

**Cour d'appel fédérale**



**Federal Court of Appeal**

**Date : 20121015**

**Dossier : A-286-11**

**Référence : 2012 CAF 258**

**CORAM : LE JUGE NOËL  
LA JUGE SHARLOW  
LE JUGE MAINVILLE**

**ENTRE :**

**TRIAD GESTCO LTD.**

**appelante**

**et**

**SA MAJESTÉ LA REINE**

**intimée**

Audience tenue à Ottawa (Ontario), le 25 septembre 2012.

Jugement rendu à Ottawa (Ontario), le 15 octobre 2012.

**MOTIFS DU JUGEMENT :**

**LE JUGE NOËL**

**Y ONT SOUSCRIT:**

**LA JUGE SHARLOW  
LE JUGE MAINVILLE**

Cour d'appel fédérale



Federal Court of Appeal

Date : 20121015

Dossier : A-286-11

Référence : 2012 CAF 258

**CORAM: LE JUGE NOËL  
LA JUGE SHARLOW  
LE JUGE MAINVILLE**

**ENTRE :**

**TRIAD GESTCO LTD.**

**appelante**

**et**

**SA MAJESTÉ LA REINE**

**intimée**

**MOTIFS DU JUGEMENT**

**LE JUGE NOËL**

[1] La Cour est saisie de l'appel interjeté par Triad Gestco Ltd. (l'appelante) de la décision par laquelle le juge Favreau de la Cour canadienne de l'impôt (le juge de la CCI) a rejeté son appel visant les nouvelles cotisations établies à l'égard de ses années d'imposition 2001 et 2002. Lorsqu'il a établi ces nouvelles cotisations, le ministre du Revenu national (le ministre) s'est fondé sur la règle générale anti-évitement (la RGAÉ) énoncée à l'article 245 de la *Loi de l'impôt*

*sur le revenu*, L.R.C. 1985, ch. 1 (5<sup>e</sup> suppl.) (la Loi) pour refuser la déduction de la perte en capital réclamée par l'appelante.

[2] Le présent appel soulève des questions qui sont également en jeu dans l'appel d'une affaire connexe, *1207192 Ontario Limited c. La Reine*, 2011 CCI 283 (*1207192 Ontario Limited*); les deux appels ont été instruits ensemble et la décision dans cette autre affaire a aussi été rendue aujourd'hui. La question en litige commune est de savoir si la déduction d'une perte en capital découlant de la mise en œuvre d'une technique de planification désignée « transfert de valeur » (« value shift » selon l'expression anglaise) par les fiscalistes donne lieu à un abus dans l'application des dispositions invoquées au sens du paragraphe 245(4). Les deux juges concernés de la CCI ont répondu par l'affirmative à cette question et, par des motifs toutefois partiellement différents, ont refusé la perte déclarée.

[3] Par les motifs que j'exposerai, je suis d'avis que le juge de la CCI est arrivé à la bonne conclusion, mais je tire cette conclusion en suivant un raisonnement plus proche de celui du juge Paris dans l'affaire connexe.

## **FAITS ET PROCÉDURES**

[4] Les dispositions de la Loi utiles à mon analyse sont reproduites à l'annexe de la présente décision. Les faits de l'affaire sont exposés en détail par le juge de la CCI et je n'ai donc pas à les répéter. Il suffit, aux fins de la présente procédure, de présenter le bref résumé suivant.

[5] Pendant son année d'imposition 2001, qui a pris fin le 31 août, l'appelante a réalisé un gain en capital de 7 799 545 \$ lors de la disposition d'un immeuble commercial au prix de 32 650 000 \$ dans le cadre d'une vente à distance ou sans lien de dépendance.

[6] À l'instigation de Peter Cohen, l'actionnaire majoritaire de l'appelante, les opérations suivantes ont ensuite été effectuées :

- le 25 juillet 2002, Rcongold Systems Inc. (Rcongold), comptant Peter Cohen comme seul administrateur, a été constituée en personne morale;
- le 20 août 2002, la fiducie Peter Cohen a été constituée au bénéfice de Peter Cohen par une personne non liée à ce dernier;
- le 27 août 2002, l'appelante a souscrit à 8 000 actions ordinaires de Rcongold pour une contrepartie de 8 000 000 \$;
- le 28 août 2002, Rcongold a déclaré un dividende en actions de 1 \$ payable à l'appelante, en tant qu'actionnaire détenant toutes les actions ordinaires émises ou en circulation, au moyen de l'émission de 80 000 actions privilégiées ayant un prix de rachat de 100 \$ chacune;
- le 29 août 2002, l'appelante a vendu à la fiducie Peter Cohen les 8 000 actions ordinaires de Rcongold qu'elle détenait au prix de 65 \$, ce qui a donné lieu à une perte en capital de 7 999 935 \$.

[7] Lorsqu'elle a produit sa déclaration de revenus pour l'année d'imposition 2002, l'appelante a déclaré une perte en capital déductible de 3 932 998 \$, ce qui donnait lieu à une perte en capital nette de 143 063 \$ que l'appelante a inclus dans le calcul de son revenu pour l'année d'imposition 2001.

[8] En établissant les nouvelles cotisations le 8 mars 2006, le ministre a refusé ces pertes au motif qu'aucune perte économique n'avait été subie, et que la RGAÉ s'appliquait de manière à

faire obstacle à l'avantage fiscal demandé par l'appelante, c.-à-d. la perte en capital et le report sur l'année antérieure.

### **DÉCISION DU JUGE DE LA COUR DE L'IMPÔT**

[9] Il n'était pas controversé entre les parties devant le juge de la CCI que les opérations en cause donnaient lieu à un avantage fiscal au sens du paragraphe 245(1). La question en litige était de savoir si les opérations ayant donné lieu à la perte déclarée étaient des « opérations d'évitement » au sens du paragraphe 245(3), et s'il y avait eu abus dans l'application des dispositions invoquées pour obtenir l'avantage fiscal en cause.

