

Cour d'appel fédérale



Federal Court of Appeal

Date : 20190914

Dossier : A-138-19

Référence : 2020 CAF 142

[TRADUCTION FRANÇAISE]

**CORAM : LE JUGE EN CHEF NOËL
LE JUGE DE MONTIGNY
LE JUGE LEBLANC**

ENTRE :

THE GLADWIN REALTY CORPORATION

appelante

et

SA MAJESTÉ LA REINE

intimée

Audience tenue à Ottawa (Ontario), le 8 juin 2020.

Jugement rendu à Ottawa (Ontario), le 14 septembre 2020.

MOTIFS DU JUGEMENT :

LE JUGE EN CHEF NOËL

Y ONT SOUSCRIT :

**LE JUGE DE MONTIGNY
LE JUGE LEBLANC**

Cour d'appel fédérale



Federal Court of Appeal

Date : 20200914

Dossier : A-138-19

Référence : 2020 CAF 142

**CORAM : LE JUGE EN CHEF NOËL
LE JUGE DE MONTIGNY
LE JUGE LEBLANC**

ENTRE :

THE GLADWIN REALTY CORPORATION

appellante

et

SA MAJESTÉ LA REINE

intimée

MOTIFS DU JUGEMENT

LE JUGE EN CHEF NOËL

[1] La Cour est saisie d'un appel interjeté par The Gladwin Realty Corporation Inc. (Gladwin ou l'appellante) d'une décision de la Cour canadienne de l'impôt (2019 CCI 62) par laquelle le juge Hogan (le juge de la Cour de l'impôt) a rejeté l'appel d'un avis de détermination délivré par le ministère du Revenu national (le ministre) à l'égard de son année d'imposition 2008. L'avis de détermination a été délivré au titre du paragraphe 152(1.11) et de la règle générale anti-évitement

(RGAÉ) prévue à l'article 245 de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, L.R.C. (1985), ch. 1 (5^e suppl.) (la Loi).

[2] Le juge de la Cour de l'impôt a conclu que les opérations d'évitement effectuées par Gladwin — le transfert de biens immobiliers par roulement à une société de personnes, la disposition de ces biens, la distribution des profits au commanditaire, l'application du paragraphe 40(3.1) et le choix prévu au paragraphe 40(3.12) — étaient abusives. La chronologie de ces opérations a permis à l'appelante de distribuer à la société actionnaire l'intégralité du gain en capital issu de la vente à titre de dividende en capital en franchise d'impôt.

[3] Selon l'appelante, les opérations d'évitement ne sont pas abusives, car elles emportent des résultats prescrits par la Loi. Elle affirme que le gain en capital réputé dérivant de l'application du paragraphe 40(3.1) n'est pas artificiel et que, par le jeu du compte de dividendes en capital (CDC), le contribuable peut temporiser à son avantage la réalisation des gains et des pertes en capital.

[4] Selon la Couronne, l'appelante a engendré de manière délibérée le gain en capital réputé au titre du paragraphe 40(3.1) pour faire augmenter artificiellement la valeur de son CDC de sorte que l'intégralité du gain en capital réalisé au moment de la vente du bien puisse être distribuée en franchise d'impôt sous forme de dividende en capital. Cette inflation artificielle a mené à l'application abusive du régime de CDC ainsi que des règles relatives au prix de base rajusté négatif prévue dans la Loi.

[5] Pour les motifs qui suivent, je propose de rejeter l'appel.

[6] Les dispositions pertinentes de la Loi sont reproduites à la fin des présents motifs.

FAITS

[7] Les faits sont présentés dans l'énoncé conjoint partiel des faits (dossier d'appel, vol. 1, p. 98 à 109). Les opérations suivantes sont pertinentes. Le juge de la Cour de l'impôt a conclu qu'elles avaient été effectuées avec « une précision d'horloge » en vue d'éviter l'impôt sur le gain en capital de 23 346 822 \$ issu de la vente de biens immobiliers acquis six ans auparavant (motifs, par. 23). L'objectif a été atteint par le truchement de l'inflation planifiée du CDC de l'appelante.

[8] La première étape du plan consistait à constituer en société Gladwin GP Inc. (Gladwin GP) le 6 février 2007, qui devait servir à titre de commandité de la société de personnes, créée le 1^{er} mars 2007. L'appelante était le commanditaire, qui détenait une participation de 99 % dans la société de personnes, et Gladwin GP en était le commandité, qui détenait une participation de 1 %. Selon le juge de la Cour de l'impôt, la création de la société de personnes visait l'obtention de l'avantage fiscal, et le fait que le rôle de celle-ci était transitoire de nature n'est pas contesté (motifs, par. 25).

[9] Le 10 avril 2007, les biens immobiliers sont transférés à la société de personnes nouvellement constituée, en franchise d'impôt, par le jeu d'un roulement effectué au titre du paragraphe 97(2) de la Loi. Ainsi, le gain potentiel que présentent les biens immobiliers sera

réalisé par la société de personnes, plutôt que directement par l'appelante. Le 8 août 2007, la société de personnes vend les biens immobiliers à une entité avec laquelle elle n'a pas de lien de dépendance et réalise un gain en capital de 23 346 822 \$.

[10] Le même jour, la société de personnes prête 24 463 142 \$ à Shabholdings Inc. (Shabholdings), l'actionnaire direct de l'appelante, en contrepartie d'un billet à ordre.

[11] Le 26 septembre 2007, l'appelante est prorogée sous le régime des lois des îles Vierges britanniques. Par conséquent, elle ne constitue plus une société privée sous contrôle canadien. Ainsi, elle évite l'impôt supplémentaire sur le revenu tiré d'un placement (dont les gains en capital imposables) que prévoit l'article 123.3 de la Loi.

[12] Le 28 septembre 2007 — au cours de son premier exercice — la société de personnes distribue 24 647 031 \$ à l'appelante. Par le jeu de la distribution, dont le montant provient en partie de la cession du billet à ordre émis par Shabholdings, le PBR de la participation de l'appelante dans la société de personnes devient négatif et s'établit à moins 24 311 654 \$, par l'opération du sous-alinéa 53(2)c) de la Loi.

[13] Par conséquent, le 1^{er} octobre 2007, date qui coïncide avec la fin du premier exercice de la société de personnes, l'appelante réalise un gain en capital réputé, en application du paragraphe 40(3.1), équivalent au PBR négatif de son intérêt dans la société de personnes. La moitié de la valeur (12 155 827 \$) est ajoutée au CDC de l'appelante conformément au paragraphe 89(1).

[14] Le même jour, la société de personnes attribue à l'appelante le gain en capital de 23 346 822 \$ tiré antérieurement de la disposition des biens immobiliers. Dans ce cas également, la moitié du gain est ajoutée au CDC de l'appelante (11 673 410 \$); le solde du CDC s'établit alors à 23 829 237 \$.

[15] Le 30 mai 2008, l'appelante paye un dividende en capital à Shabholdings équivalant au solde de son CDC, ce qui porte le solde de ce dernier à zéro. Le paiement est effectué par la distribution d'une partie du billet à ordre. Le même jour, Shabholdings fait le choix du versement de dividendes en capital à ses actionnaires (des sociétés par actions) d'une somme équivalente.

[16] Pour l'année d'imposition s'étant terminée le 30 septembre 2008, au cours du deuxième exercice de la société de personnes, l'appelante choisit de réaliser une perte en capital d'une valeur de \$24,311,653, en application du paragraphe 40(3.12), soit l'équivalent du gain en capital qu'elle est réputée avoir réalisé au titre du paragraphe 40(3.1) plus tôt dans l'année d'imposition. Par conséquent, le PBR de la participation de l'appelante est rajusté à la baisse d'une somme équivalente, par le jeu du sous-alinéa 53(2)c)(i.2). Ainsi, ce choix porte le CDC de l'appelante à un solde négatif, soit environ moins 12 000 000 \$.

[17] L'appelante et la société de personnes cessent leurs activités après l'exécution des opérations en litige et sont demeurées inactives depuis (énoncé conjoint partiel des faits, dossier d'appel, vol. 1, par. gg, p. 105).

[18] Tout compte fait, le solde du CDC de l'appelante a augmenté à deux reprises, d'une valeur presque équivalente. Ainsi, des fonds correspondant au gain en capital total tiré de la disposition des biens immobiliers ont été distribués en franchise d'impôt.

[19] Aux termes de l'avis de détermination délivré le 27 mars 2014, on retranche 12 153 827 \$ des fonds susceptibles d'être distribués depuis le CDC de l'appelante au cours de son année d'imposition 2008. Ainsi, l'augmentation découlant de l'application du paragraphe 40(3.1) est annulée.

