



Alerte canadienne – Fiscalité et Services juridiques

Deans Knight Income Corporation c. Canada

Le 5 juillet 2023

Sommaire pour les hauts dirigeants

Dans l'affaire *Deans Knight*¹, le contribuable était partie à une série complexe d'opérations ou d'arrangements (et y a participé) visant à conserver l'accès à des pertes fiscales importantes découlant d'une entreprise antérieure et non liée dans des circonstances où une acquisition de contrôle *de jure* ne s'est pas produite. La Cour suprême du Canada (CSC ou la « Cour ») a conclu que l'objet et l'esprit du paragraphe 111(5) de la *Loi de l'impôt sur le revenu* (la « Loi ») étaient contrecarrés et que la règle générale anti-évitement (RGAE) s'appliquait pour restreindre l'accès à ces pertes malgré l'absence d'une acquisition de contrôle *de jure*.

Cela peut représenter un écart par rapport à certaines idées reçues en ce sens qu'une règle anti-évitement très spécifique a été jugée vulnérable aux abus.

¹ *Deans Knight Income Corp. c. Canada*, 2023 CSC 16 (ci-après « *Deans Knight* »).

Cette affaire peut avoir une incidence négative sur les organisations qui ont réalisé des opérations de recapitalisation et de redémarrage lorsqu'il y a des pertes importantes provenant d'une entreprise antérieure.

Pour le fiscaliste, le cadre d'analyse de la RGAE demeure essentiellement le même. Toutefois, la Cour a fourni des indications supplémentaires pour évaluer l'objet et l'esprit – que l'on désigne également comme la raison d'être sous-jacente – de la ou des dispositions en cause. Pour cerner la raison d'être sous-jacente d'une disposition, les moyens (le « comment ») peuvent ne pas saisir entièrement le « pourquoi » (la raison d'être). Autrement dit, les moyens peuvent ne pas refléter parfaitement ni expliquer entièrement ce à quoi le législateur souhaitait s'attaquer en adoptant une disposition. En pareil cas, l'Agence du revenu du Canada (ARC) et les tribunaux peuvent regarder au-delà des moyens pour déterminer la raison d'être sous-jacente de la disposition. Cela signifie que la RGAE peut s'appliquer même lorsque les conditions précises d'une disposition sont satisfaites ou ne sont pas satisfaites, selon le cas; par exemple, elle peut s'appliquer lorsque les conditions précises d'application d'une règle anti-évitement spécifique ne sont pas satisfaites.

Cette évolution des lignes directrices peut se manifester de multiples façons. Cela pourrait créer une incertitude accrue si les contribuables ne peuvent pas s'entendre avec l'ARC sur la raison d'être sous-jacente des dispositions applicables, en particulier à l'égard de certains des domaines les plus complexes et les plus nébuleux de la Loi. Toutefois, les contribuables et l'ARC s'entendent souvent sur la raison d'être d'une disposition. Dans les affaires portant sur la RGAE, l'opération du contribuable est nécessairement conforme au texte de la disposition. Dans l'arrêt *Deans Knight*, la CSC a réaffirmé que l'ARC doit démontrer qu'un aspect quelconque d'une opération est si inhabituel que, malgré sa conformité au texte, cette opération va néanmoins à l'encontre de la raison d'être de la disposition. Les contribuables et leurs conseillers peuvent trouver plus facile d'organiser leurs affaires dans un environnement où il est peu probable que l'ARC soit en mesure d'appliquer la RGAE à une opération effectuée au moyen d'arrangements commerciaux ordinaires et qui est conforme à la raison d'être apparente d'une disposition.

Discussion détaillée

La décision de la CSC dans l'affaire *Deans Knight* a été publiée le 26 mai 2023. Cette décision était très attendue, et ce, pour plusieurs raisons. Premièrement, il s'agit de la deuxième décision (après l'arrêt *Alta Energy*²) portant sur la RGAE et la première sur la législation canadienne rendue récemment par la CSC. De plus, outre la juge Abella (maintenant à la retraite), qui a entendu l'affaire *Alta Energy*, aucun des juges dans ces deux dernières décisions ne siégeait à la CSC au moment de la décision précédente sur la RGAE rendue dans l'affaire *Copthorne Holdings*³. Deuxièmement, la décision rendue dans l'affaire *Alta Energy* a amené certains à croire que la ferme adhésion de cette Cour au principe énoncé dans l'arrêt *Duke of Westminster*⁴ et aux principes de certitude, de prévisibilité et d'équité était annonciateur d'un rôle plus limité pour la RGAE. Troisièmement, le ministère des Finances a publié des propositions visant à modifier la RGAE dans le budget de 2023 et certains se sont demandé si l'affaire *Deans Knight* pourrait amener le gouvernement à repenser certains aspects des propositions.

Personnes-ressources :

[Rob Jeffery](#)

Leader national de la politique fiscale
Tél. : 902-721-5593

[Mike Smith](#)

Leader, Bureau national de la fiscalité
Tél. : 403-267-0661

[Shawn Porter](#)

Tél. : 416-601-6605

[Richard Marcovitz](#)

Tél. : 416-775-4760

[Mark Dumalski](#)

Tél. : 613-751-5247

[Jo-Anne Anderson](#)

Tél. : 780-421-3676

Liens connexes :

[Services de fiscalité de Deloitte](#)

² *Canada c. Alta Energy Luxembourg S.A.R.L.*, 2021 CSC 49 (ci-après « *Alta Energy* »).

³ *Copthorne Holdings Ltd. c. Canada*, 2011 CSC 63 (ci-après « *Copthorne Holdings* »).

⁴ *Commissioners of Inland Revenue v. Duke of Westminster*, [1936] A.C. 1.