[10] Le juge de la CCI a statué que les opérations en cause étaient des « opérations d'évitement » (par. 70 à 83 des motifs) et que le résultat atteint n'était pas conforme à la raison d'être des dispositions sur lesquelles se fondait l'appelante (par. 84 à 102 des motifs). Cette dernière conclusion est la seule contestée en appel.

[11] Pour tirer sa conclusion, le juge de la CCI a passé en revue l'historique des dispositions législatives applicables depuis l'instauration en 1972 du régime des gains en capital. Il a également examiné des dispositions anti-évitement se rapportant précisément aux pertes en capital, à savoir l'ancien paragraphe 55(1), l'alinéa 40(2)g) et l'article 54 (par. 85 à 94 des motifs).

[12] D'après le juge de la CCI, l'abrogation de l'ancien paragraphe 55(1) en 1988 lorsque la RGAÉ a été édictée n'indiquait « pas un changement de politique »; au contraire, « cela

confirmait l'intention continue du législateur » que les pertes en capital ne soient pas déduites lorsqu'elles ont été créées artificiellement (par. 89 des motifs). Le juge de la CCI s'est particulièrement appuyé sur les notes techniques publiées lors de l'adoption de la RGAÉ en 1988, qui précisait : « Comme [la RGAÉ] a un champ d'application suffisamment large pour englober les opérations visées au paragraphe 55(1), celui-ci n'est plus nécessaire » (par. 88 des motifs).

[13] Le juge de la CCI a en outre conclu que l'on pouvait constater, à la lecture des dispositions pertinentes, l'existence d'une politique globale empêchant la déduction des pertes en capital artificielles subies « au sein de la même unité économique », et que l'appelante avait contourné abusivement cette politique (par. 98 des motifs). Selon le juge de la CCI, la modification apportée en 2005 à l'article 251.1 – pour inclure les fiducies dans la définition de l'expression « personnes affiliées » – révèle clairement que les résultats obtenus par l'appelante étaient contraires à l'objet et à l'esprit de la Loi (par. 97 des motifs).

[14] Le paragraphe suivant (par. 100 des motifs) saisit l'essence du raisonnement adopté par le juge de la CCI pour rejeter l'appel :

Les opérations que l'appelante a effectuées constituent un évitement fiscal abusif parce qu'elles contrecarrent les motifs sous-tendant les dispositions de la Loi concernant les pertes en capital. En manipulant le « montant » comptable des actions ordinaires de Rcongold, l'appelante a créé un bien artificiellement dévalué qui a été transféré à une personne au sein de la même unité économique en vue de créer une perte en capital artificielle sans subir de perte économique réelle. Le 27 août 2002, l'appelante détenait des actions de Rcongold dont la juste valeur marchande était de huit millions de dollars (les actions ordinaires). Le 28 août 2002, l'appelante détenait encore des actions de Rcongold, dont la juste valeur marchande était de huit millions de dollars (les actions de la catégorie E) et, après la disposition des actions ordinaires de Rcongold en faveur de la [Fiducie

Peter Cohen], l'appelante a continué à posséder des actions de Rcongold dont la juste valeur marchande était de huit millions de dollars.

## **THÈSES DES PARTIES EN APPEL**

### *- L'appelante*

[15] L'appelante soutient que les dispositions pertinentes de la Loi sont d'application purement mécanique (par. 19 et 31 du mémoire de l'appelante). Si l'on applique les articles 3, 38, 39 et 40 de la Loi, il ne fait aucun doute que la perte en capital subie est déductible. La Loi ne requiert nulle part que cette perte soit une perte économique « véritable », et l'on ne peut déduire une telle obligation du contexte législatif, compte tenu particulièrement du fait que la Loi elle-même produit des résultats qu'on pourrait qualifier d'« artificiels », mais auxquels on donne néanmoins effet (par. 32 du mémoire de l'appelante). L'appelante donne comme exemple les règles régissant les actions accréditives prévues à l'article 66.3 de la Loi.

[16] L'appelante soutient également que le juge de la CCI n'a pas respecté la méthode d'interprétation qu'il convenait d'utiliser pour l'article 245 de la Loi consacrée par les arrêts *Hypothèques Trustco Canada Co. c. Canada*, 2005 CSC 54 (*Trustco Canada*) et *Lipson c. Canada*, 2009 CSC 1. La jurisprudence *Trustco Canada* enseigne clairement que toute politique globale doit s'appuyer sur des dispositions précises de la Loi. Or, soutient l'appelante, il n'est pas possible de dégager une telle politique globale des dispositions auxquelles le juge de la CCI a renvoyé.

[17] L'appelante soutient plus particulièrement qu'il n'était pas possible de se fonder sur l'ancien paragraphe 55(1), celui-ci ayant été abrogé, pour faire valoir l'existence d'une politique

globale contre les « pertes en capital artificielles ». Il serait incongru que le législateur ait voulu conserver ce principe tout en abrogeant la disposition qui la concrétisait (par. 37 et 38 du mémoire de l'appelante). Pour ce qui est des notes techniques au centre même de l'analyse du juge de la CCI, l'appelante estime qu'elles ont perdu de leur pertinence vu qu'on les a rédigées une décennie avant le déroulement des opérations en cause et que les dispositions pertinentes ont depuis fait l'objet de nombreuses modifications.

[18] L'appelante ajoute que le juge de la CCI a décidé incorrectement que la Loi concrétise une politique générale défavorable à la déduction des pertes en capital subies lors de dispositions de biens au sein d'une même « unité économique ». L'appelante souligne ainsi que les règles sur la minimisation des pertes prévues tant au sous-alinéa 40(2)g(i) qu'au paragraphe 40(3.4) ne renvoient pas à une telle notion. C'est plutôt à l'expression « personnes affiliées » définie à l'article 251.1 qu'elles renvoient pour suspendre, et non pour refuser, les pertes en capital subies lors d'opérations entre des personnes affiliées (par. 48 et 49 du mémoire de l'appelante).

