

A-218-09
2010 FCA 124

A-218-09
2010 CAF 124

Lehigh Cement Limited (*Appellant*)

Lehigh Cement Limited (*appelante*)

v.

c.

Her Majesty the Queen (*Respondent*)

Sa Majesté la Reine (*intimée*)

INDEXED AS: LEHIGH CEMENT LIMITED v. CANADA

RÉPERTORIÉ : LEHIGH CEMENT LIMITED c. CANADA

Federal Court of Appeal, Sharlow, Dawson and Trudel
J.J.A.—Vancouver, March 10; Ottawa, May 17, 2010.

Cour d'appel fédérale, juges Sharlow, Dawson et Trudel,
J.C.A.—Vancouver, 10 mars; Ottawa, 17 mai 2010.

Income Tax — Non-Residents — Appeal from Tax Court of Canada decision upholding assessment pursuant to Income Tax Act, s. 245 for unpaid non-resident withholding tax — Appellant's debt sold to foreign corporation — Following debt restructuring, third party buying right to be paid interest on loan — Appellant not withholding tax on basis that Act, s. 212(1)(b)(vii) exemption met — Tax Court holding that absence of non-resident lender inferring transaction abuse of s. 212(1)(b)(vii) — Respondent alleging that Act, s. 212(1)(b)(vii) exemption not intending for non-resident to benefit from splitting of interest, principal, transaction inconsistent with underlying rationale of s. 212(1)(b)(vii) — Whether non-resident withholding tax payable on interest on basis of application of anti-avoidance rule — Onus on respondent to establish misuse of exemption through textual, contextual, purposive interpretation — Respondent producing only sentence from budget paper to explain rationale of s. 212(1)(b)(vii) — Sentence not addressing whether s. 212(1)(b)(vii) misused — Not possible to discern respondent's alleged fiscal policy from s. 212(1)(b)(vii), scheme, other provisions — Entitlement to exemption not subject to express statutory conditions, to condition implied by existence of fiscal policy evidenced only by sentence explaining why exemption enacted — S. 212(1)(b)(vii) not intended to apply only if funds accessed by Canadian resident — Foreign purchaser of debt may benefit from exemption if arm's length test, five-year test met — Parliament intending that exemption be available only where fair market rate of interest assured — Interest rate herein not misuse of exemption — Appeal allowed.

Impôt sur le revenu — Non-résidents — Appel interjeté à l'encontre d'une décision de la Cour canadienne de l'impôt confirmant une cotisation établie en vertu de l'art. 245 de la Loi de l'impôt sur le revenu au titre de la retenue d'impôt des non-résidents non payée — L'obligation de l'appelante a été vendue à une société étrangère — Après la restructuration de l'obligation, un tiers a acheté le droit de recevoir les intérêts sur le prêt — L'appelante n'a pas retenu d'impôt au motif que l'exemption prévue à l'art. 212(1)(b)(vii) de la Loi avait été respectée — La Cour de l'impôt a statué que l'absence d'un prêteur non-résident donnait à penser que l'opération constituait un abus de l'art. 212(1)(b)(vii) — L'intimée a affirmé que l'exemption prévue à l'art. 212(1)(b)(vii) de la Loi n'a pas pour objet de permettre à un non-résident de tirer parti d'une opération dans laquelle le droit de recevoir les intérêts est séparé du droit de recevoir le principal et que l'opération était incompatible avec la raison d'être sous-jacente de l'art. 212(1)(b)(vii) — Il s'agissait de savoir si la retenue d'impôt des non-résidents sur les intérêts était justifiée par la règle anti-évitement — Il incombait à l'intimée d'établir à partir d'une interprétation textuelle, contextuelle et téléologique qu'il y avait abus de l'exemption — L'intimée n'a produit qu'une phrase tirée d'un document budgétaire pour expliquer la raison d'être sous-jacente de l'art. 212(1)(b)(vii) — La phrase n'abordait pas la question de savoir si le fait de recourir à l'art. 212(1)(b)(vii) constituait un abus — Il est impossible de dégager la politique fiscale alléguée de l'intimée de l'art. 212(1)(b)(vii), du régime législatif ou de toute autre disposition — Le droit à l'exemption n'est pas assujéti à des conditions législatives explicites ou à une condition selon laquelle l'existence d'une politique fiscale imposée implicitement, attestée uniquement par une phrase expliquant les motifs de l'adoption de l'exemption — L'art. 212(1)(b)(vii) n'a pas été rédigé en vue d'être appliqué uniquement dans le cas où un résident du Canada a accès aux marchés des capitaux — L'acheteur étranger de l'obligation peut tirer parti de l'exemption s'il est satisfait au critère d'une relation sans lien

This was an appeal from a Tax Court of Canada decision upholding an assessment issued pursuant to the general anti-avoidance rule in section 245 of the *Income Tax Act* for unpaid non-resident withholding tax on interest.

The appellant, a manufacturer of building materials, is a Canadian corporation. The appellant's debt was sold to a foreign corporation and the non-resident withholding tax on the interest was remitted as required to the Crown pursuant to paragraph 212(1)(b) of the Act. The appellant later restructured its debt in order to avoid the non-resident withholding tax by, *inter alia*, fixing the interest rate at a higher rate for five years and giving the holder of the debt the right to sell all or a portion of the right to be paid interest on the loan. A third party bought the right to be paid interest on the appellant's debt. The appellant paid the third party all interest payable on the debt, but did not withhold any amount from the non-resident withholding tax on the basis that the arm's length test and the five-year test in the subparagraph 212(1)(b)(vii) exemption had been met. The Tax Court held that the absence of a non-resident lender inferred that the sale transaction between the holder of the debt and the third party abused subparagraph 212(1)(b)(vii).

The appellant conceded that the transaction at issue was an avoidance transaction within the meaning of subsection 245(3) of the Act, but took the position that the general anti-avoidance rule could not apply because the transaction was not a misuse of subparagraph 212(1)(b)(vii).

The respondent argued that subparagraph 212(1)(b)(vii) was not intended to benefit a non-resident who is legally entitled to be paid interest on a debt as a result of a transaction splitting the right to be paid interest from the right to be paid the principal. Specifically, the respondent asserted that the transaction was inconsistent with the underlying rationale of subparagraph 212(1)(b)(vii).

At issue was whether non-resident withholding tax was payable on the interest on the basis of the application of the anti-avoidance rule.

de dépendance et à celui des cinq années — Le législateur voulait que l'exemption soit accordée uniquement lorsqu'il y a une garantie que le taux d'intérêt correspondrait à un juste taux du marché — Le taux d'intérêt en l'espèce ne constituait pas un abus — Appel accueilli.

Il s'agissait d'un appel interjeté à l'encontre d'une décision de la Cour canadienne de l'impôt confirmant une cotisation établie aux termes de la règle générale anti-évitement prévue à l'article 245 de la *Loi de l'impôt sur le revenu* au titre de la retenue d'impôt des non-résidents non payée sur des intérêts.

L'appelante, un fabricant de matériaux de construction, est une société canadienne. L'obligation de l'appelante a été vendue à une société étrangère et la retenue d'impôt des non-résidents sur les intérêts a été remise à la Couronne comme prévu en vertu de l'alinéa 212(1)b) de la Loi. Par la suite, l'appelante a restructuré son obligation afin d'éviter la retenue d'impôt des non-résidents en établissant, entre autres, le taux d'intérêt à un taux supérieur pendant cinq ans et en conférant au responsable de l'obligation le droit de vendre la totalité ou une partie du droit aux intérêts sur le prêt. Un tiers a acheté le droit de recevoir tous les paiements d'intérêts sur l'obligation de l'appelante. Cette dernière a versé au tiers tous les intérêts payables sur l'obligation, mais elle n'a pas retenu de sommes sur les paiements d'intérêt en vue de la retenue d'impôt des non-résidents au motif que le critère d'une relation sans lien de dépendance et des cinq années de l'exemption prévue au sous-alinéa 212(1)b)(vii) avaient été respectés. La Cour de l'impôt a statué que l'absence d'un prêteur non-résident donnait à penser que l'opération de vente entre le responsable de l'obligation et le tiers constituait un abus du sous-alinéa 212(1)b)(vii).

L'appelante a reconnu que l'opération en cause constituait une opération d'évitement au sens du paragraphe 245(3) de la Loi, mais elle a soutenu que la règle générale anti-évitement ne pouvait s'appliquer parce que l'opération ne constituait pas un abus dans l'application du sous-alinéa 212(1)b)(vii).

L'intimée a affirmé que le sous-alinéa 212(1)b)(vii) n'avait pas pour objet d'avantager un non-résident qui a le droit légal à l'intérêt sur une obligation par suite d'une opération dans laquelle le droit de recevoir les intérêts est séparé du droit de recevoir le principal. Plus précisément, l'intimée a prétendu que l'opération était incompatible avec la raison d'être sous-jacente du sous-alinéa 212(1)b)(vii).

La question à trancher était celle de savoir si la retenue d'impôt des non-résidents sur les intérêts était justifiée par la règle anti-évitement.

Held, the appeal should be allowed.

It is for the respondent to establish, on the basis of a textual, contextual and purposive interpretation, that the impugned transaction is a misuse of the exemption. The respondent produced no evidence explaining the underlying rationale of subparagraph 212(1)(b)(vii) other than a sentence from a budget paper released by the Department of Finance stating that the withholding tax is intended to facilitate access to funds in international capital markets. Neither was any authority produced supporting the proposition that a transaction splitting the interest and principal obligation would have offended the fiscal policy objective of subparagraph 212(1)(b)(vii) at the time of its enactment. The sentence is a shaky foundation for an assessment under the general anti-avoidance rule. It does not address the question of whether the appellant's reliance on the exemption is a misuse of that provision. The respondent cannot discharge its burden merely by asserting that the transaction was unforeseen or exploits a previously unnoticed legislative gap. The alleged fiscal policy cannot be discerned or inferred from subparagraph 212(1)(b)(vii), from the statutory scheme, or from any other provision of the *Income Tax Act*. It cannot therefore be concluded that entitlement to the exemption is subject to the express statutory conditions, and to a condition implied by the existence of a fiscal policy evidenced only by a sentence explaining why the exemption was enacted. If the appellant's debt had been sold to the third party to include both the right to be paid the principle and the interest, the exemption would apply and there would be no basis to invoke the general anti-avoidance rule. Such a hypothetical sale would not give the appellant access to funds in international capital markets. Subparagraph 212(1)(b)(vii) was not intended to apply only if a resident of Canada accesses funds. The foreign purchaser of the debt may benefit from the exemption if the arm's length test and the five-year test are met. There is no distinction, in terms of the alleged underlying rationale of subparagraph 212(1)(b)(vii), between the proposed hypothetical sale and the transaction undertaken in this case. Finally, the statutory condition that the exemption applies only if the payer and recipient of the interest deal at arm's length with each other is an indication that Parliament intended the exemption to be available only where it would be assumed that the rate of interest would reflect a fair market rate. On the facts herein it would not have been reasonable to conclude that the interest rate represented a misuse of subparagraph 212(1)(b)(vii).

