

Référence : 2011 CCI 507

Date : 20111221

Dossier : 2007-4998(IT)G

ENTRE :

GLOBAL EQUITY FUND LTD.,

appelante,

et

SA MAJESTÉ LA REINE,

intimée.

[TRADUCTION FRANÇAISE OFFICIELLE]

MOTIFS DU JUGEMENT MODIFIÉS

(Les présents motifs du jugement sont modifiés seulement pour remettre en forme l'annexe afin que la version électronique des motifs puisse être lisible. Aucune modification n'a été apportée au texte même des motifs.)

La juge Woods

Introduction

[1] Dans son année d'imposition 2001, Global Equity Fund Ltd. (« Global ») a effectué une série d'opérations entraînant une perte d'environ 5 600 000 \$. La déduction de cette perte a eu pour effet d'éliminer la plus grande partie des impôts que Global devait en vertu de la *Loi de l'impôt sur le revenu* (la « Loi ») pour les années d'imposition 1999, 2000 et 2001. La question en l'espèce est de savoir si la règle générale anti-évitement (la « RGAÉ ») doit être appliquée à ces opérations.

[2] Le résumé ci-dessous décrit diverses étapes de cette série d'opérations, et montre comment la perte a été obtenue.

- a) Global a souscrit pour 5 600 250 \$ d'actions ordinaires d'une filiale nouvellement constituée (« la nouvelle société »).
- b) La nouvelle société a émis à Global, sous forme de dividende en actions, des actions privilégiées. Ces actions privilégiées, dont le capital versé s'élevait à 56 \$, étaient rachetables au gré de l'émetteur et du porteur au prix de 5 600 250 \$. Le dividende en actions a entraîné l'inclusion d'une somme de 56 \$ dans le revenu de Global.
- c) Le dividende en actions a eu pour effet de réduire à un montant symbolique la juste valeur marchande des actions ordinaires de la nouvelle société, sans pour autant affecter leur prix de base rajusté. Global a alors disposé des actions ordinaires qu'elle détenait dans la nouvelle société, essayant ainsi une perte de 5 600 250 \$.

[3] Global a fait l'objet de nouvelles cotisations pour ses années d'imposition 1999, 2000 et 2001, dans lesquelles on refusait la déduction de la perte de 5 600 250 \$ subie à la disposition des actions de la nouvelle société.

[4] Il est clair que la perte à laquelle a donné lieu la série d'opérations en question est tout à fait artificielle. Cette perte résulte uniquement d'un jeu d'écritures, et il n'y a eu en fait aucune perte financière.

[5] D'autres contribuables ont eu recours à des stratégies analogues reposant sur des dividendes en actions pour produire des pertes. Dans deux décisions récentes, la Cour a jugé que la RGAÉ devait être appliquée à des opérations semblables entraînant des pertes en capital : *Triad Gestco Ltd. c. La Reine*, 2011 CCI 259, et *1207192 Ontario Inc. c. La Reine*, 2011 CCI 383. Ces décisions sont actuellement en appel.

[6] L'avocate de l'intimée fait valoir que le plan mis en œuvre par Global avait ceci de particulier que la perte qui en a découlé a été déclarée en tant que perte d'entreprise et non comme perte en capital. L'intimée ne s'oppose pas à ce que la perte en question soit ainsi qualifiée de perte d'entreprise, et je n'ai pas à émettre de doutes à cet égard.

[7] Global affirme pour sa part que la RGAÉ ne s'applique pas en l'espèce, les opérations en cause ayant essentiellement eu pour objet de la protéger de ses créanciers. Elle fait en outre valoir qu'en tout état de cause, les opérations en question

n'entraînaient aucun évitement fiscal abusif, parce que la Loi ne comporte aucun principe général interdisant la déduction d'une perte d'entreprise artificielle.

[8] Pour les motifs ci-dessous, j'ai conclu que Global doit obtenir gain de cause pour ce qui est de la question de la RGAÉ. C'est à la Couronne de démontrer qu'il y a eu abus au regard de la Loi, et j'estime qu'elle n'y est pas parvenue en l'espèce.

[9] Malgré l'issue de l'appel, le lecteur ne doit pas se hâter de conclure que la RGAÉ n'est pas applicable à ce type d'opérations. Le résultat aurait peut-être été davantage comme celui des arrêts *Triad Gestco* et *1207192 Ontario* si l'intimée avait soulevé d'autres arguments.

[10] L'avis d'appel signifié par Global soulevait diverses autres questions, mais les parties les ont réglées avant la tenue de l'audience.

Vue d'ensemble

[11] Global a été constituée en société le 29 janvier 1999, ses activités étant l'investissement dans les facilités de crédit et les placements privés. La société a été fondée par Riaz Mamdani, homme d'affaires de Calgary ayant des intérêts dans l'immobilier et les entreprises naissantes.

[12] L'unique actionnaire de Global est une fiducie dont les bénéficiaires comprennent M. Mamdani, son épouse, leurs enfants, petits-enfants, parents, frères et sœurs, neveux et nièces (la « fiducie familiale »). À l'époque des opérations en cause, M. Mamdani et son épouse, Zainool Mamdani, avaient deux enfants en bas âge.

[13] En 2000, M. Mamdani a retenu les services de Kim Moody, comptable fiscaliste. M. Mamdani avait besoin d'aide pour s'occuper de certaines ordonnances judiciaires l'enjoignant de produire ses déclarations de revenus personnelles, qui se faisaient attendre. La relation entre les deux hommes s'est développée, M. Moody est devenu le conseiller fiscal et commercial de M. Mamdani et ils ont commencé à se rencontrer chaque semaine.

[14] Un jour, M. Mamdani a demandé à M. Moody de lui recommander des stratégies qui permettraient à Global de reporter le paiement de ses impôts. Ainsi, le 24 juillet 2001, M. Mamdani a reçu des propositions d'ordre général sur les façons de mettre à l'abri des gains en capital, au moyen notamment de plans comportant des dividendes en actions. Après leur rencontre du 21 août 2001, M. Mamdani et

M. Moody ont retenu les services de Dennis Nerland, avocat spécialisé en droit commercial et en droit fiscal, pour les aider à dresser un plan et à le mettre en œuvre.

[15] Ce plan a été mis en œuvre juste avant le 30 septembre 2001, date de clôture de l'exercice financier de Global.

[16] Suit un résumé plus complet du plan en question.

- a) Une nouvelle société, la 953565 Alberta Ltd. (« la nouvelle société »), a été constituée et Global a souscrit des actions ordinaires de cette société pour la somme de 5 600 250 \$, du financement bancaire ayant été obtenu pour faciliter l'opération.
- b) La nouvelle société a versé à Global un dividende en actions au titre des actions ordinaires détenues par celle-ci en lui émettant des actions privilégiées rachetables au gré de l'émetteur et du porteur pour la somme de 5 600 250 \$ et dont le capital versé s'élevait à 56 \$.
- c) La nouvelle société a, en contrepartie d'un versement de 200 000 \$, émis à Global des actions ordinaires supplémentaires. Il a été admis qu'il s'agissait là d'un maquillage dont le but était de conférer aux actions ordinaires une certaine valeur.
- d) Les actions ordinaires de Global ont été vendues en contrepartie d'une somme de 200 000 \$, l'acquéreur étant une nouvelle fiducie dont les bénéficiaires étaient les enfants et petits-enfants de M. Mamdani (la « fiducie des enfants »).
- e) Global a emprunté 5 600 000 \$ à la nouvelle société. Ce prêt, portant intérêt au taux préférentiel plus 2 p. 100, comportait une clause de participation de 25 p. 100 dans l'augmentation de la juste valeur marchande des actifs de Global, tant que le prêt demeurerait en partie impayé. Les modalités de ce prêt ont été modifiées quelques mois plus tard, les intérêts étant supprimés et la participation dans l'entreprise étant portée à 50 p. 100.
- f) Pour garantir le prêt en question, Global a accordé à la nouvelle société une garantie sur ses biens. La garantie a été enregistrée en application de la loi de l'Alberta.

[17] L'ensemble de ces opérations, à l'exception possible de f), a eu lieu vers la fin du mois de septembre 2001.

[18] À l'époque où le plan a été mis en œuvre, on envisageait que la perte puisse constituer une perte d'entreprise aux fins de l'impôt, étant donné que les activités de Global étaient exercées dans le domaine des opérations sur valeurs mobilières (pièce A-2, onglet 4).

[19] Dans l'état des résultats et le bilan accompagnant la déclaration de revenus de Global pour l'année 2001, les opérations décrites ci-dessus sont présentées comme entraînant une augmentation de la perte d'exploitation de Global. Plus particulièrement, la somme de 56 \$ y figure à titre de revenu provenant du dividende en actions, et le prix de souscription des actions ordinaires de la nouvelle société y est déduit en tant que partie du coût des ventes. Tout cela entraînait pour Global une perte d'exploitation nette de 5 600 194 \$, qui ont donné lieu à des bénéfices non répartis négatifs importants qui ont été portés à son bilan.

[20] Lors de son témoignage, M. Mamdani a dit avoir su que le plan en question pourrait procurer un avantage fiscal, mais a affirmé que son but était essentiellement de se protéger contre ses créanciers.

[21] En 2000, des poursuites sont intentées, aux États-Unis, contre Jaws Technologies Inc. (« Jaws »). M. Mamdani comptait parmi les administrateurs de Jaws et s'occupait activement des affaires de cette entreprise dans laquelle Global avait investi.