[20] Un appel à la Cour de l'impôt est alors interjeté.

DÉCISION FAISANT L'OBJET DE L'APPEL

[21] Au début de ses motifs, le juge de la Cour de l'impôt fait remarquer, dans une note en bas de page, que l'avantage fiscal en l'espèce consiste à éviter l'application de l'impôt supplémentaire prévu par le paragraphe 184(2) sur le dividende en capital excédentaire versé à l'appelante (motifs, par. 6). Comme l'appelante a admis que la série d'opérations constituait des opérations d'évitement au sens du paragraphe 245(3), la seule question devant lui est celle de savoir si les opérations étaient abusives (motifs, par. 32).

[22] Il commence par une analyse fondée sur l'objet et l'esprit des dispositions pertinentes pour en déterminer la raison d'être. À propos du régime de CDC, le juge de la Cour de l'impôt explique que son objet, comme le prévoit le paragraphe 89(1), consiste à permettre aux « sociétés privées [de] prendre acte de certains types d'excédents exonérés d'impôt qui s'accumulent dans

le temps [et] établir le solde de son CDC à un certain moment de manière à pouvoir choisir, sous la forme prescrite, de verser un dividende en capital exonéré d'impôt à ses actionnaires sans tomber sous le coup de la partie III » (motifs, par. 39).

[23] Il explique ensuite que l'historique législatif du régime de CDC vient confirmer l'objet des paragraphes 89(1), 83(2), et 184(2), qui consistait à donner effet au principe dit de l'intégration. En effet, ces dispositions ont été adoptées dans la foulée du Rapport de 1966 de la Commission royale d'enquête sur la fiscalité, qui recommandait notamment que le revenu, qu'il soit gagné directement par le contribuable, ou indirectement par le truchement d'une société, soit imposé au même taux. Conformément au principe de l'intégration, le régime de CDC a été mis en place pour faire en sorte que la partie non imposable du gain en capital puisse être distribuée à un actionnaire en franchise d'impôt (motifs, par. 41 et 42). Selon le juge de la Cour de l'impôt, même si l'intégration n'est pas parfaite dans toutes les circonstances, les dispositions sur les CDC visent néanmoins à en favoriser la réalisation (motifs, par. 46).

[24] Le juge de la Cour de l'impôt termine son analyse du régime de CDC par un examen de la modification législative apportée au paragraphe 89(1) en 2013. Selon lui, elles ne permettent pas de déterminer si les opérations d'évitement étaient abusives (motifs, par. 47).

[25] Le juge de la Cour de l'impôt examine ensuite l'effet du paragraphe 40(3.1) ainsi que les Renseignements supplémentaires accompagnant le Budget de 1994 publiés au moment de l'adoption de la disposition (Mesures fiscales : renseignements supplémentaires, publiés par le ministère des Finances, le 22 février 1994, à la page 46). Il fait observer que le

paragraphe 40(3.1) a pour objet de mettre fin aux arrangements fiscaux qui tirent avantage du fait que la participation dans une société de personnes est soustraite à l'application du paragraphe 40(3), aux termes duquel un gain en capital est réputé réalisé dès lors que le PBR d'une immobilisation appartenant à un contribuable est inférieur à zéro (motifs, par. 49 à 51).

[26] Il explique ensuite que le paragraphe 40(3.1) s'applique aux commanditaires ou à d'autres associés passifs lorsque le PBR de leur participation dans la société de personnes prend une valeur négative à la fin de l'exercice de la société de personnes. La disposition leur impute un gain en capital égal à ce PBR négatif (motifs, par. 55). À la lumière des Renseignements supplémentaires accompagnant le Budget de 1994, le juge de la Cour de l'impôt conclut que « l'objet et l'effet du paragraphe 40(3.1) sont de dissuader les contribuables de retirer d'une société en commandite en franchise d'impôt des fonds qui excèdent ce qu'ils y ont placé » (motifs, par. 58).

[27] Il invoque les Renseignements supplémentaires accompagnant le Budget de 1994 et l'effet sévère du paragraphe 40(3.1) pour conclure que le paragraphe 40(3.12) constitue une disposition d'allègement qui permet au contribuable de compenser le gain réputé réalisé au titre du paragraphe 40(3.1) et de recouvrer l'impôt payé sur le gain (motifs, par. 63 et 64).

[28] Le juge de la Cour de l'impôt aborde ensuite la deuxième partie de l'analyse visant à déterminer si les opérations sont abusives. Il cherche à savoir si l'appelante a contrecarré l'objet du régime de CDC en engendrant un second gain en capital et en faisant le choix de compenser

ce gain par la perte en capital réputée au titre des paragraphes 40(3.1) et 40(3.12) (motifs, par. 68).

[29] Le juge de la Cour de l'impôt répond à cette question par l'affirmative, vu sa conclusion selon laquelle les opérations d'évitement avaient pour objet précis d'obtenir un résultat contraire à la raison d'être des paragraphes 40(3.1) et 40(3.12) et du régime de CDC. Il explique que, n'eût été l'application de la RGAÉ, l'appelante pourrait procéder à une distribution en franchise d'impôt égale au gain en capital intégral issu de la vente des biens immobiliers (motifs, par. 85 et 86).

[30] Enfin, le juge de la Cour de l'impôt conclut que les paragraphes 40(3.1) et 40(3.12) n'ont pas pour objet de permettre à l'appelante d'obtenir l'avantage fiscal recherché. Selon lui, le résultat est contraire à la raison d'être des dispositions ainsi qu'à celle du régime de CDC (motifs, par. 88 et 89).

THÈSE DE L'APPELANTE

[31] L'appelante fait valoir que le juge de la Cour de l'impôt a conclu à tort que la série d'opérations était abusive, car il n'a pas tenu compte du fait que l'affaire intéressait deux biens de nature différente, soit d'une part les biens immobiliers et d'autre part la participation de l'appelante dans la société de personnes, qui ont généré des gains distincts (mémoire de l'appelante, par. 35). Même si le juge de la Cour de l'impôt était apparemment convaincu que la série d'opérations était abusive, les motifs sous-tendant sa conclusion ne respectent pas la démarche fondée sur les principes qui doit présider à l'analyse.

[32] Selon l'appelante, sous le régime de la RGAÉ, il est loisible au contribuable de réaliser des opérations qui auront pour effet de réduire leur assujettissement à l'impôt. Elle affirme qu'on ne peut voir dans [TRADUCTION] « le mot abus la réprobation morale à l'égard du contribuable qui veut réduire son obligation fiscale ». Elle insiste pour dire qu'il importe que déterminer la raison d'être des dispositions en litige commande un exercice objectif, et non un [TRADUCTION] « jugement de valeur quant à ce qui est bien ou mal » (mémoire de l'appelante, par. 38 à 40). Finalement, l'appelante fait remarquer que la RGAÉ, établie à l'article 245, doit être appliquée en dernier ressort. Selon elle, la réparation qu'appelle la présente affaire est une modification législative de la politique en vigueur, ce qu'a fait le législateur lorsqu'il a modifié la définition du CDC prévue au paragraphe 89(1) en 2013 (mémoire de l'appelante, par. 44).

[33] L'appelante ne conteste pas la description que fait le juge de la Cour de l'impôt des rouages du régime de CDC. Selon elle, cette définition n'est rien de plus qu'une formule permettant de calculer le solde du CDC à un moment donné. En outre, elle affirme que ce régime ne concerne pas l'origine du gain ou de la perte en capital, mais s'intéresse uniquement aux fonds maximums qu'une société peut distribuer en franchise d'impôt à ses actionnaires. Ainsi, aucune distinction ne s'impose entre un gain issu d'une véritable disposition et un gain réputé. Il n'est pas nécessaire non plus de déterminer si l'impôt de la partie I a été acquitté sur la portion imposable du gain. Enfin, selon l'appelante, l'article 184 n'est pas non plus pertinent lorsqu'il s'agit de déterminer ce qui peut appartenir au solde du CDC, car cette disposition constitue simplement le moyen choisi par le législateur pour régir les versements excédentaires (mémoire de l'appelante, par. 55 à 61).

[34] Quant aux paragraphes 40(3.1) et 40(3.12) (également appelées « règles relatives au PBR négatif »), l'appelante reconnaît que le paragraphe 40(3.1) prévoit une règle anti-évitement précise. Elle explique ensuite son application ainsi que son interaction avec le paragraphe 40(3.12) comme le fait le juge de la Cour de l'impôt. Or, l'appelante invoque le dernier paragraphe qu'elle cite des Renseignements supplémentaires accompagnant le Budget de 1994 et insiste pour dire que le mal auquel les règles relatives au PBR négatif étaient censées remédier était le contournement des règles sur la « fraction à risques » lorsque le contribuable fait « en sorte que les répartitions de pertes de la société de personnes précèdent les distributions » (mémoire de l'appelante, par. 68). Elle fait remarquer qu'en l'espèce, la distribution a précédé la répartition et que le paragraphe 40(3.1), une disposition anti-évitement, a eu exactement l'effet prévu. L'appelante affirme que la perte qu'elle a déterminée en application du paragraphe 40(3.12) a emporté une réduction du solde de son CDC, conformément au paragraphe 89(1) (mémoire de l'appelante, par. 69 à 71).