Arrêt : l'appel doit être accueilli.

Il incombait à l'intimée d'établir à partir d'une interprétation textuelle, contextuelle et téléologique que l'opération contestée constituait un abus de l'exemption. L'intimée n'a pas produit d'éléments de preuve visant à expliquer la raison d'être sous-jacente du sous-alinéa 212(1)(b)(vii), autre qu'une phrase tirée d'un document budgétaire diffusé par le ministère des Finances et précisant que la retenue d'impôt vise à faciliter l'accès aux marchés internationaux des capitaux. En outre, elle n'a cité aucune source faisant autorité à l'appui de la thèse selon laquelle une opération qui fractionne l'obligation de payer les intérêts et l'obligation de rembourser le principal aurait été jugée contraire à l'objectif de politique fiscale visé par le sous-alinéa 212(1)(b)(vii) lorsqu'il a été promulgué. La phrase est une fondation fragile pour une cotisation établie sur le fondement de la règle générale anti-évitement. Elle n'aborde pas la question de savoir si le fait pour l'appelante de recourir à l'exemption constitue un abus de cette disposition. L'intimée ne peut pas s'acquitter du fardeau qui lui incombe simplement en affirmant que l'opération n'était pas prévue ou qu'elle tire profit d'une lacune législative passée inaperçue jusqu'alors. On ne peut dégager ou déduire la politique fiscale alléguée du sous-alinéa 212(1)(b)(vii), du régime législatif ou de toute autre disposition de la *Loi de l'impôt sur le revenu*. On ne peut donc pas conclure que le droit à l'exemption est assujéti aux conditions législatives explicites et à une condition selon laquelle l'existence d'une politique fiscale impose implicitement, attestée uniquement par une phrase expliquant les motifs de l'adoption de l'exemption. Si l'obligation de l'appelante avait été vendue au tiers de façon à comprendre le droit de recevoir à la fois le principal et les intérêts, l'exemption s'appliquerait et il n'y aurait aucun motif d'invoquer la règle générale anti-évitement. Une telle vente hypothétique ne donnerait pas à l'appelante accès aux marchés internationaux des capitaux. Le sous-alinéa 212(1)(b)(vii) n'a pas été rédigé en vue d'être appliqué uniquement dans le cas où un résident du Canada a accès aux marchés internationaux des capitaux. L'acheteur étranger de l'obligation peut tirer parti de l'exemption s'il est satisfait au critère d'une relation sans lien de dépendance et à celui des cinq années. Il n'y a pas de distinction, en ce qui concerne la justification sous-jacente du sous-alinéa 212(1)(b)(vii), entre la vente hypothétique envisagée et l'opération effectuée en l'espèce. Enfin, la condition prévue par la loi selon laquelle l'exemption ne s'applique que si le payeur et le bénéficiaire n'ont entre eux aucun lien de dépendance révèle que le législateur voulait que l'exemption soit accordée uniquement lorsqu'il y a une garantie que le taux d'intérêt correspondrait à un juste taux du marché. À partir des faits en l'espèce, il n'aurait pas été raisonnable de conclure que le taux d'intérêt équivalait à un abus dans l'application du sous-alinéa 212(1)(b)(vii).

STATUTES AND REGULATIONS CITED

An Act to implement conventions for the avoidance of double taxation with respect to income tax between Canada and France, Canada and Belgium and Canada and Israel, S.C. 1974-75-76, c. 104.

Income Tax Act, R.S.C. 1952, c. 148, ss. 106(1)(b), 132A (as enacted by S.C. 1960-61, c. 17, s. 13).

Income Tax Act, R.S.C., 1985 (5th Suppl.), c. 1, ss. 212(1)(b) (as am. by S.C. 2007, c. 35, s. 59), (3) (as enacted by S.C. 1994, c. 21, s. 97; 2007, c. 35, s. 59), 215(1) (as am. by S.C. 2001, c. 17, s. 174), (6), 240, 245 (as am. by S.C. 2005, c. 19, s. 52).

Income Tax Act, S.C. 1970-71-72, c. 63, s. 212(1)(b)(vii) (as am. by S.C. 1974-75-76, c. 71, s. 11).

Income Tax Act (The), S.C. 1948, c. 52, s. 96(1)(b) (as am. by S.C. 1953, c. 40, s. 36).

Income War Tax Act, R.S.C. 1927, c. 97, s. 9B.

Tax Conventions Implementation Act, 2002, S.C. 2002, c. 24.

TREATIES AND OTHER INSTRUMENTS CITED

Convention Between Canada and Belgium for the Avoidance of Double Taxation and the Settlement of Other Matters with Respect to Taxes on Income, S.C. 1974-75-76, c. 104, Sch. II.

CASES CITED

APPLIED:

Canada Trustco Mortgage Co. v. Canada, 2005 SCC 54, [2005] 2 S.C.R. 601, 259 D.L.R. (4th) 193, [2005] 5 C.T.C. 215.

AUTHORS CITED

Canada. Department of Finance. *Budget: Highlights and Supplementary Information*. Ottawa: June 23, 1975.

APPEAL from a Tax Court of Canada decision (2009 TCC 237, 2009 DTC 1148) upholding an assessment issued pursuant to the general anti-avoidance rule in section 245 of the *Income Tax Act* for unpaid non-resident withholding tax on interest. Appeal allowed.

LOIS ET RÈGLEMENTS CITÉS

Loi de 2002 pour la mise en œuvre de conventions fiscales, L.C. 2002, ch. 24.

Loi de l'impôt de guerre sur le revenu, S.R.C. 1927, ch. 97, art. 9B.

Loi de l'impôt sur le revenu, L.R.C. (1985) (5^e suppl.), ch. 1, art. 212(1)(b) (mod. par L.C. 2007, ch. 35, art. 59), (3) (édicte par L.C. 1994, ch. 21, art. 97; 2007, ch. 35, art. 59), 215(1) (mod. par L.C. 2001, ch. 17, art. 174), (6), 240, 245 (mod. par L.C. 2005, ch. 19, art. 52).

Loi de l'impôt sur le revenu, S.C. 1948, ch. 52, art. 96(1)(b) (mod. par S.C. 1953, ch. 40, art. 36).

Loi de l'impôt sur le revenu, S.C. 1970-71-72, ch. 63, art. 212(1)(b)(vii) (mod. par S.C. 1974-75-76, ch. 71, art. 11).

Loi de l'impôt sur le revenu, S.R.C. 1952, ch. 148, art. 106(1)(b), 132A (édicte par S.C. 1960-61, ch. 17, art. 13).

Loi de mise en œuvre des conventions conclues entre le Canada et la France, entre le Canada et la Belgique et entre le Canada et Israël, tendant à éviter les doubles impositions en matière d'impôt sur le revenu, S.C. 1974-75-76, ch. 104.

TRAITÉS ET AUTRES INSTRUMENTS CITÉS

Convention entre le Canada et la Belgique tendant à éviter les doubles impositions et à régler certaines autres questions en matière d'impôts sur le revenu, S.C. 1974-75-76, ch. 104, ann. II.

JURISPRUDENCE CITÉE

DÉCISION APPLIQUÉE :

Hypothèques Trustco Canada c. Canada, 2005 CSC 54, [2005] 2 R.C.S. 601.

DOCTRINE CITÉE

Canada. Ministère des Finances. *Budget : faits saillants et renseignements supplémentaires*. Ottawa : 23 juin 1975.

APPEL d'une décision de la Cour canadienne de l'impôt (2009 CCI 237) confirmant une cotisation établie aux termes de la règle générale anti-évitement prévue à l'article 245 de la *Loi de l'impôt sur le revenu* au titre de la retenue d'impôt des non-résidents non payée sur des intérêts. Appel accueilli.

APPEARANCES

Warren J. A. Mitchell, Q.C. and Matthew G. Williams for appellant.
Daniel Bourgeois and Geneviève Léveillé for respondent.

SOLICITORS OF RECORD

Thorsteinssons LLP, Vancouver, for appellant.
Deputy Attorney General of Canada for respondent.

The following are the reasons for judgment rendered in English by

[1] SHARLOW J.A.: The appellant Lehigh Cement Limited (Lehigh), a corporation resident in Canada, is appealing a judgment of the Tax Court of Canada (2009 TCC 237, 2009 DTC 1148) upholding assessments made under Part XIII of the *Income Tax Act*, R.S.C., 1985 (5th Supp.), c. 1. Lehigh was assessed for unpaid non-resident withholding tax on interest paid in the years 1998 to 2002 to Bank Brussels Lambert (the Belgian Bank). The issue in this appeal is whether the assessments were justified by the general anti-avoidance rule in section 245 [as am. by S.C. 2005, c. 19, s. 52] of the *Income Tax Act*.

The statutory scheme

[2] The *Income Tax Act* imposes a tax on all income of a person resident in Canada, and on certain Canadian source income of a person not resident in Canada. One provision that imposes tax on the Canadian source income of a non-resident is subsection 212(1) of the *Income Tax Act*. Generally, subsection 212(1) applies to investment or other passive income (including interest, dividends and rent) paid by a resident of Canada to a non-resident. Interest is dealt with in paragraph 212(1)(b).

ONT COMPARU

Warren J. A. Mitchell, c.r. et Matthew G. Williams pour l'appelante.
Daniel Bourgeois et Geneviève Léveillé pour l'intimée.

AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER

Thorsteinssons LLP, Vancouver, pour l'appelante.
Le sous-procureur général du Canada pour l'intimée.

Ce qui suit est la version française des motifs du jugement rendus par

[1] LA JUGE SHARLOW, J.C.A. : L'appelante, Lehigh Cement Limited (Lehigh), une société résidant au Canada, interjette appel d'un jugement de la Cour canadienne de l'impôt (C.C.I.) (2009 CCI 237) confirmant des cotisations conformément à la partie XIII de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, L.R.C. (1985) (5^e suppl.), ch. 1. Les cotisations établies à l'égard de Lehigh visaient une retenue d'impôt des non-résidents non payée sur des intérêts versés à la société Banque Bruxelles Lambert (la banque belge) pendant les années 1998 à 2002. Il s'agit en l'espèce d'établir si les cotisations étaient justifiées par la règle générale anti-évitement prévue à l'article 245 [mod. par L.C. 2005, ch. 19, art. 52] de la *Loi de l'impôt sur le revenu*.

