

Date : 20070430

Dossier : A-136-06

Référence : 2007 CAF 169

**CORAM : LE JUGE NADON
LA JUGE SHARLOW
LE JUGE MALONE**

ENTRE :

SEDONA NETWORKS CORPORATION

appelante

et

SA MAJESTÉ LA REINE

intimée

Audience tenue à Toronto (Ontario), le 12 mars 2007.

Jugement rendu à Ottawa (Ontario), le 30 avril 2007.

MOTIFS DU JUGEMENT :

LE JUGE MALONE

Y ONT SOUSCRIT :

**LE JUGE NADON
LA JUGE SHARLOW**

Date : 20070430

Dossier : A-136-06

Référence : 2007 CAF 169

**CORAM : LE JUGE NADON
LA JUGE SHARLOW
LE JUGE MALONE**

ENTRE :

SEDONA NETWORKS CORPORATION

appelante

et

SA MAJESTÉ LA REINE

intimée

MOTIFS DU JUGEMENT

LE JUGE MALONE

I. Introduction

[1] La question en l'espèce est de savoir si Sedona Networks Corporation (Sedona) était, tout au long de l'année d'imposition 1999, une société privée sous contrôle canadien (SPCC) au sens du paragraphe 125(7) de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, L.R.C. 1985, ch. 1 (la *Loi*). Par jugement en date du 2 mars 2006, un juge de la Cour canadienne de l'impôt (2006 CCI 80) a rejeté l'appel interjeté par Sedona pour l'année d'imposition 1999, au motif que la société n'avait pas été une SPCC tout au long de l'année d'imposition. Sedona interjette maintenant appel de ce jugement devant notre Cour.

[2] Une SPCC est généralement définie au paragraphe 125(7) de la *Loi* comme étant une société canadienne non contrôlée par des actionnaires non admissibles, tels que des non-résidents et certaines sociétés publiques. Suivant l'alinéa *b*) de la définition, les actions appartenant à des actionnaires non admissibles sont attribuées, pour l'application de la définition de SPCC, à une « personne donnée » mythique. S'il résulte de cette attribution que la personne donnée contrôle la société à un moment donné au cours de l'année d'imposition pertinente, la société n'est pas une SPCC pour cette année d'imposition. Par conséquent, l'objet principal du présent appel porte sur le nombre de droits de vote exercés par des non-résidents et des sociétés publiques.

[3] Les parties pertinentes de la définition de SPCC sont rédigées comme suit :

Paragraphe 125(7): « société privée sous contrôle canadien »
Société privée qui est une société canadienne, à l'exception des sociétés suivantes:

b) si chaque action du capital-actions d'une société appartenant à une personne non-résidente, à une société publique (sauf une société à capital de risque visée par règlement) ou à une société visée à l'alinéa c) appartenait à une personne donnée, la société qui serait contrôlée par cette dernière; [Je souligne]

Section 125(7):
"Canadian-controlled private corporation" means a private corporation that is a Canadian corporation other than
 ...

(b) a corporation that would, if each share of the capital stock of a corporation that is owned by a non-resident person, by a public corporation (other than a prescribed venture capital corporation), or by a corporation described in paragraph (c) were owned by a particular person, be controlled by the particular person
 [Emphasis added]

II. Contexte factuel

[4] Sedona a été constituée en société en 1998 en vertu de la *Loi canadienne sur les sociétés par actions*, L.R., 1985, ch. C-44 (*LCSA*). Elle a fait faillite le 30 mars 2001. Elle s'occupait de la mise au point, de la fabrication et de la distribution de produits permettant aux fournisseurs de services de réseau de fournir des services groupés de transmission de la voix et de données. Pendant son année d'imposition 1999, Sedona a engagé des dépenses de recherche scientifique et de développement expérimental totalisant 2 929 361 \$. Elle a demandé un crédit d'impôt de 927 785 \$ à l'égard de ces dépenses en vertu des paragraphes 127(10.1), 127.1(2) et 127.1(2.01) de la *Loi*. Sedona n'a droit à ce crédit que si elle a été une SPCC tout au long de l'année 1999.