[22] En mai 2001, M. Mamdani est joint au procès contre Jaws en tant que partie défenderesse, Global étant elle-même, le 1^{er} août 2001, nommée en tant que partie défenderesse (mais pas assignée).

[23] Au début de 2001, M. Mamdani a cessé d'agir à titre d'administrateur de Jaws et, le 1^{er} août 2001, a renoncé à ses fonctions de fiduciaire de la fiducie familiale. Le 26 septembre 2001, il a également cessé d'exercer ses fonctions d'administrateur de Global et de la nouvelle société.

Principes d'interprétation applicables à la RGAÉ

[24] Il convient, pour interpréter la RGAÉ, d'appliquer les principes dégagés par la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *Hypothèques Trustco Canada c. La Reine*,

2005 CSC 54, 2005 DTC 5523 (« *Trustco* »). Il est utile de reproduire ici le résumé que la Cour suprême a, à cette occasion, fait de ces principes :

[66] L'approche relative à l'art. 245 de la *Loi de l'impôt sur le revenu* peut se résumer ainsi.

1. Trois conditions sont nécessaires pour que la RGAÉ s'applique :
 - (1) il doit exister un avantage fiscal découlant d'une opération ou d'une série d'opérations dont l'opération fait partie (par. 245(1) et (2));
 - (2) l'opération doit être une opération d'évitement en ce sens qu'il n'est pas raisonnable d'affirmer qu'elle est principalement effectuée pour un objet véritable — l'obtention d'un avantage fiscal n'étant pas considérée comme un objet véritable;
 - (3) il doit y avoir eu évitement fiscal abusif en ce sens qu'il n'est pas raisonnable de conclure qu'un avantage fiscal serait conforme à l'objet ou à l'esprit des dispositions invoquées par le contribuable.
2. Il incombe au contribuable de démontrer l'inexistence des deux premières conditions, et au ministre d'établir l'existence de la troisième condition.
3. S'il n'est pas certain qu'il y a eu évitement fiscal abusif, il faut laisser le bénéfice du doute au contribuable.
4. Les tribunaux doivent effectuer une analyse textuelle, contextuelle et téléologique unifiée des dispositions qui génèrent l'avantage fiscal afin de déterminer pourquoi elles ont été édictées et pourquoi l'avantage a été conféré. Le but est d'en arriver à une interprétation téléologique qui s'harmonise avec les dispositions de la Loi conférant l'avantage fiscal, lorsque ces dispositions sont lues dans le contexte de l'ensemble de la Loi.
5. La question de savoir si les opérations obéissent à des motivations économiques, commerciales, familiales ou à d'autres motivations non fiscales peut faire partie du contexte factuel dont les tribunaux peuvent tenir compte en analysant des allégations d'évitement fiscal abusif fondées sur le par. 245(4). Cependant, toute conclusion à cet égard ne constituerait qu'un élément des faits qui sous-tendent l'affaire et serait insuffisante en soi pour établir l'existence d'un évitement fiscal abusif. La question centrale est celle de l'interprétation que les dispositions pertinentes doivent recevoir à la lumière de leur contexte et de leur objet.
6. On peut conclure à l'existence d'un évitement fiscal abusif si les rapports et les opérations décrits dans la documentation pertinente sont dénués de fondement légitime relativement à l'objet ou à l'esprit des dispositions censées conférer

l'avantage fiscal, ou si ces rapports et opérations diffèrent complètement de ceux prévus par les dispositions.

7. Si le juge de la Cour de l'impôt s'est fondé sur une interprétation correcte des dispositions de la *Loi de l'impôt sur le revenu* et sur des conclusions étayées par la preuve, les tribunaux d'appel ne doivent pas intervenir en l'absence d'erreur manifeste et dominante.

[25] Il convient également de reproduire ici l'examen approfondi que la Cour suprême a fait de la charge incombant au contribuable lorsqu'il s'agit de réfuter l'existence d'un avantage fiscal ou d'une opération d'évitement. Au paragraphe 63 de l'arrêt *Trustco*, la Cour suprême établit clairement qu'à cet égard la charge de la preuve n'a rien d'absolu et qu'il y a lieu de tenir compte des considérations normalement applicables aux questions de fait.

[63] La détermination de l'existence d'un avantage fiscal et d'une opération d'évitement au sens des par. 245(1), (2) et (3) commande des décisions relatives aux faits. Voilà pourquoi le fardeau de la preuve est le même que dans n'importe quelle instance fiscale où le contribuable conteste la cotisation établie par le ministre et les présomptions de fait qui la sous-tendent. Au départ, il incombe au contribuable de « réfuter » ou de mettre en doute les présomptions de fait du ministre, en contestant l'existence d'un avantage fiscal ou en démontrant que l'opération visait principalement un objet non fiscal véritable : voir l'arrêt *Hickman Motors Ltd. c. Canada*, [1997] 2 R.C.S. 336, par. 92. Il n'est pas inéquitable d'imposer un tel fardeau, puisque le contribuable connaîtrait vraisemblablement le contexte factuel de l'opération.

Questions préliminaires – Avantage fiscal et série d'opérations

[26] Deux des trois éléments constitutifs de la RGAÉ dégagés dans l'arrêt *Trustco* sont ici en cause : une opération d'évitement et un évitement fiscal abusif. Avant de me pencher sur la question, cependant, je dois cerner de manière plus précise ce qui constitue en l'espèce un avantage fiscal et la série d'opérations en cause.

[27] Selon l'intimée, l'avantage fiscal est en l'espèce l'impôt que Global aurait eu à payer aux termes de la Loi pour ses années d'imposition 1999, 2000 et 2001, si cet impôt n'avait pas été supprimé ou presque, du fait de la perte découlant de la vente des actions de la nouvelle société, sous réserve de l'application de la RGAÉ. Cet argument n'est pas contesté et c'est compte tenu de cela que se développe l'analyse ci-dessous.

[28] J'aurais cru, à vrai dire, qu'en l'espèce l'avantage fiscal en question serait l'avantage auquel a donné lieu toute la série d'opérations et non simplement la vente des actions. La disposition pertinente, en l'occurrence l'alinéa 245(3)b), semble plutôt viser la série. Je n'en dirai pas plus sur ce point, étant donné qu'en l'espèce, la différence ne revêt vraisemblablement guère d'importance.

[29] En ce qui concerne la série d'opérations en cause, les parties ne s'accordent pas sur la question de savoir quelle est, au juste, la série à retenir, mais aucune des parties n'a insisté sur la question dans sa plaidoirie. Selon Global, la série doit comprendre toutes les opérations susmentionnées. L'intimée fait pour sa part valoir qu'il ne convient de retenir qu'un sous-ensemble, plus réduit, d'opérations, c'est-à-dire seules les opérations ayant donné lieu à un avantage fiscal. L'intimée estime notamment qu'il convient d'exclure de la série le prêt accordé à Global et la garantie.

[30] Il n'est pas nécessaire que j'intervienne dans ce débat et je n'entends pas le faire, la question n'affectant en rien ma conclusion. Sans que je me prononce sur ce point, l'analyse ci-dessous porte, de manière générale, sur la série d'opérations que Global proposait que l'on retienne et qui comprend l'ensemble des opérations évoquées plus haut. Je m'y réfère en employant le terme « la série ».

[31] Je suis, en tout état de cause, consciente du fait que la notion de série avancée par l'intimée est pertinente aux fins de la présente analyse, car c'est elle qui figure dans les hypothèses formulées par le ministre. La thèse de l'intimée sur ce sujet a une incidence sur la charge de la preuve. J'en reparlerai ultérieurement.

[32] Passons maintenant aux principales questions en litige.

Y a-t-il eu une opération d'évitement?

a) Introduction

[33] La seconde condition qui entraîne l'application de la RGAÉ, telle qu'elle est énoncée dans l'arrêt *Trustco*, est l'existence d'une « opération d'évitement », au sens du paragraphe 245(3) de la Loi. Aux termes de l'alinéa 245(3)b), pertinent en l'espèce, toute opération faisant partie de la série est une opération d'évitement à moins qu'elle n'ait été principalement effectuée pour des objets véritables autres que l'obtention de l'avantage fiscal.

245(3) L'opération d'évitement s'entend :

[...]

b) soit de l'opération qui fait partie d'une série d'opérations dont, sans le présent article, découlerait, directement ou indirectement, un avantage fiscal, sauf s'il est raisonnable de considérer que l'opération est principalement effectuée pour des objets véritables — l'obtention de l'avantage fiscal n'étant pas considérée comme un objet véritable.

b) Les thèses des parties

[34] La Couronne soutient que la série en cause comprend au moins trois opérations d'évitement, et que celles-ci ont été effectuées uniquement afin d'obtenir un avantage fiscal : le versement d'un dividende en actions, la constitution de la fiducie des enfants et la vente par Global des actions ordinaires de la nouvelle société à la fiducie des enfants.

[35] L'avocate de l'intimée reconnaît que d'autres opérations faisant partie de la série ont offert une certaine protection contre les créanciers et aucun argument n'a été avancé quant à l'objet de la série prise dans son ensemble.

[36] Selon Global, les éléments de preuve produits devant la Cour permettent d'établir qu'aucune des opérations faisant partie de la série n'a été principalement effectuée à des fins fiscales. Elle affirme que chacune des opérations en cause avait pour objet principal de la mettre à l'abri de ses créanciers.