La Cour a rejeté l'appel du contribuable selon une majorité de sept contre un (le juge Brown, qui a participé activement aux plaidoiries orales le 2 novembre 2022, n'a pas participé au dispositif final du jugement). Par conséquent, les préoccupations du gouvernement au sujet de l'adhésion trop rigide de cette Cour aux principes de certitude, de prévisibilité et d'équité étaient peut-être prématurées. En outre, la décision pourrait dissiper les craintes que le ministère des Finances ait pu avoir à l'égard de l'adoption d'une approche littérale par la Cour dans l'interprétation des règles d'évitement, ce qui aurait pu créer la nécessité de modifications plus importantes à la RGAE. En effet, comme nous le verrons plus loin, la décision peut être interprétée comme modérant la nécessité de certains aspects des propositions de la RGAE. Pour ceux qui tiennent le compte, la CSC a maintenant rendu six jugements sur la RGAE, dont quatre en faveur de la Couronne et deux en faveur du contribuable.

Les faits

Forbes Medi-Tech Inc. (Forbes) éprouvait des difficultés financières. Elle avait accumulé environ 90 millions de dollars en pertes autres qu'en capital, en dépenses pour la recherche scientifique et le développement expérimental et en crédits d'impôt à l'investissement inutilisés, mais elle n'avait pas de revenus permettant l'usage de ces attributs fiscaux. Il convient de noter que les deux parties dans cette affaire ont convenu que les restrictions à l'utilisation de chacun de ces attributs fiscaux étaient les mêmes et la Cour ne s'est ainsi penchée que sur les pertes.

Forbes a conclu une convention d'investissement avec une société de capital de risque, Matco, en vertu de laquelle Matco trouverait une occasion d'affaires pour Forbes et les profits de cette entreprise seraient à l'abri de l'impôt grâce aux attributs fiscaux dont Forbes ne pouvait se servir autrement. L'entente a été structurée de manière à éviter les restrictions relatives à la déduction des pertes énoncées au paragraphe 111(5) de la Loi.

Ce type d'opération sur les pertes est souvent appelé « recapitalisation et redémarrage ». Matco a fondé une société de gestion de fonds communs de placement, Deans Knight Capital Management (Deans Knight), qui a accepté d'utiliser Forbes comme véhicule pour mobiliser des fonds au moyen d'un premier appel public à l'épargne (PAPE) afin d'investir dans des instruments de créance à rendement élevé. Matco n'avait aucun lien significatif ni avec l'ancienne entreprise de Forbes ni avec l'entreprise que Forbes a exploitée après que Matco ait trouvé un « acheteur ».

L'entreprise d'investissement a été fructueuse et les pertes ont été utilisées par Deans Knight (Forbes a été renommée) de 2009 à 2012. Avant le PAPE, les actifs nets de Forbes ont été transférés à une nouvelle société mère (Newco) et, en vertu d'une convention d'investissement, Matco a acheté une débenture convertible en 35 % des actions avec droit de vote et toutes les actions sans droit de vote de Forbes détenues par Newco. Il est important de noter que l'accord d'investissement empêchait également Newco et Forbes de prendre de nombreuses décisions importantes sans le consentement de Matco. Newco n'était pas tenue de vendre ses actions à Matco, mais elle avait reçu la promesse qu'elle recevrait au moins un montant garanti si elle vendait les actions ou si aucune occasion d'affaires ne se présentait. Ce produit (y compris la débenture convertible) était essentiellement la contrepartie versée à Newco pour les attributs fiscaux.

Le ministre a appliqué la RGAE au motif que l'utilisation des pertes constituait un évitement fiscal abusif. La Cour canadienne de l'impôt a rendu une décision en faveur du contribuable, concluant essentiellement que les règles de restriction des pertes énoncées dans la Loi étaient régies par un critère de contrôle *de jure*. La Cour d'appel fédérale a décidé à l'unanimité que la RGAE s'appliquait pour refuser le bénéfice des pertes au motif que l'objet du paragraphe 111(5) de la Loi était contrecarré. La CSC a rejeté l'appel du contribuable, bien que, comme nous le verrons plus loin, l'approche utilisée pour déterminer l'évitement fiscal abusif différerait de celle suivie en Cour d'appel fédérale.

La décision majoritaire

Après un examen approfondi de l'historique législatif et de divers moyens extrinsèques, le juge Rowe, s'exprimant au nom de la majorité, a conclu que l'objet et l'esprit du paragraphe 111(5) visent à empêcher l'acquisition de sociétés par des

parties non liées afin de déduire les pertes inutilisées de ces sociétés en vue de réduire le revenu d'une autre entreprise au profit des nouveaux actionnaires. La Cour a conclu que Deans Knight avait subi une transformation fondamentale qui avait permis d'accomplir ce que le Parlement cherchait à éviter, tout en contournant le libellé du paragraphe 111(5). Matco a obtenu le pouvoir d'un actionnaire majoritaire avec droit de vote afin de pouvoir trouver un acheteur grâce à des contrats qui modifiaient fondamentalement les actifs, les passifs, l'identité des actionnaires et les activités de Deans Knight sans déclencher une acquisition de contrôle. Ainsi, le résultat obtenu par les transactions a contrecarré la raison d'être du paragraphe 111(5) et constituait donc un abus.

Le juge Rowe a conclu que le paragraphe 111(5) :

- s'inscrit dans un régime de report des pertes autres qu'en capital⁵;
- ne s'applique pas isolément; il sert plutôt de complément à l'alinéa 111(1)a)⁶;
- fonctionne de manière à ce que les avantages fiscaux liés aux pertes en cause ne profitent pas à un nouvel actionnariat qui exploite une nouvelle entreprise⁷;
- sert à circonscrire la portée de l'al. 111(1)a) et à promouvoir la cohérence avec les autres dispositions qui, dans les faits, traitent la société comme un nouveau contribuable après une acquisition de contrôle⁸.