Le régime législatif

[2] La *Loi de l'impôt sur le revenu* prévoit la perception d'un impôt sur le revenu d'une personne résidant au Canada et sur certains revenus de source canadienne d'une personne ne résidant pas au Canada. Le paragraphe 212(1) de la *Loi de l'impôt sur le revenu* est l'une des dispositions qui prévoient un impôt sur le revenu de source canadienne d'un non-résident. Règle générale, le paragraphe 212(1) s'applique aux revenus de placement et à d'autres revenus hors exploitation (y compris les intérêts, les dividendes et les loyers) fournis par un résident du Canada à un non-résident. L'alinéa 212(1)b) traite des revenus d'intérêt.

[3] Paragraph 212(1)(b) has a long history. Its first statutory predecessor is found in section 9B of the *Income War Tax Act*, R.S.C. 1927, c. 97. It became paragraph 96(1)(b) of *The Income Tax Act*, S.C. 1948, c. 52, and then paragraph 106(1)(b) of the *Income Tax Act*, R.S.C. 1952, c. 148. An amendment enacted by S.C. 1953, c. 40, subsection 81(1) changed the structure of paragraph 106(1)(b) so that the exemptions that had been included in the text of the charging provisions were instead listed as subparagraphs 106(1)(b)(i), (ii) and (iii). Paragraph 106(1)(b) became paragraph 212(1)(b) (see the *Income Tax Act*, S.C. 1970-71-72, c. 63). By 1974 there were 6 listed exemptions. By 2007 there were 11.

[4] The exemption in issue in this case is the seventh listed exemption, subparagraph 212(1)(b)(vii). The original version of that provision was enacted by S.C. 1974-75-76, c. 71, section 11, applicable in respect of any debt obligation issued after June 23, 1975. It provided an exemption from non-resident withholding tax for interest payable by a corporation resident in Canada to a non-resident person, subject to two main conditions. First, the resident of Canada and the person to whom the interest was payable had to deal with each other at arm's length (the arm's length test). Second, the resident of Canada could not be obliged to pay more than 25 percent of the principal amount of the debt within five years of the date of the issuance of the evidence of indebtedness, except in the event of a default (the five-year test).

[5] Subparagraph 212(1)(b)(vii) has been amended many times since 1975, but there are no amendments relevant to the issues raised in this appeal. The arm's length test and the five-year test remained the two main conditions for entitlement to the subparagraph 212(1)(b)(vii) exemption throughout the period to which this appeal relates.

[6] In the years under appeal, paragraph 212(1)(b) and the exemption in issue, subparagraph 212(1)(b)(vii), read in relevant part as follows:

[3] L'alinéa 212(1)b) a une longue histoire. La première disposition, de toutes celles qui l'ont précédé, fut l'article 9B de la *Loi de l'impôt de guerre sur le revenu*, S.R.C. 1927, ch. 97. Ce paragraphe a été remplacé par l'alinéa 96(1)b) de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, S.C. 1948, ch. 52, puis par l'alinéa 106(1)b) de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, S.R.C. 1952, ch. 148. Par suite d'une modification adoptée dans les S.C. 1953, ch. 40, paragraphe 81(1), la structure de l'alinéa 106(1)b) a été modifiée de sorte que les exemptions incorporées au texte des dispositions d'imposition ont plutôt été énumérées aux sous-alinéas 106(1)b)(i), (ii) et (iii). L'alinéa 106(1)b) a été remplacé par l'alinéa 212(1)b) (voir la *Loi de l'impôt sur le revenu*, S.C. 1970-71-72, ch. 63). En 1974, 6 exemptions étaient prévues. En 2007, il y en avait 11.

[4] L'exemption en cause en l'espèce est la septième, celle qui figure au sous-alinéa 212(1)b)(vii). La version originale de cette disposition a été adoptée par l'article 11 du ch. 71 des S.C. 1974-75-76; elle est applicable à tout titre de créance émis après le 23 juin 1975. La disposition prévoyait l'exemption de la retenue d'impôt des non-résidents à l'égard des intérêts payables par une société résidant au Canada à un non-résident, sous réserve de deux conditions principales. Premièrement, le résident du Canada et la personne à laquelle l'intérêt était payable devaient traiter entre eux sans lien de dépendance (le critère d'une relation sans lien de dépendance). Deuxièmement, le résident du Canada ne pouvait être tenu de verser plus de 25 pour 100 du principal de l'obligation dans les cinq années de l'émission du titre de créance, sauf en cas de défaut (le critère des cinq années).

[5] Le sous-alinéa 212(1)b)(vii) a été modifié à de nombreuses reprises depuis 1975, mais aucune des modifications n'est pertinente eu égard aux questions soulevées en l'espèce. En effet, le critère d'une relation sans lien de dépendance et le critère des cinq années sont demeurés les deux principales conditions du bénéfice de l'exemption du sous-alinéa 212(1)b)(vii) pendant toute la période visée par le présent appel.

[6] Voici, pour les années visées par le présent appel, les extraits pertinents de l'alinéa 212(1)b) et l'exemption en cause, soit le sous-alinéa 212(1)b)(vii) :

Tax	<p>212. (1) Every non-resident person shall pay an income tax of 25% on every amount that a person resident in Canada pays or credits, or is deemed by Part I to pay or credit, to the non-resident person as, on account or in lieu of payment of, or in satisfaction of,</p> <p style="text-align: center;">...</p>	<p>212. (1) Toute personne non-résidente doit payer un impôt sur le revenu de 25 % sur toute somme qu'une personne résidant au Canada lui paie ou porte à son crédit, ou est réputée en vertu de la partie I lui payer ou porter à son crédit, au titre ou en paiement intégral ou partiel :</p> <p style="text-align: center;">[...]</p>	Impôt
Interest	<p>(b) interest except</p> <p style="text-align: center;">...</p> <p>(vii) interest payable by a corporation resident in Canada to a person with whom that corporation is dealing at arm's length on any obligation where the evidence of indebtedness was issued by that corporation after June 23, 1975 if under the terms of the obligation or any agreement relating thereto the corporation may not under any circumstances be obliged to pay more than 25% of</p> <p style="text-align: center;">...</p> <p>(B) ... the principal amount of the obligation,</p> <p>within 5 years from the date of issue of ... that obligation</p>	<p>b) d'intérêts, sauf :</p> <p style="text-align: center;">[...]</p> <p>(vii) les intérêts payables sur un titre par une société résidant au Canada à une personne avec laquelle cette société n'a aucun lien de dépendance, lorsque le titre de créance a été émis par cette société après le 23 juin 1975, si, selon les modalités du titre ou d'une convention s'y rapportant, la société ne peut, en aucun cas, être tenue de verser plus de 25 % :</p> <p style="text-align: center;">[...]</p> <p>(B) [...] du montant du principal de l'obligation,</p> <p>dans les 5 années suivant la date de l'émission [...] de cette obligation [...]</p>	Intérêts

[7] The 25 percent rate of tax specified in subsection 212(1) of the *Income Tax Act* may be reduced by an international income tax convention. During the period relevant to this appeal, the rate of tax on interest paid to a resident of Belgium was reduced to 15 percent by virtue of the Canada-Belgium Income Tax Convention (1976) [*Convention Between Canada and Belgium for the Avoidance of Double Taxation and the Settlement of Other Matters with Respect to Taxes on Income*, S.C. 1974-75-76, c. 104, Sch. II], enacted as a law of Canada by *An Act to implement conventions for the avoidance of double taxation with respect to income tax between Canada and France, Canada and Belgium and Canada and Israel*, S.C. 1974-75-76, c. 104. (The 1976 Convention was replaced effective 2004, see [*Tax Conventions Implementation Act, 2002*] S.C. 2002, c. 24.)

[7] Le taux d'imposition de 25 pour 100 énoncé au paragraphe 212(1) de la *Loi de l'impôt sur le revenu* peut être réduit par une convention fiscale internationale. Au cours de la période visée par le présent appel, le taux d'imposition des intérêts payés à un résident de la Belgique a été réduit de 15 pour 100 en vertu de la Convention fiscale entre le Canada et la Belgique de 1976 [*Convention entre le Canada et la Belgique tendant à éviter les doubles impositions et à régler certaines autres questions en matière d'impôts sur le revenu*, S.C. 1974-75-76, ch. 104, ann. II], ratifiée au Canada par la *Loi de mise en œuvre des conventions conclues entre le Canada et la France, entre le Canada et la Belgique et entre le Canada et Israël, tendant à éviter les doubles impositions en matière d'impôt sur le revenu*, S.C. 1974-75-76, ch. 104. (La convention de 1976 a été remplacée et la nouvelle version est en

[8] I note parenthetically that paragraph 212(1)(b) was changed substantially by S.C. 2007, c. 35, subsection 59(2), applicable after 2007. Paragraph 212(1)(b) now provides for two categories of interest that are subject to non-resident withholding tax. One category is “participating debt interest”, defined in subsection 212(3) [as enacted by S.C. 1994, c. 21, s. 97; 2007, c. 35, s. 59] as interest payable on the basis of the production from or the use of property (subject to numerous exceptions). The other is interest that is not “fully exempt interest” (as defined in subsection 212(3)) if the interest is paid or payable to a person with whom the payer is not dealing at arm’s length. The definition of “fully exempt interest” encompasses some of the exemptions that had previously appeared in one of the subparagraphs of 212(1)(b), but not the exemption in subparagraph 212(1)(b)(vii). Thus, it would appear that after 2007, interest (except “participating interest”) is not subject to non-resident withholding tax if it is paid by a resident of Canada to a non-resident person with which the resident of Canada deals at arm’s length. It was not argued in this appeal that the 2007 amendments shed any light on the issues that arise in this case.

[9] The assessment under appeal was issued under the general anti-avoidance rule in section 245 [as am. by S.C. 2005, c. 19, s. 52] of the *Income Tax Act*. Section 245 reads in relevant part as follows:

Definitions

245. (1) In this section,

“tax benefit” means a reduction, avoidance or deferral of tax or other amount payable under this Act

“tax consequences” to a person means the amount of . . . tax or other amount payable by . . . the person under this Act

vigueur depuis 2004 (voir *Loi de 2002 pour la mise en œuvre de conventions fiscales*, L.C. 2002, ch. 24.)

