’obtenir des avantages prévus par la convention.

(Voir aussi *Crown Forest*, par. 52.)

[181] À ce propos, nous sommes d’accord avec la Couronne pour dire que la Convention ne vise pas à permettre aux résidents d’États tiers de bénéficier du régime fiscal de ses cosignataires en l’absence d’un lien véritable avec l’un ou l’autre de ces derniers. Comme la Cour l’a conclu dans l’arrêt *Crown Forest*, il n’y a aucune raison de présumer que le Canada conclut des traités fiscaux dans le but de « céder son pouvoir d’imposition à un ressort étranger à la Convention » (par. 49).

[182] Le chalandage fiscal désigne [TRANSLATION] « un effort prémédité pour tirer profit du réseau international de traités fiscaux et d’une sélection judiciaire du traité le plus favorable pour atteindre un but précis » (H. D. Rosenbloom, « Tax Treaty Abuse : Policies and Issues » (1983), 15 *Law & Pol’y Int’l Bus.* 763, p. 766, cité dans D. G. Duff, « Tax Treaty Abuse and the Principal Purpose Test — Part 1 » (2018), 66 *Rev. fisc. can.* 619, p. 623-624). Le chalandage fiscal est habituellement une pratique par laquelle des non-résidents établissent une présence minimale ou une activité économique minimale dans un pays afin de bénéficier des traités que ce pays a conclus avec d’autres pays (V. Krishna, « Using Beneficial Ownership to Prevent Treaty Shopping » (2009), 56 *Tax Notes Int’l* 537, p. 540).

[183] Le chalandage fiscal a notamment été critiqué parce qu’il produit des résultats contraires à l’intention des États contractants, comme la réduction

reduced taxation and non-taxation, which can lead to an unintended erosion of national tax bases (Duff (2018), at pp. 624-25; see also B. J. Arnold and J. R. Wilson, “Aggressive International Tax Planning by Multinational Corporations: The Canadian Context and Possible Responses”, University of Calgary School of Public Policy, vol. 7, Research Paper No. 29 (2014), at p. 56). Indeed, treaty shopping can indirectly and unwittingly provide tax benefits for residents of third-party states, contrary to Canada’s intention to extend such benefits solely to the residents of the treaty partner (Department of Finance, *Consultation Paper on Treaty Shopping — The Problem and Possible Solutions*, August 12, 2013 (online)). As a result, treaty shopping can upset the “balance of sacrifices” that underlies a tax treaty and reduce the incentive to conclude a tax treaty. Why would a state negotiate a tax treaty with Canada and make the concessions such a process entails if its residents can access Canada’s tax treaty network through treaty shopping arrangements (Duff (2018), at p. 624; OECD, *Action 6 Prevention of tax treaty abuse* (online); see also J. Li, “Beneficial Ownership in Tax Treaties: Judicial Interpretation and the Case for Clarity”, in P. Baker and C. Bobbett, eds., *Tax Polymath: A life in international taxation* (2011), 187, at p. 191)?

[184] In *Crown Forest*, this Court unanimously stated that treaty shopping is “highly undesirable” and “patently contrary to the basis on which Canada ceded its jurisdiction to tax as the source country” (para. 52). It added that such behaviour “is not to be encouraged or promoted by judicial interpretation of existing agreements” (para. 49).

[185] Nevertheless, we agree with Alta Luxembourg that treaty shopping is not inherently abusive. There is nothing necessarily improper about minimizing tax liability by selecting a beneficial tax regime in making an investment in a foreign jurisdiction (*Crown Forest*, at para. 49). Certain jurisdictions may provide tax incentives to attract businesses and

de l’imposition et la non-imposition, ce qui peut entraîner une érosion involontaire des assiettes fiscales nationales (Duff (2018), p. 624-625; voir aussi B. J. Arnold et J. R. Wilson, « Aggressive International Tax Planning by Multinational Corporations : The Canadian Context and Possible Responses », University of Calgary School of Public Policy, vol. 7, Research Paper No. 29 (2014), p. 56). En effet, le chalandage fiscal peut, indirectement et involontairement, accorder des avantages fiscaux aux résidents des États tiers, contrairement à l’intention du Canada de réserver ces avantages aux résidents de l’autre partie signataire (Ministère des Finances, *Document de consultation sur le chalandage fiscal — Le problème et les solutions possibles*, 12 août 2013 (en ligne)). Par conséquent, le chalandage fiscal peut nuire à « l’équilibre des compromis » qui sous-tend un traité fiscal et décourager les États de conclure un tel traité. Pourquoi un État négocierait-il un traité fiscal avec le Canada et ferait-il les concessions nécessaires dans le cadre d’un tel processus si ses résidents peuvent bénéficier des nombreux traités fiscaux conclus par le Canada au moyen d’arrangements de chalandage fiscal (Duff (2018), p. 624; OCDE, *Action 6 Prevention of tax treaty abuse* (en ligne); voir aussi J. Li, « Beneficial Ownership in Tax Treaties : Judicial Interpretation and the Case for Clarity », dans P. Baker et C. Bobbett, dir., *Tax Polymath : A life in international taxation* (2011), 187, p. 191)?