Le juge Rowe a également conclu que, même s'il y avait des raisons valables pour lesquelles le Parlement avait choisi un critère de contrôle *de jure* au paragraphe 111(5), « [cela] ne signifie pas pour autant que le critère du contrôle *de jure* explique entièrement la raison d'être de la disposition. Le contrôle *de jure* était plutôt le marqueur qui offrait un indicateur raisonnable pour la plupart des circonstances dont le Parlement se préoccupait. »⁹ L'existence d'autres dispositions déterminatives – à savoir l'alinéa 251(5)b) et les paragraphes 256(7) et (8) de la Loi – « suggèrent que le contrôle *de jure* ne reflète pas parfaitement ni n'explique complètement le méfait auquel le Parlement souhaitait s'attaquer »¹⁰ au paragraphe 111(5). Citant l'arrêt *Oxford Properties*¹¹, le juge Rowe a souligné, au sujet de l'article 256.1 adopté subséquemment – une disposition qui prévoit que le contrôle est réputé avoir été acquis dans des circonstances comme celles de l'affaire *Deans Knight* – qu'il « n'est ni nécessaire ni utile d'en faire l'examen dans le cas qui nous occupe »¹². Afin d'établir plus précisément l'objet et l'esprit du paragraphe 111(5), le juge Rowe a complété cette analyse contextuelle par un examen approfondi de l'historique législatif et des éléments de preuve extrinsèques de l'objet que poursuivait le Parlement dans sa quête de la raison d'être de cette disposition¹³, concluant comme indiqué ci-dessus¹⁴.

Le juge Rowe a conclu que les tribunaux d'instances inférieures et l'appelante avaient commis une erreur en formulant l'objet et l'esprit comme critère juridique en ces termes :

En toute déférence, tant les tribunaux d'instances inférieures que l'appelante ont formulé l'objet et l'esprit comme un critère juridique, plutôt que comme l'expression de la *raison d'être* de la disposition. Cela a eu pour effet de fausser leur analyse fondée sur la RGAÉ. Le contrôle *de jure*, le contrôle « effectif » et le contrôle « réel » n'indiquent ni *pourquoi* le Parlement se souciait de l'acquisition du contrôle ni le *méfait* auquel il voulait s'attaquer (*Oxford Properties Group*, par. 101). Que l'on définisse l'objet et l'esprit du par. 111(5) en fonction du critère choisi par le

⁵ *Deans Knight*, supra note 1, par. 86.

⁶ Ibid., par. 87.

⁷ Ibid., par. 88.

⁸ Ibid., par. 90.

⁹ Ibid., par. 94.

¹⁰ Ibid., par. 95.

¹¹ *Canada c. Oxford Properties Group Inc.*, 2018 CAF 30 (ci-après « *Oxford Properties* »).

¹² *Deans Knight*, supra note 1, par. 98.

¹³ Ibid., par. 99-112.

¹⁴ Ibid., par. 113.

Parlement ou en substituant à son choix un autre critère, cela reviendrait, en l'espèce, à accorder la priorité aux moyens (le *comment*) plutôt qu'à la raison d'être (le *pourquoi*).

Au paragraphe 111(5), le Parlement a clairement opté pour un critère de contrôle : le contrôle *de jure*. Celui-ci était un marqueur raisonnable des situations où l'identité d'une société a changé. Il s'agit donc avant tout d'un moyen de donner effet à l'objectif du Parlement, plutôt que d'une expression exhaustive de l'objectif lui-même. Comme pour toute disposition, le Parlement a dû choisir un critère général pour le par. 111(5) parmi les choix disponibles : il avait de bonnes raisons de choisir le critère du contrôle *de jure* plutôt que le critère large du contrôle *de facto*, qui aurait englobé une variété de conduites n'ayant rien à voir avec ses objectifs. Il convient de rappeler que le critère à employer pour la simple application du par. 111(5) n'est pas en litige. Par contre, le choix du contrôle *de jure* n'explique pas, en soi, ce qui préoccupait le Parlement, comme le démontre amplement une analyse minutieuse de la preuve intrinsèque et extrinsèque. Avec égards, les motifs de ma collègue confondent les moyens énoncés dans le texte d'une disposition (en l'espèce, le contrôle *de jure*) avec la raison d'être sous-jacente de la disposition. Or, cette approche aurait des incidences sur une variété de dispositions qui font appel à un critère relatif au contrôle, de telle sorte que, dans les faits, la RGAÉ ne s'appliquerait pas.

[...] le fait d'énoncer avec exactitude l'objet et l'esprit qui sous-tend la disposition ne change pas le critère applicable *dans* la disposition. Tant que le Parlement ne légifèrera pas autrement, le contrôle *de jure* demeure la norme pour l'application du par. 111(5). Comme je l'ai expliqué, dans le cadre de cette analyse, les tribunaux ne forment pas un nouveau critère juridique lorsqu'ils déterminent l'objet et l'esprit d'une disposition; ils cherchent plutôt à en saisir la raison d'être, et ainsi à offrir une synthèse de ce que la disposition visait à réaliser ou à prévenir. Les tribunaux n'« appliquent » pas non plus l'objet et l'esprit dans l'analyse du caractère abusif comme s'il s'agissait d'un nouveau critère de démarcation. L'analyse de l'abus est de nature comparative : pour déterminer s'il y a eu abus dans l'application d'une disposition dans le cadre d'une analyse fondée sur la RGAÉ, on évalue le résultat atteint par les opérations — des opérations déjà qualifiées comme ayant pour objectif premier d'éviter de payer des impôts — par rapport à la raison d'être de la disposition, pour décider si cette raison d'être est contrecarrée (*Trustco*, par. 57; *Copthorne*, par. 69).¹⁵

Ayant établi la raison d'être du paragraphe 111(5), le juge Rowe a ensuite examiné en détail le contexte factuel et a conclu que les opérations contestées allaient à l'encontre de la raison d'être du paragraphe 111(5)¹⁶.

