

Aperçus rapides

Fiscalité internationale

518 Abus de droit et *treaty shopping* : un prélude canadien à l'application de la clause PPT ?

Par

Nicolas VERGNET,

docteur en droit, université Paris 2 Panthéon-Assas,
fiscaliste, Mayer Brown

1 – Les conventions fiscales internationales remplissent des objectifs divers : suppression des freins à la libre circulation des capitaux, promotion de la prospérité économique mondiale, et, pour ce faire, suppression des doubles impositions. Il arrive en certaines occasions que leur utilisation par les contribuables soit motivée par la seule volonté de diminuer, voire de supprimer leur charge fiscale : on parle alors de chalandage fiscal ou de *treaty shopping*. Pour lutter contre cette pratique, l'OCDE a récemment doté son modèle de convention d'une clause anti-abus générale (*Principal Purpose Test* ou « PPT ») permettant aux États qui l'intègrent aux conventions qu'ils signent de refuser l'octroi de leurs avantages aux contribuables qui les réclament indûment. L'appréhension de cette nouvelle mesure par les différentes juridictions est encore sujette à de nombreuses incertitudes, et il n'est donc pas inutile d'observer la position qu'adoptent les divers juges ayant à connaître de l'appréhension d'opérations de *treaty shopping* par des mesures anti-abus générales.

2 – La décision *Alta Energy Luxembourg v. Her Majesty the Queen* rendue le 22 août 2018 par la Cour canadienne de l'impôt (*Alta Energy Luxembourg S.A.R.L. v. The Queen* [2018] TCC 152) est particulièrement éclairante à cet égard (V. J. Schwarz, *Is the first taste of the PPT Maple flavour?*, *Kluwer International Tax Blog*, 21 Septembre 2018). Les faits étaient assez simples. Une société de co-investissement constituée aux États-Unis détenait une filiale canadienne, qui était elle-même titulaire d'un permis d'exploration, de forage et d'extraction d'hydrocarbures au Canada. Eu égard à l'activité minière de la filiale, le droit interne canadien assimilait ses titres à des « biens canadiens imposables ». La société américaine était dans l'incapacité de bénéficier de la convention fiscale

signée entre les États-Unis et le Canada, faute de satisfaire aux conditions posées par la clause de *Limitation on Benefits* (« LOB ») que celle-ci contenait. En 2012, les actions de la filiale canadienne furent donc transférées à une société nouvellement créée au Luxembourg, puis cédées par cette même société un an plus tard, générant une plus-value d'un montant de 380 millions de dollars. Le transfert des titres de la filiale canadienne à la holding luxembourgeoise eut donc pour effet de placer la plus-value de cession sous l'empire de la convention fiscale canado-luxembourgeoise. Les terrains détenus par la société canadienne étant exploités dans le cadre de son activité de forage et d'extraction, l'article 13(4) de ladite convention les excluait du ratio de prépondérance immobilière et l'imposition de la plus-value fut concédée au Luxembourg qui l'exonéra en application de son droit interne.

3 – Les juges canadiens étaient donc invités à apporter des précisions quant à la possibilité, pour une mesure anti-abus générale – ici le régime général anti-évitement (RGAE) de droit interne canadien – de venir contrarier l'application d'une convention bilatérale dont les avantages auraient été réclamés à des fins sinon strictement, au moins essentiellement fiscales (ce que le contribuable concédait parfaitement en l'espèce). Si les éléments de cette décision lui confèrent d'indéniables vertus prospectives (1), la solution retenue par la Cour n'est pas exempte d'interrogations quant à la logique sur laquelle elle repose (2).

1. Une décision porteuse de vertus prospectives

4 – Dans l'affaire *Alta Energy Luxembourg*, l'application d'une clause anti-abus prévue par la convention fiscale elle-même (telle que la clause PPT), n'était pas en cause. Son étude reste cependant intéressante à plusieurs titres. D'abord parce que le RGAE canadien présente d'indéniables similarités rédactionnelles avec la clause PPT (A). Ensuite, parce que la lutte contre l'évasion fiscale était explicitement mentionnée par la convention fiscale canado-

luxembourgeoise comme étant l'un des objets ayant motivés sa conclusion (B).

