

2023 numéro 23
29 mai 2023

FiscAlerte – Canada

La Cour suprême du Canada applique la RGAE dans l'affaire *Deans Knight*

Nos bulletins *FiscAlerte* traitent des nouvelles, événements et changements législatifs de nature fiscale touchant les entreprises canadiennes. Ils présentent des analyses techniques sommaires vous permettant de rester bien au fait de l'actualité fiscale. Pour en savoir davantage, veuillez communiquer avec votre conseiller EY ou EY Cabinet d'avocats.

Le 26 mai 2023, la Cour suprême du Canada (la « CSC ») a rendu son arrêt dans l'affaire *Deans Knight Income Corp. c. Canada*, 2023 CSC 16. La CSC a rejeté l'appel de la contribuable. L'appel concernait l'application de la règle générale anti-évitement (la « RGAE ») prévue à l'article 245 de la *Loi de l'impôt sur le revenu* (la « LIR ») aux opérations effectuées par la contribuable en vue de monétiser des pertes autres qu'en capital inutilisées et d'autres déductions et permettant techniquement d'éviter l'application de la restriction sur l'acquisition de contrôle prévue au paragraphe 111(5) de la LIR.

Le paragraphe 111(5) empêche l'utilisation des pertes autres qu'en capital lorsque le contrôle d'une société a été acquis, à moins que la société exploite la même entreprise ou une entreprise semblable. Il est reconnu depuis longtemps que la notion de « contrôle » au paragraphe 111(5) renvoie au contrôle *de jure*.

Par décision majoritaire de sept contre un, la CSC a conclu que les opérations étaient abusives au motif que le résultat des opérations avait contrecarré la raison d'être sous-jacente du paragraphe 111(5), ce qui était suffisant pour disposer du pourvoi. Selon la CSC, le paragraphe 111(5) a pour objet et esprit d'empêcher que des sociétés soient acquises par des parties non liées dans le but de déduire les pertes inutilisées de ces sociétés du revenu d'une autre entreprise au profit de nouveaux actionnaires. Les opérations effectuées par la contribuable avaient permis d'atteindre le résultat que le paragraphe 111(5) vise à empêcher et étaient donc abusives.

Après les opérations en cause dans l'affaire *Deans Knight*, la LIR a été modifiée par l'ajout de l'article 256.1 pour mettre un frein au type de planification employé par la contribuable dans cette affaire (de même qu'à d'autres opérations de commerce de pertes sans acquisition de contrôle). L'arrêt de la CSC demeurera toutefois important, notamment en ce qui a trait à l'application de la RGAE lorsque l'application d'une règle anti-évitement particulière (« RAEP ») a été évitée.

Faits

La contribuable était une société publique dont les actions étaient cotées à la Bourse de Toronto et au NASDAQ. Cependant, l'entreprise de la contribuable n'était pas rentable et, en 2007, la contribuable était au bord de l'insolvabilité. Malgré l'accumulation de près de 90 millions de dollars en attributs fiscaux inutilisés, il était devenu improbable que la contribuable soit en mesure d'utiliser elle-même ses attributs fiscaux. Un plan a plutôt été conçu pour que les attributs fiscaux soient monétisés dans le cadre d'une série d'opérations comprenant la réorganisation de la société suivie d'une prise de contrôle par une autre société.

Au début de 2008, la contribuable a fait l'objet d'une réorganisation au moyen d'un plan d'arrangement approuvé par le tribunal prévoyant l'échange des actions de la contribuable contre des actions d'une société nouvellement constituée (« NewCo »). La contribuable est donc devenue une filiale en propriété exclusive de NewCo.