L'opinion dissidente

La juge Côté a commencé sa dissidence en déclarant que « [ce] pourvoi est d'une grande importance pour les contribuables canadiens »¹⁷. Bien que cela ne soit pas précisé, cela est probablement attribuable aux points de vue exprimés par les intervenants. Elle poursuit en présentant les intérêts concurrents des intervenants, soit « l'intérêt du contribuable de minimiser ses impôts grâce à des moyens techniquement légitimes et l'intérêt législatif de garantir l'intégrité du régime fiscal »¹⁸. Elle réitère la mise en garde du juge Binnie dans sa dissidence dans l'arrêt *Lipson* selon laquelle « [si] son application n'est pas balisée par la jurisprudence, la RGAÉ est une arme susceptible d'avoir un effet considérable, sérieux et imprévisible sur la planification fiscale légitime »¹⁹. La juge Côté est d'avis que les autres juges sur le banc et la Cour d'appel fédérale n'ont pas fait preuve de la retenue qui s'imposait. Il convient de noter que la juge Côté était également la seule

¹⁵ Ibid., par. 115-117.

¹⁶ Ibid., par. 121-140.

¹⁷ Ibid., par. 142.

¹⁸ Ibid., par. 143.

¹⁹ *Lipson c. Canada*, 2009 SCC 1, par. 55.

juge dissidente dans l'arrêt *Macdonald*²⁰ où, comme dans l'affaire *Deans Knight*, elle s'est dite préoccupée par le fait que les cours d'appel interviennent à l'égard de conclusions factuelles tirées par le tribunal de première instance.

La juge Côté soutient que le juge Rowe, plutôt que d'adopter comme raison d'être du paragraphe 111(5) le choix sans équivoque fait par le Parlement (c.-à-d. que les restrictions étaient censées s'appliquer lorsque le critère de contrôle *de jure* est satisfait), « souscrit à une approche *ad hoc* qui élargit la notion de contrôle en y incluant un vaste éventail de facteurs opérationnels. [De plus], cette approche ouvre la voie à l'exercice d'un pouvoir judiciaire discrétionnaire illimité qui résultera en l'application des règles sur la restriction des pertes prévues au par. 111(5) sur la base d'éléments circonstanciels. »²¹

Le point essentiel de la juge Côté est que la RGAE ne peut pas servir à passer outre l'intention du Parlement et l'analyse de l'objet et de l'esprit du juge Rowe le fait en allant au-delà du critère de contrôle *de jure* incorporé par le Parlement dans la disposition. La juge Côté dit que son approche fait écho à l'arrêt *Trustco Canada*²² où la CSC a statué que le « coût » est une « notion juridique bien comprise » et que « rien dans la RGAE ou dans l'objet des dispositions relatives aux [déductions pour amortissement] [ne permet à cette Cour] de les récrire de manière à pouvoir interpréter le mot "coût" comme signifiant "somme exposée à un risque économique" dans les dispositions applicables »²³. Bref, « la RGAE ne saurait passer outre l'intention du Parlement; elle doit plutôt y donner effet »²⁴. La juge Côté a également déclaré que même si la conclusion du juge Rowe sur la raison d'être était correcte, une conclusion d'abus nécessiterait d'infirmes certaines conclusions factuelles tirées par la Cour canadienne de l'impôt²⁵.

Principales observations

Commentaires préliminaires

Les motifs de la majorité et ceux de la dissidence sont longs, couvrent beaucoup de sujets et abordent efficacement des points de vue divergents dans l'analyse de l'un et l'autre. Le raisonnement dans les deux cas est bien étoffé. Essentiellement, la différence réside dans la recherche de la raison d'être sous-jacente et le désir, à un degré variable, d'aller au-delà du sens littéral des mots utilisés dans les dispositions, en particulier lorsque l'on peut dire que le libellé de la loi reflète un choix et une intention clairs.

À la suite de l'arrêt *Alta Energy*, il est peut-être surprenant que la juge Côté soit la seule à exprimer une dissidence. Cela dit, nous sommes d'avis que la victoire décisive de la Couronne reflète la notion selon laquelle l'affaire *Deans Knight* portait sur une entente fiscale (ce qui est clair avec la participation de Matco) dans le domaine des échanges de pertes fiscales (un aspect distinctif du contexte factuel auquel la juge Côté semble accorder peu d'importance). Comparativement à l'ambiguïté de la politique relative aux conventions fiscales en cause dans l'arrêt *Alta Energy*, la législation et la politique en matière d'échanges de pertes fiscales sont beaucoup plus élaborées et cohérentes. Néanmoins, nous pensons également que la Cour – tout en suivant le cadre d'analyse de la RGAE qu'elle a élaboré – a fourni des indications supplémentaires qui seront susceptibles d'avoir une incidence dans les affaires subséquentes portant sur la RGAE. (Voir notre discussion dans les deux sections suivantes.)

La distinction entre la raison d'être (le « pourquoi ») d'une disposition et les moyens choisis (le « comment ») pour y donner effet

L'aspect le plus important de l'arrêt *Deans Knight* sera probablement les nouvelles lignes directrices fournies en ce qui concerne le processus d'analyse pour cerner l'objet et l'esprit des dispositions pertinentes (c.-à-d. la raison d'être sous-

²⁰ *MacDonald c. Canada*, 2020 CSC 6.

²¹ *Deans Knight*, supra note 1, par. 144.

²² *Hypothèques Trustco Canada c. Canada*, 2005 CSC 54.

²³ Ibid., par. 75.

²⁴ *Deans Knight*, supra note 1, par. 174.