A. - Les similarités rédactionnelles entre le RGAE et la clause PPT

5 – Le droit interne canadien contient une mesure permettant de lutter contre ce qu'il nomme les « opérations d'évitement », c'est-à-dire les opérations dont découle « directement ou indirectement, un avantage fiscal, sauf s'il est raisonnable de considérer que l'opération est principalement effectuée pour des objets véritables – l'obtention de l'avantage fiscal n'étant pas considérée comme un objet véritable ». La jurisprudence canadienne précise qu'« il y a évitement abusif lorsqu'une opération va à l'encontre de la raison d'être des dispositions invoquées » (*Hypothèques Trustco Canada, [2005] 5 C.T.C. 215*). On remarquera ainsi qu'outre la présence commune d'un test de « raisonnabilité » (*sur ce point V. D. Weber, The Reasonableness Test of the Principal Purpose Test Rule in OECD BEPS Action 6 (Tax Treaty Abuse) versus the EU Principle of Legal Certainty and the EU Abuse of Law Case Law : Erasmus Law Review, août 2017*), le RGAE et la clause PPT adoptent une conception similaire du caractère abusif d'une opération puisque la clause PPT précise que n'est pas abusif l'avantage fiscal dont l'obtention est « conforme à l'objet et au but des dispositions pertinentes ».

6 – Il est utile de préciser que l'adoption de la clause PPT vise essentiellement à armer les conventions fiscales inspirées du Modèle OCDE afin de pallier les situations dans lesquelles le droit domestique ne contient pas les instruments qui permettent de lutter contre le *treaty shopping*. En l'espèce, le droit canadien semblait parfaitement outillé puisque le mécanisme prévu par le RGAE est relativement identique à celui de la clause PPT. Or, on ne saurait que trop souscrire aux mots de Daniel Gutmann selon lesquels « il est manifeste que deux règles anti-abus rédigées en termes très proches et visant toutes deux à écarter un texte pour cause d'abus ont forcément le même objet » (*D. Gutmann, Droit fiscal des affaires, Lextenso, sept. 2018, § 995*).

7 – Il faut également indiquer que l'incapacité des mesures anti-abus de droit interne à juguler le *treaty shopping* a longtemps été imputée à l'absence récurrente de précision de quelque objectif de lutte contre l'évasion fiscale par les textes conventionnels. De nombreux juges de l'impôt refusaient ainsi de considérer que les contribuables pouvaient abuser de dispositions dont le seul objet explicite serait de répartir le pouvoir d'imposer par la suppression des doubles impositions, mais qui ne proscrirent pas nécessairement les éventuelles doubles non-impositions pouvant résulter de leur utilisation. Cette réserve ne semblait cependant pas devoir animer le juge canadien dans l'affaire *Alta Energy Luxembourg* dans laquelle était en cause une convention fiscale dont le préambule précisait qu'elle visait notamment à lutter contre l'évasion fiscale.

B. - La lutte contre la fraude et l'évasion fiscales comme objet de la convention

8 – Si la répartition du pouvoir d'imposer et la suppression des doubles impositions sont généralement admises comme faisant partie des objectifs suivis par les traités fiscaux, la lutte contre l'évasion fiscale ne bénéficie pas du même consensus, en dépit du rappel régulier des organisations internationales selon lequel le système conventionnel n'a pas vocation à être mobilisé abusivement. La Société des Nations indiquait en effet dès les années 1920 que « le but que les principes à la fois les plus élémentaires et les plus incontestés de justice fiscale commandaient » était de « faire en sorte que tout revenu supporte l'impôt une fois, et une fois seulement » (*Société des Nations, Double Imposition et Évasion Fiscale : Rapport et Résolutions présentés par les experts techniques au Comité Financier, avr. 1927, C.216.M.85.1927.II, p. 23*). L'OCDE martèle également

depuis les années 1970 que les conventions fiscales n'ont pas vocation à encourager la fraude et l'évasion fiscales. Faute d'être admise par l'ensemble des États, cette position a finalement été gravée dans le marbre du Modèle OCDE dont le préambule précise désormais que « les conventions fiscales ne doivent pas être utilisées pour générer une double non-imposition ». La clause PPT fonctionne en interaction avec ce préambule puisqu'elle permet justement de satisfaire le nouvel objectif qu'il consacre.

9 – Dans l'affaire *Alta Energy Luxembourg*, la convention fiscale signée entre le Canada et le Luxembourg, bien que d'inspiration « pré-BEPS », précisait explicitement l'intention des signataires « d'éviter les doubles impositions et de prévenir la fraude fiscale en matière d'impôts sur le revenu » (notons que la version anglaise du traité utilise le terme « *fiscal evasion* » – § 77 de la décision). Au fond, cette affaire soulevait la question de savoir si, avec des ingrédients similaires à ceux que retient la clause PPT (c'est-à-dire d'une part un mécanisme anti-abus de droit interne qui proscriit l'application littérale d'un texte qui soit contraire à son objet et, d'autre part, une convention qui précise clairement que la lutte contre l'évasion fiscale est l'un de ses objets) une opération réalisée dans le seul but de bénéficier d'un traité fiscal favorable pouvait être considérée comme abusive. Les juges canadiens répondent par la négative à l'appui d'un argumentaire dont l'évocation n'est pas dénuée d'intérêt.