[37] Global conteste également l'hypothèse formulée par le ministre en ce qui concerne l'objet de ces opérations. L'avocat de la société invoque la décision *MRN c. Pillsbury Holdings Ltd.*, 64 DTC 5184, à la page 5188, pour soutenir qu'on peut contester une hypothèse (1) en démontrant qu'elle est en fait erronée, (2) en prouvant que l'hypothèse en question n'appuie pas la position adoptée par le ministre pour établir la cotisation, ou (3) en prouvant que l'hypothèse en question n'a en fait pas été formulée. Selon Global, l'hypothèse en question manifeste des faiblesses sur ces trois points à la fois. Selon Global, cela a pour effet de reporter sur la Couronne la charge de la preuve.

c) Analyse – L'hypothèse en question comporte-t-elle une faille?

[38] En ce qui concerne l'objet des opérations en cause, l'hypothèse pertinente est exposée à l'alinéa 22x) de la réponse modifiée. Elle est rédigée en ces termes :

[TRADUCTION]

22. Pour calculer l'impôt à payer par l'appelante pour les années d'imposition 1999, 2000 et 2001, le ministre s'est fondé sur les hypothèses de fait suivantes :

[...]

x) la série d'opérations en question dans les faits exposés aux alinéas f) à t) ci-dessus n'ont pas été principalement effectuées ou montées pour un objet véritable si ce n'est pour procurer à l'appelante un avantage fiscal.

[39] Peut-être serait-il utile de replacer la question dans son contexte.

[40] L'avocate de l'intimée m'a fait savoir que l'Agence du revenu du Canada (l'« ARC ») avait, après l'envoi des cotisations, modifié son interprétation de l'alinéa 245(3)b), la disposition pertinente. À l'époque où les cotisations ont été établies, il convenait, selon l'ARC, de mettre l'accent sur l'objet de la série d'opérations prise dans son ensemble, et non pas sur l'objet des diverses opérations faisant partie de cette série. C'est ce point de vue que traduit l'hypothèse de fait reproduite ci-dessus. Si, lors de la vérification, l'ARC s'est penchée sur l'objet des opérations prises individuellement, c'était seulement afin d'établir l'objet de la série. (Consignation en preuve de l'interrogatoire de Douglas Boulton, pages 57 à 60.)

[41] À un moment donné, après l'envoi des cotisations, mais avant le dépôt de la réponse initiale, l'ARC a modifié sa manière d'envisager la question, décidant qu'il conviendrait également de porter attention aux opérations prises individuellement. Cette position a été confirmée dans l'arrêt *MacKay c. La Reine*, 2008 CAF 105, 2008 DTC 6238. Ce changement de position figure à titre d'argument avancé respectivement dans la réponse initiale et dans la réponse modifiée, mais cela ne peut évidemment pas changer l'hypothèse de fait retenue au départ.

[42] Le contexte étant précisé, passons aux arguments avancés par Global, qui sont fondés sur les trois possibilités dégagées par la Cour de l'Échiquier dans *Pillsbury Holdings*.

[43] D'abord, Global conteste l'hypothèse retenue par le ministre, qui est, selon elle, erronée. Selon l'avocat de l'appelante, cela ressort de la preuve. L'examen de cet argument exige une évaluation des éléments produits devant la Cour et nous nous y livrerons dans la partie suivante.

[44] Global conteste également l'hypothèse du ministre, faisant valoir que celle-ci n'a pas en fait été soulevée. Les avocats de Global estiment que l'hypothèse en question ne constitue pas une hypothèse de fait. Selon eux, cette hypothèse ne fait que reproduire le libellé de l'alinéa 245(3)b), ce qui, à leurs yeux, ne suffit pas. Global cite à cet égard les commentaires faits par le juge Bowie dans une décision rendue par la Cour sous le régime de la procédure informelle : *Brampton Vee World Motors Ltd. c. La Reine*, 2006 CCI 453, [2006] GSTC 110, au paragraphe 6.

[45] Je ne saurais retenir cet argument. La décision *Brampton Vee* ne permet pas d'affirmer l'existence d'un principe général voulant qu'on ne puisse pas formuler une hypothèse en reprenant les termes d'une disposition législative. La question est essentiellement de savoir si l'hypothèse en question est compréhensible. Si elle est énoncée sous une forme intelligible, elle sera considérée comme correcte. La difficulté, dans l'affaire *Brampton Vee*, était que l'hypothèse était formulée de manière vague et ne permettait guère au contribuable de savoir sur quels faits le ministre s'était fondé. Or, on ne relève aucun défaut à cet égard dans l'hypothèse énoncée à l'alinéa 22x) de la réponse modifiée.

[46] Global fait en outre valoir que l'hypothèse comporte une faille, car elle n'étaye pas la cotisation telle qu'elle a été établie. Elle estime en effet que le ministre aurait dû fonder son hypothèse sur l'objet des opérations prises individuellement, et non pas sur l'objet de la série d'opérations considérée dans son ensemble.

[47] Il est cependant d'après moi inexact de dire que l'hypothèse n'étaye pas la cotisation, et cela pour deux raisons.

[48] D'abord, l'argument invoqué par Global n'est guère logique. En affirmant que l'hypothèse du ministre n'étaye pas la cotisation, Global fait essentiellement valoir que chacune des opérations faisant partie de la série aurait pu être effectuée principalement pour un objet non fiscal, même si la série d'opérations prise dans son ensemble a été principalement effectuée à des fins fiscales. Je ne vois pas comment il pourrait en être ainsi.

[49] L'argument avancé à cet égard par Global va en outre à l'encontre de ce qui a été mentionné dans l'arrêt *MacKay*, au paragraphe 25 :

[...] Si cet objet principal est l'obtention d'un avantage fiscal, toute la série est une opération d'évitement. [...]

[50] L'extrait de l'arrêt *MacKay* reproduit ci-dessus constitue, certes, une remarque incidente, mais on peut logiquement penser que, si la série d'opérations prise dans son ensemble a principalement pour objet l'obtention d'un avantage fiscal, il doit bien y avoir dans cette série au moins une opération d'évitement.

[51] Ensuite, en l'espèce, les opérations qui constituent une série selon le ministre forment un ensemble intégré d'opérations qui ont, collectivement, abouti au résultat en question sur le plan fiscal. Cela étant, il me paraît inconcevable que l'une ou l'autre des opérations faisant partie de cette série puisse avoir eu un objet principal autre que celui de la série prise dans son ensemble.

[52] Et, dernier élément, mais non le moindre, je tiens à souligner que Global n'a pas soulevé ses objections à l'hypothèse exposée à l'alinéa 22x) suffisamment tôt au cours de la procédure. Ses objections ne figurent pas dans les actes de procédure et les avocates de l'intimée semblent avoir été prises au dépourvu lorsque ces arguments ont été avancés lors des conclusions finales. Il est injuste d'avancer, lors des conclusions finales et alors que tous les éléments de preuve ont déjà été produits, de tels arguments qui affectent la charge de la preuve.

[53] On s'en soucie d'autant plus que, dans son exposé préliminaire, l'avocate de l'intimée a situé dans son contexte l'hypothèse en question, affirmant qu'en ce qui concerne l'objet des opérations prises individuellement, la charge de la preuve incombait à Global. L'avocat de Global n'a, à l'époque, élevé aucune objection et a attendu l'étape des conclusions finales pour évoquer la question, c'est-à-dire après la présentation de la preuve. Il a trop tardé.

[54] Compte tenu des circonstances, c'est donc à Global de démontrer à première vue que la série d'opérations, telle que la conçoit le ministre, n'a pas été principalement effectuée en vue de l'obtention d'un avantage fiscal, et que chacune des opérations faisant partie de cette série n'a pas été principalement effectuée en vue d'obtenir un avantage fiscal. Par souci d'exhaustivité, je vais ci-dessous également me prononcer sur la question de savoir si l'on serait parvenu à un résultat différent si la charge de la preuve avait sur ce point incombé à l'intimée.

d) Analyse – L'objet principal des opérations

[55] Quels sont les principes applicables lorsqu'il s'agit de décider s'il y a effectivement eu une opération d'évitement? Voici en quels termes, au paragraphe 29 de l'arrêt *Trustco*, la Cour suprême du Canada s'est exprimée sur ce point :

[29] Là encore, l'examen porte sur les faits. Le contribuable ne peut se soustraire à l'application de la RGAÉ en déclarant simplement que l'opération a été principalement effectuée pour un objet non fiscal. Le juge de la Cour de l'impôt doit soupeser la preuve pour décider s'il est raisonnable de conclure que l'opération n'a pas été principalement effectuée pour un objet non fiscal. Cette décision fait appel au caractère raisonnable, ce qui indique qu'il faut envisager objectivement la possibilité que les événements se prêtent à diverses interprétations.

[56] Il est donc nécessaire de comparer d'un point de vue objectif les objets fiscaux et les objets non fiscaux. Je me pencherai en premier lieu sur l'objet principal de la série, puis sur les opérations individuelles appartenant à cette série.

(i) *L'objet principal de la série*

[57] Il s'agit de savoir si la série d'opérations effectuée par Global avait principalement pour objet de lui procurer un avantage fiscal, ou bien de la mettre à l'abri de ses créanciers.