[5] Un certain nombre de questions ont été soulevées quant au contrôle de Sedona. Dans le présent contexte, « contrôle » signifie contrôle *de jure*, qui découle de la détention du nombre d'actions requis pour conférer la majorité des voix pour l'élection du conseil d'administration. Il existe toutefois une exception dans le cas où les statuts constitutifs de la société ou la convention unanime des actionnaires empêchent les administrateurs d'exercer leur pouvoir légal de gérer la société (voir l'arrêt *Duha Printers c. Canada*, [1998] 1 R.C.S. 795 [*Duha Printers*], au paragraphe 50, et *Buckerfield's Ltd. et al. c. M.N.R.*, [1965] 1 R.C.É. 299).

III. Analyse

(1) Actions émises et en circulation, compte non tenu des options

[6] La première question concerne les 438 597 actions privilégiées de catégorie B de Sedona appartenant à la Bank of Montreal Capital Corporation (BMCC), une filiale à cent pour cent de la Banque de Montréal (« BM »). La BM est une société canadienne imposable et une société

publique aux fins de l'application de la *Loi*. (Une deuxième question est soulevée relativement aux options accordées par Sedona aux employés et à d'autres personnes pour leur permettre d'acquiescer leurs actions de trésorerie. Cette question est examinée séparément au point 2.)

[7] Sauf pour les actions de la BMCC, le tableau suivant représente la répartition des actions avec droit de vote émises par Sedona, entre, d'une part, les résidents et les sociétés non publiques et, d'autre part, les non-résidents et les sociétés publiques :

ACTIONS	RÉSIDENTS ET SOCIÉTÉS NON PUBLIQUES	NON-RÉSIDENTS ET SOCIÉTÉS PUBLIQUES
Actions ordinaires et actions privilégiées	9 281 789	9 419 931
Contrôle en pourcentage	49,6 %	50,4 %

[8] Les actions de la colonne non-résidents et sociétés publiques sont attribuées à la « personne donnée » selon l'alinéa *b*) de la définition de SPCC énoncée au paragraphe 125(7). Selon Sedona, les actions de la BMCC devraient être comprises dans la colonne résidents et sociétés non publiques. Si Sedona a raison, les résidents auraient contrôlé la société tout au long de l'année d'imposition 1999 et elle aurait été une SPCC (à l'exclusion des options pour les fins du calcul). Selon le ministre, cependant, ces actions doivent être comprises dans le total de la colonne non-résidents et sociétés publiques parce que la BMCC était contrôlée par une société publique (la BM). Si le ministre a raison, la « personne donnée » contrôlait Sedona (à l'exclusion des options pour les fins du calcul), et Sedona n'était pas une SPCC tout au long de son année d'imposition 1999.

[9] Se fondant sur *Vineland Quarries et Crushed Stone Limited*, [1966] R.C.É. 417, le ministre fait valoir que pour déterminer qui contrôle les votes rattachés aux actions de la BMCC, il est nécessaire d'examiner toute la structure de sa société mère, la BMO. Il soutient que, parce que la BM est une société publique, les actions de la BMCC doivent être traitées, pour l'application de l'alinéa 125(7)b), comme si elles appartenaient à la « personne donnée » dont il est question à cet alinéa.

[10] Cependant, Sedona prétend qu'eu égard aux circonstances de la présente affaire, le principe applicable ne se trouve pas dans *Vineland Quarries*, parce que les droits de vote rattachés aux actions de la BMCC sont conférées à une société privée résidant au Canada appelée Ventures West Management TIP Inc. (Ventures).

[11] Ventures offre des services de gestion en capital de risque. Tout au long de l'année d'imposition 1999 de Sedona, les actions de la BMCC ont fait l'objet d'une entente de gestion entre la BMCC et Ventures. Cette entente permettait à Venture de mettre en place et d'exploiter trois programmes connexes en capital de risque pour le compte de la BM. Elle lui donnait le droit d'exercer, à son entière discrétion, les droits de vote rattachés aux actions de la BMCC, en plus du droit d'acquérir ces actions dans le cas où la BMCC mettrait fin à l'entente sans raison valable. Une procuration générale a également été signée afin d'autoriser Ventures à offrir ces services de gestion pour le compte de la BMCC.