[35] L'appelante affirme que le juge de la Cour de l'impôt, en concluant que la série d'opérations avait permis à l'appelante de distribuer le gain en capital total issu de la vente des biens immobiliers en franchise d'impôt, a fait fi de véritables rapports juridiques et n'a pas ainsi respecté l'arrêt *Shell Canada Ltée c. Canada*, [1999] 3 R.C.S. 622 (mémoire de l'appelante, par. 74). Elle fait valoir que les deux types de gain en capital ressortissant chacun à une « réalité économique » distincte (dans un cas à la vente de biens immobiliers et dans l'autre au gain réputé issu du PBR négatif), il importe de tenir compte des deux dans le calcul du solde de CDC (mémoire de l'appelante, par. 76). En outre, elle fait valoir qu'en omettant un des gains, on passe outre à deux autres arrêts de la Cour suprême, dans lesquels elle conclut que les opérations

distinctes doivent être considérées séparément (*Friedberg c. Canada*, [1993] 4 R.C.S. 285 et *Singleton c. La Reine*, 2001 CSC 61, [2001] 2 R.C.S. 1046) (mémoire de l'appelante, par. 76 à 81). L'appelante invoque également l'arrêt *Hypothèques Trustco Canada c. La Reine*, 2005 CSC 54, [2005] 2 R.C.S. 601 [*Canada Trustco*] au soutien de son argument selon lequel la raison d'être économique d'une opération ne doit pas être « considérée indépendamment d'une interprétation textuelle, contextuelle et téléologique » des dispositions pertinentes (mémoire de l'appelante, par. 87 citant *Canada Trustco*, par. 76).

[36] Enfin, l'appelante soutient que le juge de la Cour de l'impôt a conclu à mauvais droit que la série d'opérations a mené à une « surintégration » et que, quoi qu'il en soit, l'intégration n'est qu'un concept, la Loi ne prévoyant aucune politique générale d'intégration (mémoire de l'appelante, par. 89 à 92). Si une telle politique a déjà existé, la question qui se pose est celle de savoir s'il est interdit de tirer profit de la temporisation du CDC, précisément si payer un dividende dans un cas où l'impôt potentiel n'a pas été acquitté, contrevient à cette politique (mémoire de l'appelante, par. 97 et 98). Soulignant diverses dispositions de la Loi qui favorisent l'intégration, l'appelante fait valoir que [TRADUCTION] « le législateur n'a pas créé de régime général d'intégration; ainsi, il ne peut y avoir dans la Loi de politique générale d'intégration » (mémoire de l'appelante, par. 108).

[37] L'appelante affirme que le juge de la Cour de l'impôt s'est trompé en concluant que la modification législative de 2013 apportée à la définition du CDC prévue au paragraphe 89(1) n'était pas pertinente, car elle [TRADUCTION] « a manifestement modifié l'état du droit » (mémoire de l'appelante, par. 110). Selon l'appelante, estimer que cette action législative précise

l'état du droit revient à l'invoquer comme fondement pour conclure que les opérations étaient abusives, une démarche interdite par l'arrêt de notre Cour dans l'affaire *Univar Holdco Canada ULC c. Canada*, 2017 CAF 207, [2019] 2 R.C.F. 569 [*Univar*] (mémoire de l'appelante, par. 128 citant *Univar*, par. 29).

THÈSE DE LA COURONNE

[38] La Couronne commence par invoquer les paragraphes 42 et 47 de l'arrêt *Lipson c. Canada*, 2009 CSC 1, [2009] 1 R.C.S. 3 [*Lipson*] et le paragraphe 52 de l'arrêt de notre Cour *Fiducie financière Satoma c. Canada*, 2018 CAF 74 [*Satoma*] à l'appui de sa thèse suivant laquelle une opération est abusive si elle a recours à une disposition anti-évitement pour obtenir un avantage fiscal. La Couronne ajoute que le paragraphe 40(3.1) est une disposition anti-évitement ayant servi à une telle fin (mémoire de la Couronne, aperçu, p. 1).

[39] La Couronne soutient également que la RGAÉ commande que l'on transcende le libellé des dispositions invoquées par le contribuable pour en déterminer la raison d'être. Selon la Couronne, le [TRADUCTION] « juge de la Cour de l'impôt a conclu a bon droit que la raison d'être du régime de CDC consiste à favoriser l'intégration, et non la surintégration » (mémoire de la Couronne, par. 41). Elle affirme, à cet égard, que le [TRADUCTION] « régime de CDC, auquel appartiennent les paragraphes 83(2), 89(1) et 184(2), constitue une partie intégrante du mécanisme de la Loi en matière d'intégration » et que ces dispositions, dans leur ensemble, permettent à la portion non imposable du gain en capital réalisé par une société privée de passer au contribuable qui est un particulier sans être assujettie à l'impôt (mémoire de la Couronne, par. 54).

[40] La Couronne fait valoir que le régime de CDC devait permettre de faire en sorte que la portion non imposable du gain en capital conserve son caractère entre les mains du destinataire et que seule cette moitié non imposable puisse être distribuée en franchise d'impôt (mémoire de la Couronne, par. 60).

[41] Quant aux modifications apportées au paragraphe 89(1), la Couronne affirme que le libellé modifié prévoit expressément une raison d'être qui figure déjà dans la Loi (mémoire de la Couronne, par. 65).

[42] Pour ce qui est des règles relatives au PBR négatif, la Couronne est d'accord sur la conclusion du juge de la Cour de l'impôt quant à la raison d'être des paragraphes 40(3.1) et 40(3.12), qui consiste à empêcher les investisseurs passifs d'obtenir en franchise d'impôt une distribution qui excède leur investissement et que le revenu non distribué leur soit réparti (mémoire de la Couronne, par. 66, 81 et 82).

[43] En outre, la Couronne est d'avis que le juge de la Cour de l'impôt avait raison de conclure que le résultat global de la série d'opérations contrecarrait la raison d'être du régime de CDC et des règles relatives au PBR négatif (mémoire de la Couronne, par. 84). Plus particulièrement, la Couronne affirme que l'abus consistait, pour l'appelante, à faire intervenir le paragraphe 40(3.1), une disposition anti-évitement, qui, combinée au choix prévu au paragraphe 40(3.12), contrecarre l'objet de ces deux dispositions (mémoire de la Couronne, par. 90).

[44] Enfin, la Couronne soutient que le juge de la Cour de l'impôt n'a pas introduit à nouveau la doctrine de la réalité économique dans l'analyse fondée sur la RGAÉ; il a procédé à bon droit à l'analyse requise (mémoire de la Couronne, par. 96).

ANALYSE

[45] Avant de conclure à l'application de la RGAÉ, le juge de la Cour de l'impôt devait répondre par l'affirmative à trois questions. Y a-t-il eu avantage fiscal? L'opération ayant généré l'avantage fiscal était-elle une opération d'évitement? L'opération d'évitement ayant généré l'avantage fiscal était-elle abusive? (*Copthorne Holdings Ltd. c. Canada*, 2011 CSC 63, [2011] 3 R.C.S. 721 [*Copthorne*], par. 33, citant *Canada Trustco*, par. 18, 21 et 36).

A. *L'avantage fiscal*

[46] Au sujet des deux premières questions, les parties conviennent que des opérations d'évitement ont emporté un avantage fiscal, mais ne s'entendent pas sur la nature de ce dernier. Le juge de la Cour de l'impôt a présumé qu'en cas de rejet de l'appel, le ministre établira un impôt supplémentaire sur l'excédent comme le prévoit le paragraphe 184(2) à moins que l'appelante décide d'assimiler l'excédent du dividende en capital à un dividende imposable. Selon lui, l'avantage fiscal consistait en l'évitement de l'impôt supplémentaire prévu au paragraphe 184(2) sur l'excédent (motifs, par. 6). La Couronne est d'accord (mémoire de la Couronne, par. 26).