[58] L'objet fiscal de la série d'opérations ressort clairement des éléments de preuve produits devant la Cour, et cet objet est par ailleurs reconnu par Global. Le plan comprenait une série intégrée d'étapes conçues de manière à éliminer à peu près tout l'impôt dû pour les années d'imposition 1999, 2000 et 2001. Il avait été demandé à M. Moody d'élaborer un plan en ce sens, ce qu'il a fait, et le plan a été mis en œuvre, l'avantage en découlant étant très net. Selon une note datée du 5 octobre 2001 rédigée par M. Moody, un des buts des opérations en question était de contrebalancer le revenu imposable; la planification successorale dans l'intérêt des enfants de M. Mamdani figurait aussi au nombre des objectifs visés (pièce A-2, onglet 4).

[59] L'aspect protection contre les créanciers ressort moins clairement des éléments de preuve produits. La note de M. Moody en date du 5 octobre ne fait aucune mention de la protection contre les créanciers. La preuve de l'existence d'un tel objet dépend en grande partie du témoignage oral de M. Mamdani et de celui de M. Moody et M. Nerland, ses conseillers professionnels.

[60] Ils ont fait état, dans leurs témoignages, de quatre stratégies de protection contre les créanciers : 1) réduire la valeur capitalisée de Global par le gel d'une partie des avoirs de Global en faveur de la fiducie des enfants, dans laquelle M. Mamdani ne possédait aucun intérêt, que ce soit en tant que bénéficiaire ou que fiduciaire, 2) restreindre les choix s'offrant aux créanciers lors de la réalisation des avoirs de Global en accordant à la nouvelle société une garantie sur ces avoirs, 3) augmenter la

valeur de la fiducie des enfants au moyen d'un report d'impôt et 4) décourager les créanciers en faisant état d'un déficit dans le bilan.

[61] La preuve ne me paraît guère convaincante en ce qui concerne l'importance de l'aspect protection contre les créanciers. Il convient d'abord de rappeler que M. Mamdani, M. Moody et M. Nerland ont tous, d'une manière ou d'une autre, un intérêt dans l'issue de ce litige. Leur témoignage doit donc être considéré en tenant compte de cela.

[62] Il est possible qu'ils aient envisagé une stratégie permettant de protéger Global contre ses créanciers, mais l'importance accordée à une telle stratégie me paraît douteuse. Les éléments de preuve concernant l'existence d'un plan détaillé à cet égard et de l'efficacité de ce plan sont insuffisants. Les témoins n'étaient dans l'ensemble pas convaincants à cet égard. Les questions qui leur ont été posées n'ont pas permis d'obtenir une description complète des événements pertinents, et leurs réponses se sont parfois contredites, certaines de leurs déclarations étant trop exagérées pour être crédibles. Cela m'a laissé l'impression que, si tant est que la protection contre les créanciers ait fait partie de la stratégie des opérations effectuées, il se peut qu'on l'ait ajouté afin de réduire les risques posés par la RGAÉ. Voici quelques exemples.

[63] D'abord, bien que M. Mamdani ait longuement témoigné, il n'a donné aucune description détaillée de son rôle dans la planification fiscale qu'il avait demandé à M. Moody d'entreprendre pour Global. Il nous manque un exposé complet des événements pertinents.

[64] Deuxièmement, M. Mamdani a minimisé l'importance de l'avantage fiscal dans son témoignage. Il a déclaré avoir su que les opérations effectuées auraient vraisemblablement une incidence fiscale favorable et dit que cela lui plaisait. Il a cependant tant minimisé l'importance que revêtait à ses yeux cet avantage fiscal que son témoignage n'en était pas plausible.

[65] Une des raisons fournies par M. Mamdani pour expliquer le fait qu'il n'accordait pas une aussi grande importance que cela à l'avantage fiscal en question est qu'à l'époque où les opérations ont été effectuées, l'analyse de leurs incidences fiscales n'était pas encore tout à fait terminée. Cette explication n'est guère plausible. En effet, l'analyse de leurs incidences fiscales était déjà très avancée à l'époque où les opérations ont été effectuées. C'est ce qui ressort clairement de la note du 5 octobre rédigée par M. Moody.

[66] Troisièmement, selon le témoignage de M. Nerland, la réunion qu'il a eue avec M. Mamdani le 10 avril 2000 a porté sur les stratégies permettant de se protéger des créanciers. D'après ses notes, les sujets suivants ont été abordés : [TRADUCTION] « tunnel de taux d'intérêt », « monétisation », « brassage » et « banque à l'étranger ». Selon le témoignage de M. Nerland, tout cela avait trait à des stratégies de protection contre les créanciers. Cela ne s'accorde pas cependant avec la directive qu'il avait donnée pour que les notes prises au cours de cette réunion soient versées dans un nouveau dossier appelé [TRADUCTION] « Planification fiscale ». Les sujets abordés concernaient vraisemblablement davantage la planification fiscale que la protection contre les créanciers.

[67] On note également l'existence d'une lettre rédigée à la suite de cette réunion et dans laquelle M. Nerland décrit une stratégie de [TRADUCTION] « brassage » devant entraîner, sur le plan fiscal, un résultat semblable à celui auquel ont donné lieu les opérations en cause en l'espèce. Lors de son témoignage, M. Nerland a affirmé que, selon cette lettre, le plan avait bien pour objet : la protection contre les créanciers, les mesures permettant de pourvoir à l'éducation des enfants et le gel d'une partie du patrimoine. Cette explication n'est guère plausible.

[68] Quatrièmement, l'avocat de Global a demandé à M. Nerland de décrire l'objet de certaines des opérations faisant partie de la série. On ne l'a cependant pas interrogé sur l'objet de chaque opération. On n'a notamment pas demandé à M. Nerland pourquoi Global avait fait l'acquisition d'actions ordinaires de la nouvelle société. Étant donné qu'on voit mal en quoi cette opération aurait permis de se protéger contre les créanciers, il est peu probable que ce soit par simple inadvertance que la question ne lui ait pas été posée.

[69] Cinquièmement, le témoignage de M. Nerland au sujet de la stratégie de protection contre les créanciers ne m'a pas donné l'impression qu'on avait beaucoup réfléchi à cet aspect là. Ainsi,

- a) Selon le témoignage de M. Nerland, il importait de laisser à Global des avoirs suffisants pour lui permettre d'effectuer les versements qui pourraient lui être imposés à l'issue des poursuites intentées contre Jaws. Cela s'est fait, selon lui, en ne transférant à la nouvelle société qu'une partie des avoirs de Global. Le témoignage de M. Nerland sur la juste valeur marchande des avoirs de Global a cependant été vague, et il me paraît incompatible avec le témoignage de M. Mamdani. M. Nerland n'a en outre pas été en mesure de préciser l'étendue du risque financier encouru par Global en raison des poursuites intentées contre Jaws.

M. Nerland a semblé attribuer au temps écoulé le fait qu'il ne se souvenait pas bien de cela. Il est peu probable que M. Nerland aurait eu autant de mal à s'en souvenir s'il y avait mûrement réfléchi en premier lieu.

- b) Lors de son contre-interrogatoire, M. Nerland n'a pas pu expliquer de manière satisfaisante les raisons pour lesquelles la fiducie des enfants avait été créée. Il a d'abord insisté sur le problème lié au fait que M. Mamdani comptait parmi les fiduciaires de la fiducie familiale. Lorsque l'avocate de l'intimée lui a rappelé que M. Mamdani n'exerçait plus à l'époque les fonctions de fiduciaire, il a dit qu'un risque provenait du fait que M^{me} Mamdani comptait parmi les fiduciaires.
- c) L'explication que M. Nerland a donnée des raisons pour lesquelles l'intérêt annuel sur le prêt avait été supprimé ne correspondait pas au témoignage de M. Mamdani. Selon M. Nerland, il s'agissait de se protéger contre les créanciers. Selon M. Mamdani, cela s'expliquait par des problèmes de trésorerie.
- d) M. Nerland ne savait pas très bien la place qui devait dans tout cela être faite aux créances interentreprises. Il a d'abord expliqué que le prêt consenti à Global par la nouvelle société avait été fractionné, puis cédé. Il a ensuite reconnu que cela était inexact et que le prêt avait en fait été remboursé par cession des créances interentreprises.

[70] Sixièmement, on ne relève guère d'éléments de preuve objectifs indiquant que les actions ordinaires de la nouvelle société détenues par la fiducie des enfants aient pris beaucoup de valeur depuis la mise en œuvre des opérations en cause. Ces actions ordinaires n'auraient de valeur que dans la mesure où la valeur de la nouvelle société dépassait la somme nécessaire au rachat de ses actions privilégiées. Selon certains des éléments de preuve produits, des créances interentreprises ont été transférées à la nouvelle société, mais rien n'indique qu'un intérêt ait été exigé sur ces créances. Cela m'amène à me demander si on voulait effectivement que les actifs de la fiducie des enfants prennent de la valeur.

[71] Septièmement, d'après le témoignage de M. Moody, le report d'impôt faisait lui-même partie de la stratégie de protection contre les créanciers. J'ai eu du mal à suivre son témoignage sur ce point. M. Moody semble dire que, si les actifs de Global prenaient de la valeur en raison d'un report d'impôt, cela permettrait de transférer davantage de richesse à la fiducie des enfants. L'idée semblerait être que le

fait d'augmenter la valeur de la fiducie à l'intention des enfants grâce à des économies d'impôt constitue une stratégie de protection contre les créanciers. Je n'accepte pas qu'il s'agisse là d'un objet non fiscal pour l'application de l'alinéa 245(3)*b* de la Loi.