2. Le raisonnement de la Cour canadienne de l'impôt : un blanc-seing au *treaty shopping* ?

10 – Pour rendre sa décision, le juge fiscal canadien rejette la valeur interprétative des objets opérationnels mentionnés dans le préambule de la convention applicable (A). Ce faisant, il adopte une position particulièrement surprenante au regard de l'importance que prend l'objet général d'une convention pour l'application de mesures anti-abus (B).

A. - Le rejet de la valeur interprétative du préambule

11 – L'administration fiscale canadienne considérait que la filiale luxembourgeoise avait été créée dans le seul but d'exonérer la plus-value réalisée sur la cession des titres au Canada sur le fondement de la convention applicable d'une part, et au Luxembourg sur le fondement du droit interne d'autre part (§ 75 de la décision). Le fisc arguait notamment que l'objet de la convention était d'éviter ou de réduire la double imposition à raison d'opérations potentiellement imposées dans les deux États contractants, ce qui n'était pas le cas en l'espèce (§ 76 de la décision). Ce faisant, la société luxembourgeoise aurait détourné de leur objet initial ses articles 1 (application de la convention aux seuls résidents d'un État contractant), 4 (définition de la résidence) et 13 (exclusion du ratio de prépondérance immobilière des immeubles affectés à l'exploitation). Après avoir rappelé qu'une convention est un instrument juridique aux objectifs multiples, la Cour relève qu'en l'espèce, le préambule de la convention canado-luxembourgeoise précise que sa conclusion a été motivée par le désir d'éviter les doubles impositions et de prévenir la fraude fiscale. Cependant, elle ajoute qu'il ne s'agit là que d'indications générales quant à l'objet de la convention, lesquelles seraient trop vagues pour déterminer l'objet d'articles spécifiques. En d'autres termes, le RGAE proscriirait uniquement le détournement de l'objet précis des articles 1, 4 et 13 de la convention, sans tenir compte du préambule qui ne postulerait que d'une politique vague soutenant une approche générale de l'interprétation du traité dans son ensemble (§ 77 de la décision : « *While indicative of the general purpose of the Treaty, this statement remains vague regarding the application of specific articles of the Treaty. Under the GAAR*

analysis, the Court must identify the rationale underlying Article 1, 4 and 13, not a vague policy supporting a general approach to the interpretation of the Treaty as a whole »).

12 – S’agissant de l’objet de l’article 13 de la convention, la Cour rappelle qu’il prévoit un principe d’imposition dans l’État de résidence qui ne cède que dans des cas bien précis : lors de l’aliénation de biens immobiliers ou de participations substantielles dans des sociétés à prépondérance immobilière. Or, les immeubles affectés à l’activité de la société ne sont pas pris en compte dans ce calcul (§ 79 de la décision). Ceci étant rappelé, la Cour indique que les États sont par ailleurs présumés avoir connaissance du système fiscal de leur cocontractant lors de la conclusion de traités fiscaux et que, par suite, le Canada était nécessairement conscient de l’existence d’un régime d’exonération des plus-values sur cessions de titres au Luxembourg. Il n’aurait toutefois pas jugé utile d’amender l’article 13(4) de la convention afin de préciser que son application serait conditionnée à une imposition effective des plus-values au Luxembourg. La double non-imposition qui en résulterait serait ainsi, pour le juge canadien, conforme à l’objet de l’article 13.

13 – L’administration fiscale semblait également remettre en cause la validité de l’octroi d’une résidence fiscale conventionnelle à la filiale luxembourgeoise en application des articles 1 et 4 du traité, au motif qu’elle aurait été constituée en tant que simple société relais. Autrement dit, sa création aurait été motivée par la seule recherche, par ses actionnaires, d’une juridiction au sein de laquelle exonérer la plus-value de cession avant de l’appréhender. Ce raisonnement était conforté par la brièveté de la période de détention des titres de la société canadienne, leur cession au moment choisi par les actionnaires ultimes, et la distribution consécutive du produit de cession à leur profit. La Cour indique d’abord qu’en assignant la société luxembourgeoise et non son actionnaire américain, le fisc avait nécessairement admis qu’elle était le bénéficiaire effectif du produit de cession et qu’elle n’avait pas été créée dans le seul but de détenir des biens au nom et pour le compte de sa société mère (§ 87 de la décision). Elle rappelle ensuite qu’une société holding est toujours constituée dans le but de détenir des titres, et que la sortie de l’investissement aboutit généralement à une dissolution et à une distribution du produit à ses actionnaires. S’il est vrai que les administrateurs d’une société sont indépendants de ses actionnaires, il est tout à fait normal qu’ils agissent dans l’intérêt de ces derniers (§ 90 de la décision). Il n’existe d’ailleurs pas, pour le juge canadien, de disposition du traité qui suggérerait qu’une telle société holding ne puisse être considérée comme résidente du Luxembourg en raison de cet objet particulier et, de ce fait, bénéficier des avantages conventionnels accordés à tous les résidents des États contractants.