[8] Je souligne en passant que le contenu de l’alinéa 212(1)b) a été modifié substantiellement par le paragraphe 59(2) du ch. 35 des L.C. 2007 et que ce changement est applicable après 2007. En effet, l’alinéa 212(1)b) prévoit maintenant deux catégories d’intérêts soumises à la retenue d’impôt des non-résidents. L’une des catégories est celle des « intérêts sur des créances participatives », définis au paragraphe 212(3) [édicte par L.C. 1994, ch. 21, art. 97; 2007, ch. 35, art. 59] comme des intérêts payables conditionnellement à la production ou à l’utilisation de biens (sous réserve de nombreuses exceptions). L’autre catégorie est celle des intérêts qui ne sont pas entièrement exonérés (au sens de l’expression « intérêts entièrement exonérés » au paragraphe 212(3)) si les intérêts sont payés ou payables à une personne avec laquelle le contribuable a un lien de dépendance. La définition du terme « intérêts entièrement exonérés » englobe certaines des exemptions qui avaient déjà figuré dans une des versions de l’alinéa 212(1)b), mais non l’exemption du sous-alinéa 212(1)b)(vii). Il semble donc que, après 2007, les intérêts (sauf les « intérêts sur des créances participatives ») ne soient pas soumis à la retenue d’impôt des non-résidents s’ils sont payés par un résident du Canada à une personne non-résidente avec laquelle le résident du Canada n’a aucun lien de dépendance. personne n’a soutenu dans le cadre du présent appel que les modifications de 2007 pouvaient jeter un éclairage nouveau sur les questions soulevées en l’espèce.

[9] La cotisation visée par le présent appel a été établie conformément à la règle générale anti-évitement de l’article 245 [mod. par L.C. 2005, ch. 19, art. 52] de la *Loi de l’impôt sur le revenu*. Voici les extraits pertinents de l’article 245 :

245. (1) Les définitions qui suivent s’appliquent au présent article.

Définitions

« attribut fiscal » S’agissant des attributs fiscaux d’une personne, [...] impôt ou autre montant payable par cette personne [...] en application de la présente loi [...]

« avantage fiscal » Réduction, évitement ou report d’impôt ou d’un autre montant exigible en application de la présente loi [...]

	“transaction” includes an arrangement or event.	« opération » Sont assimilés à une opération une convention, un mécanisme ou un événement.	
Time when eligible for day parole	(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.	(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.	Disposition générale anti-évitement
Avoidance transaction	(3) An avoidance transaction means any transaction (a) that, but for this section, would result, directly or indirectly, in a tax benefit, unless the transaction may reasonably be considered to have been undertaken or arranged primarily for <i>bona fide</i> purposes other than to obtain the tax benefit; or (b) that is part of a series of transactions, which series, but for this section, would result, directly or indirectly, in a tax benefit, unless the transaction may reasonably be considered to have been undertaken or arranged primarily for <i>bona fide</i> purposes other than to obtain the tax benefit.	(3) L’opération d’évitement s’entend : a) soit de l’opération dont, sans le présent article, découlerait, directement ou indirectement, un avantage fiscal, sauf s’il est raisonnable de considérer que l’opération est principalement effectuée pour des objets véritables — l’obtention de l’avantage fiscal n’étant pas considérée comme un objet véritable; b) soit de l’opération qui fait partie d’une série d’opérations dont, sans le présent article, découlerait, directement ou indirectement, un avantage fiscal, sauf s’il est raisonnable de considérer que l’opération est principalement effectuée pour des objets véritables — l’obtention de l’avantage fiscal n’étant pas considérée comme un objet véritable.	Opération d’évitement
Application of subsection (2)	(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 (i) this Act, or (b) would result directly or indirectly in an abuse having regard to those provisions, other than this section, read as a whole.	(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 : (i) la présente loi, [...] 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.	Application du par. (2)

Facts

[10] The facts are not in dispute. Lehigh is a Canadian corporation that carries on business in Canada as a manufacturer of cement and other building materials. During the period covered by the assessments under appeal, Lehigh was a member of a related group of corporations (the HZ group) led by a German corporation, Heidelberger Zement. The HZ group included a Belgian corporation named CBR International Services S.A. (International Services) which acted as the treasury centre for the HZ group.

[11] In 1986, Lehigh borrowed \$140 million from a consortium of Canadian banks. The loan (the Lehigh debt) was later sold to one of the corporations within the HZ group using financing from one of the foreign corporations within the HZ group. Ownership of the Lehigh debt changed from time to time until August of 1997 but was always within the HZ group. In August of 1997, International Services held the Lehigh debt. While the Lehigh debt was held by a foreign corporation within the HZ group, the interest was subject to non-resident withholding tax at the rate of 15 percent pursuant to paragraph 212(1)(b). Lehigh withheld the tax as required and remitted it to the Crown.

[12] Until August of 1997, the Lehigh debt bore interest at a floating rate based on the Canadian prime rate. In August of 1997, the rate of interest payable on the Lehigh debt was at a historic low, 4.75 percent, but it was expected to increase to 6 percent. The term of the Lehigh debt was scheduled to end on September 15, 2009, subject to an option given to Lehigh to extend the term for successive periods of five years.

[13] In January of 1997, Lehigh began to look for ways to restructure the Lehigh debt to avoid non-resident withholding tax. An analysis in the spring of 1997 determined that, depending on the interest rate chosen, the present value of the tax saving that could be achieved by avoiding non-resident withholding tax would range from \$13.1 to \$19.7 million. The HZ group determined,

Les faits

[10] Les faits ne sont pas contestés. Lehigh est une société canadienne qui exerce ses activités au Canada comme fabricant de ciment et d'autres matériaux de construction. Au cours de la période visée par les cotisations dont il est fait appel, Lehigh était membre d'un groupe de sociétés liées (le groupe HZ) dirigé par une société allemande, Heidelberger Zement. Le groupe HZ comprenait une société belge appelée CBR International Services S.A. (International Services) qui faisait office de centre de trésorerie pour le groupe HZ.

[11] En 1986, Lehigh a emprunté 140 millions de dollars d'un consortium de banques canadiennes. Le prêt (l'obligation de Lehigh) a par la suite été vendu à une des sociétés du groupe HZ au moyen du financement fourni par l'une des sociétés étrangères du groupe HZ. La responsabilité de l'obligation de Lehigh est passée d'une société à une autre jusqu'au mois d'août 1997, mais est toujours demeurée à l'intérieur du groupe HZ. En août 1997, International Services était responsable de l'obligation de Lehigh. Malgré que la responsabilité de l'obligation de Lehigh ait été assumée par une société étrangère membre du groupe HZ, les intérêts étaient soumis à la retenue d'impôt des non-résidents de 15 pour 100 aux termes de l'alinéa 212(1)b). Lehigh retenait l'impôt de la façon prévue et le remettait à la Couronne.

[12] Jusqu'au mois d'août 1997, l'obligation de Lehigh portait intérêt à un taux flottant variant selon le taux préférentiel au Canada. En août 1997, le taux d'intérêt payable sur l'obligation de Lehigh s'établissait à un creux historique de 4,75 pour 100, mais devait monter à 6 pour 100. L'échéance pour le remboursement de l'obligation de Lehigh était fixée au 15 septembre 2009, sous réserve de l'option dont disposait Lehigh de la prolonger de périodes successives de cinq ans.

[13] En janvier 1997, Lehigh a commencé à chercher des moyens de restructurer l'obligation de Lehigh afin d'éviter la retenue d'impôt des non-résidents. Une analyse effectuée au printemps 1997 a permis d'établir que, selon le taux d'intérêt choisi, la valeur actualisée de l'économie d'impôt qui pourrait être obtenue par l'évitement de la retenue d'impôt des non-résidents oscillerait

and the Minister has accepted, that the market rate of interest for the Lehigh debt was 7 percent.

[14] In August of 1997, the terms of the Lehigh debt were amended as follows:

(a) The interest rate was changed from the Canadian prime rate to a fixed rate of 7 percent for the first five years.

(b) Except in the event of a default, Lehigh was not obliged to repay more than 25 percent of the principal amount within 5 years of the date upon which the new terms were agreed to.

(c) The holder of the Lehigh debt (then International Services) was given the right to sell to a third party all or any portion of the right to be paid interest on the loan.

(d) A withholding tax gross-up clause was added. That is, Lehigh agreed that if any withholding tax was payable on the interest, Lehigh would effectively bear the increased cost.

[15] In that same month, the Belgian Bank purchased from International Services, for approximately \$42.7 million, the right to be paid all interest payable on the Lehigh debt before September 16, 2002, totalling approximately \$49.5 million.

[16] As a condition of purchasing the right to be paid the interest on the Lehigh debt, the Belgian Bank required that its risk be mitigated in two ways. First, it required an agreement providing that, in the event of a default by Lehigh, International Services would be obliged to buy from the Belgian Bank, for a specified price, the right to be paid the interest. Second, International Services entered into a funding indemnity in favour of the Belgian Bank that protected the Belgian Bank from any hedging losses that could arise in the event of an early payout of interest. The Crown does not allege that either of these risk mitigation measures is relevant to the application of the general anti-avoidance rule.

entre 13,1 et 19,7 millions de dollars. Selon les calculs effectués par le groupe HZ et acceptés par le ministre, le taux d'intérêt sur le marché de l'obligation de Lehigh s'établissait à 7 pour 100.

[14] En août 1997, les conditions de l'obligation de Lehigh ont été modifiées comme suit :

a) Le taux d'intérêt, qui était jusque-là le taux préférentiel canadien, a été remplacé par un taux fixe de 7 pour 100 pour les cinq premières années.

b) Sauf en cas de défaut, Lehigh n'était pas tenue de rembourser plus de 25 pour 100 du principal dans les cinq ans de la date de l'acceptation des nouvelles conditions.

c) Le responsable de l'obligation de Lehigh (à l'époque International Services) a obtenu le droit de vendre à un tiers la totalité ou une partie du droit aux intérêts sur le prêt.

d) Une clause de majoration relative à la retenue d'impôt était ajoutée. En vertu de cette clause, Lehigh, en cas d'assujettissement des intérêts à une retenue d'impôt, assumerait l'augmentation de coût.

[15] Le même mois, la banque belge achetait d'International Services, en contrepartie de quelque 42,7 millions de dollars, le droit de recevoir tous les paiements d'intérêt sur l'obligation de Lehigh avant le 16 septembre 2002, soit au total quelque 49,5 millions de dollars.

[16] Comme condition de l'achat du droit de recevoir tous les intérêts sur l'obligation de Lehigh, la banque belge exigeait deux moyens d'atténuation du risque. Premièrement, elle demandait la conclusion d'une entente selon laquelle, en cas de défaut de Lehigh, International Services serait tenue d'acheter de la banque belge, selon un prix déterminé, le droit de recevoir les paiements d'intérêt. Deuxièmement, International Services a obtenu en faveur de la banque belge une garantie de provisionnement protégeant cette dernière contre les pertes de couverture pouvant résulter d'un paiement anticipé d'intérêts. Selon la Couronne, aucune de ces mesures d'atténuation du risque n'est pertinente quant à l'application de la règle générale anti-évitement.

[17] After August of 1997, Lehigh paid the Belgian Bank directly all interest payable on the Lehigh debt. It is undisputed that the arm's length test and the five-year test in subparagraph 212(1)(b)(vii) were then met. On that basis, Lehigh did not withhold any amount from the interest payments on account of non-resident withholding tax.