[19] En outre, la définition de l'expression « personnes affiliées » ajoutée en 1985 ne vise toujours pas les frères et sœurs, les parents ou leurs enfants. Selon l'appelante, si on laissait libre cours au raisonnement du juge de la CCI, on arriverait à suspendre les pertes en capital subies lors d'opérations entre des frères et sœurs, ou entre un parent et son enfant, même si l'on a délibérément exclu ceux-ci de la définition de l'expression « personnes affiliées » (par. 50 à 54 du mémoire de l'appelante).

[20] L'appelante fait également grief au juge de la CCI de s'être fondé sur la modification apportée en 2005 à la définition de l'expression « personnes affiliées » à l'article 251.1 de la Loi. Si le législateur a ajouté les fiducies à cette définition en 2005, soutient l'appelante, cela montre qu'auparavant il avait délibérément pour politique de ne pas les y inclure. S'il avait plutôt voulu corriger une inexactitude dans la loi, le législateur aurait rendu rétroactive la modification de 2005 (par. 56 et 57 du mémoire de l'appelante).

[21] Enfin, l'appelante invoque la décision rendue par la CCI dans l'affaire connexe, où le juge Paris a déclaré qu'il ne retenait pas « avec égards » la conclusion du juge de la CCI fondée sur la notion d'« unité économique ».

*- L'intimée*

[22] L'intimée appuie pour sa part la conclusion du juge de la CCI, essentiellement en retenant les motifs exposés par lui. Elle rejette la thèse portant que le calcul des pertes (ou des gains) en capital aux fins de la Loi relève constitue une opération purement mécanique. Selon l'intimée, la question de savoir s'il y a bien eu ou non une perte joue au contraire un rôle central dans le calcul des pertes en capital prévu par la Loi (par. 31 du mémoire de l'intimée).

[23] L'intimée fonde également son argumentation sur l'ancien paragraphe 55(1) de la Loi et sur la jurisprudence qui l'a interprété de sorte que ne soit pas admise la déduction des pertes jugées avoir été artificiellement ou indûment créées par le contribuable. Selon elle, il ressort des notes techniques de 1998 que le paragraphe 55(1) a été abrogé simplement parce qu'il n'était plus nécessaire, le nouvel article 245 de la Loi ayant une portée assez large pour englober les

opérations visées par l'ancien paragraphe 55(1). L'intimée conteste entièrement la thèse de l'appelante portant que l'abrogation du paragraphe 55(1) traduit un changement dans l'intention du législateur de rejeter les pertes en capital artificielles (par. 43 à 46 du mémoire de l'intimée).

[24] L'intimée ajoute que c'est avec raison que le juge de la CCI a signalé les règles de minimisation des pertes – en reconnaissant toutefois que la disposition applicable était le paragraphe 40(3.4) et non le sous-alinéa 40(2)g(i) – comme preuve de l'existence d'une politique globale de refus des pertes lorsque la personne disposant d'un bien ne se départit pas véritablement de sa participation économique dans celui-ci.

[25] Enfin, l'intimée invoque l'arrêt *Mathew c. Canada*, 2005 CSC 55, par lequel la Cour suprême du Canada a déclaré que le caractère abusif d'une opération était confirmé par sa nature factice. Elle fait également valoir les observations sur le caractère artificiel exposées dans l'arrêt *Copthorne Holdings Ltd. c. Canada*, 2011 CSC 63 (*Copthorne Holdings*).

## **ANALYSE ET DÉCISION**

### *- Les textes législatifs pertinents*

[26] Avant de procéder à l'analyse, il est utile de passer brièvement en revue les dispositions de la Loi sur le traitement fiscal des pertes en capital.

[27] Un régime législatif élaboré et complexe encadre les gains et pertes en capital. Les dispositions en cause, en leur version originale, sont entrées en vigueur en 1972. Auparavant, les

gains en capital n'étaient pas assujettis à l'impôt et les pertes en capital n'étaient pas reconnues aux fins de l'impôt sur le revenu.

[28] Le taux d'imposition des gains en capital a toujours été inférieur à celui du revenu. La loi y parvient en fixant un taux d'inclusion. On établit la partie imposable d'un gain en capital (ou déductible d'une perte en capital) en multipliant ce taux d'inclusion par le montant du gain (ou de la perte) en capital. Le taux d'inclusion pour la période visée par l'appel était de 50 p. cent. Ainsi, le contribuable ayant réalisé un gain en capital de 100 \$ pendant cette période ajoute seulement 50 \$ dans le calcul de son revenu, tandis que le contribuable ayant subi une perte en capital de 100 \$ n'a droit à un allègement fiscal que pour 50 \$.

[29] Il faut appliquer concurremment plusieurs dispositions précises de la partie I, section B, sous-section c de la Loi pour établir, aux fins de l'impôt, le gain ou la perte en capital qui découle de la disposition d'un bien. Bon nombre de ces dispositions sont des définitions qui consistent en une formule mathématique, ou qui comprennent une telle formule, souvent difficile à comprendre. Heureusement, il n'y a pas de controverse en l'espèce quant au calcul de la perte en capital. Par conséquent, on peut avoir une compréhension suffisante de la façon dont la Loi s'applique aux faits de l'affaire en ne renvoyant qu'à quelques dispositions générales.

[30] Habituellement, une perte en capital est subie, aux fins de l'impôt, lorsqu'une immobilisation est vendue pour un « produit de disposition » inférieur à son « prix de base rajusté » (alinéas 39(1)*b* et 40(1)*b* de la Loi).