[47] Pour sa part, l'appelante affirme que l'avantage fiscal résulte de l'augmentation du solde de son CDC d'une valeur de 12 155 827 \$ (mémoire de l'appelante, par. 1). Toutefois, il est maintenant établi que la modification des attributs fiscaux, comme une augmentation du CDC du contribuable, ne donne pas lieu à un avantage fiscal avant la distribution, à partir de ce compte, d'un dividende en capital à un destinataire susceptible de tirer profit de la franchise d'impôt (voir *1245959 Alberta Ltd. c. Canada (Procureur général)*, 2018 CAF 114 [*Perry Wild*]). Même si des distributions ont été effectuées à partir du CDC de l'appelante, les destinataires sont jusque là des sociétés apparentées qui peuvent déjà obtenir des dividendes entre sociétés en franchise d'impôt (paragraphe 112(1)).

[48] L'avantage fiscal déterminé par le juge de la Cour de l'impôt, et accepté par la Couronne, n'en est pas un non plus. La RGAÉ ne peut être invoquée pour refuser un avantage fiscal que s'il résulte d'une opération d'évitement. L'évitement de l'impôt supplémentaire prévu au paragraphe 184(2) découlerait de l'avis de détermination même, qui a pour effet de réduire le CDC de l'appelante d'une somme équivalant à la moitié du second gain en capital et visant ainsi à refuser l'avantage fiscal. Un avantage fiscal ne saurait résulter d'un avis de détermination délivré sous le régime de la RGAÉ, car un tel avis a pour objet de refuser l'avantage, non pas de le créer.

[49] Les parties souhaitant le règlement de l'affaire et vu l'absence d'un avantage fiscal, l'avocat de l'appelante a pris un engagement (qu'il a acquitté) aux termes duquel un dividende serait versé aux actionnaires non constitués en société pour que l'appel puisse être tranché. Avec l'accord de la Couronne, la Cour a accepté de procéder à l'analyse visant à déterminer si les

opérations étaient abusives en partant du principe que le versement de ce dividende avait emporté un avantage fiscal.

[50] Dans les circonstances, la question à laquelle il faut répondre est de savoir si la série d'opérations ayant permis le versement d'un dividende en capital aux actionnaires non constitués en société équivalant au gain en capital entier réalisé par suite de la vente des biens immobiliers contrecarre les dispositions de la Loi sur lesquelles est fondé le résultat.

B. *Norme de contrôle*

[51] La question de savoir si les opérations étaient abusives est une question mixte de fait et de droit (*Canada Trustco*, par. 44; *Housen c. Nikolaisen*, 2002 CSC 33, [2002] 2 R.C.S. 235 [Housen], par. 37). L'analyse qu'elle appelle nécessite de déterminer l'objet et l'esprit des dispositions sur lesquelles l'avantage fiscal est fondé (*Cophorne*, par. 70), un exercice qui fait intervenir une question de droit qu'il est possible d'isoler et l'application de la norme de la décision correcte (*Canada Trustco*, par. 44; *Housen*, par. 8 et 37).

C. *Interprétation législative à la lumière de la RGAÉ*

[52] Le juge de la Cour de l'impôt explique bien l'exercice auquel il faut procéder lorsqu'il s'agit d'interpréter les dispositions pertinentes à la lumière de la RGAÉ (motifs, par. 33) :

[33] La première étape consiste à définir l'objet, l'esprit et la finalité des règles applicables. L'interprétation des lois selon la [RGAÉ] diffère de l'interprétation classique selon le libellé du texte. Alors que, selon la règle classique d'interprétation des lois, l'analyse vise à établir la signification d'une disposition, selon la [RGAÉ], à déterminer de l'objet, l'esprit ou la finalité de celle-ci. Il s'agit en somme de sonder la raison d'être de cette disposition. Il peut être conclu que

des opérations sont abusives selon la raison d'être d'une disposition, bien que conformes au sens littéral, contextuel et à l'objet du texte [*Cophorne*, par. 70 et *Canada c. Oxford Properties Group Inc.*, 2018 CAF 30, [2018] 4 R.C.F. 3 [*Oxford*], par. 40 à 46, mentionnés à l'appui.]

[53] Il s'ensuit qu'une analyse fondée sur la RGAÉ peut mener à un résultat qui diffère de celui auquel mène l'analyse textuelle, contextuelle et téléologique qui est axée sur le sens des mots. Il en est ainsi, l'explique la Cour suprême en ces termes :

Lorsque le ministre invoque la RGAÉ, il admet que le texte de la loi n'englobe pas la série d'opérations en cause, mais il fait valoir que sa position, bien qu'elle ne prenne pas appui sur ce texte, est fondée sur sa raison d'être, son objet ou son esprit. [*Cophorne*, par. 109]

Et la Cour suprême d'ajouter :

[S]i la Cour doit s'en tenir au seul libellé de la disposition en cause, sans égard à sa raison d'être, la RGAÉ deviendra inévitablement inutile [*Cophorne*, par. 111, référence omise].

D. *Contexte des dispositions*

[54] Comme l'affaire intéresse des dispositions qui portent sur les participations dans des sociétés de personnes, et tout particulièrement sur le calcul de leur PBR, il est utile de rappeler généralement le traitement que la Loi réserve à ces sociétés en matière fiscale. Pour citer l'arrêt *Oxford* :

La Loi donne à des sociétés de personnes une conception binaire. Bien que le revenu d'une société de personnes soit attribué aux associés, il est calculé « comme si la société de personnes était une personne distincte » (alinéa 96(1)a)). Puisque la société de personnes est distincte des associés à l'étape du calcul du revenu (section B — Calcul du revenu), elle peut, comme une société, détenir des actifs, et le droit des associés sur ces actifs correspond à leur participation dans la société de personnes. La participation dans une société de personnes est distincte des biens détenus par la société de personnes et peut être assujettie à un traitement différent sous le régime de la Loi. [par. 48]

[55] Si le libellé du paragraphe 245(4) dispose que l'évitement fiscal abusif s'entend d'une opération qui « entraînerait [. . .] un abus dans l'application de ces dispositions [de la Loi] lues dans leur ensemble », il convient de circonscrire l'analyse axée sur l'objet et l'esprit aux dispositions faisant l'objet d'un « regroupement » ou d'une « interaction pour la mise en œuvre d'un plan plausible et cohérent » (*Cophorne*, par. 91, citant R. Sullivan, *Sullivan on the Construction of Statutes* (5e éd. 2008), p. 361 et 364). La présente affaire soulève deux groupes distincts de dispositions apparentées soumises à une interaction : d'une part le régime de CDC et d'autre part les règles relatives au PBR négatif.

E. *L'objet et l'esprit des dispositions pertinentes*

I. Les paragraphes 83(2), 89(1) et 184(2) : le régime de CDC

[56] Un CDC est un compte théorique qui permet à des sociétés privées de comptabiliser certains types d'excédents libres d'impôt accumulés au fil du temps (motifs, par. 39). Comme l'indique la définition prévue au paragraphe 89(1), le solde d'un CDC est la somme déterminée à une date donnée des éléments suivants, entre autres, (i) la portion du gain en capital qui n'est pas imposable, (ii) les dividendes en capital reçus en franchise d'impôt d'autres sociétés et (iii) le produit d'une police d'assurance-vie, moins, entre autres, (iv) la portion non déductible des pertes en capital et (v) les dividendes en capital distribués avant la date donnée (motifs, par. 39).

[57] Comme le solde du CDC est calculé à partir des sommes permises susceptibles d'être distribuées en franchise d'impôt, il est positif, par définition. Or, sur le plan mathématique, les sommes qui font diminuer le CDC sont comptabilisées, et ce même si elles portent le solde du

CDC à une valeur inférieure à zéro. Dans ce cas, le CDC ne peut redevenir positif qu'après compensation par les sommes permises par le paragraphe 89(1). Il importe de signaler, pour nos besoins, que l'intégrité du système est préservée, dans le cas où un solde négatif découle d'une perte en capital qui compense un gain en capital ayant déjà servi à une distribution en franchise d'impôt, par l'obligation de compenser le déficit par des sommes permises préalablement à toute distribution ultérieure de dividendes en capital.

[58] La société privée dont le CDC est positif peut en distribuer l'excédent, en franchise d'impôt, par le versement de dividendes en capital, mais seulement jusqu'à concurrence du solde du CDC de la société, établi juste avant la date où le dividende est payable (par. 83(2)). La société qui verse un dividende en capital supérieur au solde de son CDC est assujettie à l'impôt supplémentaire, prévu à la partie III de la Loi, plus précisément au paragraphe 184(2), à moins qu'elle fasse le choix, avec l'accord des actionnaires intéressés, de traiter l'excédent comme un dividende imposable (par. 184(3) et 184(4)).

[59] Comme l'explique le juge de la Cour de l'impôt, le régime de CDC joue un rôle fondamental dans l'application du principe d'intégration en faisant en sorte que le revenu « soit toujours imposé au même taux, qu'il soit gagné directement ou indirectement par une société » (motifs, par. 41).