[72] Huitièmement, M. Mamdani a déclaré lors de son témoignage qu'on était également parvenu à se protéger contre les créanciers du fait que la série d'opérations avait permis d'inscrire au bilan de Global un déficit. Ce facteur n'aurait de pertinence que si l'on avait vu dans ce déficit un élément d'une stratégie de protection contre les créanciers avant d'effectuer les opérations en question. Je ne suis pas convaincue qu'il en a été ainsi.

[73] Neuvièmement, M. Nerland laisse entendre que le prêt garanti consenti à Global par la nouvelle société était un élément essentiel de la stratégie de protection contre les créanciers. Je ne suis pas convaincue que cela ressort de la preuve. D'abord, ce prêt semble faire partie intégrante de la planification fiscale, étant donné qu'il permet aux fonds de revenir à leur point d'origine, ce qui rend le financement bancaire superflu. En ce qui concerne la garantie, il n'y a aucune preuve convaincante que la garantie faisait partie de la stratégie à l'époque où les principales opérations ont été effectuées. Le contrat de garantie a été conclu de manière à ce que la garantie entre en vigueur à la date prévue dans le contrat, et la vérification de l'enregistrement donne à penser que l'enregistrement a eu lieu plus de deux mois plus tard. Cela donne à penser que ce n'est qu'après coup que la garantie a été envisagée.

[74] Enfin, M. Mamdani a brièvement été administrateur de la nouvelle société. Cela semble contraire au témoignage voulant que M. Mamdani ait été profondément inquiet des conséquences éventuelles des poursuites intentées contre Jaws. Si M. Mamdani avait été aussi inquiet qu'il l'a laissé entendre dans son témoignage, il est peu probable qu'il aurait accepté d'être nommé administrateur de la nouvelle société, ne serait-ce que pour peu de temps.

[75] Selon les avocats de Global, la chronologie des événements démontre avec force que les opérations en question étaient motivées par le souci de se protéger contre les créanciers. Ils font valoir que des stratégies analogues avaient été proposées à M. Mamdani auparavant, mais qu'il avait choisi de ne pas les mettre en œuvre jusqu'à ce que la situation liée aux poursuites intentées contre Jaws s'aggrave. Selon une autre manière d'interpréter la chronologie des événements, qui semble plus plausible compte tenu du témoignage de M. Moody, les opérations en question ont été effectuées de manière à les faire coïncider avec la fin de l'année

d'imposition 2001 de Global. Les avocats de l'entreprise ont fait valoir que le choix de ce calendrier ne procurait aucun avantage fiscal à l'entreprise, mais cette simple affirmation me paraît peu convaincante.

[76] Il ressort de la preuve, considérée de manière objective, que la motivation sous-tendant la série d'opérations et l'objet principal de celle-ci étaient l'avantage fiscal escompté. Ainsi que je l'ai mentionné plus haut, il est possible qu'on ait ajouté le facteur protection contre les créanciers afin de réduire les risques au regard de la RGAÉ, les poursuites intentées contre Jaws tombant pour cela à point nommé. Même si la protection contre les créanciers était l'un des objets véritables de la série d'opérations, il revêtait une importance bien moindre que l'objet fiscal.

(ii) L'objet des opérations considérées individuellement

[77] Dans cette partie, l'analyse va porter sur la question de savoir si la série contient des opérations qui, prises individuellement, avaient un objet essentiellement fiscal, ou si chacune des opérations de la série avait essentiellement pour objet la protection contre les créanciers.

[78] Il ressort des conclusions ci-dessus concernant l'objet de la série que les opérations faisant partie intégrante du plan fiscal ont été principalement effectuées en vue de l'obtention d'un avantage fiscal.

[79] La constitution de la nouvelle société, l'acquisition par Global des actions ordinaires de la nouvelle société, le versement du dividende en actions et la vente des actions ordinaires à la fiducie des enfants, notamment, étaient des opérations principales conçues de manière à procurer un avantage fiscal. Chacune d'elles a joué un rôle important dans la création de la perte subie. Chacune de ces opérations constitue une opération d'évitement au sens de l'alinéa 245(3)b).

[80] Il convient, avant de conclure cette partie des motifs du jugement, de mentionner la question de la charge de la preuve. J'ai conclu, pour les motifs exposés ci-dessus, que c'était à Global de démontrer que la série telle qu'elle a été définie par le ministre, ainsi que chacune des opérations qui en faisaient partie, ont été principalement effectuées pour un objet véritable autre que l'obtention d'un avantage fiscal.

[81] Si je me trompe, la charge de la preuve à cet égard incomberait à la Couronne.

[82] Global relève que la Couronne n'a produit aucun élément de preuve concernant l'objet de l'une ou l'autre des opérations et fait valoir qu'elle ne s'est pas acquittée du fardeau de la preuve qui lui incombait.

[83] Je ne saurais retenir l'argument présenté sur ce point par Global. Afin de décider si la Couronne s'est ou non acquittée du fardeau de la preuve, il y a lieu de se pencher sur l'ensemble des éléments produits. En l'espèce, la Couronne s'est livrée à un contre-interrogatoire qui était efficace bien que très bref. Mais même si elle n'a produit aucune preuve à cet égard, la Couronne s'est acquittée du fardeau qui lui incombait parce que la preuve, prise dans son ensemble, démontre qu'au moins une des opérations a été principalement effectuée en vue de l'obtention d'un avantage fiscal. Le fait que la Couronne n'ait pas produit davantage d'éléments de preuve à cet égard n'affecte en rien ce résultat.

Y a-t-il eu évitement fiscal abusif?

a) Introduction

[84] La troisième condition prévue par la RGAÉ est qu'il faut que l'opération d'évitement ait été abusive. La disposition pertinente sur ce point est le paragraphe 245(4) de la Loi.

245(4) Le paragraphe (2) ne s'applique qu'à l'opération dont il est raisonnable de considérer, selon le cas :

a) qu'elle entraînerait, directement ou indirectement, s'il n'était pas tenu compte du présent article, un abus dans l'application des dispositions d'un ou de plusieurs des textes suivants :

(i) la présente loi,

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

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

(iv) un traité fiscal,

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

b) qu'elle entraînerait, directement ou indirectement, un abus dans l'application de ces dispositions compte non tenu du présent article lues dans leur ensemble.

[85] Selon l'arrêt *Trustco*, une opération d'évitement sera jugée abusive si elle n'est pas compatible avec l'objet ou l'esprit des dispositions de la Loi qui sont invoquées pour obtenir l'avantage fiscal. Cela exige un examen en deux étapes : la première étape consiste à déterminer l'objet ou l'esprit des dispositions, et la deuxième étape consiste à déterminer si l'opération d'évitement contrecarrait l'objet ou l'esprit des dispositions en cause. Voir l'arrêt *Trustco*, au paragraphe 55.

[86] Le ministre est considéré comme mieux placé que le contribuable pour avancer les arguments concernant l'objet et l'esprit des dispositions législatives. Sur ce point, la charge de la preuve incombe donc à la Couronne. Ajoutons qu'il faut, à cet égard, laisser le bénéfice du doute au contribuable. Voir l'arrêt *Trustco*, aux paragraphes 65 et 66.

[87] Global affirme en l'espèce s'être fondée sur les articles 3, 4, 9 et 111 de la Loi pour obtenir l'avantage fiscal. La Couronne ne soulève aucune objection à cet égard.

[88] Tel qu'il est mentionné plus haut, je ne suis pas convaincue que la Couronne se soit acquittée du fardeau qui lui incombait sur ce point au regard de la RGAÉ. Selon la Couronne, l'objet et l'esprit de la Loi commandent que seules puissent être déduites les pertes qui n'ont pas été créées de manière artificielle. Du point de vue des principes généraux, cela semble parfaitement raisonnable, mais je ne suis pas convaincue, au vu des arguments avancés sur ce point par la Couronne, que cela correspond à l'intention du législateur. Si le fardeau de la preuve a un sens, la Couronne ne peut pas se contenter d'affirmer quel est l'objet et l'esprit des dispositions en cause. Encore lui faut-il étayer ses affirmations par des arguments raisonnables. Or, selon moi, la Couronne ne l'a pas fait.

b) La thèse de la Couronne

[89] Compte tenu de l'importance que j'ai accordée aux arguments avancés par la Couronne quant à l'objet et à l'esprit des dispositions invoquées, il y a lieu de reproduire ici les extraits pertinents de ses observations écrites.

[TRADUCTION]

2) Première étape : l'objet et l'esprit des dispositions invoquées pour obtenir l'avantage fiscal

46. Le ministre ne fait pas valoir, en ce qui concerne le plan fiscal en cause, qu'il y a eu un recours abusif à telle ou telle disposition précise de la Loi, mais plutôt que les opérations faisant partie de la série d'opérations ont entraîné, directement ou indirectement, un abus dans l'application des dispositions de la Loi lue dans son ensemble – compte tenu du paragraphe 245(4) de la Loi. Le ministre affirme que, selon l'objet et l'esprit des dispositions de la Loi prise dans son ensemble, seules les pertes véritables peuvent être déduites du revenu ou des gains en capital.
47. Nonobstant ce qui précède, les articles 3 et 9 nous renseignent sur l'objet des règles fiscales en matière de déclaration du revenu. L'article 3 prévoit que doit être déclaré le revenu de toute source, située tant au Canada qu'à l'étranger. L'article 9 précise qu'un revenu d'entreprise constitue une source de revenus, et le paragraphe 9(2) autorise à déduire les pertes de l'entreprise du revenu de cette entreprise.