[31] Les expressions « produit de disposition » et « prix de base rajusté » sont définies à l'article 54 de la Loi. Ces définitions sont longues et complexes, mais pour chacune seul l'élément le plus général est utile à nos fins. Comme nous l'avons vu, les pertes en capital en cause dans le présent appel ont découlé de la vente d'actions de la société. Le « produit de disposition » pour ces ventes est le prix de vente des actions prévu au contrat de vente, et que le « prix de base rajusté » des actions est le montant versé à l'origine par la société pour acquérir les actions vendues. On dresse à l'article 53 de la Loi une liste importante d'éventuels rajustements à ajouter ou à soustraire au prix initial pour en arriver au « prix de base rajusté », mais il ne ressort pas du dossier que de tels rajustements sont nécessaires en l'espèce.

[32] Une perte en capital n'est pas, en soi, déductible dans le calcul du revenu. L'alinéa 38*b*) prévoit plutôt que la moitié de la perte en capital subie lors d'une année d'imposition donnée (la « perte en capital déductible ») peut servir à compenser les gains en capital imposables (généralement la moitié des gains en capital) réalisés la même année, ou encore lors d'une année d'imposition postérieure ou d'une des trois années d'imposition antérieures (voir l'alinéa 111(1)*b*) et la définition de « perte en capital nette » au paragraphe 111(8)).

[33] De nombreuses dispositions anti-évitement précises de la Loi empêchent le contribuable d'obtenir un allègement en raison d'une perte en capital. Ces dispositions sont communément appelées les « règles sur la minimisation des pertes ». Ces règles prévoient généralement qu'une perte donnée est réputée nulle. Le sous-alinéa 40(2)*g*)(iii) de la Loi prévoit par exemple, sous réserve de certaines exceptions, qu'est nulle la perte résultant de la disposition d'un bien à usage personnel.

[34] Certaines règles sur la minimisation des pertes sont associées à des dispositions d'allègement et ont pour résultat la simple suspension de la perte en capital qui découle de la disposition d'un bien particulier. Par exemple, le paragraphe 40(3.4) de la Loi prévoit (notamment) que la perte subie par une société lors de la disposition d'une immobilisation est réputée nulle si la société ou une personne affiliée acquiert le même bien ou un bien identique dans les 30 jours précédant ou suivant la disposition, et si à la fin de cette période la société ou la personne affiliée détient le bien de remplacement. Le même paragraphe prévoit toutefois que la société peut se prévaloir plus tard de la perte si, par exemple, le bien cesse d'être sa propriété ou celle de la personne affiliée.

[35] De même, une perte en capital est réputée nulle, en vertu du sous-alinéa 40(2)g(i), si elle répond à la définition dans la Loi de « perte apparente » (généralement une perte résultant de la disposition d'un bien dans le cas où le même contribuable ou une personne affiliée acquiert le même bien ou un bien identique – le « bien de remplacement » – dans un délai de 30 jours et où le contribuable ou la personne affiliée est propriétaire du bien de remplacement à la fin de la période de 30 jours). L'alinéa 53(1)f) de la Loi pourrait alors donner lieu, si certaines conditions sont respectées, à la prise en compte de la perte refusée dans le calcul du prix de base rajusté du bien de remplacement. Ceci équivaldrait à la reconnaissance de la perte précédemment refusée dans le calcul du gain réalisé ou de la perte subie à la disposition du bien de remplacement. Il pourrait s'agir au final du report d'une perte en capital, ou encore du transfert d'une perte en capital du cédant initial du bien à la personne affiliée qui l'a acquis.

[36] La modification de la définition de « personnes affiliées » en 2005 pour y inclure les fiduciaires est importante en l'espèce. Si cette modification avait été en vigueur lorsque les opérations en cause ont été effectuées, il y aurait eu suspension de la perte en capital déclarée par l'appelante. Il convient de noter que, à l'heure actuelle, l'application de la définition de « personnes affiliées » ne donne pas toujours lieu à la suspension des pertes découlant d'opérations entre un parent et son enfant ou entre des frères et sœurs. Il s'ensuit que, sous réserve de l'application de la RGAÉ, la perte résultant d'un transfert de valeur pourrait toujours être déclarée si elle découlait d'une vente effectuée entre de telles personnes.

*- L'analyse relative à la RGAÉ*

[37] Comme nous l'avons vu, l'appelante a concédé devant le juge de la CCI que les pertes déclarées résultaient d'un « avantage fiscal » au sens du paragraphe 245(1). L'appelante n'attaque pas devant nous la conclusion du juge de la CCI selon laquelle les opérations effectuées, y compris le paiement du dividende en actions, la constitution de la fiducie Peter Cohen et la vente des actions ordinaires à cette fiducie étaient des « opérations d'évitement » au sens du paragraphe 245(3).

[38] Il reste à rechercher si ces opérations d'évitement ont donné lieu ou non à un abus. Il faut rechercher si ces opérations, si on leur donne effet, contrecarreraient l'objet des dispositions invoquées pour obtenir l'avantage fiscal (c.-à-d. le sous-alinéa 3b)(ii), l'alinéa 38b), l'alinéa 39(1)b), le sous-alinéa 40(1)b)(ii) et l'article 54). C'est à l'intimée qu'il incombe de démontrer la réalité de cet objet.

[39] Il n'est pas controversé entre les parties que la perte subie par l'appelante lors du transfert de valeur est une perte uniquement théorique, en ce sens qu'il n'y a eu aucune perte économique (l'expression « perte théorique » a cette acception tout au long des présents motifs). Tout ce qui s'est produit en fait a été un transfert de la valeur inhérente élevée des actions ordinaires aux actions privilégiées (en raison de leur priorité de paiement), ce qui a eu pour résultat d'enlever aux actions ordinaires toute la valeur tout en préservant leur coût élevé, permettant ainsi qu'une perte soit subie lors de leur disposition en faveur de la fiducie Peter Cohen. L'appelante n'était toutefois ni plus riche ni plus pauvre une fois la disposition effectuée.