B. - La particularité de la valeur interprétative du préambule dans le contexte du *treaty shopping*

14 – La Cour canadienne de l’impôt a été bien inspirée de rappeler que les conventions fiscales sont des instruments aux visées multiples. Il est toutefois utile d’apporter quelques précisions sur cette remarque. L’objet ultime des conventions fiscales internationales est de favoriser les échanges commerciaux entre les États contractants en supprimant les barrières à la libre circulation des capitaux. Il ne doit pas être confondu avec les objets opérationnels qui figurent dans le préambule et que sont la suppression des doubles impositions (toujours) et la lutte contre l’évasion fiscale (parfois).

Le premier permet de réaliser l’objet ultime et le second de garantir que cela se fasse dans des circonstances appropriées (V. Brian J. Arnold, *An introduction to tax treaties, in Capacity development programme in international tax cooperation, ONU, 2015*). Chaque clause particulière ayant vocation à satisfaire l’objet ultime, ses termes ne peuvent être interprétés hors du contexte du traité, qui lui-même intègre le préambule (article 31(1) et 31(2) de la Convention de Vienne sur le droit des traités). Ainsi, les articles distributifs (articles 6 à 21 du Modèle OCDE) ne fonctionnent pas en vase clos, mais leur rédaction doit permettre la réalisation effective du but que la convention se propose de servir.

15 – La détermination de l’objet particulier d’une clause distributive (que semble exiger le juge canadien dans l’arrêt commenté) fait généralement l’objet d’une confusion dans la doctrine qui considère qu’il consiste la plupart du temps en la pure et simple répartition du pouvoir d’imposer. Ce postulat témoigne en réalité d’un imbroglio entre l’objet de la clause avec ses effets et ses moyens (V. B. Kuzniacki, *The Principal Purpose Test (PPT) in BEPS Action 6 and the MLI : Exploring Challenges Arising from Its Legal Implementation and Practical Application : World Tax Journal, mai 2018, pp. 263 et s.*). L’objet particulier de chaque clause est d’éliminer la double imposition à raison d’un élément de revenu. Le moyen pour y parvenir est que l’un des États contractants limite son pouvoir d’imposer, ce qui a pour effet d’exonérer partiellement ou totalement le revenu en cause dans l’un ou les deux États contractants. En s’arrêtant à ce raisonnement pour rejeter toute idée d’abus de convention, il semblerait que la Cour canadienne adopte une approche excessivement restrictive (pour ne pas dire erronée) de ce qui constitue un abus de convention. Celui-ci implique nécessairement la satisfaction, par le contribuable, des conditions que fixent les clauses qu’il applique pour obtenir l’avantage recherché (c’est-à-dire l’exonération totale ou partielle de l’élément de revenu réparti dans un État contractant). L’abus naît en réalité du fait que ces conditions sont satisfaites d’une manière qui contredit l’objet sous-jacent de la clause appliquée, lequel est justement contextualisé dans le préambule. Dans le cas contraire, il ne serait presque jamais possible d’abuser des conventions fiscales. Sous cet angle, l’objectif de lutte contre l’évasion fiscale n’est pas une vague indication sur la politique générale de la convention qui serait impropre à permettre l’interprétation des articles spécifiques. Il permet justement de garantir l’existence d’une « tangente de l’abus » au-delà de laquelle les avantages conventionnels deviendraient des incitations inappropriées, sans lien avec le développement du commerce entre les États contractants, qui constitue, au fond, l’objet ultime des conventions fiscales.

16 – Il faut signaler que cette décision se situe dans le prolongement d’une jurisprudence canadienne excessivement tolérante des pratiques de chalandage fiscal, notamment parce que le juge canadien refuse toute application sélective d’une même convention aux résidents d’un même État qui découlerait de critères autre que la résidence elle-même (§ 98 de la décision). Elle augure cependant des divergences d’application de la clause PPT lorsque les différents juges auront à en connaître, notamment parce que les mesures anti-abus sont largement tributaires de la conception que l’on peut avoir de l’objet général d’une convention fiscale comme de celui des clauses particulières qu’elle contient.

JurisClasseur : JCl. Fiscal International, fasc. 350-A