²⁵ Ibid., par. 193.

jacente). Le juge Rowe prend la peine de présenter la jurisprudence de façon concise et de distinguer les moyens choisis par le législateur dans une disposition (le « comment ») de sa raison d'être (le « pourquoi »), insistant sur le fait que l'objet et l'esprit d'une disposition doivent être formulés comme une description de sa raison d'être. La raison d'être peut ou non cadrer entièrement avec les moyens pratiques choisis pour atteindre le but ou l'intention du Parlement. Là encore, c'est le principal point d'achoppement entre la majorité et la dissidence – dans quelle mesure la recherche d'une raison d'être sous-jacente pourrait-elle devenir spéculative? Cela dit, le juge Rowe renforce également la notion selon laquelle l'analyse de l'objet et de l'esprit doit être fondée sur une analyse textuelle, contextuelle et téléologique des dispositions et réitère la façon dont cette analyse doit être effectuée (y compris un examen de l'historique législatif et des moyens ou éléments de preuve extrinsèques) avant d'appliquer le cadre comme il est discuté plus loin dans la décision²⁶.

D'une part, ce n'est pas particulièrement nouveau (plus évolutif que révolutionnaire). D'autre part, cette évaluation s'avérera très difficile dans de nombreux cas où il n'est pas clair si les moyens choisis reflètent ou non l'intention du Parlement. Comme indiqué ci-dessus, le domaine des échanges de pertes fiscales n'a cessé de se développer au fil des décennies. La principale préoccupation dans la pratique est que l'ARC ou les tribunaux repoussent les limites des conclusions à l'égard de l'objet et de l'esprit en tenant compte de commentaires ou de soi-disant autorités (moyens extrinsèques) qui peuvent ne pas refléter l'intention du Parlement.

L'analyse de l'abus nécessite une comparaison des résultats fiscaux avec la raison d'être des dispositions

Le juge Rowe indique ensuite qu'une fois que l'objet et l'esprit ont été cernés, « l'analyse du caractère abusif va au-delà de la forme juridique des opérations ou de leur respect technique de la disposition pour examiner si le résultat [fiscal] obtenu en contrecarre la raison d'être »²⁷. Comme nous l'avons indiqué ci-haut, cela n'implique pas que les tribunaux créent un nouveau critère juridique dans la disposition applicable (p. ex., un contrôle *de jure* versus un autre concept de contrôle dans l'arrêt *Deans Knight*); le critère législatif demeure plutôt le même, mais l'avantage fiscal est refusé en vertu de la RGAE si, en comparant le résultat fiscal de l'opération à la raison d'être de la disposition, le résultat fiscal va à l'encontre ou contrecarre cette raison d'être.

Là encore, cela n'est pas particulièrement nouveau et il est utile d'avoir plus de clarté sur la nature des critères juridiques. Cela dit, nous nous attendons à une certaine combinaison de hausse des différends (i) à l'étape de la détermination de la raison d'être des dispositions applicables et (ii), si l'évitement fiscal abusif est constaté, à l'étape de la détermination des conséquences fiscales raisonnables dans les circonstances.

Certaines répercussions des modifications à la RGAE proposées dans le budget de 2023

Le préambule

La Cour cite le document de consultation sur la RGAE²⁸, bien qu'elle ne le commente pas autrement. Cela dit, il semble que la Cour ait eu en tête chaque élément du préambule lorsqu'elle a énoncé ses motifs. Par exemple, en ce qui concerne l'objet de la RGAE (largement conforme à l'alinéa 245(0.1)a) proposé), la Cour a déclaré ce qui suit, s'appuyant sur des éléments de preuve extrinsèques depuis l'adoption de la RGAE et tel qu'il a été initialement établi par la Cour dans l'arrêt *Trustco Canada* :

À la lumière de ce qui précède, il convient de considérer la RGAE comme un moyen de surmonter les désavantages d'un système fondé exclusivement sur des règles spécifiques ([Ministère des Finances, *Réforme fiscale 1987 : livre blanc* (1987)], p. 57; [D.A. Dodge, « A New and More Coherent Approach to Tax Avoidance » (1988), 36 *Can. Tax J.* 1], p. 8). Elle représente le fruit d'un choix du Parlement d'adopter une règle générale afin de compléter ses efforts spécifiques pour

²⁶ Ibid., par. 58-68.

²⁷ Ibid., par. 73.

²⁸ Ibid., par. 44.

contrer l'évitement fiscal. Pour atteindre cet objectif, la RGAÉ « trace une ligne de démarcation entre la réduction maximale légitime de l'impôt et l'évitement fiscal abusif » (*Trustco*, par. 16).²⁹

Cela dit, la Cour reformule et réorganise ses conclusions de manière subtilement différente dans divers jugements, ce qui a pour effet de mettre l'accent sur différents aspects. Par exemple, dans l'arrêt *Alta Energy*, la Cour a ajouté ce qui suit :

Dans l'arrêt *Trustco Canada*, la Cour a reconnu que la ligne de démarcation entre la réduction maximale légitime de l'impôt et l'évitement fiscal abusif est « loin d'être nette » (par. 16). En conséquence, « [s]il n'est pas certain qu'il y a eu évitement fiscal abusif, il faut laisser le bénéficiaire du doute au contribuable » (*Trustco Canada*, par. 66; voir aussi *Copthorne*, par. 72).³⁰

En ce qui concerne le principe énoncé dans l'arrêt *Duke of Westminster* et l'équilibre entre le besoin de certitude du contribuable et la responsabilité du gouvernement de protéger l'assiette fiscale et l'équité du régime fiscal (ce qui est largement conforme à l'alinéa 245(0.1)b) proposé), la Cour a fait plusieurs déclarations qui, collectivement, reflètent un effort concerté pour atteindre un équilibre :

Cependant, le principe énoncé dans l'arrêt *Duke of Westminster* « n'a jamais été absolu » (*Lipson*, par. 21) et il est loisible au Parlement d'y déroger. C'est ce qu'il a fait au moyen de la RGAÉ. Celle-ci n'écarte pas le principe énoncé dans l'arrêt *Duke of Westminster* en ce qui a trait à la planification fiscale légitime. Elle reconnaît plutôt qu'il existe une différence entre la planification fiscale légitime — que constitue la vaste majorité des opérations et qui demeure permise, conformément au principe énoncé dans l'arrêt *Duke of Westminster* — et la planification fiscale qui a pour effet d'abuser des règles du régime fiscal — auquel cas l'intégrité du régime fiscal est préservée en refusant l'avantage fiscal, même si les opérations qui génèrent cet avantage respectent le libellé des dispositions invoquées. Ainsi, les contribuables sont autorisés à mener des opérations, même lorsqu'elles visent à minimiser l'impôt à payer, à moins qu'elles n'entraînent un abus dans l'application des dispositions de la Loi (*Lipson*, par. 25). Lorsqu'il est démontré que l'opération est abusive, le principe énoncé dans l'arrêt *Duke of Westminster* est « atténu[é] » par la RGAÉ (*Trustco*, par. 13).