[40] L'appelante soutient qu'il faudrait prendre en compte sa perte même s'il n'y a eu aucune perte économique. Selon elle, il convient d'appliquer de manière mécanique les dispositions de la Loi dont elle s'est prévaluée pour arriver à cette perte. L'effet de ces dispositions, si on les appliquait ainsi, serait la reconnaissance de l'existence de la perte déclarée bien qu'aucune perte économique n'ait été subie et qu'aucune somme d'argent n'ait été perdue.

[41] La solution défendue par l'appelante semble fondamentalement troublante, étant donné qu'il est généralement admis que le régime des gains en capital s'applique aux gains et aux pertes véritables. Les observations suivantes formulées par la Chambre des lords par l'arrêt *WT Ramsay Ltd. v. Inland Revenue Commissioners*, [1981] 1 All ER 865, même s'ils avaient trait aux gains en capital en droit britannique, sont à cet égard tout à fait à propos (à la page 873) :

[TRADUCTION] L'impôt sur les gains en capital a été institué pour s'appliquer dans un monde réel et non dans un monde fictif. Comme je l'ai dit dans l'arrêt *Aberdeen Construction Ltd. c. Inland Revenue Comrs*, [1978] 1 All ER 962, à la page 996, [1978] AC 885, à la page 893, [1978] STC 127, à la page 131, il s'agit d'un impôt sur les gains (j'aurais pu ajouter sur les gains moins les pertes), il ne s'agit pas d'un impôt sur des différences mathématiques.

[42] Au Canada, on a toujours considéré que le régime des gains en capital, même avant qu'il ne soit créé, visait à assujettir à l'impôt l'accroissement du « pouvoir économique » (Rapport de la Commission Carter, 1966, à la page 325) et que les pertes théoriques ont aucune incidence sur ce pouvoir.

[43] L'appelante soutient néanmoins que la question n'est pas si simple. Elle relève le fait que la Loi prévoit, dans certains cas, que les gains en capital sont imposables même en l'absence de gain économique, et que certaines pertes en capital sont déductibles même en l'absence de perte économique.

[44] L'illustration la plus claire est donnée au paragraphe 45(1) de la Loi (à la sous-section c – « Gains en capital imposables et pertes en capital déductibles), lequel dispose que lorsqu'un bien est acquis en vue de gagner un revenu, et commence plus tard à être utilisé à une autre fin, ou inversement, le contribuable est réputé en avoir disposé à ce moment postérieur pour un montant égal à sa juste valeur marchande, et l'avoir acquis de nouveau à un coût égal à ce montant. Le paragraphe 13(2) de la Loi vise les biens amortissables de manière assez semblable. Il résulte de ces dispositions que les gains ou pertes théoriques peuvent être générés ou encourus auxquels cas, ils sont assimilés à des gains ou pertes véritables.

[45] L'appelante fait également état du régime des actions accréditives qui autorise les sociétés à renoncer aux « frais d'exploration au Canada » au profit de détenteurs d'actions accréditives. Le coût d'une action accréditive est réputé être nul pour son détenteur selon le paragraphe 66.3(3) de la Loi. Lors de la vente de l'action accréditive, le coût réputé est pris en compte dans le calcul du « prix de base rajusté », défini à l'article 54, en vue de la détermination de la perte ou du gain pertinent, ce qui peut encore une fois rendre un gain en capital imposable alors qu'aucun gain économique n'a en fait été réalisé.

[46] Lorsqu'on apprécie l'incidence de dispositions telles que le paragraphe 45(1) et l'article 66.1 – et il en existe d'autres semblables –, il importe de bien comprendre que celles-ci sont axées sur un objectif de politique et que le traitement qu'elles prévoient vise uniquement l'atteinte de cet objectif.

[47] Les dispositions relatives au changement d'utilisation visent à faciliter la transition qui s'opère lorsque le contribuable cesse d'utiliser un bien pour une fin et commence à l'utiliser pour une autre. On y parvient par le recours à la disposition et à la réacquisition immédiate réputées d'un bien, selon un prix qu'on suit jusqu'à la disposition véritable du bien. Dans l'intervalle, cela offre la souplesse requise au contribuable tout en assurant l'intégrité du système fiscal.

[48] L'objet des actions accréditives est d'encourager l'exploration pétrolière et minière. Le coût de ces actions est déduit intégralement dans le calcul du revenu, alors que la plus-value qui découle de leur vente éventuelle est traitée comme gain en capital. Ce traitement est très avantageux, ce qui explique pourquoi le prix de base rajusté de ces actions est réputé nul.

[49] Bien que ces dispositions ne soient pas dépourvues d'intérêt, je ne crois pas qu'elles dévient de la politique du législateur, laquelle exclut la déduction de pertes théoriques, si tant est qu'on puisse dégager une telle politique des dispositions invoquées par l'appelante pour obtenir l'avantage fiscal.

[50] Lorsqu'il a abordé cette question dans l'affaire connexe, le juge Paris a procédé à une analyse textuelle, contextuelle et téléologique des dispositions invoquées par l'appelante en vue d'obtenir un avantage fiscal (*1207192 Ontario Limited*, par. 63 à 68 et 84 à 93). Il a correctement précisé quelles étaient les dispositions pertinentes ainsi que leur philosophie. Je retiens la conclusion du juge Paris selon laquelle l'objet de ces dispositions, particulièrement de l'alinéa 38*b*), est d'accorder un allègement d'impôt, dans la mesure où il y a compensation avec un gain en capital, dans le cas où le contribuable a subi une perte économique par suite de la disposition d'un bien. Je retiens également sa conclusion selon laquelle la compensation d'un gain en capital par la perte théorique déclarée donne lieu au recours abusif aux dispositions pertinentes, plus particulièrement des alinéas 38*b*), 39(1)*b*) et 40(1)*b*) de la Loi (*1207192 Ontario Limited*, par. 92 et 93).