[18] The Minister took the position that even though interest payable to the Belgian Bank on the Lehigh debt was within the subparagraph 212(1)(b)(vii) exemption, non-resident withholding tax was payable on the interest on the basis of the application of the general anti-avoidance rule in section 245. If the Minister's reliance on the general anti-avoidance rule is well founded, Lehigh had a legal obligation to withhold the tax from the interest payments and to remit the withheld amounts on the Belgian Bank's account, failing which Lehigh itself would be liable to pay the amount that should have been withheld (see subsections 215(1) [as am. by S.C. 2001, c. 17, s. 174] and (6) of the *Income Tax Act*).

[19] The argument of the Crown in the Tax Court and in this Court is essentially the same. The Tax Court Judge accepted that argument. He dismissed Lehigh's appeal for reasons encapsulated in the following excerpts from paragraphs 39, 45 and 46 of his reasons (my emphasis):

Subparagraph (vii) is relatively straightforward. It is not drafted in the arcane hieroglyphics that so often decorate other parts of the *Act*. Left to myself, I might well have concluded that this exemption was intended to help Canadian corporations borrow from foreign arm's length lenders who would receive interest free from withholding tax. Having reviewed the articles quoted in paragraphs 37 and 38 above, I find that the purpose of subparagraph (vii) is to help Canadian corporations needing to borrow money by increasing their access to international capital markets. The cost of the withholding tax on interest paid to foreign lenders is often shifted to the Canadian borrower, thereby increasing the cost of capital. The exemption from withholding tax on arm's length borrowing from foreign lenders makes such borrowing more competitive with domestic borrowing in Canada.

[17] À partir du mois d'août 1997, Lehigh versait directement à la banque belge tous les intérêts payables sur l'obligation de Lehigh. Les parties reconnaissent que le critère d'une relation sans lien de dépendance et celui des cinq années du sous-alinéa 212(1)b)(vii) étaient alors respectés. Dans ce contexte, Lehigh n'a pas retenu de sommes sur les paiements d'intérêt en vue de la retenue d'impôt des non-résidents.

[18] Le ministre a soutenu que même si les intérêts payables à la banque belge sur l'obligation de Lehigh étaient visés par l'exemption du sous-alinéa 212(1)b)(vii), la retenue d'impôt des non-résidents était payable sur les intérêts du fait de l'application de la règle générale anti-évitement de l'article 245. Si le ministre invoque à raison la règle générale anti-évitement, Lehigh devait légalement retenir l'impôt sur les paiements d'intérêt et remettre les montants ainsi retenus pour le compte de la banque belge, à défaut de quoi Lehigh elle-même serait tenue de verser la somme qui aurait dû être retenue (voir les paragraphes 215(1) [mod. par L.C. 2001, ch. 17, art. 174] et (6) de la *Loi de l'impôt sur le revenu*).

[19] L'argument qu'a exposé la Couronne devant la C.C.I. et la Cour est essentiellement le même. Le juge de la C.C.I. a accepté cet argument. Il a rejeté l'appel de Lehigh pour les raisons tirées des extraits suivants des paragraphes 39, 45 et 46 de ses motifs (non souligné dans l'original) :

Le sous-alinéa (vii) est relativement facile à saisir. Il n'est pas rédigé dans le style impénétrable qui si souvent caractérise d'autres parties de la Loi. Laisse à moi-même, j'aurais fort bien pu conclure que cette exemption avait pour objet d'aider les sociétés canadiennes à emprunter auprès de prêteurs étrangers sans lien de dépendance avec elles, qui recevraient alors des intérêts non soumis à la retenue fiscale. Après examen des articles cités aux paragraphes 37 et 38 ci-dessus, je suis d'avis que l'objet du sous-alinéa (vii) est d'aider les sociétés canadiennes en quête de capitaux, et cela en leur rendant plus accessibles les marchés internationaux de capitaux. Le coût de la retenue fiscale frappant les intérêts payés aux prêteurs étrangers est souvent répercuté sur l'emprunteur canadien, ce qui a pour effet d'accroître pour celui-ci le coût du capital. L'exemption de retenue fiscale pour les emprunts contractés auprès de prêteurs étrangers sans lien de dépendance rend de tels emprunts plus concurrentiels par rapport aux emprunts contractés sur le marché canadien.

In my opinion, the tax benefit in subparagraph (vii) of paying interest to a non-resident person free from withholding tax applies only to the arm's length borrowing of capital from a non-resident lender. That is the transaction "with a certain commercial purpose". In this appeal, [Lehigh] did not borrow any money from [the Belgian Bank] or any other non-resident lender. The absence of a non-resident lender causes me to infer that the sale transaction between [International Services and the Belgian Bank] abused subparagraph (vii).

...

I find that the relationship between [International Services and the Belgian Bank] with respect to the sale of 20 quarterly interest amounts for \$42 million; and the relationship between [Lehigh and the Belgian Bank] with respect to the payment of those 20 quarterly interest amounts are wholly dissimilar to the arm's length borrower/lender relationship contemplated by subparagraph (vii). The sale transaction between [International Services and the Belgian Bank] frustrated the object, spirit and purpose of subparagraph (vii).

Analysis

(a) The Canada Trustco case and subsection 245(4)

[20] Lehigh concedes that the transaction in issue in this case was an avoidance transaction within the meaning of subsection 245(3) of the *Income Tax Act*, and that it was intended to achieve the tax benefit that arose from the right to rely on the subparagraph 212(1)(b)(vii) exemption to avoid liability for non-resident withholding tax. However, Lehigh takes the position that the general anti-avoidance rule cannot apply because the transaction was not a misuse of subparagraph 212(1)(b)(vii) within the meaning of subsection 245(4).

[21] The leading case on the application of the general anti-avoidance rule is *Canada Trustco Mortgage Co. v. Canada*, 2005 SCC 54, [2005] 2 S.C.R. 601. The principles relating to subsection 245(4) are summarized in paragraph 66 of that case. Much of the discussion about subsection 245(4) is aimed at explaining the meaning of the phrases "misuse of the provisions" of the *Income Tax Act* and "abuse having regard to those provisions ... read as a whole." In this case the Crown

À mon avis, l'avantage fiscal, au sous-alinéa (vii), qui consiste à payer des intérêts exempts de retenue fiscale à une personne non résidente ne s'applique qu'à l'emprunt contracté auprès d'un prêteur non résident dans le cadre d'une opération entre parties sans lien de dépendance. Il s'agit là de l'opération « ayant un certain objet commercial ». Dans le présent appel, [Lehigh] n'a pas emprunté d'argent à [la banque belge] ni à aucun autre prêteur non résident. L'absence d'un prêteur non résident me conduit à dire que l'opération conclue entre [International Services et la banque belge] a constitué un abus du sous-alinéa (vii).

[...]

Je suis d'avis que la relation entre [International Services et la banque belge] au regard de la vente, pour 42 millions de dollars, de 20 paiements trimestriels d'intérêts, et la relation entre [Lehigh et la banque belge] au regard de ces 20 paiements trimestriels d'intérêts, n'ont absolument rien en commun avec la relation sans lien de dépendance emprunteur-prêteur envisagée par le sous-alinéa (vii). L'opération de vente conclue entre [International Services et la banque belge] a contrecarré l'esprit et l'objet du sous-alinéa (vii).

L'analyse

a) L'affaire Canada Trustco et le paragraphe 245(4)

[20] Lehigh reconnaît que l'opération en cause en l'espèce constituait une opération d'évitement au sens du paragraphe 245(3) de la *Loi de l'impôt sur le revenu* et qu'elle avait pour objet d'obtenir l'avantage fiscal découlant du droit d'invoquer l'exemption du sous-alinéa 212(1)(b)(vii) pour éviter l'obligation de prélever la retenue d'impôt des non-résidents. Cependant, Lehigh soutient que la règle générale anti-évitement ne peut s'appliquer parce que l'opération ne constituait pas un abus dans l'application du sous-alinéa 212(1)(b)(vii) au sens du paragraphe 245(4).

[21] En ce qui concerne l'application de la règle générale anti-évitement au Canada, l'arrêt clé est celui qui a été rendu dans l'arrêt *Hypothèques Trustco Canada c. Canada*, 2005 CSC 54, [2005] 2 R.C.S. 601. Les principes relatifs au paragraphe 245(4) sont résumés au paragraphe 66 de cet arrêt. Une bonne partie de l'analyse sur le paragraphe 245(4) vise à expliquer le sens des expressions « abus dans l'application des dispositions » de la *Loi de l'impôt sur le revenu* et « abus dans

alleges a misuse of a single provision, subparagraph 212(1)(b)(vii).

[22] According to *Canada Trustco*, Lehigh is entitled to the benefit of the exemption in subparagraph 212(1)(b)(vii) unless allowing the benefit would be inconsistent with its object, spirit or purpose. The meaning of the phrase “object, spirit or purpose” is not fully explained but in the context of this case I take it as a reference to the purpose of the exemption in subparagraph 212(1)(b)(vii), determined on the basis of a textual, contextual and purposive interpretation.

[23] The burden is on the Minister to establish the purpose of subparagraph 212(1)(b)(vii) and to establish that allowing Lehigh the benefit of the exemption in subparagraph 212(1)(b)(vii) would be a misuse of that provision, in the sense that it would achieve an outcome that subparagraph 212(1)(b)(vii) is intended to prevent or is not intended to permit. Most importantly, if there is any doubt as to whether the transaction in issue results in a misuse of subparagraph 212(1)(b)(vii), Lehigh is entitled to the benefit of that doubt.

(b) Positions of the parties

[24] I summarize as follows the argument of Lehigh. The purpose of subparagraph 212(1)(b)(vii) should be discerned from its words, interpreted textually, contextually and purposively. According to the words of subsection 212(1)(b)(vii), interest payable on the Lehigh debt is free of non-resident withholding tax if the arm’s length test and the five-year test are met. Both tests were met in this case, and there is nothing about the transaction in issue that defeats or could tend to defeat the purpose of either of those tests. The five-year test is intended to ensure that the debt is medium to long-term debt, as the debt in issue clearly is. The arm’s length test is intended to ensure that the contractual conditions governing the debt, particularly the interest rate, fairly reflect the applicable market. The Crown has admitted that the interest rate in this case is the market rate, and the Crown

l’application de ces dispositions [...] lues dans leur ensemble ». En l’espèce, la Couronne allègue un abus dans l’application d’une seule disposition, soit celle du sous-alinéa 212(1)(b)(vii).