En établissant une règle anti-évitement générale qui servirait à refuser des avantages fiscaux au cas par cas, le Parlement était conscient de l'incidence qu'elle aurait sur le degré de certitude en matière de planification fiscale. Le Parlement a cherché l'équilibre entre « la protection de l'assiette fiscale et le besoin de certitude des contribuables » (Ministère des Finances, *Notes explicatives sur le projet de loi concernant l'impôt sur le revenu* (1988), p. 492). La RGAÉ a été adoptée à titre de « mesure de dernier recours » pour contrer uniquement l'évitement fiscal abusif et elle n'a donc pas été conçue comme source d'incertitude généralisée en matière de planification fiscale (*Trustco*, par. 21; *Copthorne*, par. 66). Il est inévitable que l'adoption d'une règle générale entraîne une certaine incertitude (Dodge, p. 21; *Copthorne*, par. 123). Cependant, l'équilibre qu'établit la RGAÉ donne un degré de certitude raisonnable.

Premièrement, comme l'a noté la professeure Jinyan Li, [TRADUCTION] « les causes relatives à la RGAÉ portent généralement sur des situations qui ne touchent pas la majorité des contribuables, et les opérations en cause sont bien planifiées et exécutées sur le fondement de conseils prodigués par des fiscalistes » (« “Economic Substance”: Drawing the Line Between Legitimate Tax Minimization and Abusive Tax Avoidance » (2006), 54 *Rev. fisc. can.* 23, p. 40). La RGAÉ ne cible que des opérations motivées par l'évitement fiscal, et même une opération effectuée à de telles fins qui est compatible avec l'objet et l'esprit de la Loi, n'est pas touchée par la RGAÉ (voir *Notes explicatives*, p. 492). Compte tenu de l'examen rigoureux que requiert l'art. 245, la RGAÉ

²⁹ Ibid., par. 45.

³⁰ *Alta Energy*, supra note 2, par. 33.

ne touche qu'un petit sous-ensemble d'opérations, pour la plupart menées par des parties très bien renseignées qui ont la capacité de bien évaluer les risques inhérents à une nouvelle cotisation fondée sur la RGAÉ. C'est d'ailleurs précisément ce qui s'est produit en l'espèce : le prospectus relatif au PAPE de l'appelante reconnaissait expressément le risque d'une contestation fructueuse de la déduction des attributs fiscaux.

Deuxièmement, une application appropriée de la méthodologie prévue par la RGAÉ sert à garantir un degré de certitude raisonnable dans la planification fiscale (P. Samtani et J. Kutyan, « GAAR Revisited: From Instinctive Reaction to Intellectual Rigour » (2014), 62 *Rev. fisc. can.* 401, p. 403). La RGAÉ n'est pas un outil pour sanctionner la conduite que les tribunaux jugent immorale (*Copthorne*, par. 65; *Alta Energy*, par. 48). Les tribunaux doivent plutôt procéder à « une analyse objective, approfondie et point par point » (*Copthorne*, par. 68). Dans le cadre de cette analyse, les principes de certitude, de prévisibilité et d'équité ne jouent pas de rôle indépendant; ils sont plutôt pris en compte dans le critère minutieusement calibré conçu par le Parlement, et décrit à l'art. 245 de la Loi, ainsi que dans l'interprétation de ce dernier par la Cour. C'est sur ce critère que je vais maintenant me pencher.³¹ (Nos soulignements.)

Les passages ci-dessus s'inspirent largement des notes explicatives, des commentaires de représentants du gouvernement, d'universitaires, de praticiens et de décisions antérieures de la Cour. La section se termine (nos soulignements ci-dessus) par une déclaration selon laquelle « les principes de certitude, de prévisibilité et d'équité [...] sont pris en compte dans le critère minutieusement calibré conçu par le Parlement, et décrit à l'art. 245 de la Loi, ainsi que dans l'interprétation de ce dernier par la Cour ». Il n'est pas tout à fait clair si la notion d'équité envisagée par la Cour est la même que celle envisagée par l'alinéa 245(0.1)b) proposé; toutefois, dans ce passage, la Cour a souligné expressément l'intégrité du régime fiscal et le fait que la faible proportion des opérations touchées par la RGAÉ est souvent effectuée par des parties très bien renseignées ayant la capacité d'évaluer les risques. En l'absence d'autres orientations législatives, il est peu probable que la Cour cherche à établir un équilibre différent entre ces principes concurrents. Cela dit, pour ceux qui sont plus enclins à regarder ce que fait la Cour qu'à disséquer ce qu'elle dit, la décision dans l'affaire *Deans Knight* tient clairement compte de considérations plus générales d'équité au détriment de la certitude et de la prévisibilité.