[60] En termes généraux, c'est ce que fait le régime de CDC, en neutralisant l'incidence d'une société interposée dans le calcul de l'impôt sur les gains en capital. Comme la moitié des gains en capital est imposable (art. 38), le législateur a prévu un mécanisme par lequel une société peut

préservé la portion non imposable du gain en vue de la distribution à un contribuable en franchise d'impôt. Ce mécanisme régit le calcul du CDC. Essentiellement, le régime de CDC fait en sorte que seule la portion non imposable est distribuée aux actionnaires par le jeu de dividendes en capital; ainsi, le traitement sur le plan fiscal est le même que celui du contribuable qui est un particulier ayant généré le gain directement.

[61] Il en va de même du traitement fiscal des pertes en capital. Ainsi, la société qui subit une perte en capital déduit de son CDC la partie de la perte qui correspond à la portion non imposable du gain en capital, ce qui fait diminuer les fonds susceptibles de faire l'objet du choix et de la distribution. Ce mécanisme reproduit aussi l'effet d'une perte en capital subie par un contribuable qui est un particulier. Il réduit les fonds pouvant être distribués en franchise d'impôt d'une valeur correspondante dans le cas d'une perte en capital subie par une société privée.

[62] Comme l'indique le juge de la Cour de l'impôt, même si le régime de CDC ne permet pas l'intégration intégralement ou parfaitement, les paragraphes 83(2), 89(1) et 184(2) ont néanmoins été adoptés pour favoriser l'intégration. Les sociétés privées sont tenues de comptabiliser la portion non imposable de leurs gains en capital et la portion non déductible de leurs pertes en capital, de déterminer quand et comment verser les dividendes en capital et elles sont sanctionnées lorsqu'elles versent des dividendes excédentaires (motifs, par. 46).

II. Les paragraphes 40(3.1) et 40(3.12) : les règles relatives au PBR négatif

[63] Les Renseignements supplémentaires accompagnant le Budget de 1994 décrivent le paragraphe 40(3.1) comme une disposition anti-évitement qui a été adoptée dans le contexte suivant (à la page 46) :

Le prix de base rajusté (PBR) d'un bien reflète le coût de celui-ci pour le contribuable; c'est lui qui sert de base au calcul du gain ou de la perte en capital réalisé à la vente du bien. Dans certains cas, le PBR d'un bien peut devenir négatif; on considère alors que le contribuable a réalisé un gain en capital. Cette règle ne s'applique généralement pas lorsque le bien est une participation dans une société de personnes; cette exception tient compte du fait qu'un PBR négatif d'un associé peut être dû à des facteurs légitimes et peut-être temporaires, comme le retrait du capital de la société de personnes ou la répartition des pertes de cette dernière entre les associés, aux fins de l'impôt.

Certains abris fiscaux ont été structurés de manière à tirer parti de cette exception, de manière que des investisseurs passifs ou commanditaires puissent se prévaloir de pertes déductibles d'impôt et recevoir des distributions en espèces qui sont supérieures au montant investi, c'est-à-dire tirer de la société de personnes, en franchise d'impôt, un montant supérieur au coût de leur participation dans la société. Il est proposé dans le budget que les associés à responsabilité limitée et certains autres associés inactifs soient tenus de déclarer à titre de gain en capital tout PBR négatif de leur participation dans une société de personnes à la fin d'un exercice de cette dernière.

Ces règles constituent un prolongement logique des dispositions actuelles sur la fraction à risques de la participation d'un commanditaire, qui limitent le montant des pertes susceptibles d'être transmises à un investisseur. Le changement proposé dans le budget permettra en particulier de s'assurer que les contribuables ne peuvent contourner les règles sur la fraction à risques en faisant en sorte que les répartitions de pertes de la société de personnes précèdent les distributions. Sous réserve de dispositions transitoires, les nouvelles règles s'appliqueront aux exercices des sociétés de personnes se terminant après le 22 février 1994.

[64] Avant les modifications de 1994, le paragraphe 40(3), aux termes duquel un gain en capital est réputé dès lors que le PBR d'une immobilisation est négatif, ne s'appliquait pas à la participation dans les sociétés de personnes. On estimait qu'assujettir les sociétés de personnes à

cette disposition était inapproprié et contraignant, comme elles distribuent souvent des fonds provenant de liquidités plutôt que du revenu net accumulé (motifs, par. 50). Cependant, l'inapplication de cette disposition aux participations dans les sociétés de personnes est devenue source de préoccupations après l'avènement d'investissements tirant profit des abris fiscaux que procuraient les sociétés de personnes, ce qui a donné lieu à l'adoption des modifications de 1994 (motifs, par. 52 à 56). Les règles relatives au PBR négatif étaient censées constituer un prolongement logique des dispositions sur la « fraction à risques » de la participation d'un commanditaire (motifs, par. 57 citant Renseignements supplémentaires accompagnant le Budget de 1994, p. 46). Aux termes des modifications, les participations dans les sociétés de personnes tombent dorénavant sous le coup des règles relatives au PBR négatif (par. 40(3.1)). Toutefois, ces modifications permettent également que le gain qui est réputé exister lorsque le PBR de la participation dans la société devient négatif soit compensé par une perte réputée dont le montant peut être fixé, jusqu'à concurrence du gain réputé (par. 40(3.12)). À la lumière des circonstances ayant mené à l'adoption de ces dispositions, nous estimons que le paragraphe 40(3.1) constitue une mesure anti-évitement précise qui fixe l'impôt, tandis que le paragraphe 40(3.12) est une mesure d'allègement correspondante.

[65] L'application de ces dispositions est fondée sur l'alinéa 53(2)c), qui prévoit que le PBR de la participation d'un associé dans une société de personnes est retranché d'une somme égale aux fonds distribués par la société de personnes. Lorsque, à la fin de l'exercice, l'associé est un commanditaire ou un associé déterminé (associés passifs dans la plupart des cas) et que le montant de la distribution excède le PBR, ce qui porte ce dernier à une valeur négative, la Loi répute un gain en capital équivalant au PBR négatif, ce qui ramène la valeur à zéro

(paragraphe 40(3.1) et 40(3.11)). Lorsque le PBR de la participation dans la société de personnes redevient positif à un exercice ultérieur, l'associé peut faire le choix de déclarer une perte en capital réputée équivalente au gain en capital réputé à l'exercice précédent, jusqu'à concurrence du PBR actuel (paragraphe 40(3.12)). Le report de l'allègement à un exercice ultérieur découle du fait que le PBR négatif ayant emporté le gain réputé est calculé au terme de l'exercice.

[66] Sur le plan de la politique fiscale, l'effet des paragraphes 40(3.1) et 40(3.12) était censé être neutre. On s'attendait à ce que les associés choisissent de recouvrer l'impôt payé sur le gain en capital réputé à un exercice antérieur, dans la mesure permise par le PBR de leur participation dans la société de personnes. Pour la même raison, les répercussions favorables et défavorables correspondantes de ces dispositions sur le CDC étaient censées s'annuler respectivement.

F. *L'analyse servant à déterminer s'il y a eu application abusive*

[67] Deux remarques préliminaires s'imposent. Dans son opposition à l'appel, la Couronne soutient, en invoquant le paragraphe 40(3.1) que [TRADUCTION] « [I]e recours à une disposition anti-évitement en vue d'obtenir un avantage fiscal [. . .] constitue une planification fiscale abusive sous le régime de la RGAÉ » (mémoire de la Couronne, aperçu, p. 1). Elle invoque au soutien de sa thèse les arrêts *Lipson et Satoma*.

[68] Je ne crois pas que ces arrêts étayent une thèse si générale. Il ressort clairement de l'arrêt *Lipson* qu'il est abusif d'avoir recours à une mesure anti-évitement pour obtenir le résultat que cette mesure est censée empêcher. Dans ce cas, le paragraphe 74.1(1), qui vise à empêcher les

époux de réduire l'impôt exigible en profitant de leur lien de dépendance, avait servi à obtenir une réduction fiscale (*Lipson*, par. 42). De même, dans l'affaire *Satoma*, on avait eu recours à une mesure anti-évitement adoptée pour prévenir le fractionnement du revenu (le paragraphe 75(2)) et à une autre disposition (le paragraphe 112(1)) pour obtenir le fractionnement du revenu (*Satoma*, par. 52).

[69] Comme c'est le cas pour toute autre disposition, ce qu'il faut démontrer à l'étape de l'analyse servant à déterminer si l'application est abusive, c'est que le recours à la disposition anti-évitement contrecarre sa raison d'être. En l'espèce, je suis d'accord avec l'appelante pour dire que le paragraphe 40(3.1) a été appliqué exactement de la manière prévue si l'on tient compte de sa raison d'être (voir le par. 34 des présents motifs).