[12] À mon avis, le bien-fondé de la prétention de Sedona est fonction des principes dégagés dans l'arrêt *Duha Printers*, au paragraphe 85, où le juge Iacobucci a dressé une liste exhaustive des principes permettant de décider s'il y a contrôle *de jure* :

(1) Le paragraphe 111(5) de la *Loi de l'impôt sur le revenu* vise le contrôle *de jure*, et non pas le contrôle *de facto*.

(2) Le critère général du contrôle *de jure* a été énoncé dans l'arrêt *Buckerfield's*, précité : il s'agit de décider si l'actionnaire majoritaire exerce un « contrôle effectif » sur « les affaires et les destinées » de la société, contrôle qui ressort de la « propriété d'un nombre d'actions conférant la majorité des voix pour l'élection du conseil d'administration ».

(3) Pour décider s'il y a « contrôle effectif », il faut prendre en considération ce qui suit :

- a) la loi qui régit la société;
- b) le registre des actionnaires de la société;
- c) toute restriction, particulière ou exceptionnelle, imposée soit au pouvoir de l'actionnaire majoritaire de contrôler l'élection du conseil, soit au pouvoir du conseil de gérer l'entreprise et les affaires internes de la société, qui ressort de l'un ou l'autre des documents suivants :
 - (i) des actes constitutifs de la société;
 - (ii) d'une convention unanime des actionnaires.

(4) Les documents autres que le registre des actionnaires, les actes constitutifs et les conventions unanimes des actionnaires ne doivent généralement pas être pris en considération à cette fin. [Non souligné dans le texte original.]

[13] Le juge a conclu que l'entente de gestion ne devait pas être considérée comme déterminante pour ce qui est du contrôle *de jure* parce qu'il ne s'agissait pas d'un acte constitutif au sens du droit des sociétés ou d'une convention unanime des actionnaires. Au paragraphe 24, il a déclaré :

L'entente de gestion est un arrangement contractuel « ordinaire » pris par la BMCC et par Ventures, lequel confère à cette dernière de vastes pouvoirs aux fins de la gestion du portefeuille technologique de la BMCC. Il s'agit simplement d'un document externe; or, en règle générale, ce genre de document ne doit pas être considéré comme déterminant pour ce qui est du contrôle de droit. Il n'influe pas sur la régie interne de la BMCC. Ainsi, il ne s'agit pas d'un acte constitutif limitant les pouvoirs du conseil d'administration de la BMCC de gérer les affaires internes de cette dernière. Ce document ne modifie pas non plus les droits de propriété que possède la BMCC sur les actions de Sedona, et ce, même si Ventures peut exercer ces droits lors de la prestation de ses services de gestion.

[14] À mon sens, le juge a eu raison d'interpréter l'entente de gestion comme il l'a fait. Il est bien établi que le propriétaire d'actions assorties de droits de vote qui est tenu, contractuellement, d'exercer ces droits d'une certaine façon, ne s'en dépouille pas pour autant (voir l'arrêt *Duha Printers*, au paragraphe 81). Je ne vois pas pourquoi ce même principe ne pourrait pas s'appliquer lorsque le propriétaire d'actions avec droit de vote conclut avec une autre personne un contrat accordant à celle-ci un droit de vote contractuel, mais sans lui conférer les autres attributs liés à la propriété des actions.