Ensuite, la contribuable et NewCo ont conclu une convention (la « convention d'investissement ») avec un tiers non lié, AcquireCo. Aux termes de la convention d'investissement, AcquireCo a acquis une débenture convertible de la contribuable s'élevant à 3 millions de dollars. La débenture pouvait être convertie en 35 % des actions avec droit de vote et 100 % des actions sans droit de vote de la contribuable que NewCo détenait (soit environ 79 % des actions de la contribuable). En outre, NewCo pouvait, sans y être obligée, vendre les actions de la contribuable qu'elle détenait encore (soit 65 % des actions avec droit de vote de la contribuable) à AcquireCo pour un montant minimal garanti de 800 000 \$. La convention d'investissement prévoyait que si AcquireCo ne présentait pas une occasion d'affaires acceptable à NewCo pour l'utilisation des attributs fiscaux de la contribuable dans un délai donné, AcquireCo serait tout de même tenue de payer à NewCo le montant minimal garanti de 800 000 \$. NewCo ne renoncerait aux 800 000 \$ que si AcquireCo présentait une occasion d'affaires et que NewCo la refusait. La convention d'investissement prévoyait aussi que s'il survenait une acquisition du contrôle de NewCo ou de la contribuable, alors NewCo serait tenue de racheter la débenture convertible d'AcquireCo et de lui payer 1 million de dollars supplémentaires.

Avant la signature de la convention d'investissement, le directeur général d'AcquireCo avait acheté 100 actions de la contribuable par l'entremise d'une société de portefeuille afin d'empêcher que la convention d'investissement constitue une convention unanime des

actionnaires de la contribuable. AcquireCo a ainsi évité d'acquérir le contrôle de la contribuable. L'actif (y compris les 3 millions de dollars de la débenture convertible) et le passif de la contribuable ont ensuite été transférés à NewCo, de sorte que la contribuable ne conservait seulement que ses attributs fiscaux.

AcquireCo a tenté de trouver une occasion d'affaires pour la contribuable et NewCo qui permettrait de générer suffisamment de profits pour permettre l'utilisation des attributs fiscaux. Dans le cadre de ses recherches, AcquireCo a trouvé une société de gestion de fonds communs de placement (« FundCo ») qui souhaitait investir dans des instruments de créance à haut rendement. Aux termes de l'arrangement conclu, FundCo utiliserait la contribuable comme véhicule pour un premier appel public à l'épargne (« PAPE »). Les attributs fiscaux de la contribuable seraient ensuite utilisés comme abri fiscal pour le revenu et les gains en capital générés par le portefeuille de FundCo.

Tout juste avant le PAPE, AcquireCo a converti sa débenture en 35 % des actions avec droit de vote et 100 % des actions sans droit de vote de la contribuable, puis, tout de suite après (alors que les actions de la contribuable étaient largement réparties), elle a acheté les 65 % d'actions que NewCo détenait encore dans la contribuable. AcquireCo a ainsi évité d'acquérir le contrôle de la contribuable.

L'entreprise de placement dans des obligations à haut rendement a eu du succès, de sorte que, de 2009 à 2012, la contribuable a pu utiliser environ 65 millions de dollars d'attributs fiscaux pour réduire son obligation fiscale et verser de gros dividendes à ses actionnaires. L'Agence du revenu du Canada a établi une nouvelle cotisation afin de refuser les déductions de la contribuable. La contribuable a interjeté appel de la nouvelle cotisation devant la Cour canadienne de l'impôt (la « CCI »).

Décision de la CCI

Même si la CCI était saisie de deux questions, la principale était de savoir si la RGAE s'appliquait pour refuser la déduction des attributs fiscaux¹. La CCI a déterminé que la RGAE ne s'appliquait pas puisque les opérations n'étaient pas abusives.

La CCI a conclu que l'objet et l'esprit du paragraphe 111(5) appelaient « la restriction des manipulations des pertes d'une société par une nouvelle personne ou un nouveau groupe de personnes qui assume le contrôle effectif des actions de la société » [soulignement ajouté]. Selon la CCI, le critère du contrôle *de jure* permet de déterminer si la société participe librement à une opération ou si elle en est une participante passive, à la solde d'une nouvelle personne ou d'un nouveau groupe de personnes dont le seul motif est de tirer avantage de ses pertes.

¹ *Deans Knight Income Corporation c. La Reine*, 2019 CCI 76.

La CCI a estimé qu'AcquireCo n'avait pas acquis le « contrôle effectif » malgré les changements relatifs à la direction, aux activités commerciales, à l'actif et à la dénomination de la contribuable après le PAPE. De plus, selon la CCI, AcquireCo n'avait pas le contrôle effectif des autres actions de la contribuable, puisqu'aux termes de la convention d'investissement, NewCo n'était pas tenue de lui vendre les 65 % d'actions qu'elle détenait encore.