[51] L'appelante souligne à juste titre que les mots « perte économique » utilisés par le juge Paris pour désigner la raison d'être des dispositions pertinentes ne figurent dans aucune de celles-ci. À ce stade de l'analyse, rien ne s'oppose toutefois à ce qu'on s'écarte de la seule signification des mots eux-mêmes, dans la mesure où l'interprétation proposée s'appuie sur l'analyse textuelle, contextuelle et téléologique des dispositions en cause (*Copthorne Holdings*,

par. 70). Étant donné l'objet des dispositions pertinentes – c.-à-d. assujettir à l'impôt l'augmentation nette de la valeur d'immobilisations –, il n'est pas possible selon moi de les interpréter autrement.

*- Ancien paragraphe 55(1)*

[52] On a longuement débattu devant nous la question de savoir si le paragraphe 55(1) pouvait servir à établir, malgré son abrogation, l'existence d'une politique globale visant à contrer les « opérations artificielles ». Comme il a déjà été dit, on a publié au moment de l'abrogation du paragraphe des notes techniques précisant qu'on avait procédé à celle-ci parce que le vide créé était comblé par l'instauration de la RGAÉ.

[53] Pour les motifs déjà exposés, il n'est pas nécessaire de se fonder sur l'ancien paragraphe 55(1) pour constater l'existence d'une politique empêchant la déduction de la perte déclarée en l'espèce. Cela dit, l'ancien paragraphe 55(1) est un élément de l'historique de la Loi et, puisque la perte théorique déclarée en l'espèce aurait manifestement réduit « artificiellement » ou « indûment » la dette fiscale de l'appelante aux termes de ce paragraphe, le fait que les fonctionnaires du ministère des Finances aient estimé que la RGAÉ comblerait le vide laissé par son abrogation confirme le maintien de la politique globale que j'ai mentionnée.

*- Autre conclusion*

[54] Je vais maintenant examiner la conclusion tirée par le juge de la CCI dans la présente affaire selon laquelle les opérations en cause sont également contraires à l'objet et à l'esprit des règles anti-évitement du sous-alinéa 40(2)g)(i). À son avis, cette disposition révèle l'existence

d'une politique excluant la déductions des pertes en capital subies lors de dispositions « au sein de la même unité économique ». En outre, la modification apportée en 2005 à la définition de l'expression « personnes affiliées » pour y inclure les fiducies « indique clairement que les résultats obtenus par l'appelante étaient contraires à l'objet et à l'esprit de la Loi lue dans son ensemble » (par. 97 des motifs).

[55] Le juge Paris a rejeté la conclusion tirée par le juge de la CCI sur ce point (*1207192 Ontario Limited*, par. 73 à 83).

[56] J'estime, comme le juge Paris, essentiellement pour les mêmes motifs que lui, que la lecture des dispositions pertinentes ne démontre pas l'existence de la politique dégagée par le juge de la CCI. Lorsque le législateur a introduit la notion de « personnes affiliées » en 1995, il devait être conscient de la possibilité d'un recours aux fiducies pour échapper à l'application du sous-alinéa 40(2)g(i) et du paragraphe 40(3.4). Il est donc raisonnable d'inférer que le législateur a fait le choix délibéré de ne pas inclure les fiducies dans la définition. On ne peut par ailleurs déduire de la décision prise par le législateur de modifier la politique par l'ajout de manière prospective des fiducies, en 2005, l'existence avant cette modification d'une politique allant déjà en ce sens (voir l'affaire *Water's Edge Village Estates (Phase II) Ltd. c. Canada*, 2002 CAF 291, [2003] 2 C.F. 25, par. 47, où on a plutôt statué qu'une modification était pertinente parce qu'on l'avait adoptée afin de supprimer une échappatoire flagrante).

- *Nouvelle thèse*

[57] Lors de l'audience, l'appelante a soutenu pour la première fois que refuser la perte déclarée était d'une certaine manière inéquitable parce qu'elle était toujours détentrice des actions privilégiées. Elle fait ainsi valoir que, puisque ces actions sont dotées de caractéristiques fiscales qui sont l'image miroir inverse de celles des actions ordinaires – c.-à-d., en proportion inverse, une valeur élevée et un faible coût –, leur disposition entraînerait un gain équivalent à la perte déclarée.

[58] Je dois simplement constater que bien des années ont passé depuis que la perte a été déclarée, et que rien ne laisse croire que les actions privilégiées ont été vendues. On ne saurait s'en surprendre puisque le but des opérations était d'éviter de payer de l'impôt sur le gain réalisé lors de la vente, en 2001, de l'immeuble commercial. Je relève à cet égard que, contrairement aux particuliers, une société commerciale peut conserver indéfiniment la propriété d'immobilisations.

[59] Cela dit, si l'appelante avait pu présenter un scénario crédible de vente des actions privilégiées, laquelle vente aurait réduit l'avantage fiscal obtenu, il lui aurait été loisible de demander que les attributs fiscaux découlant de l'application de la RGAÉ soient rajustés conformément aux dispositions du paragraphe 245(5). Or, elle n'a pas fait une telle demande.

[60] Je rejetterais l'appel avec dépens.

« Marc Noël »

---

j.c.a.

« Je suis d'accord.

K. Sharlow, j.c.a. »

« Je suis d'accord..

Robert M. Mainville, j.c.a. »

Traduction certifiée conforme  
François Brunet, réviseur

ANNEXE

*Loi de l'impôt sur le revenu, L.R.C. 1985, ch. 1 (5<sup>e</sup> suppl.) (la Loi)*

- Sous-alinéa 3b)(ii) de la Loi :

Revenu pour l'année d'imposition

Income for taxation year

3. Pour déterminer le revenu d'un contribuable pour une année d'imposition, pour l'application de la présente partie, les calculs suivants sont à effectuer :

3. The income of a taxpayer for a taxation year for the purposes of this Part is the taxpayer's income for the year determined by the following rules:

[...]

...

*b)* le calcul de l'excédent éventuel du montant visé au sous-alinéa (i) sur le montant visé au sous-alinéa (ii):

*(b)* determine the amount, if any, by which

[...]

...