La CSC a causé une certaine confusion lorsqu'elle a rendu l'arrêt *Alta Energy* parce que la Cour a postulé que la RGAÉ ne s'applique pas aux stratégies fiscales prévues, l'idée étant que la connaissance par le Parlement d'une stratégie fiscale, conjuguée à l'inaction, suggère que la stratégie n'est pas abusive. Le troisième élément du préambule dans les modifications proposées à la RGAÉ prévoit que la RGAÉ peut s'appliquer qu'une stratégie fiscale soit prévue ou non (alinéa 245(0.1)c) proposé). Le ministère des Finances était semble-t-il préoccupé par le fait que la déclaration de la Cour dans l'arrêt *Alta Energy* pourrait être appliquée par les contribuables comme une protection contre la RGAÉ dans les cas où il pourrait être établi que la stratégie fiscale était prévue. La Cour est revenue sur ce point dans l'affaire *Deans Knight* et a fourni quelques éclaircissements utiles :

[...] L'évitement fiscal abusif peut consister en stratégies fiscales qui n'avaient pas été prévues ((*Alta Énergie*), par. 80). Par exemple, dans *Alta Energy*, la Cour a jugé que la preuve de la connaissance et de l'acceptation par le Parlement de la stratégie fiscale en cause était une considération pertinente pour l'examen de son intention. Cependant, la RGAÉ ne s'applique pas uniquement aux situations imprévues; comme la Cour l'a expliqué, elle est conçue pour englober des situations qui minent l'intégrité du système fiscal en contrecarrant l'objet et l'esprit des dispositions invoquées par le contribuable [...].³²

Dans l'affaire *Deans Knight*, la Cour semble avoir répondu à toute préoccupation que le ministère des Finances aurait pu avoir en précisant que la question de savoir si une stratégie fiscale est prévue n'est qu'une considération pertinente dans l'analyse de la RGAÉ.

³¹ *Deans Knight*, supra note 1, par. 47-50.

³² *Ibid.*, par. 45.

La question se pose alors de savoir si le préambule proposé ajoute quelque chose de nouveau. La Cour semble indiquer qu'elle est déjà consciente des divers éléments du préambule proposé et qu'elle en a tenu compte dans le cadre d'interprétation qu'elle a élaboré. D'un autre point de vue, ces éléments ne sont pas toujours pris en compte de la même manière et un préambule (même s'il codifie des principes élaborés par les tribunaux) aiderait à clarifier et à stabiliser le fonctionnement de la RGAE, surtout à la lumière des points de vue différents parmi les juges.

Substance économique

Bien que les tribunaux abordent régulièrement, d'une certaine façon, les éléments du préambule des propositions de la RGAE, ils sont beaucoup moins enclins à aborder la substance économique et l'arrêt *Deans Knight* ne fait pas exception. *Deans Knight* est une affaire intéressante aux fins de l'application de la modification proposée à la RGAE concernant la notion de substance économique au paragraphe 245(4.1). De manière générale, il y avait quatre participants aux opérations : i) les anciens actionnaires de Forbes qui ont reçu une certaine contrepartie par l'intermédiaire de Newco pour les pertes de Forbes; ii) Matco qui aurait reçu une contrepartie pour l'organisation des transactions; iii) Deans Knight qui bénéficiait de l'avantage fiscal découlant des pertes qui continuaient d'être disponibles; et iv) les nouveaux investisseurs de Forbes après le PAPE qui ont indirectement bénéficié de l'avantage fiscal découlant des pertes.

Les faits dans l'affaire *Deans Knight* illustrent à quel point il peut être difficile de démontrer qu'une transaction manque considérablement de substance économique. Deans Knight et les nouveaux investisseurs furent les seuls à bénéficier des pertes; toutefois, leur situation économique a changé (alinéa 245(4.1)a)) et il est probable que leur rendement avant impôt sur les placements en valeurs mobilières à rendement élevé ait dépassé l'avantage fiscal (alinéa 245(4.1)b)). La situation économique des anciens actionnaires de Forbes et de Matco a également changé, et ils n'ont bénéficié d'aucun avantage fiscal, car les anciens actionnaires de Forbes ont en fait vendu les pertes et Matco a essentiellement fourni un service d'arrangement. Il aurait peut-être été raisonnable de conclure que le but même de la réalisation ou de l'organisation de l'opération ou de la série d'opérations était d'obtenir l'avantage fiscal (alinéa 245(4.1)c)), bien qu'il soit également difficile de séparer l'entente sur les pertes de la recapitalisation et du redémarrage et des placements substantiels en valeurs mobilières.

La question se poserait également de savoir quelles seraient les conséquences d'une éventuelle conclusion selon laquelle les opérations manquent considérablement de substance économique. Le paragraphe 245(4.1) indique qu'une telle conclusion a tendance à établir un évitement fiscal abusif. Vu sous cet angle, si la modification proposée avait été appliquée, il aurait peut-être été plus facile de parvenir à la décision ou cela aurait pu influencer l'analyse de la juge Côté.

Comme il est d'usage, les tribunaux se sont concentrés sur les droits et obligations juridiques et non sur la substance économique. Ainsi, il n'y a eu aucune conclusion de fait à cet égard. En ce qui concerne la substance juridique des opérations, la Cour a déclaré ce qui suit :

[...] Comme je l'ai déjà expliqué, le par. 111(5) reflète la proposition selon laquelle, lorsque l'identité du contribuable a effectivement changé, la continuité au cœur de la règle sur le report de pertes prévue à l'al. 111(1)a) n'existe plus. De ce point de vue, le même résultat a été atteint par le truchement des opérations contestées. En effet, les opérations de réorganisation ont entraîné la transformation quasi totale de l'appelante : ses actifs et passifs ont été transférés à Newco, si bien qu'il ne restait que ses attributs fiscaux. En d'autres termes, l'appelante a été vidée de tout vestige de son ancienne « vie » en tant que personne morale et elle est devenue une coquille vide dotée d'attributs fiscaux.³³

³³ Ibid., par. 124.

Fait intéressant, la Cour était d'avis que beaucoup de choses avaient été faites pour modifier les droits légaux et l'identité de l'appelante. Compte tenu des traditions du droit fiscal au Canada, il faudra beaucoup de temps et d'expérience pour commencer à apprécier l'incidence d'un aspect de substance économique dans la RGAE.