Décision de la Cour d'appel fédérale

La Couronne a interjeté appel de la décision de la CCI devant la Cour d'appel fédérale (la « CAF »)². La CAF a accueilli l'appel et conclu que les opérations effectuées par la contribuable étaient abusives.

La CAF a affirmé que l'objet et l'esprit du paragraphe 111(5) étaient de « vise[r] à restreindre l'utilisation de certaines pertes, y compris les pertes autres que les pertes en capital, lorsqu'une personne ou un groupe de personnes acquiert le contrôle réel des actions d'une société, par un contrôle *de jure* ou autrement » [soulignement ajouté]. La CAF a conclu que les clauses de la convention d'investissement avaient conféré à AcquireCo le « contrôle réel » des actions de la contribuable, tant en général que pour l'approbation de l'occasion d'affaires. Par conséquent, la RGAE s'appliquait, et l'avantage fiscal devait être refusé.

Arrêt de la CSC

La CSC a confirmé la décision de la CAF qui statuait que les opérations étaient abusives et que la RGAE s'appliquait pour refuser les avantages fiscaux.

La CSC a réitéré que l'analyse nécessaire pour l'application de la troisième condition de la RGAE - soit celle du caractère abusif des opérations d'évitement - exige (1) de déterminer l'objet et l'esprit des dispositions pertinentes, et (2) de décider si le résultat des opérations contrecarre cet objet et cet esprit, comme il est souligné dans les arrêts antérieurs de la CSC *Hypothèques Trustco Canada c. Canada*, 2005 CSC 54, et *Copthorne Holdings Ltd. c. Canada*, 2011 CSC 63.

Selon la CSC, l'objet et l'esprit d'une disposition correspondent à une brève description de la raison d'être qui sous-tend la disposition. Puisque le texte d'une disposition n'explique pas toujours entièrement ce qu'est cette raison d'être, la détermination de la raison d'être sous-jacente demande un examen du texte, du contexte et de l'objet de la disposition. L'analyse contextuelle suppose l'examen d'autres dispositions pertinentes de la LIR qui interagissent avec la disposition en question pour donner lieu à un certain effet. L'analyse téléologique se penche sur l'historique législatif et la preuve extrinsèque pour déterminer si le Parlement a voulu atteindre un certain résultat ou favoriser des objectifs particuliers.

² *Canada c. Deans Knight Income Corporation*, 2021 CAF 160.

Une fois que l'objet et l'esprit d'une disposition ont été établis, l'étape suivante consiste à déterminer si le résultat des opérations contrecarre l'objet et l'esprit de la disposition. Cette analyse va au-delà de la forme juridique des opérations ou de leur respect technique de la disposition; elle doit comparer le résultat des opérations à la raison d'être sous-jacente de la disposition pour déterminer si cette raison d'être a été contrecarrée.

En appliquant le critère susmentionné, la CSC a concentré son analyse uniquement sur le paragraphe 111(5) de la LIR. La CSC a conclu que le paragraphe 111(5) avait pour objet et esprit d'empêcher que des sociétés soient acquises par des parties non liées dans le but de déduire des pertes inutilisées du revenu d'une autre entreprise au profit de nouveaux actionnaires.

La CSC a tiré cette conclusion de ses analyses textuelle, contextuelle et téléologique. En se basant sur le texte du paragraphe 111(5), la CSC a confirmé que le contrôle auquel la disposition fait référence est le contrôle *de jure*, selon son arrêt antérieur *Duha Printers (Western) Ltd. c. Canada*³. Même si dans certains cas le texte de la disposition peut en expliquer entièrement la raison d'être, la CSC a rejeté l'assertion de la contribuable selon laquelle l'objet et l'esprit se limitaient au critère du contrôle *de jure* décrit au paragraphe 111(5) de la LIR. Le texte de la disposition crée une exception selon laquelle les pertes restent déductibles si, après une acquisition de contrôle, la société exploite la même entreprise ou une entreprise semblable. Ainsi, le lien avec les pertes subies dans le passé n'est rompu que lorsque le contrôle a été acquis et qu'il y a rupture avec les activités antérieures de la société - c'est-à-dire un manque de continuité au sein de la société, en fonction à la fois de l'identité de ses actionnaires majoritaires et de ses activités commerciales.