[70] Je conviens également avec l'appelante, sur le fondement de la jurisprudence qu'elle invoque à l'appui de son argument (voir le par. 35 des présents motifs), que la Cour est appelée, dans son analyse visant à déterminer si les opérations étaient abusives, à donner effet à ces dernières comme elles se sont déroulées. Elle doit éviter d'analyser la question à travers le prisme du résultat global des opérations. Ce qu'il faut démontrer, c'est qu'il ressort clairement des dispositions invoquées au soutien du résultat obtenu, compte tenu de leur objet et de leur esprit, une raison d'être contrecarrée par la série d'opérations. À mon avis, c'est le cas en l'espèce.

[71] Afin de déterminer si les opérations d'évitement effectuées par l'appelante étaient abusives, il importe d'examiner le CDC de l'appelante à chaque étape du plan. L'application du

paragraphe 40(3.1) le 1er octobre 2007 a fait augmenter le CDC de l'appelante de la moitié du gain réputé (environ 12 000 000 \$) tiré de la vente des biens immobiliers. Le même jour, un versement supplémentaire d'environ 12 000 000 \$ a été effectué, ce qui a porté la valeur du CDC à environ 24 000 000 \$. En déclarant un dividende en capital d'environ 24 000 000 \$ le 30 mai 2008, on a ramené le CDC à zéro. Le solde du CDC a par la suite pris une valeur négative (environ -12 000 000 \$) le 30 septembre 2008 lorsque l'appelante a fait le choix de déclarer une perte en capital réputée en application du paragraphe 40(3.12).

[72] Par le jeu de ce choix, l'appelante devait par la suite générer des sommes permises supérieures à 12 000 000 \$ pour éponger le solde négatif qu'elle avait causé à son CDC et pouvoir à nouveau déclarer des dividendes en capital en franchise d'impôt. Or, l'appelante ne subira jamais cet inconvénient, car elle a cessé ses activités une fois le plan mis à exécution et elle est restée inactive depuis. La cessation définitive des activités faisait partie intégrante du plan, car le renflouement du CDC négatif en cours d'activités annulerait dans les faits l'avantage fiscal obtenu. Bien que l'appelante n'ait pas indiqué cette étape parmi les opérations d'évitement qu'elle a admises (énoncé conjoint partiel des faits, dossier d'appel, vol. 1, par. hh, p. 105 et 106), la création d'un solde négatif de CDC à un moment qui coïncidait avec la date de cessation des activités constituait un élément essentiel de la planification.

[73] La distribution en franchise d'impôt du gain en capital entier découlant de la vente des biens immobiliers (environ 24 000 000 \$) constitue le point culminant dans la série d'opérations effectuées par l'appelante. Toutefois, il fallait pour y arriver que cette dernière fasse le choix de

déclarer la perte et fasse tomber le solde du CDC sous zéro d'une valeur de 12 000 000 \$ pour annuler l'impôt autrement exigible sur le gain en capital réputé.

[74] L'appelante a choisi de déclarer le gain réputé et le dividende en capital avant de faire le choix de déclarer la perte réputée; le solde du CDC s'établissait alors à 24 000 000 \$, plutôt qu'à 12 000 000 \$ au moment du versement du dividende. En doublant le CDC avant de faire le choix de déclarer une perte compensatoire, elle a permis le versement du dividende supplémentaire de 12 000 000 \$.

[75] La première question soulevée est celle de savoir si les paragraphes 40(3.1) et 40(3.12) habilite l'appelante à verser un dividende en capital avant de déclarer une perte compensatoire. Indubitablement, ces dispositions n'empêchent pas le versement intérimaire d'un dividende en capital, à en juger par leur libellé. Or, leur raison d'être l'empêche-t-elle? Je ne le crois pas.

[76] À cet égard, je fais remarquer que l'existence d'un solde de CDC positif, quelle que soit la manière dont il est généré, est la seule condition préalable à la déclaration d'un dividende en capital. Le choix quant à la perte réputée est fait au cours d'un exercice ultérieur à celui où le gain est réputé produit. Ainsi, il peut s'écouler beaucoup de temps entre les deux faits. Il est peu probable que le législateur ait eu l'intention de suspendre entre-temps le droit d'un contribuable à déclarer un dividende en capital tiré de son CDC sans l'indiquer expressément.

[77] L'exemple suivant a été donné à l'audience : une société privée détient des actions de GM, qui présentent chacune un gain en capital accumulé de 10 \$, et des actions d'IBM, qui

présentent chacune une perte accumulée équivalente. À l'instar du juge de la Cour de l'impôt, j'estime dans de telles circonstances que la société privée peut réaliser un gain, distribuer un dividende en franchise d'impôt à même les fonds dans son CDC et déclarer une perte en capital pour compenser le gain (transcription de l'audience, dossier d'appel, vol. 4, p. 566 et 567). Un traitement semblable est envisagé chaque fois qu'une perte reportée d'une autre année vient effacer un gain qui a servi entre-temps à déclarer un dividende en capital.

[78] Les nombreuses situations permettant le versement intérimaire de dividendes en capital démontrent que le moment de la distribution de ces dividendes en capital importe peu au législateur. Rien dans la raison d'être des paragraphes 40(3.1) et 40(3.12) ne mène à une autre conclusion. À mon avis, la décision de déclarer un dividende en capital avant de faire le choix quant à la perte réputée n'était pas en soi répréhensible.

[79] Cela dit, l'affaire qui nous occupe porte sur un gain réputé et une perte réputée qui sont censés s'annuler réciproquement. Tout comme la perte réputée neutralise le gain réputé, la diminution du solde du CDC qu'emporte la perte réputée devrait finir par neutraliser l'augmentation du CDC découlant du gain réputé.

[80] L'appelante insiste pour dire que la neutralité du CDC a été préservée, car le CDC est un compte courant; si l'augmentation du CDC découlant du gain réputé a permis le versement d'un dividende en capital, le solde continue d'être négatif (-12 000 000 \$) par suite de la perte réputée correspondante (mémoire de l'appelante, par. 100). La thèse de l'appelante a été expliquée en ces

termes par l'avocat lors des débats au procès (transcription de l'audience, dossier d'appel, vol. 4, p. 569, lignes 6 à 13) :

[TRADUCTION] Si jamais elles veulent verser d'autres dividendes en capital, elles devront renflouer le compte, car il est réduit à l'heure actuelle à – de 12 000 000 \$. Il peut s'agir d'un acte futur. Alors, ce n'est pas que la Loi ne le prévoit pas. Il y a une incidence. C'est un calcul historique. Mais ce n'est pas – les dollars n'y sont pas cette année-là.

[81] Or, comme nous le mentionnons plus haut, en réalité, les dollars n'y seront jamais, et le CDC ne sera jamais renfloué, car l'appelante, entravée par ce compte fiscal courant et décidée à préserver l'avantage fiscal qu'elle avait obtenu, allait cesser ses activités et entendait demeurer inactive une fois le plan mis à exécution.

[82] À cet égard, la stratégie employée ressemble beaucoup à celle dont il est question dans l'arrêt *Triad Gestco Ltd. c. Canada*, 2012 CAF 258, [2014] 2 R.C.F. 199 [*Triad Gestco*]. L'affaire *Triad Gestco*, comme celle dont nous sommes saisis, intéresse une série d'opérations conçues pour éviter tout impôt sur un gain en capital considérable découlant de la vente d'un bien commercial. Dans cette affaire, une perte d'une valeur égale au gain prévu a été générée, par un « transfert de valeur » ayant pour effet d'isoler, dans deux catégories d'actions distinctes, les attributs fiscaux reflétant la juste valeur marchande (JVM) élevée des biens et leur coût faible, de telle sorte qu'ils étaient inversement proportionnels. En disposant des actions assorties des attributs fiscaux voulus (faible JVM et coût élevé), tout en conservant de manière permanente les actions assorties des attributs fiscaux inverses (JVM élevée et coût faible), l'intéressée dans l'affaire *Triad Gestco* a généré la perte prévue et s'en est servie pour compenser le gain, et ce à l'abri de l'impôt sur le gain en capital potentiel correspondant à l'autre catégorie d'actions (*Triad Gestco*, par. 39, 57 à 59).

[83] Comme dans l'affaire *Triad Gestco*, l'appelante a réussi à isoler l'incidence favorable sur son CDC du gain réputé et à en faire profiter ses actionnaires, et ce sans devoir subir les répercussions défavorables du solde négatif de son CDA résultant de la perte correspondante réputée provoquée par le choix qui devait être effectué dans le déroulement des opérations. Dans les deux cas, les attributs indésirables qui devaient être créés pour engendrer l'avantage fiscal ont été isolés des attributs désirables et sont tombés dans l'oubli sans aucune répercussion. Comme dans l'affaire *Triad Gestco*, mais dans l'ordre inverse, le gain a servi à obtenir l'avantage fiscal, et l'incidence défavorable de la perte correspondante ne se fera jamais sentir.