[15] Sedona soutient également que l'entente de gestion était une convention unanime des actionnaires, qui avait pour effet de restreindre les pouvoirs des administrateurs de la BMCC de gérer les activités commerciales et les affaires internes de la société. Le juge n'a pas retenu cet argument, principalement parce que la BM n'était pas partie à l'entente. Au paragraphe 25, il a dit ceci :

L'entente de gestion ne peut pas non plus être considérée comme une CUA conclue par les actionnaires de la BMCC. La BM n'est pas partie à cette entente. En vertu du paragraphe 146(2) de la *Loi canadienne sur les sociétés par actions*, est réputée être une CUA la déclaration écrite de l'unique et véritable propriétaire de la totalité des actions émises de la société, qui restreint, en tout ou en partie, les pouvoirs des administrateurs de gérer les activités commerciales et les affaires internes de la société. En l'espèce, rien ne prouve que la BM ait fait une telle déclaration écrite. Si la BM avait l'intention de retirer les pouvoirs des administrateurs de gérer les activités commerciales et les affaires internes de la BMCC, ou de modifier ces

pouvoirs, elle serait au moins intervenue dans l'entente de gestion et aurait clairement manifesté son intention.

[16] Au paragraphe 146(1) de la *Loi canadienne sur les sociétés par actions*, la convention unanime des actionnaires est définie comme suit :

146. (1) Est valide, si elle est par ailleurs licite, la convention écrite conclue par tous les actionnaires d'une société soit entre eux, soit avec des tiers, qui restreint, en tout ou en partie, les pouvoirs des administrateurs de gérer les activités commerciales et les affaires internes de la société ou d'en surveiller la gestion [Je souligne].

146(1) An otherwise lawful written agreement among all the shareholders of a corporation, or among all the shareholders and one or more persons who are not shareholders, that restricts, in whole or in part, the powers of the directors to manage, or supervise the management of, the business and affairs of the corporation is valid [Emphasis added].

[17] Sedona se fonde sur le paragraphe 64 de l'arrêt *Duha Printers* pour soutenir qu'une convention unanime des actionnaires peut naître sans formalités précises et qu'il suffit qu'un actionnaire exprime sa volonté par écrit. Elle soutient que l'entente de gestion répond à la description d'une convention unanime des actionnaires relativement à la BMCC pour les raisons suivantes :

- L'alinéa 1.1t) prévoit qu'un représentant de la BM, cadre supérieur de la société, est désigné comme principal point de contact entre le directeur et la BM;
- L'article 2.5 exige le transfert des actifs de la BM devant être gérés par Ventures;
- Ventures est aussi tenue d'offrir des services à BM-TIP (le programme d'investissements de la BM) dont elle assumera la gestion conformément à l'entente de gestion;

- L'article 4.2 prévoit le détachement d'employés de la BM auprès de Ventures;
- Diverses dispositions de l'entente de gestion prévoient les obligations contractuelles de Ventures, de la BMCC et/ou de la BM.

[18] Sedona fait valoir essentiellement que c'est par l'entremise de la BMCC, expressément et implicitement, que la BM est constituée partie à l'entente de gestion. À ce titre, l'entente de gestion peut être interprétée comme une convention unanime des actionnaires entre l'actionnaire de la BMCC, la BMCC elle-même et Ventures, restreignant les pouvoirs des administrateurs de la BMCC de gérer les activités commerciales et les affaires internes.

[19] Selon moi, le juge a eu raison de conclure que la BM n'était pas partie à l'entente de gestion. Les éléments énumérés au paragraphe 19 sont simplement des dispositions qui renforcent la capacité de Ventures de s'acquitter de ses fonctions de gestion.

[20] Même si la BM était partie à l'entente de gestion, rien ne permet de conclure que cette entente restreignait les pouvoirs du conseil d'administration de la BMCC de gérer ses activités commerciales et ses affaires internes. Sans cette restriction, les exigences de la loi en matière de convention unanime des actionnaires ne sont pas remplies.