La CSC s'est ensuite penchée sur le contexte général du paragraphe 111(5) dans le régime de la LIR. En examinant l'alinéa 111(1)a), la CSC a conclu que le paragraphe 111(5) sert à circonscrire la portée de l'alinéa 111(1)a), de sorte que les avantages fiscaux associés aux pertes subies avant une acquisition de contrôle ne puissent profiter à un nouvel actionariat qui exploite une entreprise différente. Ainsi, une acquisition de contrôle rompt le lien entre les activités de la société antérieures à l'acquisition et celles qui y sont postérieures.

Selon la CSC, l'existence d'un critère de contrôle *de facto* dans d'autres dispositions de la LIR ne démontre pas l'intention du Parlement de réduire l'objet et l'esprit du paragraphe 111(5) au critère du contrôle *de jure*. Pour la CSC, le Parlement a dû choisir entre deux critères imparfaits, le contrôle *de jure* ou le contrôle *de facto*, et retenu le contrôle *de jure* comme critère général afin de conférer une plus grande certitude et de donner un repère plus clair pour la plupart des opérations. Cependant, le contrôle *de jure* n'explique pas complètement le méfait auquel le Parlement souhaitait s'attaquer. En affirmant cela, la CSC a écarté la position

³ 98 DTC 6334.

de la contribuable selon laquelle, lorsque le Parlement formule une RAEP avec précision, comme le paragraphe 111(5), la RGAE n'est pas censée entrer en jeu.

L'historique législatif du paragraphe 111(5) porte à croire que le Parlement voulait s'attaquer au commerce de sociétés déficitaires, lequel sape l'assiette fiscale et est source d'iniquité entre les contribuables. L'analyse téléologique du paragraphe démontre que, même si les moyens choisis par le Parlement pour répondre à ces préoccupations ont évolué au fil du temps, la raison pour laquelle il a intégré la restriction au report des pertes autres qu'en capital n'a pas changé.

Ainsi, la raison d'être sous-jacente du paragraphe 111(5) est d'empêcher que des sociétés soient acquises par des parties non liées dans le but de déduire les pertes inutilisées de ces sociétés du revenu d'une autre entreprise au profit de nouveaux actionnaires. Essentiellement, l'acquisition de contrôle rompt le lien entre les activités de la société antérieures à l'acquisition et celles qui y sont postérieures, et une partie non liée qui prend les rênes de la société ne devrait pas être en mesure de profiter des avantages découlant des pertes inutilisées de l'entreprise préexistante.

La CSC a affirmé que les tribunaux d'instances inférieures avaient erré en formulant l'objet et l'esprit du paragraphe 111(5) comme un critère juridique (du « contrôle effectif » ou du « contrôle réel »), plutôt que comme l'expression de la raison d'être de la disposition. Le type de contrôle (qu'il soit *de jure*, *de facto*, effectif ou réel) n'indique ni *pourquoi* le Parlement se souciait de l'acquisition du contrôle ni le méfait auquel il voulait s'attaquer au moyen du paragraphe 111(5). La CSC a insisté sur le fait que ce ne sont pas les moyens (le *comment*), mais plutôt la raison d'être (le *pourquoi*) de la disposition qui est cruciale pour définir l'objet et l'esprit d'une disposition. Par conséquent, même si le Parlement a opté pour le contrôle *de jure* comme critère pour le paragraphe 111(5), cela n'explique pas, en soi, la raison d'être sous-jacente de ce que le paragraphe visait à réaliser ou à prévenir. Comme l'a résumé la CSC, la raison d'être du paragraphe 111(5) est d'empêcher que des sociétés soient acquises par des parties non liées dans le but de déduire des pertes inutilisées du revenu d'une autre entreprise au profit de nouveaux actionnaires, ce qui démontre l'intention du Parlement de refuser les pertes inutilisées aux parties non liées qui prennent les rênes d'une société et qui en changent l'entreprise.

En examinant les opérations en question, la CSC a conclu que le résultat de ces opérations contrecarrait l'objet et l'esprit du paragraphe 111(5). Les opérations ont entraîné une transformation fondamentale de la contribuable : ses actifs et passifs ont été transférés à NewCo et il ne lui restait que ses attributs fiscaux, lesquels ont ensuite été utilisés au profit d'une autre partie non liée pour servir d'abri fiscal aux bénéficiaires d'une entreprise complètement différente de celle ayant produit les attributs fiscaux.