48. La Loi contient en outre de nombreuses autres dispositions applicables aux pertes. L'objet et l'esprit de la Loi veulent que seules puissent être déduites les pertes économiques véritables, et non les simples pertes théoriques.
49. En 1972, le Parlement a adopté d'importantes réformes dans le domaine de la fiscalité, prévoyant notamment l'inclusion des gains en capital imposables dans le calcul du revenu et la possibilité de déduire de ces gains les pertes en capital subies dans l'année.
50. Lors de l'adoption des articles 3, 38, 39 et 40, qui touchaient de manière générale le calcul des gains et des pertes en capital, le Parlement a adopté des dispositions anti-évitement très précises en ce qui a trait aux pertes en capital. Ces dispositions comprennent notamment les anciens articles 54 et 55, et l'ancien alinéa 40(2)g) de la Loi.
51. L'ancien article 55 avait pour but d'éviter la création artificielle de pertes en capital en compensation de gains en capital. Toute perte en capital découlant d'une disposition, subie dans des circonstances dont on peut raisonnablement penser qu'elles ont indûment ou artificiellement entraîné la perte en question, était réputé nulle. C'est dire que pour qu'une perte en capital puisse être déduite d'un gain en capital, il ne fallait pas que la perte soit « artificielle ».
52. Les paragraphes 18(13), 18(14), 18(15), 40(3.3) et 40(3.4) concernent les pertes découlant du transfert de certains biens au sein de groupes affiliés. Ces dispositions ont pour but d'empêcher le recours à des opérations entre personnes affiliées pour entraîner des pertes dont un contribuable n'aurait pas autrement pu faire état, (le terme « personnes affiliées » est défini au paragraphe 251.1, et comprend notamment les particuliers et les sociétés, mais non les fiducies. En l'espèce, il n'y a pas eu disposition d'un bien à une personne affiliée, étant donné que la fiducie des enfants, à qui ont été cédées les actions ordinaires, n'était pas une personne affiliée.)
53. D'autres dispositions encore permettent de cerner l'objet et l'esprit de la Loi en ce qui a trait aux pertes, dont les paragraphes 111(3), 111(4) et 111(5), qui limitent les échanges de pertes en restreignant la possibilité de se prévaloir des pertes en capital ou des pertes autres que des pertes en capital. En ce qui concerne les pertes autres qu'en capital, leur déduction n'est permise qu'aux personnes qui ont effectivement subi la perte ou à celles exerçant les activités commerciales dans le cadre desquelles les pertes ont été subies.
54. Une interprétation contextuelle et téléologique des dispositions invoquées par l'appelante pour obtenir l'avantage fiscal en question permet de constater que ce qui est conforme autant à leur objet qu'à leur esprit, c'est la prise en compte de pertes véritables subies en dehors de la même unité économique.

c) Analyse

[90] Il convient de relever que la Couronne n'allègue aucun recours abusif à l'une ou l'autre disposition invoquée pour obtenir un avantage fiscal (les articles 3, 4, 9 et 111). L'article 9 semble être une des principales dispositions invoquées par Global, étant donné qu'il introduit des principes commerciaux dans le calcul du revenu et des pertes. La Couronne reconnaît que cette disposition, prise isolément, autorise la déduction de la perte demandée par Global.

[91] La Couronne fait essentiellement valoir que l'objet et l'esprit des dispositions invoquées par Global sont influencés par d'autres dispositions de la Loi et que toutes ces dispositions restreignent d'une manière ou d'une autre les possibilités de déduire une perte. Selon la Couronne, l'objet et l'esprit des dispositions invoquées en l'espèce ressortent de ces autres dispositions. Ainsi, seules peuvent être déduites les pertes véritables subies en dehors de l'unité économique.

[92] La difficulté que soulève selon moi l'argument avancé par la Couronne provient de la portée restreinte des dispositions qu'elle invoque. À mon avis, aucune des dispositions, prises individuellement ou dans leur ensemble, n'évoque l'objet et l'esprit larges de la Loi selon lesquels seules les pertes véritables subies en dehors de l'unité économique peuvent être considérées comme pertes d'entreprise.

[93] La Couronne se fonde sur les paragraphes 18(13), 18(14), 18(15), 40(3.3) et 40(3.4), l'article 54, l'ancien article 55, ainsi que les paragraphes 111(3), 111(4) et 111(5). Ces dispositions sont reproduites en annexe.

[94] Une seule de ces dispositions concerne les pertes artificielles en général. Il s'agit de l'ancien paragraphe 55(1), abrogé lors de l'entrée en vigueur de la RGAÉ. À l'époque où cette disposition était en vigueur, elle ne s'appliquait qu'aux opérations imputables au capital.

[95] La Couronne reconnaît que d'autres dispositions visent elles aussi les pertes en capital. Il s'agit des paragraphes 40(3.3) et 40(3.4), de l'alinéa 54 et du paragraphe 111(4).

[96] En ce qui concerne les dispositions visant les pertes en capital, je ne pense pas que le législateur voulait qu'on y recoure pour préciser l'objet et l'esprit des dispositions invoquées en l'espèce par Global. Le régime législatif applicable aux opérations commerciales est, de manière générale, différent de celui dont relèvent les opérations imputables au capital.

[97] En ce qui concerne les dispositions applicables aux pertes d'entreprise, la Couronne se fonde sur les paragraphes 18(13), 18(14), 18(15), 111(3) et 111(5). Ces dispositions me posent problème parce qu'elles ont toutes une portée restreinte.

[98] Les paragraphes 18(13), 18(14) et 18(15) ne concernent que les pertes découlant d'une entreprise de prêt d'argent ou d'un projet comportant un risque de caractère commercial. Le paragraphe 111(3) vise de manière très précise la double déduction des pertes, et le paragraphe 111(5) impose une limite à la déduction de pertes subies lors d'un changement de contrôle.

[99] Je ne discerne, dans ces dispositions, qu'on les prenne individuellement ou dans leur ensemble, aucun principe général qui imposerait pour les pertes d'entreprise une restriction comme celle dont fait état la Couronne. Ces dispositions sont rédigées de manière trop précise pour permettre d'affirmer que le législateur entendait imposer une restriction d'ordre général interdisant la déduction des pertes d'entreprise créées de manière artificielle.

[100] Je conclus donc que la Couronne n'a pas fait la démonstration qui lui incombait dans le premier volet de l'analyse de la question d'un éventuel abus. Elle n'est notamment pas parvenue à prouver que, tant par leur objet que par leur esprit, les dispositions invoquées pour obtenir l'avantage fiscal limitent les pertes d'entreprise aux [TRADUCTION] « pertes véritables subies en dehors de l'unité économique. »

[101] Je conclus, par conséquent, qu'en ce qui concerne la question de la RGAÉ, l'appel interjeté par Global doit être accueilli, car l'existence d'un évitement fiscal abusif n'a pas été démontrée.

[102] Compte tenu de cette conclusion, il n'y a pas lieu pour moi de me prononcer sur la deuxième étape du critère de l'abus, c'est-à-dire sur la question de savoir si les opérations en cause ont contrecarré l'objet et l'esprit des dispositions invoquées. Je tiens à ajouter, cependant, que si j'avais souscrit aux arguments avancés par la Couronne pour la première étape, je n'aurais pas hésité à conclure qu'elle devait également obtenir gain de cause dans le contexte de la deuxième étape. Les opérations effectuées par Global sont si manifestement dénuées de sens qu'elles contrecarraient effectivement l'objet et l'esprit de la Loi, comme les conçoit la Couronne.

Conclusion

[103] L'appel est accueilli pour ce qui est de la question de la RGAÉ.

[104] En ce qui concerne les dépens, Global a demandé la possibilité de présenter des observations. La Cour doit recevoir ses observations dans les deux semaines, la Couronne ayant après cela deux semaines pour répondre, puis Global deux semaines encore pour répliquer.

Les présents motifs du jugement modifiés remplacent les motifs du jugement datés du 28 octobre 2011.

Signé à Ottawa (Ontario), ce 21^e jour de décembre 2011.

« J. M. Woods »

Juge Woods

Traduction certifiée conforme
ce 12^e jour de février 2012.

Mario Lagacé, jurilinguiste

Annexe

Dispositions applicables aux pertes à partir de 2001, l'ancien paragraphe 55(1) excepté

18(13) Le paragraphe (15) s'applique, sous réserve du paragraphe 142.6(7), lorsque les conditions suivantes sont réunies :

- a)* un contribuable (appelé « cédant » au présent paragraphe et au paragraphe (15)) dispose d'un bien;
- b)* la disposition n'est pas visée à l'un des alinéas *c)* à *g)* de la définition de « perte apparente » à l'article 54;
- c)* le cédant n'est pas un assureur;
- d)* l'activité d'entreprise habituelle du cédant consiste en tout ou en partie à prêter de l'argent et le bien est utilisé ou détenu dans le cadre des activités habituelles de cette entreprise;
- e)* le bien est une action ou un prêt, une obligation, un billet, une créance hypothécaire, une convention de vente ou une autre créance;
- f)* le bien n'était pas une immobilisation du cédant immédiatement avant la disposition;
- g)* au cours de la période qui commence 30 jours avant la disposition et se termine 30 jours après cette disposition, le cédant ou une personne affiliée à celui-ci acquiert le même bien ou un bien identique (appelés « bien de remplacement » au présent paragraphe et au paragraphe (15));
- h)* à la fin de la période visée à l'alinéa *g)*, le cédant ou une personne affiliée à celui-ci est propriétaire du bien de remplacement.