[22] Suivant l’arrêt *Hypothèques Trustco*, Lehigh a droit au bénéfice de l’exemption du sous-alinéa 212(1)(b)(vii), sauf si l’attribution d’un avantage fiscal ne serait pas conforme à l’objet ou à l’esprit de ces dispositions. La Cour suprême n’explique pas en détail le sens des termes « l’objet ou l’esprit » mais, dans le contexte de l’espèce, je l’interprète comme une allusion à l’exemption du sous-alinéa 212(1)(b)(vii), selon une interprétation textuelle, contextuelle et téléologique.

[23] Il incombe au ministre de définir l’objet du sous-alinéa 212(1)(b)(vii) et de démontrer qu’accorder à Lehigh l’avantage de l’exemption du sous-alinéa 212(1)(b)(vii) constituerait un abus dans l’application de ladite disposition, dans le sens qu’elle permettrait d’obtenir un résultat que le sous-alinéa 212(1)(b)(vii) a pour objet d’éviter ou un résultat qu’il n’a pas pour objet d’autoriser. Or, plus important encore, s’il existe le moindre doute quant à la question de savoir si l’opération en cause entraîne un abus dans l’application du sous-alinéa 212(1)(b)(vii), Lehigh a droit au bénéfice de ce doute.

b) Les thèses des parties

[24] Je résume comme suit l’argument de Lehigh. L’objet du sous-alinéa 212(1)(b)(vii) doit être dégagé de son libellé, interprété de façon textuelle, contextuelle et téléologique. Selon le libellé du sous-alinéa 212(1)(b)(vii), l’intérêt payable sur l’obligation de Lehigh est libre de toute retenue d’impôt des non-résidents s’il a été satisfait au critère d’une relation sans lien de dépendance et à celui des cinq années. Il a été satisfait aux deux critères en l’espèce et aucun élément de l’opération en cause ne détourne pas de son objet ou ne pourrait détourner de son objet l’un ou l’autre de ces critères. L’application du critère des cinq années a pour objectif de faire en sorte que la durée de l’obligation soit de moyen à long terme, comme c’est nettement le cas pour l’obligation en cause. Quant au critère d’une relation sans lien de dépendance, il vise à garantir que les

has not argued that there are any contractual terms that make the Lehigh debt or the transaction in issue inconsistent in any way with normal commercial practice. Since the statutory conditions of subparagraph 212(1)(b)(vii) have been met as a matter of both legal and economic substance, there can be no basis for the Crown's conclusion that the transaction has resulted in a misuse of subparagraph 212(1)(b)(vii).

[25] The Crown agrees that in this case the statutory conditions for the application of subparagraph 212(1)(b)(vii) are met, technically and substantively. However, the Crown argues that the subparagraph 212(1)(b)(vii) exemption is not intended to benefit a non-resident person who is legally entitled to be paid interest on a debt as a result of a transaction by which the right to be paid the interest is split from the right to be paid the principal amount. Specifically, the Crown asserts that, because the transaction in this case did not result in Lehigh "accessing funds in an international capital market", it is inconsistent with the underlying rationale of subparagraph 212(1)(b)(vii).

(c) Discussion

[26] Five observations may be made about the scope of subparagraph 212(1)(b)(vii) and the nature of the transaction that has given rise to this appeal.

[27] First, the parties agree that subparagraph 212(1)(b)(vii) provides for an exemption from the imposition of non-resident withholding tax on interest payable by a corporation resident in Canada to a non-resident. They also agree that the scope of the exemption is discerned from its words alone, and that no useful guidance is obtained by examining any of the other exemptions.

[28] Second, the language of subparagraph 212(1)(b)(vii) is broad enough to include *any* interest payable by a

modalités contractuelles régissant l'obligation, particulièrement le taux d'intérêt, reflètent équitablement le marché pertinent. La Couronne reconnaît que le taux d'intérêt en l'espèce est le taux du marché et elle ne prétend pas non plus qu'il existe des conditions contractuelles faisant en sorte que l'obligation de Lehigh ou l'opération en cause sont incompatibles de quelque façon que ce soit avec les pratiques commerciales habituelles. Étant donné que les conditions prévues au sous-alinéa 212(1)(b)(vii) ont été remplies, tant sur le plan juridique qu'économique, rien ne permet à la Couronne de conclure que l'opération a débouché sur un abus dans l'application du sous-alinéa 212(1)(b)(vii).

[25] La Couronne reconnaît qu'en l'espèce les conditions que la loi impose pour l'application du sous-alinéa 212(1)(b)(vii) sont respectées, tant sur le plan de la forme que sur celui du fond. Cependant, elle soutient que l'exemption du sous-alinéa 212(1)(b)(vii) n'a pas pour objet d'avantager une personne non-résidente qui a le droit légal à l'intérêt sur une obligation par suite d'une opération dans le cadre de laquelle le droit de recevoir les intérêts est séparé du droit de recevoir le principal. Plus précisément, selon la Couronne, étant donné que l'opération en l'espèce n'a pas permis à Lehigh [TRADUCTION] « d'avoir accès à des fonds sur un marché des capitaux international », elle est incompatible avec la raison d'être sous-jacente du sous-alinéa 212(1)(b)(vii).

c) La synthèse

[26] Cinq observations peuvent être formulées au sujet de la portée du sous-alinéa 212(1)(b)(vii) et de la nature de l'opération qui a donné lieu au présent appel.

[27] Premièrement, les parties reconnaissent que le sous-alinéa 212(1)(b)(vii) prévoit une exemption à la perception de la retenue d'impôt des non-résidents sur les intérêts payables par une société résidant au Canada à un non-résident. Elles reconnaissent aussi que la portée de l'exemption peut être dégagée uniquement du libellé du sous-alinéa et que l'examen de toute autre exemption ne peut apporter un éclairage utile.

[28] Deuxièmement, le sous-alinéa 212(1)(b)(vii) est libellé en termes suffisamment larges pour englober

corporation resident in Canada to a non-resident, no matter how the non-resident may have become entitled to receive that interest. Such an entitlement could arise in a number of ways—by a loan to a corporation resident in Canada where the loan bears interest, by a sale of property to a corporation resident in Canada where the unpaid portion of the purchase price bears interest, or by a purchase of the right to be paid interest on a debt obligation of a corporation resident in Canada, with or without the right to be paid the principal amount of the debt.

[29] Third, the language of subparagraph 212(1)(b)(vii) requires the arm's length test to be met in respect of the relationship between the person required to pay the interest and the person entitled to be paid the interest. It does not require the arm's length test to be met in respect of the relationship between the person required to pay the principal amount of the debt and the person entitled to be paid the principal amount of the debt. If there had been a fiscal policy concern requiring the exemption in subparagraph 212(1)(b)(vii) to be available only where the same person was entitled to be paid the interest and the principal amount, it would have been simple to say so.

[30] Fourth, the splitting of interest and principal has long been a normal aspect of commercial financing transactions, including transactions involving government debt obligations such as treasury bills. The Crown has provided no evidence that there is anything commercially unusual, in form or substance, about the splitting transaction in issue in this case.

[31] Fifth, in the specific context of non-resident withholding tax, Parliament was aware of the existence of such splitting transactions in 1975 when subparagraph 212(1)(b)(vii) was first enacted. The stripping of interest coupons is the subject of S.C. 1960-61, c. 17, s. 13, which provided for the enactment of section 132A of the *Income Tax Act*, R.S.C. 1952, c. 148, the predecessor to section 240 of the current *Income Tax Act*. Section 240 refers to a bond, debenture or similar obligation where the right to interest is evidenced by a

tout intérêt payable par une société résidant au Canada à un non-résident, peu importe la façon dont le non-résident peut avoir obtenu le droit de recevoir ledit intérêt. En effet, ce droit pourrait naître de bien des façons — prêt à intérêt à une société résidant au Canada, vente d'un bien à une société résidant au Canada dans le cadre de laquelle la portion impayée du prix d'achat porte intérêt ou achat du droit de recevoir des intérêts sur un titre de créance d'une société résidant au Canada, avec ou sans droit au principal de l'obligation.

[29] Troisièmement, selon la formulation du sous-alinéa 212(1)(b)(vii), c'est la relation entre la personne qui doit payer l'intérêt et la personne qui a droit à cet intérêt qui est visée pour établir s'il a été satisfait au critère d'une relation sans lien de dépendance. Le sous-alinéa n'exige pas que le critère d'une relation sans lien de dépendance s'applique aussi à la relation entre la personne qui est tenue de payer le principal de l'obligation et la personne qui y a droit. Si, en matière de politique fiscale, le législateur avait voulu faire en sorte que l'exemption du sous-alinéa 212(1)(b)(vii) s'applique uniquement lorsque la même personne avait droit à la fois aux intérêts et au principal, il aurait été facile pour lui de l'énoncer.

[30] Quatrièmement, la scission entre l'intérêt et le principal est depuis longtemps un aspect habituel des opérations financières à caractère commercial, y compris les opérations visant les titres de créance de l'État comme les bons du Trésor. La Couronne n'a fourni aucun élément de preuve démontrant que, sur le fond ou sur la forme, l'opération de fractionnement en cause est inhabituelle sur le plan commercial.

[31] Cinquièmement, dans le contexte précis de la retenue d'impôt des non-résidents, le législateur était au fait de cette pratique de fractionnement d'opérations en 1975 au moment de l'adoption de la première version du sous-alinéa 212(1)(b)(vii). En effet, le détachement de coupons d'intérêt fait l'objet de l'article 13 du ch. 17 des S.C. 1960-61, lequel prévoyait l'adoption du paragraphe 132A de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, S.R.C. 1952, ch. 148, disposition qui allait devenir l'article 240 de la *Loi de l'impôt sur le revenu* dans sa version

coupon or other writing that does not form part of, or is capable of being detached from, the evidence of indebtedness. It requires such interest coupons to be marked “AX” if the interest would be subject to non-resident withholding tax if paid to a non-resident person, and otherwise to be marked “F”, failing which the issuer of the debt obligation could be liable to a civil penalty.

[32] The Crown’s position is not based on an interpretation of subparagraph 212(1)(b)(vii) or the statutory scheme of which it is a part. It is not based on any statutory provision or jurisprudence. It is an echo of a sentence in the budget paper released by the Department of Finance in 1975 when the enactment of the first version of subparagraph 212(1)(b)(vii) was proposed. The publication is entitled *Budget: Highlights and Supplementary Information* and is dated June 23, 1975. The following appears at page 21 of that publication (the emphasis is mine):

WITHHOLDING TAX EXEMPTION

The budget proposes to make it easier for Canadian business to borrow funds abroad by providing an exemption from the normal withholding tax on interest paid to non-residents.

A similar exemption for all government debt -- federal, provincial and municipal -- was extended earlier this year to securities issued before 1979.

Both these moves supplement the withdrawal on February 27, 1975 of foreign borrowing guidelines which since 1970 had requested borrowers to exhaust Canadian sources before floating issues outside the country.