[21] En résumé, Sedona ne peut s'appuyer sur aucun acte constitutif ni aucune convention unanime des actionnaires qui aurait pour effet d'attribuer à Ventures, une société privée, les actions de la BMCC. Il s'ensuit que les actions de la BMCC entrent dans la colonne « non-résidents et sociétés publiques » et doivent être attribuées à la « personne donnée » mythique selon l'alinéa *b*)

de la définition de SPCC énoncée au paragraphe 125(7). Pour l'année d'imposition 1999, Sedona n'était donc pas une SPCC :

ACTIONS	RÉSIDENTS ET SOCIÉTÉS NON PUBLIQUES	NON-RÉSIDENTS ET SOCIÉTÉS PUBLIQUES
Actions ordinaires et actions privilégiées	9 281 789	9 419 931
Actions de la BMCC		438 597
Total	9 281 789	9 858 528
Contrôle en pourcentage (compte non tenu des options)	48,5 %	51,5 %

(2) Prise en compte des options

[22] En juin 1999, Sedona a adopté un régime d'options d'achat d'actions en vertu duquel certains de ses employés et experts-conseils avaient la possibilité d'acquérir des actions ordinaires de Sedona. Pour l'année d'imposition 1999 de Sedona, des options visant l'acquisition de 733 500 actions ont été accordées aux employés ou experts-conseils résidant au Canada et des options visant l'acquisition de 342 000 actions ont été accordées aux employés et experts-conseils ne résidant pas au Canada.

[23] Le 22 juillet 1999, Manouch Khezri, un non-résident, a été embauché par Sedona pour commencer à travailler le 2 août 1999. À cette date, le conseil d'administration de Sedona a autorisé l'octroi à M. Khezri, le 15 octobre 1999, d'options visant l'acquisition de 458 000 actions ordinaires. La date d'octroi de cette option a été retenue justement pour qu'elle ne tombe pas dans

l'année d'imposition 1999 de Sedona, laquelle a pris fin le 30 septembre 1999, et ce dans l'espoir que son statut de SPCC pour cette année d'imposition ne soit pas compromis.

[24] Les options d'achat d'actions sont pertinentes pour déterminer le statut de Sedona en tant que SPCC, à cause de l'alinéa 251(5)*b*), qui prévoit notamment :

(5) Pour l'application du paragraphe (2) et de la définition de « société privée sous contrôle canadien » au paragraphe 125(7):

...

b) la personne qui, à un moment donné, en vertu d'un contrat, en equity ou autrement, a un droit, immédiat ou futur, conditionnel ou non:

(i) à des actions du capital-actions d'une société ou de les acquérir ou d'en contrôler les droits de vote, est réputée occuper la même position relativement au contrôle de la société que si elle était propriétaire des actions à ce moment, sauf si le droit ne peut être exercé à ce moment du fait que son exercice est conditionnel au décès, à la faillite ou à l'invalidité permanente d'un particulier, [Je souligne]

Section 251(5): For the purposes of subsection 251(2) and the definition "Canadian-controlled private corporation" in subsection 125(7),

...

(b) where at any time a person has a right under a contract, in equity or otherwise, either immediately or in the future and either absolutely or contingently,

(i) to, or to acquire, shares of the capital stock of a corporation or to control the voting rights of such shares, the person shall, except where the right is not exercisable at that time because the exercise thereof is contingent on the death, bankruptcy or permanent disability of an individual, be deemed to have the same position in relation to the control of the corporation as if the person owned the shares at that time [Emphasis added].

[25] En substance, le sous-alinéa 251(5)*b*(i) considère qu'une personne qui, en vertu d'un contrat, a un droit futur d'acquérir des actions, est réputée occuper la même position relativement au contrôle de la société que si elle était propriétaire des actions à ce moment. L'option d'acquérir une action est un droit visé par l'alinéa 251(5)*b*. On ne sait pas clairement si le droit éventuel conféré à M. Khezri le 22 juillet 1999 est tombé sous le coup de l'alinéa 251(5)*b* à un moment quelconque au cours de l'année d'imposition 1999 de Sedona. À cause de cette incertitude, il convient d'abord de procéder à l'analyse sans tenir compte des options de M. Khezri.