18(14) Le paragraphe (15) s'applique lorsque les conditions suivantes sont réunies :

- a)* une personne (appelée « cédant » au présent paragraphe et au paragraphe (15)) dispose d'un bien;
- b)* le bien figure à l'inventaire d'une entreprise qui est un projet comportant un risque ou une affaire de caractère commercial;
- c)* la disposition n'en est pas une qui est réputée avoir été effectuée par l'effet de l'article 70, du paragraphe 104(4), de l'article 128.1, de l'alinéa 132.2(1)*f)* ou des paragraphes 138(11.3) ou 149(10);
- d)* au cours de la période qui commence 30 jours avant la disposition et se termine 30 jours après cette disposition, le cédant ou une personne affiliée à celui-ci acquiert le même bien ou un bien identique (appelés « bien de remplacement » au présent paragraphe);
- e)* à la fin de la période visée à l'alinéa *d)*, le cédant ou une personne affiliée à celui-ci est propriétaire du bien de remplacement.

18(15) Lorsque le présent paragraphe s'applique par l'effet des paragraphes (13) ou (14) à la disposition d'un bien, les présomptions suivantes s'appliquent :

- a)* la perte du cédant résultant de la disposition est réputée nulle;

b) la perte du cédant résultant de la disposition (déterminée compte non tenu du présent paragraphe) est réputée être sa perte résultant d'une disposition du bien effectuée au premier en date des moments suivants qui est postérieur à la disposition :

(i) le début d'une période de 30 jours tout au long de laquelle ni le cédant, ni une personne affiliée à celui-ci n'est propriétaire :

(A) du bien de remplacement,

(B) d'un bien qui est identique au bien de remplacement et qui a été acquis après le jour qui précède de 31 jours le début de la période,

(ii) le moment auquel le cédant serait réputé, par l'article 128.1 ou le paragraphe 149(10), avoir disposé du bien de remplacement s'il en était propriétaire,

(iii) si le cédant est une société, le moment immédiatement avant l'acquisition du contrôle du cédant par une personne ou un groupe de personnes,

(iv) si le cédant est une société, le moment auquel sa liquidation commence, sauf s'il s'agit d'une liquidation à laquelle s'applique le paragraphe 88(1);

c) pour l'application de l'alinéa *b)*, la société de personnes qui cesse d'exister après la disposition est réputée ne cesser d'exister qu'au moment donné immédiatement après le premier en date des moments visés aux sous-alinéas *b)*(i) à (iv), et chaque personne qui en était un associé immédiatement avant le moment où elle aurait cessé d'exister, n'eût été le présent paragraphe, est réputée le demeurer jusqu'au moment donné.

40(2)g) est nulle la perte subie par un contribuable et résultant de la disposition d'un bien, dans la mesure où elle est :

(i) une perte apparente,

(ii) une perte résultant de la disposition d'une créance ou d'un autre droit de recevoir une somme, sauf si la créance ou le droit a été acquis par le contribuable en vue de tirer un revenu (qui n'est pas un revenu exonéré) d'une entreprise ou d'un bien, ou en contrepartie de la disposition d'une immobilisation en faveur d'une personne avec qui le contribuable n'avait aucun lien de dépendance,

(iii) une perte résultant de la disposition d'un bien à usage personnel du contribuable, à l'exclusion d'un bien meuble déterminé et d'une créance visée au paragraphe 50(2),

(iv) une perte résultant de la disposition d'un bien en faveur :

(A) soit d'une fiducie régie par un régime ou fonds visé à l'un des sous-alinéas *e)*(ii) à (iv) de la définition de « disposition de biens » à l'article 54 et dont il est bénéficiaire ou le devient immédiatement après la disposition,

(B) soit d'une fiducie régie par un régime enregistré d'épargne-retraite en vertu duquel lui ou son époux ou conjoint de fait est rentier ou le devient dans les 60 jours suivant la fin de l'année d'imposition;

40(3.3) Le paragraphe (3.4) s'applique lorsque les conditions suivantes sont réunies :

- a) une société, une fiducie ou une société de personnes (appelées « cédant » au présent paragraphe et au paragraphe (3.4)) dispose d'une immobilisation, sauf un bien amortissable d'une catégorie prescrite, en dehors du cadre d'une disposition visée à l'un des alinéas c) à g) de la définition de « perte apparente » à l'article 54;
- b) au cours de la période qui commence 30 jours avant la disposition et se termine 30 jours après cette disposition, le cédant ou une personne affiliée à celui-ci acquiert le même bien ou un bien identique (appelés « bien de remplacement » au présent paragraphe et au paragraphe (3.4));
- c) à la fin de cette période, le cédant ou une personne affiliée à celui-ci est propriétaire du bien de remplacement.

40(3.4) Lorsque le présent paragraphe s'applique par l'effet du paragraphe (3.3) à la disposition d'un bien, les présomptions suivantes s'appliquent :

- a) la perte du cédant résultant de la disposition est réputée nulle;
- b) la perte du cédant résultant de la disposition, déterminée compte non tenu de l'alinéa (2)g) et du présent paragraphe, est réputée être sa perte résultant d'une disposition du bien effectuée immédiatement avant le premier en date des moments suivants qui est postérieur à la disposition :
 - (i) le début d'une période de 30 jours tout au long de laquelle ni le cédant, ni une personne affiliée à celui-ci n'est propriétaire :
 - (A) du bien de remplacement,
 - (B) d'un bien qui est identique au bien de remplacement et qui a été acquis après le jour qui précède de 31 jours le début de la période,
 - (ii) le moment auquel le cédant serait réputé, par l'article 128.1 ou le paragraphe 149(10), avoir disposé de l'immobilisation s'il en était propriétaire,
 - (iii) si le cédant est une société, le moment immédiatement avant l'acquisition du contrôle du cédant par une personne ou un groupe de personnes,
 - (iv) si le bien de remplacement est une dette ou une action du capital-actions d'une société, le moment auquel le cédant ou une personne affiliée à celui-ci est réputé, par l'article 50, avoir disposé du bien,
 - (v) si le cédant est une société, le moment auquel sa liquidation commence, sauf s'il s'agit d'une liquidation à laquelle s'applique le paragraphe 88(1);
- c) pour l'application de l'alinéa b), la société de personnes qui cesse d'exister après la disposition est réputée ne cesser d'exister qu'au moment donné immédiatement après le premier en date des moments visés aux sous-alinéas b)(i) à (v), et chaque personne qui en était un associé immédiatement avant le moment où elle aurait cessé d'exister, n'eût été le présent paragraphe, est réputée le demeurer jusqu'au moment donné.

54 « *perte apparente* » — « perte apparente » Perte d'un contribuable résultant de la disposition d'un bien, dans le cas où, à la fois :

- a) au cours de la période qui commence 30 jours avant la disposition et se termine 30 jours après cette disposition, le contribuable ou une personne affiliée à celui-ci acquiert le même bien ou un bien identique (appelés « bien de remplacement » à la présente définition);
- b) à la fin de la période visée à l'alinéa a), le contribuable ou une personne affiliée à celui-ci est propriétaire du bien de remplacement ou a le droit de l'acquérir.

Toutefois, une perte n'est pas une perte apparente si la disposition qui y a donné lieu est, selon le cas :

- c) une disposition réputée avoir été effectuée par l'alinéa 33.1(11)a), le paragraphe 45(1), l'article 48, en son état avant 1993, les articles 50 ou 70, le paragraphe 104(4), l'article 128.1, l'alinéa 132.2(1)f), les paragraphes 138(11.3) ou 142.5(2), l'alinéa 142.6(1)b) ou les paragraphes 144(4.1) ou (4.2) ou 149(10);
- d) l'expiration d'une option;
- e) une disposition à laquelle s'applique l'alinéa 40(2)e.1);
- f) une disposition effectuée par une société dont le contrôle a été acquis par une personne ou un groupe de personnes dans les 30 jours suivant la disposition;
- g) une disposition effectuée par une personne qui, dans les 30 jours suivant la disposition, est devenue exonérée de l'impôt prévu par la présente partie sur son revenu imposable ou a cessé de l'être;
- h) une disposition à laquelle s'appliquent les paragraphes 40(3.4) ou 69(5).