The new exemption for interest on private-sector loans is restricted to interest paid by a corporation resident in Canada to a non-arm’s length [*sic*] lender on bonds, debentures or other debt obligations having a fixed term to maturity of not less than five years that are issued after budget date and before 1979.

The term “arm’s length” is well defined in tax law and generally means dealings between unrelated persons.

actuelle. Le paragraphe 240 traite d’un bon ou d’un autre titre semblable où le droit à l’intérêt est démontré par un coupon ou un autre écrit qui ne fait pas partie, ou peut être détaché, du titre de créance. Il exige que ces coupons d’intérêt portent une marque au moyen des lettres « AX » si l’intérêt est soumis à la retenue d’impôt des non-résidents parce que versé à une personne non-résidente et, sinon, au moyen de la lettre « F », à défaut de quoi l’émetteur du titre de créance serait passible d’une amende administrative.

[32] La thèse de la Couronne n’est fondée ni sur une interprétation du sous-alinéa 212(1)b(vii) ni sur le régime législatif dont il relève. Elle n’est pas non plus fondée sur une disposition légale ou sur la jurisprudence. Elle reflète plutôt une phrase dans un document budgétaire diffusé par le ministère des Finances en 1975, au moment où l’adoption de la première version du sous-alinéa 212(1)b(vii) était proposée. La publication était intitulée *Budget : faits saillants et renseignements supplémentaires*, 23 juin 1975. L’extrait suivant est tiré de la page 24 de cette publication (non souligné dans l’original) :

EXEMPTION DE LA RETENUE À LA SOURCE

Le budget propose de faciliter aux entreprises canadiennes le recours aux capitaux étrangers grâce à une exemption de la retenue à la source sur les intérêts versés aux non-résidents.

Une exemption analogue avait déjà été instituée cette année dans le cas des titres émis d’ici 1979 par les administrations publiques – fédérales, provinciales ou municipales.

Ces deux mesures complètent l’abrogation, le 27 février 1975, des Lignes directrices concernant les emprunts à l’étranger en vertu desquelles les emprunteurs canadiens devaient, depuis 1970, avoir épuisé les ressources du marché intérieur avant de placer une émission hors des frontières.

Cette nouvelle exemption ne vise que les intérêts versés par une société résidant au Canada à un prêteur dit « indépendant » sur des obligations, débetures ou autres titres de créance comportant une échéance fixe non inférieure à cinq ans émis entre la date de présentation du budget et 1979.

La notion d’« indépendance », bien définie en droit fiscal, désigne généralement la situation de deux personnes n’ayant aucun lien entre elles.

The proposed relief from withholding tax is intended to increase the flexibility of Canadian business to plan long-term debt financing and facilitate access to funds in international capital markets.

(The Crown says that in the fourth paragraph of this quotation, the reference to “non-arms’ length” is wrong and should be read as “arm’s length”.)

[33] The Crown has produced no other publication of the Department of Finance and no Parliamentary document that purports to explain the underlying rationale of subparagraph 212(1)(b)(vii) or to explain the last sentence in the excerpt quoted above from the 1975 budget paper. I assume that no such publication exists.

[34] Although the Crown has cited a number of articles that discuss the scope of subparagraph 212(1)(b)(vii), some at great length and in great detail, those articles say nothing about the fiscal policy underlying the enactment of that provision, except to repeat what the 1975 budget paper said. A cursory review of the income tax literature discloses that subparagraph 212(1)(b)(vii) has spawned a great deal of learned comment, but the Crown has produced no authority that supports, expressly or by necessary implication, its proposition that a transaction that splits the interest and principal obligation between separate creditors, as was done in this case, would have been considered in 1975 or at any later time to have offended the fiscal policy objective of subparagraph 212(1)(b)(vii).

[35] It follows that the Crown’s argument must be assessed only on the basis of the excerpt quoted above from the 1975 budget paper, and what inferences might reasonably be drawn from the sentence that uses the phrase “access to funds in international capital markets.” In my view, that sentence is a shaky foundation for an assessment under the general anti-avoidance rule in section 245 of the *Income Tax Act*.

Cette nouvelle mesure vise à donner une plus grande liberté d’action aux entreprises canadiennes qui établissent des plans de financement à long terme ainsi qu’à leur faciliter l’accès aux marchés internationaux des capitaux.

(La Couronne souligne le contresens « *non-arms’ length* » au lieu de « *arms’ length* » au quatrième paragraphe de la version anglaise. Ce contresens avait été corrigé dans la version française : « [...] prêteur dit “indépendant” [...] ».)

[33] La Couronne n’a produit aucune autre publication du ministère des Finances et aucun document parlementaire visant à expliquer la raison d’être sous-jacente du sous-alinéa 212(1)(b)(vii) ou la dernière phrase de l’extrait cité dans ce document budgétaire de 1975. Je suppose qu’il n’existe pas de publication de ce genre.

[34] Même si la Couronne a cité bon nombre d’articles qui traitent de la portée du sous-alinéa 212(1)(b)(vii), certains de façon très approfondie et très détaillée, ces articles ne nous informent pas au sujet de la politique fiscale sous-jacente à l’adoption de ladite disposition, sinon pour répéter ce qu’en disait le document budgétaire de 1975. Un survol des publications relatives à l’impôt sur le revenu révèle que le sous-alinéa 212(1)(b)(vii) a donné naissance à une masse de commentaires, mais la Couronne n’a cité aucune source faisant autorité qui soutient, expressément ou implicitement, sa thèse selon laquelle une opération qui fractionne l’obligation de payer les intérêts et l’obligation de rembourser le principal entre créanciers différents, comme ce fut le cas en l’espèce, aurait été jugée, en 1975 ou à quelque moment que ce soit par la suite, contraire à l’objectif de politique fiscale visé par le sous-alinéa 212(1)(b)(vii).

[35] Il s’ensuit que l’argument de la Couronne doit être apprécié uniquement en fonction de l’extrait cité ci-dessus du document budgétaire de 1975 et des inférences que l’on peut raisonnablement tirer de la phrase où l’on trouve l’expression « l’accès aux marchés internationaux des capitaux ». À mon avis, cette phrase est une fondation bien fragile pour une cotisation établie sur le fondement de la règle générale anti-évitement de l’article 245 de la *Loi de l’impôt sur le revenu*.

[36] I agree that the 1975 budget paper says something about the history of subparagraph 212(1)(b)(vii) and the business conditions prevailing in 1975 that motivated its enactment. However, in my view it does not address in any way the question at the core of this case, which is whether Lehigh's reliance on the exemption in subparagraph 212(1)(b)(vii) is a misuse of that provision for the sole reason that the Belgian Bank acquired the right to be paid the interest but not the principal amount of the Lehigh debt.

[37] When Parliament adds an exemption to the *Income Tax Act*, even one as detailed and specific as subparagraph 212(1)(b)(vii), it cannot possibly describe every transaction within or without the intended scope of the exemption. Therefore, it is conceivable that a transaction may misuse a statutory exemption comprised of one or more bright-line tests such as, in this case, the arm's length test and the five-year test. However, the fact that an exemption may be claimed in an unforeseen or novel manner, as may have occurred in this case, does not necessarily mean that the claim is a misuse of the exemption. It follows that the Crown cannot discharge the burden of establishing that a transaction results in the misuse of an exemption merely by asserting that the transaction was not foreseen or that it exploits a previously unnoticed legislative gap. As I read *Canada Trustco*, the Crown must establish by evidence and reasoned argument that the result of the impugned transaction is inconsistent with the purpose of the exemption, determined on the basis of a textual, contextual and purposive interpretation of the exemption.

[38] In this case, the Crown is inviting the Court to conclude that entitlement to the subparagraph 212(1)(b)(vii) exemption is not only subject to the express statutory conditions, but is also subject to a condition necessarily implied by the existence of a fiscal policy, evidenced *only* by a sentence in a 1975 budget paper that is said to explain why the exemption was enacted. In my view,

[36] Je reconnais que le document budgétaire de 1975 traite un peu de l'historique du sous-alinéa 212(1)b)(vii) et de la situation dans le monde des affaires en 1975 qui a débouché sur son adoption. Cependant, à mon avis, il n'aborde aucunement la question qui est au cœur de la présente affaire, à savoir si le fait pour Lehigh de recourir à l'exemption du sous-alinéa 212(1)b)(vii) constitue un abus dans l'application de cette disposition du seul fait que la banque belge avait acquis le droit de recevoir les intérêts, mais non le principal de l'obligation de Lehigh.

[37] Lorsque le législateur ajoute une exemption à la *Loi de l'impôt sur le revenu*, même une exemption aussi détaillée et précise que celle du sous-alinéa 212(1)b)(vii), il ne peut décrire toutes les opérations, qu'elles relèvent ou non du champ d'application de ladite exemption. Il est donc possible qu'une opération donne lieu à un abus dans l'application d'une exemption législative comprenant un critère ou plusieurs critères évident(s) comme, en l'espèce, le critère d'une relation sans lien de dépendance et celui des cinq années. Cependant, le fait qu'une exemption soit invoquée d'une façon qui n'avait pas été prévue ou d'une façon novatrice, comme c'était peut-être le cas en l'espèce, ne signifie pas nécessairement qu'il y a eu abus dans l'application de l'exemption. Il s'ensuit que la Couronne ne peut s'acquitter du fardeau d'établir qu'une opération donne lieu à un abus dans l'application d'une exemption simplement en affirmant que l'opération n'était pas prévue ou qu'elle tire profit d'une lacune législative passée inaperçue jusqu'alors. Selon mon interprétation de l'arrêt *Hypothèques Trustco*, la Couronne doit établir par des éléments de preuve et des arguments motivés que le résultat de l'opération en cause n'est pas conforme à l'objet de l'exemption, à partir d'une interprétation textuelle, contextuelle et téléologique de l'exemption.

[38] En l'espèce, la Couronne invite la Cour à conclure que le droit à l'exemption du sous-alinéa 212(1)b)(vii) est assujéti non seulement aux conditions législatives explicites, mais aussi à une condition que l'existence d'une politique fiscale impose implicitement, attestée *uniquement* par une phrase dans un document budgétaire de 1975 censé expliquer les motifs de l'adoption de

the principles stated in *Canada Trustco* require that invitation to be rejected.

[39] I reach that conclusion because no trace of the alleged fiscal policy can be discerned or reasonably inferred from subparagraph 212(1)(b)(vii) itself, from the statutory scheme of which subparagraph 212(1)(b)(vii) is a part, or from any other provision of the *Income Tax Act* that could possibly be relevant to the textual, contextual and purposive interpretation of subparagraph 212(1)(b)(vii). In my view, it is fatal to the Crown's misuse argument that it finds no support in *any* provision of *The Income Tax Act*, or in *any* jurisprudence or other authority saying or suggesting that the splitting of the interest and principal obligations of a debt have any income tax implications in relation to subparagraph 212(1)(b)(vii), or any analogous provision or relevant statutory scheme.