Sans déclencher une acquisition de contrôle, AcquireCo est parvenue à l'« équivalent fonctionnel » d'une acquisition de contrôle. Elle a transformé fondamentalement les actifs, les

passifs, l'identité des actionnaires et l'entreprise au moyen de la convention d'investissement. Cette équivalence fonctionnelle d'une acquisition de contrôle est démontrée par les faits suivants : la convention d'investissement dictait qui seraient les administrateurs de la contribuable et restreignait grandement les pouvoirs du conseil d'administration; il était interdit à la contribuable de prendre des mesures sans le consentement écrit d'AcquireCo; et les opérations avaient permis à AcquireCo de retirer des avantages financiers importants. Même si la contribuable a avancé qu'elle pouvait toujours agir librement, la CSC a statué que toute liberté résiduelle conférée par la convention d'investissement était illusoire. Il était interdit à la contribuable de se livrer à toute activité autre que d'envisager une occasion d'affaires présentée par AcquireCo. La contribuable n'existait donc que pour servir de coquille pour l'occasion d'affaires choisie par AcquireCo. Refuser l'occasion d'affaires choisie aurait eu de lourdes conséquences financières pour NewCo en raison de la perte du montant garanti de 800 000 \$. Même si NewCo n'était pas tenue de vendre les actions de la contribuable qu'elle détenait encore, elle ne pouvait raisonnablement les vendre à personne d'autre.

À la lumière de l'objet et de l'esprit du paragraphe 111(5), la CSC a conclu que les opérations effectuées par la contribuable rompaient la continuité qui sous-tend la disposition. Les parties contractantes avaient effectué la série d'opérations dans le but de commettre le méfait même que le paragraphe 111(5) visait à prévenir. Par conséquent, le résultat obtenu par ces opérations contrecarrait la raison d'être du paragraphe 111(5) et constituait un abus.

Incidences

La CSC a insisté sur le fait que la bonne approche pour déterminer l'objet et l'esprit d'une disposition dans une analyse relative à la RGAE se fonde sur la raison d'être sous-jacente de la disposition. La première étape de l'analyse du caractère abusif n'est pas un critère juridique, mais plutôt un résumé descriptif de la raison qui sous-tend la disposition, soit la conduite que le Parlement souhaitait encourager ou prévenir.

L'analyse du caractère abusif sera donc axée sur la raison pour laquelle la disposition a été rédigée (le *pourquoi*) plutôt que sur la façon dont la disposition a été rédigée (le *comment*), grâce à un examen du texte, du contexte et de l'objet de la disposition en cause.

Si la RAEP prévue à l'article 256.1 empêche désormais les opérations précises effectuées dans cette affaire, tout comme d'autres opérations de « commerce de pertes », le raisonnement de la CSC se répercutera vraisemblablement sur de futures affaires dans lesquelles le contribuable aura effectué des opérations visant à éviter l'application d'une RAEP. Comme le déclare la CSC (au paragraphe 72) : « En termes simples, les dispositions spécifiques rédigées minutieusement sont, elles aussi, susceptibles d'abus. Comme à l'égard de toute autre disposition, la RGAE garantit que la raison d'être de telles dispositions n'est pas contrecarrée par des stratégies fiscales abusives. »

Bien entendu, il faudra voir quel effet les modifications proposées à la RGAE dans le budget fédéral de 2023⁴ auront sur le corpus de la jurisprudence, qui s'étend de l'instauration de la RGAE en 1987 jusqu'à ce dernier arrêt de la CSC.

Pour en savoir davantage

Pour en savoir davantage sur la RGAE, veuillez communiquer avec votre conseiller EY ou EY Cabinet d'avocats ou avec l'un des professionnels suivants :

Montréal

Marie-Claude Marcil

+1 514 879 8208 | marie-claude.marcil@ca.ey.com

Angelo Nikolakakis

+1 514 879 2862 | angelo.nikolakakis@ca.ey.com

Toronto

Daniel Sandler

+1 416 723 0016 | daniel.sandler@ca.ey.com

David Robertson

+1 403 206 5474 | david.d.robertson@ca.ey.com

Selena Ing

+1 416 943 4567 | selena.ing@ca.ey.com

Calgary

Sanjaya Ranasinghe

+1 780 441 4692 | sanjaya.ranasinghe@ca.ey.com

Jonathan Ip

+1 403 206 5409 | jonathan.ip@ca.ey.com

⁴ Pour en savoir plus, consultez le bulletin *FiscAlerte* 2023 numéro 20 d'EY, [Budget fédéral de 2023-2024](#).