(ii) l'excédent éventuel de ses pertes en capital déductibles pour l'année, résultant de la disposition de biens autres que des biens meubles déterminés sur les pertes déductibles au titre d'un placement d'entreprise pour l'année, subies par le contribuable;

(ii) the amount, if any, by which the taxpayer's allowable capital losses for the year from dispositions of property other than listed personal property exceed the taxpayer's allowable business investment losses for the year,

[...]

...

- Article 38 de la Loi :

**38.** Sens de gain en capital imposable et de perte en capital déductible -- Pour l'application de la présente loi :

*a)* [Gain en capital imposable—général] -- sous réserve des alinéas a.1) à a.3), le gain en capital imposable d'un contribuable pour une année d'imposition, tiré de la disposition d'un bien, est égal à la moitié du gain en capital qu'il a réalisé pour l'année à la disposition du bien;

[...]

*b)* [Perte en capital déductible] -- la perte en capital déductible d'un contribuable, pour une année d'imposition, résultant de la disposition d'un bien est égale à la moitié de la perte en capital que le contribuable a subie, pour l'année, à la disposition du bien;

[...]

**38.** Taxable capital gain and allowable capital loss -- For the purposes of this Act,

*(a)* [taxable capital gain—general] -- subject to paragraphs (a.1) to (a.3), a taxpayer's taxable capital gain for a taxation year from the disposition of any property is  $\frac{1}{2}$  of the taxpayer's capital gain for the year from the disposition of the property;

...

*(b)* [allowable capital loss] -- a taxpayer's allowable capital loss for a taxation year from the disposition of any property is  $\frac{1}{2}$  of the taxpayer's capital loss for the year from the disposition of that property; and

...

- Alinéa 39(1)*b*) de la Loi :

**39.** (1) Sens de gain en capital et de perte en capital [et des pertes au titre d'un placement d'entreprise] -- Pour l'application de la présente loi :

[...]

*b)* une perte en capital subie par un contribuable, pour une année d'imposition, du fait de

**39.** (1) Meaning of capital gain and capital loss [and business investment loss] -- For the purposes of this Act,

...

*(b)* a taxpayer's capital loss for a taxation year from the disposition of any property is

la disposition d'un bien quelconque est la perte qu'il a subie au cours de l'année, déterminée conformément à la présente sous-section (jusqu'à concurrence du montant de cette perte qui ne serait pas déductible, si l'article 3 était lu de la manière indiquée à l'alinéa *a*) du présent paragraphe et compte non tenu du passage « et des pertes déductibles au titre d'un placement d'entreprise subies par le contribuable pour l'année » à l'alinéa *3d*), dans le calcul de son revenu pour l'année ou pour toute autre année d'imposition) du fait de la disposition d'un bien quelconque de ce contribuable, à l'exception :

(i) d'un bien amortissable,

(ii) d'un bien visé à l'un des sous-alinéas *a*(i), (ii) à (iii) et (v);

[...]

the taxpayer's loss for the year determined under this subdivision (to the extent of the amount thereof that would not, if section 3 were read in the manner described in paragraph *(a)* of this subsection and without reference to the expression "or the taxpayer's allowable business investment loss for the year" in paragraph *3(d)*, be deductible in computing the taxpayer's income for the year or any other taxation year) from the disposition of any property of the taxpayer other than

(i) depreciable property , or

(ii) property described in any of subparagraphs *(a)*(i), (ii) to (iii) and (v); and

...

-Alinéa *40b*) de la Loi :

**40.** (1) Règles générales [calcul du gain et de la perte] -- Sauf indication contraire expresse de la présente partie :

[...]

*b*) la perte d'un contribuable résultant, pour une année d'imposition, de la disposition

**40.** (1) General rules [gain and loss calculation] -- Except as otherwise expressly provided in this Part

...

*(b)* a taxpayer's loss for a taxation year from the disposition of any property is,

d'un bien est :

(i) en cas de disposition du bien au cours de l'année, l'excédent éventuel du total du prix de base rajusté du bien, pour le contribuable, immédiatement avant la disposition, et des dépenses dans la mesure où celles-ci ont été engagées ou effectuées par lui en vue de réaliser la disposition sur le produit de disposition du bien qu'il en a tiré,

(ii) dans les autres cas, nulle

[...]

(i) if the property was disposed of in the year, the amount, if any, by which the total of the adjusted cost base to the taxpayer of the property immediately before the disposition and any outlays and expenses to the extent that they were made or incurred by the taxpayer for the purpose of making the disposition, exceeds the taxpayer's proceeds of disposition of the property, and

(ii) in any other case, nil.

...

- L'ancien paragraphe 55(1) de la Loi a été abrogé lors de l'édiction de l'article 245 de la Loi.

Avant son abrogation il prévoyait ce qui suit :

**55.** (1) Aux fins de la présente sous-section, lorsque les circonstances dans lesquelles ont été effectuées une ou plusieurs opérations de vente ou d'échange, ou autres transactions de quelque nature que ce soit, permettent de croire raisonnablement que le contribuable a disposé d'un bien de façon à artificiellement ou indûment

(a) réduire le montant de son gain résultant de la disposition,

(b) occasionner une perte résultant de la disposition, ou

**55.** (1) For the purposes of this subdivision, where the result of one or more sales, exchanges, declarations of trust, or other transactions of any kind whatever is that a taxpayer has disposed of property under circumstances such that he may reasonably be considered to have artificially or unduly

(a) reduced the amount of his gain from the disposition,

(b) created a loss from the disposition, or

(c) augmenter le montant de sa perte résultant de la disposition,

(c) increased the amount of his loss from the disposition,

le gain ou la perte du contribuable, selon le cas, résultant de la disposition du bien, est calculée comme si une telle réduction, perte ou augmentation, selon le cas, ne s'était pas produite.

the taxpayer's gain or loss, as the case may be, from the disposition of the property shall be computed as if such reduction, creation or increase, as the case may be, had not occurred.