[84] Une telle stratégie contrecarre la raison d'être du régime de CDC, car elle permet le versement d'un dividende en capital d'une valeur de 12 000 000 \$ sans que le déficit de 12 000 000 \$ ainsi créé ait une quelconque incidence. Plus précisément, il ne sera jamais nécessaire de compenser le versement supplémentaire, effectué en franchise d'impôt, de 12 000 000 \$ par les fonds permis auxquels l'appelante aurait à renoncer pour éponger le déficit.

[85] Cela ne revient pas à dire qu'un tel équilibre doit être atteint de manière parfaite ou dans tous les cas. Toutefois, un plan visant à engendrer un solde négatif permanent de 12 000 000 \$ du CDC de sorte à permettre le versement d'un dividende correspondant en franchise d'impôt mine l'intégrité du régime de CDC tout comme la stratégie employée dans l'affaire *Triad Gestco* minait l'intégrité du régime des gains en capital. Le recours aux paragraphes 40(3.1) et 40(3.12) pour obtenir un tel résultat est carrément abusif, car il compromet ainsi de manière irrévocable l'effet neutre sur le calcul du CDC qui est envisagé par ces dispositions.

[86] Le dividende en capital supplémentaire de 12 000 000 \$ et le déficit permanent de 12 000 000 \$ du CDC qui a découlé du stratagème illustrent parfaitement la surintégration dont parle le juge de la Cour de l'impôt (motifs, par. 86). Tel qu'il est démontré plus haut, l'argument de l'appelante – selon lequel la conclusion du juge de la Cour de l'impôt quant à la surintégration découle seulement du poids qu'accorde ce dernier au résultat global ou d'une mauvaise évaluation de la « réalité économique » des opérations – n'est pas fondé (mémoire de l'appelante, par. 72 à 78).

[87] Signalons, avant de conclure l'analyse visant à décider si les opérations étaient abusives, que la décision de faire tomber les deux exercices de la société de personnes dans une seule année d'imposition de l'appelante n'était qu'un détail intéressant dans l'élaboration du plan. Si ce n'avait pas été le cas, le gain et la perte réputés au titre des paragraphes 40(3.1) et 40(3.12) se seraient produits au cours d'années d'imposition distinctes. Ainsi, l'avantage fiscal recherché n'aurait pu être obtenu que par un report rétrospectif de perte. Comme l'explique l'auteur du plan, les dates des exercices avaient été choisies pour [traduction] « faire en sorte que [l'appelante ne demanderait pas] de remboursement au Trésor après avoir avancé l'impôt sur les deux gains nécessaires aux deux CDC » et ne « fournirait pas au fisc un prêt sans intérêt pour un an » (courriel de Jerry Wise adressé à Don Brazeau, en date du 10 avril 2007, dossier d'appel, vol. 1, p. 169). Suivant la RGAÉ, le plan serait tout aussi répréhensible si le gain et la perte réputés s'étaient produits au cours de deux années d'imposition successives.

G. *La modification ultérieure*

[88] La Loi a été modifiée en 2013, en vigueur rétroactivement au 1er novembre 2011, de sorte à exclure le gain en capital réputé prévu au paragraphe 40(3.1) et la perte en capital réputée prévue au paragraphe 40(3.12) du calcul du CDC (voir la définition modifiée de CDC au paragraphe 89(1)). L'appelante affirme que, comme les gains et les pertes réputés prévus à ces dispositions entraient dans le calcul du CDC avant la modification, la modification établit une nouvelle règle de droit.

[89] Vu la raison d'être qui sous-tend les règles relatives au PBR négatif et au régime de CDC, cet argument n'est que partiellement correct. Si les paragraphes 40(3.1) et 40(3.12) jouaient dans le calcul du CDC avant la modification législative, ces dispositions ne sauraient servir à dénaturer le régime de CDC. Le législateur, ayant eu vent de plans fiscaux comme celui qui nous occupe en l'espèce, qui permettent aux contribuables de profiter de l'augmentation de la valeur du CDC découlant du paragraphe 40(3.1) pour distribuer des dividendes en capital sans souffrir de la diminution découlant du paragraphe 40(3.12), a simplement décidé de couper tout lien entre ces dispositions et le régime du CDC. Ainsi, le législateur assurait l'application des règles relatives au PBR négatif de manière neutre au regard du CDC et veillait au respect d'une politique manifeste en vigueur. En ce sens – et c'est celui qui compte lorsqu'il est question de la RGAÉ –, la modification ne constitue pas une nouvelle règle de droit (*Oxford*, par. 89 à 91).

DISPOSITIF

[90] Pour les motifs qui précèdent, je suis d'avis de rejeter l'appel avec dépens.

"Marc Noël"

Juge en chef

« Je suis d'accord.

Yves de Montigny j.c.a. »

« Je suis d'accord.

René LeBlanc j.c.a. »

ANNEXE

Loi de l'impôt sur le revenu, L.R.C. 1985 (5e suppl.), ch. 1

PARTIE I

Impôt sur le revenu

SECTION B

Calcul du revenu

SOUS-SECTION C

Gains en capital imposables et pertes en capital déductibles

40(1)

[...]

Gain présumé pour certains associés

(3.1) Dans le cas où, à la fin de l'exercice d'une société de personnes, un associé de celle-ci en est soit un commanditaire, soit un associé déterminé depuis qu'il en est un associé, les présomptions suivantes s'appliquent :

a) le montant déterminé selon le paragraphe (3.11) est réputé être un gain provenant de la disposition, à la fin de l'exercice, de la participation de l'associé dans la société de personnes;

b) la participation de l'associé dans la société de personnes est réputée, pour l'application du paragraphe 2(3), de l'article 110.6, des paragraphes 116(6) et (6.1) et de l'article 150, avoir fait l'objet d'une disposition par l'associé à la fin de l'exercice.

[...]

Perte présumée pour certains

Income Tax Act, R.S.C. 1985 (5th Supp.), c. 1

PART I

Income Tax

DIVISION B

Computation of Income

SUBDIVISION C

Taxable Capital Gains and Allowable Capital Losses

40(1)

[...]

Deemed gain for certain partners

(3.1) Where, at the end of a fiscal period of a partnership, a member of the partnership is a limited partner of the partnership, or is a member of the partnership who was a specified member of the partnership at all times since becoming a member, except where the member's partnership interest was held by the member on February 22, 1994 and is an excluded interest at the end of the fiscal period,

(a) the amount determined under subsection 40(3.11) is deemed to be a gain from the disposition, at the end of the fiscal period, of the member's interest in the partnership; and

(b) if the member is a member of a professional partnership, and that time is the end of the fiscal period of the partnership, the amount referred to in subparagraph 53(2)(c)(i) in respect of the taxpayer for that fiscal period; and

[...]

Deemed loss for certain partners

associés

(3.12) Le contribuable — société, succession assujettie à l'imposition à taux progressifs ou particulier autre qu'une fiducie — qui est l'associé d'une société de personnes à la fin d'un exercice de celle-ci est réputé subir une perte lors de la disposition, à ce moment, de sa participation dans la société de personnes, égale à la somme qu'il a choisie à cette fin dans sa déclaration de revenu produite en vertu de la présente partie pour l'année d'imposition qui comprend ce moment, n'excédant pas la moins élevée des sommes suivantes :

a) l'excédent éventuel du total visé au sous-alinéa (i) sur le total visé au sous-alinéa (ii):

(i) le total des montants représentant chacun un montant réputé par le paragraphe (3.1) être un gain du contribuable provenant de la disposition de la participation avant ce moment,

(ii) le total des montants représentant chacun un montant réputé par le présent paragraphe être une perte du contribuable provenant de la disposition de la participation avant ce moment;

b) le prix de base rajusté de la participation pour le contribuable à ce moment.

SOUS-SECTION H

Les sociétés résidant au Canada et leurs actionnaires

Définitions

89 (1) Les définitions qui suivent s'appliquent à la présente sous-section.

[...]

(3.12) If a corporation, an individual (other than a trust) or a graduated rate estate (each of which is referred to in this subsection as the "taxpayer") is a member of a partnership at the end of a fiscal period of the partnership, the taxpayer is deemed to have a loss from the disposition at that time of the member's interest in the partnership equal to the amount that the taxpayer elects in the taxpayer's return of income under this Part for the taxation year that includes that time, not exceeding the lesser of

(a) the amount, if any, by which

(i) the total of all amounts each of which was an amount deemed by subsection 40(3.1) to be a gain of the taxpayer from a disposition of the interest before that time

exceeds

(ii) the total of all amounts each of which was an amount deemed by this subsection to be a loss of the taxpayer from a disposition of the interest before that time, and

(b) the adjusted cost base to the taxpayer of the interest at that time.