Observations finales

La décision rendue dans l'affaire *Deans Knight* n'est pas trop surprenante à la lumière des faits extrêmes en l'espèce. Si le conseil d'administration et la direction de Forbes avaient procédé à la recapitalisation et au redémarrage – sans un interlocuteur comme Matco et peut-être en mobilisant des capitaux auprès des mêmes investisseurs – le résultat aurait peut-être été différent (sous réserve de l'article 256.1 promulgué subséquemment). Comme toujours dans les affaires sur la RGAE, le contexte factuel est un point fondamental.

Bien qu'il y ait peu de raisons de s'inquiéter des décisions sur la RGAE rendues jusqu'à présent par la CSC à ce jour, nous partageons dans une certaine mesure la préoccupation de la juge Côté selon laquelle l'approche de la Cour pour déterminer l'objet et l'esprit pourrait entraîner l'exercice d'un pouvoir judiciaire discrétionnaire à un niveau malsain. Cela pourrait à son tour enhardir l'ARC, augmenter les coûts administratifs et en matière de conformité ainsi que miner la confiance envers le système. Comme l'arrêt *Deans Knight* confirme que même les règles anti-évitement spécifiques rédigées avec soin ne sont pas à l'abri des abus, plusieurs autres régimes complexes pourraient également faire l'objet d'une détermination de leur raison d'être sous-jacente dans les futures affaires sur la RGAE. À certains égards, l'affaire *Deans Knight* était relativement simple, impliquant une disposition principale et quelques règles à l'appui. De nombreux régimes – par exemple, les règles fiscales internationales et les règles sur la réorganisation des sociétés – sont plus complexes et comportent davantage de limites (certaines arbitraires, d'autres en fait négociées avec les parties prenantes), ce qui justifie la retenue préconisée par la juge Côté. Il faut dire en toute justice que cette retenue a été exercée par la Cour dans l'arrêt *Alta Energy*.

Nous avons indiqué dès le départ que le ministère des Finances craignait peut-être que la Cour suprême du Canada accueille l'appel interjeté dans l'affaire *Deans Knight*, un résultat qui a peut-être suscité une réponse législative. Plutôt que ce scénario, la Couronne a remporté une victoire décisive.

Comment Deloitte peut-il vous aider?

Les professionnels de Deloitte peuvent vous aider à comprendre l'incidence que cette décision peut avoir sur votre entreprise.

Si vous avez des questions sur l'un ou l'autre des points ci-dessus, veuillez communiquer avec votre conseiller de Deloitte ou l'une des personnes mentionnées dans cette alerte.



Deloitte S.E.N.C.R.L./s.r.l.
Bay Adelaide Centre, East Tower
8 Adelaide Street West, bureau 200
Toronto (Ontario) M5H 0A9
Canada

Deloitte offre des services dans les domaines de l'audit et de la certification, de la consultation, des conseils financiers, des conseils en gestion des risques, de la fiscalité et d'autres services connexes à de nombreuses sociétés ouvertes et fermées dans différents secteurs. Deloitte sert quatre entreprises sur cinq du palmarès Fortune Global 500^{MD} par l'intermédiaire de son réseau mondial de cabinets membres dans plus de 150 pays et territoires, qui offre les compétences de renommée mondiale, le savoir et les services dont les clients ont besoin pour surmonter les défis d'entreprise les plus complexes. Deloitte S.E.N.C.R.L./s.r.l., société à responsabilité limitée constituée en vertu des lois de l'Ontario, est le cabinet membre canadien de Deloitte Touche Tohmatsu Limited. Deloitte désigne une ou plusieurs entités parmi Deloitte Touche Tohmatsu Limited, société fermée à responsabilité limitée par garanties du Royaume-Uni, ainsi que son réseau de cabinets membres dont chacun constitue une entité juridique distincte et indépendante. Pour une description détaillée de la structure juridique de Deloitte Touche Tohmatsu Limited et de ses sociétés membres, voir www.deloitte.com/ca/apropos.

Notre raison d'être mondiale est d'avoir une influence marquante. Chez Deloitte Canada, cela se traduit par la création d'un avenir meilleur en accélérant et en élargissant l'accès au savoir. Nous croyons que nous pouvons concrétiser cette raison d'être en incarnant nos valeurs communes qui sont d'ouvrir la voie, de servir avec intégrité, de prendre soin les uns des autres, de favoriser l'inclusion et de collaborer pour avoir une influence mesurable.

Pour en apprendre davantage sur les quelque 330 000 professionnels de Deloitte, dont plus de 11 000 professionnels font partie du cabinet canadien, veuillez nous suivre sur [LinkedIn](#), [Twitter](#), [Instagram](#) ou [Facebook](#).

© Deloitte S.E.N.C.R.L./s.r.l. et ses sociétés affiliées.

Le présent document a été préparé dans le seul but de fournir des renseignements généraux. Les renseignements qu'il contient ne constituent pas des services ou des conseils comptables, fiscaux, juridiques, de placements ou tout autre type de services ou conseils professionnels de toute autre nature. Avant de prendre des décisions ou de mettre en place des mesures qui pourraient avoir une incidence sur vos finances personnelles ou votre entreprise, vous devriez discuter avec un conseiller professionnel qualifié. Deloitte ne fait aucune déclaration et ne donne aucune garantie, formelle ou implicite, relativement au présent document et à l'information qu'il contient. Deloitte décline toute responsabilité quant aux erreurs que ce document pourrait contenir, que ces erreurs découlent d'une négligence ou autre, ou quant aux pertes causées de quelque façon que ce soit à toute personne qui se fonde sur cette information. Vous utilisez le présent document à vos propres risques.

Pour vous désabonner de cette liste d'envoi, veuillez répondre à ce courriel en indiquant « Désabonner » comme objet.