[184] Dans l’arrêt *Crown Forest*, les membres de la Cour ont déclaré à l’unanimité que le chalandage fiscal est « fort peu souhaitable » et « manifestement contraire à la raison pour laquelle le Canada a cédé sa compétence en matière fiscale à titre de pays-source du revenu » (par. 52). Ils ont ajouté qu’un tel comportement « ne doit pas être encouragé ni favorisé par l’interprétation judiciaire des ententes existantes » (par. 49).

[185] Néanmoins, nous sommes d’accord avec Alta Luxembourg pour dire que le chalandage fiscal n’est pas intrinsèquement abusif. Il n’est pas nécessairement inapproprié de réduire au minimum son assujettissement fiscal en choisissant un régime avantageux sur le plan fiscal lorsqu’on fait un investissement à l’étranger (*Crown Forest*, par. 49).

investment; as such, taxpayers are entitled to avail themselves of such benefits to minimize tax. Thus, merely selecting a treaty to minimize tax, on its own, is not abusive. In fact, it may be consonant with one of the main purposes of tax treaties: encouraging trade and investment.

[186] However, where taxing rights in a tax treaty are allocated on the basis of economic allegiance and conduit entities claim tax benefits despite the absence of any genuine economic connection with the state of residence, treaty shopping is, in our view, abusive. As Professors N. Bammens and L. De Broe explain, the use of “conduit companies” is disconnected from the objectives of bilateral tax treaties:

... tax treaties are concluded for reasons of an economic nature: the contracting states want to stimulate reciprocal commercial relations by preventing double taxation. The use of conduit companies and treaty shopping structures has very little to do with this economic objective. Treaty shopping thus upsets the balance and reciprocity of the tax treaty: in order to preserve a tax treaty’s inherent reciprocity, its benefits must not be extended to persons not entitled to them. [Emphasis added; footnotes omitted.]

(“Treaty Shopping and Avoidance of Abuse”, in Lang et al., *Tax Treaties*, 51, at p. 52; see also Li and Avella, at s. 2.1.1.3.)

[187] In such cases, as here, the avoidance transaction would be contrary to the objectives of bilateral tax treaties and frustrate the object, spirit or purpose of the specific provisions related to the allocation of taxing rights. Preventing such abuse is the purpose of the GAAR: “. . . most double tax treaties do not contain specific limitations on the ability of third-country residents to treaty shop [and instead] rely on the concept of beneficial ownership or on domestic anti-abuse legislation to safeguard against hollow conduits” (Krishna (2009), at p. 540). Similarly, C. A. Brown and J. Bogle are of the view that the

Certains ressorts offrent des incitatifs fiscaux pour encourager les échanges et les investissements; par conséquent, les contribuables ont le droit de se prévaloir de ces avantages pour réduire l’impôt au minimum. Il n’est donc pas abusif en soi de choisir un traité pour réduire l’impôt payable. En fait, cela peut même être conforme à l’un des principaux objectifs des traités fiscaux : encourager les échanges et les investissements.

[186] Cependant, quand les droits de lever des impôts prévus dans un traité fiscal sont attribués sur la base de l’allégeance économique et que des sociétés relais réclament des avantages fiscaux alors qu’elles n’ont aucun lien économique véritable avec l’État de résidence, nous sommes d’avis que le chalandage fiscal est abusif. Comme l’expliquent les professeurs N. Bammens et L. De Broe, l’utilisation de « sociétés relais » ne cadre pas avec les objectifs des traités fiscaux bilatéraux :

[TRADUCTION] . . . on conclut des traités fiscaux pour des raisons de nature économique : les États contractants veulent encourager des relations commerciales réciproques en évitant la double imposition. Le recours à des sociétés relais et à des arrangements de chalandage fiscal a bien peu à voir avec cet objectif économique. Le chalandage fiscal rompt ainsi l’équilibre et la réciprocité du traité fiscal. En effet, si l’on veut préserver la réciprocité inhérente à un traité fiscal, on ne doit pas octroyer ses avantages à des personnes qui n’y ont pas droit. [Nous soulignons; notes en bas de pages omises.]

(« Treaty Shopping and Avoidance of Abuse », dans Lang et autres, *Tax Treaties*, 51, p. 52; voir aussi Li et Avella, s. 2.1.1.3.)