SUBDIVISION H

Corporations Resident in Canada and their Shareholders

Definitions

89 (1) In this Subdivision,

[...]

compte de dividendes en capital
S'agissant du compte de dividendes en capital d'une société, à un moment donné, l'excédent éventuel du total des montants suivants :

a) l'excédent éventuel de la somme des totaux visés aux sous-alinéas (i) et (i.1) sur le total visé au sous-alinéa (ii) :

(i) le total des montants dont chacun représente l'excédent éventuel :

(A) d'un gain en capital de la société — calculé compte non tenu de la subdivision 52(3)a(ii)(A)(II) ni du sous-alinéa 53(1)b(ii) — provenant de la disposition (sauf celle qui est visée à l'alinéa 40(3.1)a) ou au paragraphe 40(12) ou qui constitue un don effectué après le 8 décembre 1997 qui n'est pas un don visé au paragraphe 110.1(1)) d'un bien au cours de la période commençant au début de sa première année d'imposition (ayant commencé après le moment où elle est devenue la dernière fois une société privée et s'étant terminée après 1971) et se terminant immédiatement avant le moment donné (appelée période à la présente définition),

sur le total des montants suivants :

(B) le gain en capital imposable de la société correspondant,

(B.1) le gain en capital imposable de la société provenant d'une disposition au cours de la période, prévue au paragraphe 40(12),

(C) la partie de l'excédent éventuel du montant calculé à la

capital dividend account of a corporation at any particular time means the amount, if any, by which the total of

(a) the amount, if any, by which the total of

(i) the total of all amounts each of which is the amount if any, by which

(A) the amount of the corporation's capital gain — computed without reference to subclause 52(3)(a)(ii)(A)(II) and subparagraph 53(1)(b)(ii) — from the disposition (other than a disposition under paragraph 40(3.1)(a) or subsection 40(12) or a disposition that is the making of a gift after December 8, 1997 that is not a gift described in subsection 110.1(1)) of a property in the period beginning at the beginning of its first taxation year that began after the corporation last became a private corporation and that ended after 1971 and ending immediately before the particular time (in this definition referred to as the period)

exceeds the total of

(B) the portion of the capital gain referred to in clause (A) that is the corporation's taxable capital gain,

(B.1) the corporation's taxable capital gain from a disposition in the period under subsection 40(12), and

(C) the portion of the amount, if any, by which the amount

division (A) sur le montant calculé à la division (B), provenant de la disposition d'un bien par la société, qu'il est raisonnable de considérer comme s'étant accumulée pendant que le bien, ou un bien qui lui est substitué :

(I) sauf dans le cas de la disposition d'un bien désigné, soit appartenait à une société — sauf une société privée, une société de placement, une société de placement hypothécaire ou une société de placement à capital variable —,

(II) soit appartenait à une société contrôlée, directement ou indirectement, de quelque manière que ce soit, par une ou plusieurs personnes non-résidentes, si le bien est devenu, après le 26 novembre 1987, un bien d'une société privée sous contrôle canadien — autrement qu'à cause d'un changement de résidence d'un ou de plusieurs actionnaires de la société —,

(III) soit appartenait à une société exonérée de l'impôt prévu à la présente partie sur son revenu imposable, si le bien est devenu, après le 26 novembre 1987, un bien d'une société privée qui n'était pas exonérée de l'impôt prévu à la présente partie sur son revenu imposable,

(ii) le total des montants dont chacun représente l'excédent éventuel :

(A) d'une perte en capital de la société — calculée compte non tenu de la subdivision

determined under clause (A) exceeds the amount determined under clause (B) from the disposition by it of a property that can reasonably be regarded as having accrued while the property, or a property for which it was substituted,

(I) except in the case of a disposition of a designated property, was a property of a corporation (other than a private corporation, an investment corporation, a mortgage investment corporation or a mutual fund corporation),

(II) where, after November 26, 1987, the property became a property of a Canadian-controlled private corporation (otherwise than by reason of a change in the residence of one or more shareholders of the corporation), was a property of a corporation controlled directly or indirectly in any manner whatever by one or more non-resident persons, or

(III) where, after November 26, 1987, the property became a property of a private corporation that was not exempt from tax under this Part on its taxable income, was a property of a corporation exempt from tax under this Part on its taxable income, and

exceeds

(ii) the total of all amounts each of which is the amount, if any, by which

(A) the amount of the corporation's capital loss — computed without reference

52(3)a(ii)(A)(II) ni du sous-alinéa 53(1)b(ii) — résultant de la disposition (sauf celle qui est visée au paragraphe 40(3.12) ou qui constitue un don effectué après le 8 décembre 1997 qui n'est pas un don visé au paragraphe 110.1(1)) d'un bien au cours de cette période,

sur le total des montants suivants :

(B) la perte en capital déductible de la société correspondante,

(C) la partie de l'excédent éventuel du montant calculé à la division (A) sur le montant calculé à la division (B), provenant de la disposition d'un bien par la société, qu'il est raisonnable de considérer comme s'étant accumulée pendant que le bien, ou un bien qui lui est substitué :

(I) sauf dans le cas de la disposition d'un bien désigné, soit appartenait à une société — sauf une société privée, une société de placement, une société de placement hypothécaire ou une société de placement à capital variable —,

(II) soit appartenait à une société contrôlée, directement ou indirectement, de quelque manière que ce soit, par une ou plusieurs

to subclause 52(3)(a)(ii)(A)(II) and subparagraph 53(1)(b)(ii) — from the disposition (other than a disposition under subsection 40(3.12) or a disposition that is the making of a gift after December 8, 1997 that is not a gift described in subsection 110.1(1)) of a property in the period

exceeds the total of

(B) the part of the capital loss referred to in clause (A) that is the corporation's allowable capital loss, and

(C) the portion of the amount, if any, by which the amount determined under clause (A) exceeds the amount determined under clause (B) from the disposition by it of a property that can reasonably be regarded as having accrued while the property, or a property for which it was substituted,

(I) except in the case of a disposition of a designated property, was a property of a corporation (other than a private corporation, an investment corporation, a mortgage investment corporation or a mutual fund corporation),

(II) where, after November 26, 1987, the property became a property of a Canadian-controlled private corporation (otherwise

personnes non-résidentes, si le bien est devenu, après le 26 novembre 1987, un bien d'une société privée sous contrôle canadien — autrement qu'à cause d'un changement de résidence d'un ou de plusieurs actionnaires de la société —,

(III) soit appartenait à une société exonérée de l'impôt prévu à la présente partie sur son revenu imposable, si le bien est devenu, après le 26 novembre 1987, un bien d'une société privée qui n'était pas exonérée de l'impôt prévu à la présente partie sur son revenu imposable;

than by reason of a change in the residence of one or more shareholders of the corporation), was a property of a corporation controlled directly or indirectly in any manner whatever by one or more non-resident persons, or

(III) where, after November 26, 1987, the property became a property of a private corporation that was not exempt from tax under this Part on its taxable income, was a property of a corporation exempt from tax under this Part on its taxable income,

COUR D'APPEL FÉDÉRALE

Avocats inscrits au dossier

DOSSIER : A-138-19

INTITULÉ : THE GLADWIN REALTY
CORPORATION c. SA MAJESTÉ
LA REINE

LIEU DE L'AUDIENCE : AUDIENCE TENUE PAR
VIDÉOCONFÉRENCE
ORGANISÉE PAR LE GREFFE LE
8 JUIN 2020

DATE DE L'AUDIENCE : LE 8 JUIN 2020

MOTIFS DU JUGEMENT : LE JUGE EN CHEF NOËL

Y ONT SOUSCRIT : LE JUGE DE MONTIGNY
LE JUGE LEBLANC

DATE : LE 14 SEPTEMBRE 2020

COMPARUTIONS

POUR L'APPELANTE
WILFRID LEFEBVRE
JONATHAN LAFRANCE

POUR L'INTIMÉE
NATHALIE GOULARD
MARIE-FRANCE CAMIRE
DOMINIC BÉDARD-LAPOINTE

AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER

Norton Rose Fulbright Canada
Montréal (Québec)

POUR L'APPELANTE
THE GLADWIN REALTY
CORPORATION

Nathalie G. Drouin
Sous-procureure générale du Canada
Ottawa (Ontario)

POUR L'INTIMÉE
SA MAJESTÉ LA REINE