[40] I would add that the Crown's argument also seems to suffer from an irreconcilable inconsistency. The Crown concedes that if International Services (the Belgian corporation related to Lehigh) had sold the Belgian Bank the right to be paid both the principal amount of the Lehigh debt and the interest, subparagraph 212(1)(b)(vii) would apply to exempt the interest from non-resident withholding tax and there would be no basis for invoking the general anti-avoidance rule. That is consistent with the well-entrenched understanding of the scope of subparagraph 212(1)(b)(vii). And yet, I cannot see how such a hypothetical sale could be construed as a transaction that would give *Lehigh* "access to funds in international capital markets." In that hypothetical sale, the only flow of money would have been from the foreign purchaser, Belgian Bank, to the foreign seller, International Services. Lehigh's financial position will not have changed at all, and no foreign capital would have flowed to any Canadian corporation.

[41] If subparagraph 212(1)(b)(vii) were actually intended to apply only if a resident of Canada "accesses"

l'exemption. À mon avis, selon les principes énoncés dans l'arrêt *Hypothèques Trustco*, cette invitation doit être rejetée.

[39] Je tire cette conclusion parce qu'il est impossible de dégager ou de déduire raisonnablement l'existence de ladite politique fiscale alléguée du sous-alinéa 212(1)(b)(vii) lui-même, du régime législatif dont relève le sous-alinéa 212(1)(b)(vii) ou de toute autre disposition de la *Loi de l'impôt sur le revenu* qui pourrait être pertinente dans le contexte d'une interprétation textuelle, contextuelle et téléologique du sous-alinéa 212(1)(b)(vii). J'estime que l'argument de la Couronne sur l'abus dans l'application de l'exemption se trouve irrémédiablement invalidé du fait qu'il n'est appuyé par *aucune* disposition de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, *aucune* décision, ou *aucune* autre source affirmant ou donnant à penser que le fractionnement des obligations relatives aux intérêts et au principal d'une créance a des incidences fiscales en relation avec le sous-alinéa 212(1)(b)(vii), une disposition analogue ou un régime législatif pertinent.

[40] J'ajouterais que l'argument de la Couronne semble aussi présenter une contradiction impossible à résoudre. Elle reconnaît que si International Services (la société belge liée à Lehigh) avait vendu à la banque belge le droit de recevoir à la fois le principal de l'obligation de Lehigh et les intérêts, le sous-alinéa 212(1)(b)(vii) s'appliquerait pour exempter les intérêts de la retenue d'impôt des non-résidents et qu'il n'y aurait alors aucun motif d'invoquer la règle générale anti-évitement. Cette façon de voir est conforme à l'interprétation bien établie de la portée du sous-alinéa 212(1)(b)(vii). Malgré cela, je ne vois pas de quelle façon cette vente hypothétique pourrait être considérée comme une opération donnant à Lehigh « l'accès aux marchés internationaux des capitaux ». Dans le cadre de cette vente hypothétique, l'argent aurait circulé uniquement à partir de l'acheteur étranger, la banque belge, vers le vendeur étranger, International Services. La situation financière de Lehigh n'aurait pas changé du tout et aucuns capitaux étrangers n'auraient été dirigés vers une société canadienne.

[41] Si le sous-alinéa 212(1)(b)(vii) avait été réellement rédigé en vue d'être appliqué uniquement dans les cas

funds in an international capital market, there would seem to be no reason for the Crown to concede that this hypothetical sale transaction would not be a misuse of subparagraph 212(1)(b)(vii). And yet, it has been established for many years that such a sale transaction will entitle the foreign purchaser of the debt to claim the benefit of the subparagraph 212(1)(b)(vii) exemption if the arm's length test and the five-year test are met after the sale. I am unable to discern any relevant distinction, in terms of the alleged underlying rationale of subparagraph 212(1)(b)(vii), between such a hypothetical sale proposed above and the transaction undertaken in this case.

[42] The Crown also argues that the transaction in issue in this case is abusive because the HZ group was able to extract part of Lehigh's Canadian source profits free of Canadian tax, which is not an intended result of subparagraph 212(1)(b)(vii). This assumes that interest payments generally are funded out of profits and that the consideration that the Belgian Bank paid International Services for the right to be paid the interest payments is somehow funded by the flow of profits from Lehigh to the Belgian Bank. Even if I were to accept those assumptions, it seems to me that again there is no relevant distinction between the hypothetical acceptable transaction described above, and the allegedly abusive transaction in this case. The interest is paid and as a matter of law is payable to the Belgian Bank, not to any member of the HZ group. It is true that the Belgian Bank compensated the HZ group for the right to the interest payments. However, the Belgian Bank would also have compensated the HZ group if it had acquired the right to both principal and interest, although the pricing would undoubtedly have been different because of the difference in risk.

[43] The Crown's final argument is that the subparagraph 212(1)(b)(vii) exemption was intended to reduce the cost of borrowing, but in this case the interest borne by Lehigh was increased from the floating rate

où un résident du Canada a « accès » aux marchés internationaux des capitaux, la Couronne n'aurait probablement pas à reconnaître que cette opération de vente hypothétique ne constitue pas un abus dans l'application du sous-alinéa 212(1)(b)(vii). Malgré cela, il est établi depuis de nombreuses années que ce type d'opération de vente donne à l'acheteur étranger de l'obligation le droit aux avantages de l'exemption du sous-alinéa 212(1)(b)(vii) s'il est satisfait au critère d'une relation sans lien de dépendance et à celui des cinq années après la vente. Je ne perçois aucune distinction pertinente, en ce qui concerne la justification sous-jacente que l'on veut prêter au sous-alinéa 212(1)(b)(vii), entre la vente hypothétique susmentionnée et l'opération effectuée en l'espèce.

[42] La Couronne soutient aussi que l'opération en cause en l'espèce constitue un abus dans l'application de l'exemption parce que le groupe HZ a pu obtenir une partie des profits de source canadienne de Lehigh à l'abri de l'impôt canadien, ce qui n'est pas un des objectifs visés par le sous-alinéa 212(1)(b)(vii). Cet argument laisse entendre que les paiements d'intérêt, de façon générale, sont financés à même les profits et que la contrepartie que la banque belge a versée à International Services pour obtenir le droit aux paiements des intérêts est en quelque sorte financée par le transfert de profit de Lehigh à la banque belge. Même si j'acceptais ces hypothèses, il me semble encore une fois qu'il n'existe pas de distinction pertinente entre l'opération hypothétique acceptable décrite ci-dessus et l'opération visée en l'espèce, censée constituer un abus dans l'application de l'exemption. Les intérêts sont payés et, en droit, sont payables, à la banque belge et non à un membre du groupe HZ. Il est vrai que la banque belge a indemnisé le groupe HZ pour obtenir le droit aux paiements d'intérêt. Cependant, la banque belge aurait aussi indemnisé le groupe HZ si elle avait acquis le droit de recevoir à la fois le principal et les intérêts, même si les prix auraient sûrement été différents à cause de la différence en matière de risque.

[43] Comme dernier argument, la Couronne soutient que l'exemption du sous-alinéa 212(1)(b)(vii) devait réduire le coût d'emprunt mais, en l'espèce, l'intérêt payé par Lehigh a été augmenté, passant du taux flottant

(which as of August of 1997 was 4.75 percent) to a fixed rate of 7 percent for five years. Essentially, the argument is that this change in the interest rate indicates a misuse of subparagraph 212(1)(b)(vii). There is no merit to this argument. The subparagraph 212(1)(b)(vii) exemption applies only if the payer and recipient of the interest deal at arm's length with each other. In my view, that statutory condition is an indication that Parliament intended the exemption to be available only where the relationship between payer and payee provided some assurance that the rate of interest would reflect a fair market rate. Here, the payer and payee of the interest dealt at arm's length with each other and, more importantly, the 7% interest rate was in fact the fair market rate for Lehigh's \$140 million debt (a point conceded by the Crown). On these facts it is not reasonable to conclude that the 7% interest rate represents a misuse of subparagraph 212(1)(b)(vii).

[44] For these reasons, I have concluded that the Crown has failed to discharge the burden of establishing that the transaction in issue resulted in a misuse of subparagraph 212(1)(b)(vii). It follows that the reassessment under appeal cannot be justified by the general anti-avoidance rule in section 245.

Conclusion

[45] I would allow this appeal with costs in this Court and in the Tax Court. I would set aside the Tax Court judgment and, making the judgment that should have been made, I would allow the appeal and refer this matter back to the Minister for reassessment in accordance with these reasons.

DAWSON J.A.: I agree.

TRUDEL J.A.: I agree.

(4,75 pour 100 en août 1997) à un taux fixe de 7 pour 100 pour cinq ans. Essentiellement, l'argument tient au fait que ce changement des taux d'intérêt révèle un abus dans l'application du sous-alinéa 212(1)b)(vii). Or, cet argument n'est pas fondé. L'exemption du sous-alinéa 212(1)b)(vii) s'applique uniquement si le payeur et le bénéficiaire de l'intérêt n'ont entre eux aucun lien de dépendance. À mon avis, cette condition prévue par la loi révèle que le législateur voulait que l'exemption soit accordée uniquement lorsque la relation entre le payeur et le bénéficiaire s'accompagne d'une certaine garantie que le taux d'intérêt correspondrait à un juste taux du marché. En l'espèce, le payeur et le bénéficiaire des intérêts n'avaient aucun lien de dépendance entre eux et, plus important encore, le taux d'intérêt de 7 pour 100 était en fait le juste taux du marché pour l'obligation de 140 millions de dollars de Lehigh (un fait reconnu par la Couronne). À partir de ces faits, il n'est pas raisonnable de conclure que le taux d'intérêt de 7 pour 100 équivaut à un abus dans l'application du sous-alinéa 212(1)b)(vii).

[44] Pour ces motifs, j'ai conclu que la Couronne ne s'est pas acquittée du fardeau d'établir que l'opération en cause a donné lieu à un abus dans l'application du sous-alinéa 212(1)b)(vii). Il s'ensuit que la nouvelle cotisation visée par le présent appel ne peut se justifier par la règle générale anti-évitement de l'article 245.

Conclusion

[45] J'accueillerais le présent appel avec dépens devant notre Cour et devant la C.C.I. J'annulerais le jugement de la C.C.I. et, prononçant le jugement qui aurait dû être rendu, j'autoriserais l'appel et je renverrais l'affaire au Ministre pour qu'il établisse une nouvelle cotisation en conformité avec les présents motifs.

LA JUGE DAWSON, J.C.A. : Je suis d'accord.

LA JUGE TRUDEL, J.C.A. : Je suis d'accord.