EY | Travailler ensemble pour un monde meilleur

La raison d'être d'EY est de travailler ensemble pour bâtir un monde meilleur, de contribuer à créer de la valeur à long terme pour ses clients, ses gens et la société, et de renforcer la confiance à l'égard des marchés financiers.

S'appuyant sur les données et la technologie, les équipes diversifiées d'EY réparties dans plus de 150 pays instaurent la confiance grâce à des mécanismes de contrôle, et aident les clients à croître, à se transformer et à exercer leurs activités.

Que ce soit dans le cadre de leurs services de certification, de consultation, de stratégie, de fiscalité ou de transactions, ou encore de leurs services juridiques, les équipes d'EY posent de meilleures questions pour trouver de nouvelles réponses aux enjeux complexes du monde d'aujourd'hui.

EY désigne l'organisation mondiale des sociétés membres d'Ernst & Young Global Limited, et peut désigner une ou plusieurs de ces sociétés membres, lesquelles sont toutes des entités juridiques distinctes. Ernst & Young Global Limited, société à responsabilité limitée par garanties du Royaume-Uni, ne fournit aucun service aux clients. Des renseignements sur la façon dont EY collecte et utilise les données à caractère personnel ainsi qu'une description des droits individuels conférés par la réglementation en matière de protection des données sont disponibles sur le site ey.com/fr_ca/privacy-statement. Pour en savoir davantage sur notre organisation, visitez le site ey.com.

À propos des Services de fiscalité d'EY

Les professionnels de la fiscalité d'EY à l'échelle du Canada vous offrent des connaissances techniques approfondies, tant sur le plan national qu'international, alliées à une expérience sectorielle, commerciale et pratique. Notre éventail de services axés sur la réalisation d'économies d'impôts est soutenu par des connaissances sectorielles pointues. Nos gens de talent, nos méthodes convergentes et notre engagement indéfectible envers un service de qualité vous aident à établir des assises solides en matière d'observation et de déclaration fiscales ainsi que des stratégies fiscales viables pour favoriser la réalisation du potentiel de votre entreprise. Voilà comment EY se distingue.

Pour plus d'information, veuillez consulter le site https://www.ey.com/fr_ca/tax.

À propos d'EY Cabinet d'avocats

EY Cabinet d'avocats s.r.l./s.e.n.c.r.l. est un cabinet d'avocats national, affilié à EY au Canada, spécialisé en droit fiscal, en immigration à des fins d'affaires et en droit des affaires.

Pour plus d'information, veuillez consulter le site https://www.eylaw.ca/fr_ca.

À propos des Services en droit fiscal d'EY Cabinet d'avocats

EY Cabinet d'avocats compte l'une des plus grandes équipes spécialisées en matière de planification et de contestation fiscales du pays. Le cabinet a de l'expérience dans tous les domaines de la fiscalité, dont la fiscalité des sociétés, le capital humain, la fiscalité internationale, la fiscalité transactionnelle, les taxes de vente, les douanes et l'accise.

Pour plus d'information, veuillez consulter le site https://www.eylaw.ca/fr_ca/services/tax-law-services.

© 2023 Ernst & Young s.r.l./s.e.n.c.r.l. Tous droits réservés.

Société membre d'Ernst & Young Global Limited.

La présente publication ne fournit que des renseignements sommaires, à jour à la date de publication seulement et à des fins d'information générale uniquement. Elle ne doit pas être considérée comme exhaustive et ne peut remplacer des conseils professionnels. Avant d'agir relativement aux questions abordées, communiquez avec EY ou un autre conseiller professionnel pour en discuter dans le cadre de votre situation personnelle. Nous déclinons toute responsabilité à l'égard des pertes ou dommages subis à la suite de l'utilisation des renseignements contenus dans la présente publication.

ey.com/fr_ca