[187] Dans de tels cas, comme en l’espèce, l’opération d’évitement serait contraire aux objectifs des traités fiscaux bilatéraux et contrecarrerait l’objet ou l’esprit de dispositions portant spécifiquement sur la répartition des droits de lever des impôts. La RGAÉ a pour objet d’empêcher de tels abus : [TRADUCTION] « . . . la plupart des traités portant sur la double imposition ne comportent pas de limites précises quant à la capacité des résidents de pays tiers à faire du chalandage fiscal [et] s’appuient [plutôt] sur la notion de bénéficiaire effectif ou sur la législation nationale anti-abus pour se protéger contre les

GAAR is “[t]he primary tool to fight treaty shopping in Canada currently” (“Treaty Shopping and the New Multilateral Tax Agreement — Is it Business as Usual in Canada?” (2020), 43 *Dal. L.J.* 1, at p. 4).

[188] In conclusion, not all types of treaty shopping lead to abuse of a tax treaty. Only when an avoidance transaction frustrates the rationale of the relevant treaty provision will treaty shopping be abusive and the tax benefit denied. For instance, where contracting parties allocate taxing rights to the state of residence on the basis of economic allegiance, as in this case, treaty shopping will be abusive if the resident of a third-party state uses a conduit company to claim treaty benefits conferred by provisions requiring a genuine economic connection with the residence state. Therein lies the undermining of these provisions’ rationale clothed in a formalistic adherence to their text. Ignoring this is to render the GAAR empty of meaningful effect.

IV. Disposition

[189] We would allow the Crown’s appeal and set aside the judgments of the Federal Court of Appeal and the Tax Court of Canada, with costs. Alta Luxembourg’s appeal under the Act from the Minister of National Revenue’s assessment for the 2013 taxation year should be dismissed.

Appeal dismissed with costs, WAGNER C.J. and ROWE and MARTIN JJ. dissenting.

Solicitor for the appellant: Attorney General of Canada, Vancouver.

Solicitors for the respondent: Thorsteinssons, Toronto.

sociétés relais fictives » (Krishna (2009), p. 540). De même, les professeurs C. A. Brown et J. Bogle estiment que la RGAÉ est, [TRADUCTION] « [e]n ce moment, le principal outil pour lutter contre le chalandage fiscal au Canada » (« Treaty Shopping and the New Multilateral Tax Agreement — Is it Business as Usual in Canada? » (2020), 43 *Dal. L.J.* 1, p. 4).

[188] En conclusion, ce ne sont pas tous les types de chalandage fiscal qui mènent au recours abusif à un traité fiscal. En fait, ce n’est que lorsqu’une opération d’évitement contrecarre la raison d’être de la disposition pertinente que le chalandage fiscal est abusif et que l’avantage fiscal est refusé. Par exemple, quand les parties contractantes attribuent les droits de lever de l’impôt à l’État de résidence sur la base de l’allégeance économique, comme c’est le cas ici, le chalandage fiscal est abusif si le résident d’un État tiers utilise une société relais pour réclamer des avantages prévus par des dispositions du traité qui requièrent un lien économique véritable avec l’État de résidence. La raison d’être de ces dispositions se trouve donc minée par le respect formaliste de leur libellé. Faire fi de cette réalité revient à dépouiller la RGAÉ de tout effet concret.

IV. Dispositif

[189] Nous sommes d’avis d’accueillir le pourvoi de la Couronne et d’annuler les jugements de la Cour d’appel fédérale et de la Cour canadienne de l’impôt, avec dépens. Nous sommes en outre d’avis de rejeter le pourvoi interjeté par Alta Luxembourg sous le régime de la Loi à l’encontre de la cotisation établie par la ministre du Revenu national pour l’année d’imposition 2013.

Pourvoi rejeté avec dépens, le juge en chef WAGNER et les juges ROWE et MARTIN sont dissidents.

Procureur de l’appelante : Procureur général du Canada, Vancouver.

Procureurs de l’intimée : Thorsteinssons, Toronto.

ISSN 0045-4230

If undelivered, return to:
Library
Supreme Court of Canada
Ottawa, Ontario
Canada K1A 0J1

En cas de non-livraison, retourner à :
Bibliothèque
Cour suprême du Canada
Ottawa (Ontario)
Canada K1A 0J1

Available from:
Library
Supreme Court of Canada
Ottawa, Ontario – Canada K1A 0J1
scr-rs@scc-csc.ca

En vente auprès de :
Bibliothèque
Cour suprême du Canada
Ottawa (Ontario) – Canada K1A 0J1
scr-rs@scc-csc.ca