- Article 245 de la Loi :

Définitions

Definitions

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

**245.** (1) In this section,

« attribut fiscal »  
*“tax consequences”*

“tax benefit”  
*« avantage fiscal »*

« attribut fiscal » S'agissant des attributs fiscaux d'une personne, revenu, revenu imposable ou revenu imposable gagné au Canada de cette personne, impôt ou autre montant payable par cette personne, ou montant qui lui est remboursable, en application de la présente loi, ainsi que tout montant à prendre en compte pour calculer, en application de la présente loi, le revenu, le revenu imposable, le revenu imposable gagné au Canada de cette personne ou l'impôt ou l'autre montant payable par cette personne ou le montant qui lui est remboursable.

“tax benefit” means a reduction, avoidance or deferral of tax or other amount payable under this Act or an increase in a refund of tax or other amount under this Act, and includes a reduction, avoidance or deferral of tax or other amount that would be payable under this Act but for a tax treaty or an increase in a refund of tax or other amount under this Act as a result of a tax treaty;

« avantage fiscal »  
*“tax benefit”*

“tax consequences”  
*« attribut fiscal »*

« avantage fiscal » Réduction, évitement ou report d'impôt ou d'un autre montant exigible en application

“tax consequences” to a person means the amount of income, taxable income, or taxable income earned in Canada of, tax or other amount payable by or refundable to the person under this Act, or any other amount that is relevant for the purposes of computing that amount;

de la présente loi ou augmentation d'un remboursement d'impôt ou d'un autre montant visé par la présente loi. Y sont assimilés la réduction, l'évitement ou le report d'impôt ou d'un autre montant qui serait exigible en application de la présente loi en l'absence d'un traité fiscal ainsi que l'augmentation d'un remboursement d'impôt ou d'un autre montant visé par la présente loi qui découle d'un traité fiscal.

« opération »  
“*transaction*”

« opération » Sont assimilés à une opération une convention, un mécanisme ou un événement.

(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.

(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;

“*transaction*”  
« *opération* »

“*transaction*” includes an arrangement or event.

(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.

(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 *bona fide* purposes other than to obtain the tax benefit; or

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.

(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 *bona fide* purposes other than to obtain the tax benefit.

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

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

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 :

(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) la présente loi,

(i) this Act,

(ii) le Règlement de l'impôt sur le revenu,

(ii) the Income Tax Regulations,

(iii) les Règles concernant l'application de l'impôt sur le revenu,

(iii) the Income Tax Application Rules,

(iv) un traité fiscal,

(iv) a tax treaty, or

(v) tout autre texte législatif qui est utile soit pour le calcul d'un impôt ou de toute autre somme exigible ou remboursable sous le régime de la présente loi, soit pour la détermination de toute somme à prendre en compte dans ce calcul;

(v) any other enactment that is relevant in computing tax or any other amount payable by or refundable to a person under this Act or in determining any amount that is relevant for the purposes of that computation; or

*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.

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

(5) Sans préjudice de la portée générale du paragraphe (2) et malgré tout autre texte législatif, dans le cadre de la détermination des attributs fiscaux d'une personne de façon raisonnable dans les circonstances de façon à supprimer l'avantage fiscal qui, sans le présent article, découlerait, directement ou indirectement, d'une opération d'évitement :

(5) Without restricting the generality of subsection (2), and notwithstanding any other enactment,

*a)* toute déduction, exemption ou exclusion dans le calcul de tout ou partie du revenu, du revenu imposable, du revenu imposable gagné au Canada ou de l'impôt payable peut être en totalité ou en partie admise ou refusée;

*(a)* any deduction, exemption or exclusion in computing income, taxable income, taxable income earned in Canada or tax payable or any part thereof may be allowed or disallowed in whole or in part,

*b)* tout ou partie de cette déduction, exemption ou exclusion ainsi que tout ou partie d'un revenu, d'une perte ou d'un autre montant peuvent être attribués à une personne;

*(b)* any such deduction, exemption or exclusion, any income, loss or other amount or part thereof may be allocated to any person,

*c)* la nature d'un paiement ou d'un autre montant peut être qualifiée autrement;

*(c)* the nature of any payment or other amount may be recharacterized, and

*d)* les effets fiscaux qui découleraient par ailleurs de l'application des autres dispositions de la présente loi peuvent ne pas être pris en compte.

*(d)* the tax effects that would otherwise result from the application of other provisions of this Act may be ignored,

in determining the tax consequences

to a person as is reasonable in the circumstances in order to deny a tax benefit that would, but for this section, result, directly or indirectly, from an avoidance transaction.

[...]

...

**COUR D'APPEL FÉDÉRALE**  
**AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER**

**DOSSIER :** A-286-11

**APPEL D'UN JUGEMENT DU JUGE FAVREAU DE LA COUR CANADIENNE DE L'IMPÔT DATÉ DU 12 JUILLET 2011, N° 2008-1667(IT)G.**

**INTITULÉ :** TRIAD GESTCO LTD. et  
SA MAJESTÉ LA REINE

**DATE DE L'AUDIENCE :** Ottawa (Ontario)

**LIEU DE L'AUDIENCE:** Le 25 septembre 2012

**MOTIFS DU JUGEMENT :** LE JUGE NOËL

**Y ONT SOUSCRIT :** LA JUGE SHARLOW  
LE JUGE MAINVILLE

**DATE DES MOTIFS :** Le 15 octobre 2012

**COMPARUTIONS :**

Guy Du Pont, Ad.E. POUR L'APPELANTE  
Michael N. Kandev  
Olivier Fournier

Justine Malone POUR L'INTIMÉE  
Marie-Andrée Legault

**AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER :**

Davies Ward Phillips & Vineberg S.E.N.C.R.L., s.r.l. POUR L'APPELANTE  
Montréal (Québec)

MYLES J. KIRVAN POUR L'INTIMÉE  
Sous-procureur général du Canada