Pour l'application de la présente définition, le droit d'acquérir un bien (sauf le droit servant de garantie seulement et découlant d'une hypothèque, d'une convention de vente ou d'un titre semblable) est réputé être un bien qui est identique au bien;

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

- a) réduire le montant de son gain résultant de la disposition,
- b) occasionner une perte résultant de la disposition, ou
- c) augmenter le montant de sa perte résultant de la disposition,

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

111(3) Pour l'application du paragraphe (1) :

- a) une somme au titre d'une perte autre qu'une perte en capital, d'une perte agricole restreinte, d'une perte agricole ou d'une perte comme commanditaire pour une année d'imposition n'est déductible, et la déduction d'une somme au titre d'une perte en capital nette pour une année d'imposition ne peut être demandée, dans le calcul du revenu imposable d'un contribuable pour une

année d'imposition donnée que dans la mesure où la somme dépasse le total des montants suivants :

- (i) les sommes déduites selon le présent article, au titre de cette perte autre qu'une perte en capital, perte agricole restreinte, perte agricole ou perte comme commanditaire, dans le calcul du revenu imposable pour les années d'imposition antérieures à l'année donnée,
 - (i.1) le montant demandé en déduction selon l'alinéa (1)*b*) au titre de cette perte en capital nette pour les années d'imposition antérieures à l'année donnée,
 - (ii) les sommes réclamées au titre de cette perte en vertu de l'alinéa 186(1)*c*) pour l'année au cours de laquelle la perte a été subie ou en vertu de l'alinéa 186(1)*d*) pour l'année d'imposition donnée et les années d'imposition antérieures à l'année d'imposition donnée;
- b*) aucune somme n'est déductible au titre d'une perte autre qu'une perte en capital, d'une perte en capital nette, d'une perte agricole restreinte, d'une perte agricole ou d'une perte comme commanditaire pour une année d'imposition avant que :
- (i) dans le cas d'une perte autre qu'une perte en capital, les pertes autres que les pertes en capital déductibles,
 - (ii) dans le cas d'une perte en capital nette, les pertes en capital nettes déductibles,
 - (iii) dans le cas d'une perte agricole restreinte, les pertes agricoles restreintes déductibles,
 - (iv) dans le cas d'une perte agricole, les pertes agricoles déductibles,
 - (v) dans le cas d'une perte comme commanditaire, les pertes comme commanditaire déductibles,
- pour les années d'imposition antérieures n'aient été déduites.

111(4) Malgré le paragraphe (1), en cas d'acquisition, à un moment donné, du contrôle d'une société par une personne ou un groupe de personnes :

- a*) aucun montant au titre d'une perte en capital nette pour une année d'imposition se terminant avant ce moment n'est déductible dans le calcul du revenu imposable de la société pour une année d'imposition se terminant après ce moment;
 - b*) aucun montant au titre d'une perte en capital nette pour une année d'imposition se terminant après ce moment n'est déductible dans le calcul du revenu imposable de la société pour une année d'imposition se terminant avant ce moment;
- de plus, si, à ce moment, la société n'est pas devenue exonérée de l'impôt payable en vertu de la présente partie sur son revenu imposable ou n'a pas cessé de l'être :
- c*) l'excédent éventuel du prix de base rajusté pour la société, immédiatement avant ce moment, de chaque immobilisation — sauf s'il s'agit d'un bien amortissable — qui appartient à la société immédiatement avant ce moment sur la juste valeur marchande du bien immédiatement avant ce moment doit être déduit dans le calcul du prix de base rajusté du bien à ce moment et après;

d) cet excédent est réputé être une perte en capital de la société, subie à la disposition du bien, pour l'année d'imposition se terminant immédiatement avant ce moment;

e) la société est réputée avoir disposé, juste avant le moment qui est immédiatement avant ce moment, de chaque immobilisation dont elle était propriétaire immédiatement avant ce moment — sauf s'il s'agit d'un bien pour lequel un montant serait, sans le présent alinéa, à déduire selon l'alinéa *c)* dans le calcul du prix de base rajusté du bien pour la société ou d'un bien amortissable d'une catégorie prescrite auquel le paragraphe (5.1) s'appliquerait sans le présent alinéa — et qu'elle indique dans sa déclaration de revenu produite en vertu de la présente partie pour l'année d'imposition se terminant immédiatement avant ce moment ou sur le formulaire prescrit présenté au ministre au plus tard le 90^e jour suivant la mise à la poste d'un avis de cotisation concernant l'impôt payable par la société pour l'année ou d'un avis portant qu'aucun impôt n'est payable par la société pour l'année, pour un produit de disposition égal au moins élevé des montants suivants et avoir acquis le bien de nouveau à ce moment à un coût égal à ce produit de disposition :

(i) la juste valeur marchande du bien immédiatement avant ce moment,

(ii) le plus élevé du prix de base rajusté du bien pour la société immédiatement avant la disposition et du montant indiqué par la société pour ce bien;

toutefois, pour son application aux articles 13 et 20 et aux dispositions réglementaires prises pour l'application de l'alinéa 20(1)*a)*, dans le cas où le bien est un bien amortissable de la société dont le coût en capital, pour elle, immédiatement avant la disposition excède ce produit de disposition, les présomptions suivantes s'appliquent :

(iii) le coût en capital du bien pour la société à ce moment est réputé être le montant qui était son coût en capital immédiatement avant la disposition,

(iv) la déduction de l'excédent par la société est réputée avoir été permise relativement au bien en application des dispositions réglementaires prises pour l'application de l'alinéa 20(1)*a)* dans le calcul de son revenu pour les années d'imposition se terminant avant ce moment;

f) pour l'application de la définition de « compte de dividendes en capital » au paragraphe 89(1), chaque montant qui constitue, selon l'alinéa *d)* ou *e)*, une perte en capital, ou un gain en capital de la société, résultant de la disposition d'un bien pour l'année d'imposition se terminant immédiatement avant ce moment est réputé être une perte en capital ou un gain en capital, selon le cas, de la société résultant de la disposition du bien juste avant le moment où la société serait réputée, selon l'alinéa *e)*, avoir disposé d'une immobilisation auquel cet alinéa serait applicable.

111(5) En cas d'acquisition, à un moment donné, du contrôle d'une société par une personne ou un groupe de personnes, aucun montant au titre d'une perte autre qu'une perte en capital ou d'une perte agricole pour une année d'imposition se terminant avant ce moment n'est déductible par la société pour une année d'imposition se terminant après ce moment et aucun montant au titre d'une perte autre qu'une perte en capital ou d'une perte agricole pour une année d'imposition se

terminant après ce moment n'est déductible par la société pour une année d'imposition se terminant avant ce moment. Toutefois :

a) la fraction de la perte autre qu'une perte en capital ou de la perte agricole subie par la société pour une année d'imposition se terminant avant ce moment qu'il est raisonnable de considérer comme résultant de l'exploitation d'une entreprise et, si la société exploitait une entreprise au cours de cette année, la fraction de la perte autre qu'une perte en capital qu'il est raisonnable de considérer comme se rapportant à un montant déductible en application de l'alinéa 110(1)*k*) dans le calcul de son revenu imposable pour l'année, ne sont déductibles par la société pour une année d'imposition donnée se terminant après ce moment :

(i) que si, tout au long de l'année donnée, cette entreprise a été exploitée par la société en vue d'en tirer un profit ou dans une attente raisonnable de profit,

(ii) qu'à concurrence du total du revenu de la société provenant de cette entreprise pour l'année donnée et — dans le cas où des biens sont vendus, loués ou mis en valeur ou des services rendus dans le cadre de l'exploitation de l'entreprise avant ce moment — de toute autre entreprise dont la presque totalité du revenu est dérivée de la vente, de la location ou de la mise en valeur, selon le cas, de biens semblables ou de la prestation de services semblables;

b) la fraction de la perte autre qu'une perte en capital ou de la perte agricole subie par la société pour une année d'imposition se terminant après ce moment qu'il est raisonnable de considérer comme résultant de l'exploitation d'une entreprise et, si la société exploitait une entreprise au cours de cette année, la fraction de la perte autre qu'une perte en capital qu'il est raisonnable de considérer comme se rapportant à un montant déductible en application de l'alinéa 110(1)*k*) dans le calcul de son revenu imposable pour l'année, ne sont déductibles par la société pour une année d'imposition donnée se terminant avant ce moment :

(i) que si, tout au long de l'année d'imposition et de l'année donnée, cette entreprise était exploitée par la société en vue d'en tirer un profit ou dans une attente raisonnable de profit,

(ii) qu'à concurrence du revenu que la société a tiré pour l'année donnée de cette entreprise et de toute autre entreprise dont la presque totalité des revenus provient de la vente, de la location ou de la mise en valeur de biens semblables aux biens vendus, loués ou mis en valeur ou de la prestation de services semblables aux services rendus dans le cadre de l'exploitation de cette entreprise avant ce moment.

RÉFÉRENCE : 2011 CCI 507

N° DU DOSSIER DE LA COUR : 2007-4998(IT)G

INTITULÉ : GLOBAL EQUITY FUND LTD. c. SA
MAJESTÉ LA REINE

LIEU DE L'AUDIENCE : Calgary (Alberta)

DATES DE L'AUDIENCE : Du 17 au 19 janvier 2011

MOTIFS DU JUGEMENT : L'honorable juge J. M. Woods

DATE DES **MOTIFS DU
JUGEMENT MODIFIÉS** : **Le 21 décembre 2011**

COMPARUTIONS :

Avocats de l'appelante : M^e Jehad Haymour
M^e Dan Misutka

Avocates de l'intimée : M^e Marta E. Burns
M^e Margaret McCabe

AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER :

Pour l'appelante :

Nom : M^e Jehad Haymour

Cabinet : Fraser Milner Casgrain S.E.N.C.R.L.
Calgary (Alberta)

Pour l'intimée : Myles J. Kirvan
Sous-procureur général du Canada
Ottawa (Ontario)