[26] Le juge a tiré deux conclusions principales relativement à la question des options. Premièrement, il a conclu que le droit d'option prévu à l'alinéa 251(5)*b* ne pouvait jamais être attribué à la personne donnée au sens de l'alinéa *b*) de la définition de SPCC énoncée au paragraphe 125(7). Selon son raisonnement, l'alinéa 251(5)*b* ne prévoit pas qu'une personne est réputée posséder des actions — il ne crée qu'une fiction juridique de contrôle d'une société (voir les motifs au paragraphe 13). Deuxièmement, le juge a choisi de ne pas trancher la question de savoir s'il fallait inclure les droits de M. Khezri pour déterminer si Sedona était une SPCC au cours de l'année d'imposition 1999 parce qu'il a jugé que cet examen n'était pas pertinent eu égard à ses autres conclusions.

[27] En appel, les deux parties ont convenu que le juge avait commis une erreur lorsqu'il a conclu que le libellé de l'alinéa 251(5)*b* créait une fiction juridique de contrôle mais non de propriété. Elles ont convenu que les titulaires d'options d'achat d'actions doivent être considérés comme occupant la même position juridique relativement au contrôle de la société que s'ils étaient

véritablement propriétaires des actions. Cependant, les parties ne s'entendent pas sur la façon précise dont les options devraient être prises en compte aux fins de l'alinéa *b*) de la définition de SPCC énoncée au paragraphe 125(7).

[28] Selon mon analyse, la fiction juridique créée par l'alinéa 251(5)*b*) est axée sur la notion de propriété, non sur celle de contrôle. Une fois qu'il est établi qu'une personne est titulaire d'un droit visé par l'alinéa 251(5)*b*), il faut tenir pour acquis que ce droit est exercé et que les actions correspondantes sont effectivement acquises par le titulaire de ce droit. Il faut ensuite déterminer combien de votes se rattachent aux actions effectivement émises ainsi qu'aux actions qui seraient émises advenant l'exercice des options. Enfin, pour répondre à la question soulevée par l'alinéa *b*) de la définition de SPCC énoncée au paragraphe 125(7), il faut déterminer combien de votes devraient être attribués à la « personne donnée » mythique. Comme cette approche n'a pas été celle du juge, je me vois dans l'obligation de conclure qu'il a commis une erreur de droit dans son interprétation du sous-alinéa 251(5)*b*)(i). Selon moi, l'interprétation qu'il convient de donner à ces dispositions requiert qu'elles soient appliquées de la manière suivante. Si l'on présume que toutes les options non-Khezri ont été exercées en 1999, le calcul aux fins du contrôle s'effectuerait ainsi :

ACTIONS	RÉSIDENTS ET SOCIÉTÉS NON PUBLIQUES	NON-RÉSIDENTS ET SOCIÉTÉS PUBLIQUES
Actions ordinaires et actions privilégiées (y compris les actions de la BMCC)	9 281 789	9 858 528
Options	733 500	342 000
Total	10 015 289	10 200 528
Contrôle en pourcentage	49,55 %	50,45 %

[29] Si tous les votes afférents aux actions dans la colonne « non-résidents et sociétés publiques » étaient attribués à la « personne donnée » visée à l’alinéa *b*) de la définition de SPCC énoncée au paragraphe 125(7), celle-ci contrôlerait Sedona durant son année d’imposition 1999. Il s’ensuit que Sedona ne satisfaisait pas aux critères d’une SPCC pour cette année-là. Compte tenu de cette conclusion, il est inutile de décider si le droit accordé à M. Khezri était visé par l’alinéa 251(5)*b*) au cours de l’année d’imposition 1999 de Sedona.

IV. Conclusion

[30] Comme le juge a conclu à juste titre que Sedona n’était pas une SPCC au cours de son année d’imposition 1999, rien ne permet d’infirmier sa décision. Je rejeterais l’appel avec dépens.

« B. Malone »

j.c.a.

Je souscris aux présents motifs
Le juge M. Nadon
Je souscris aux présents motifs
La juge K. Sharlow

Traduction certifiée conforme
Christiane Bélanger, LL.L.

COUR D'APPEL FÉDÉRALE
AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER

DOSSIER : A-136-06

INTITULÉ : SEDONA NETWORKS CORPORATION
c.
SA MAJESTÉ LA REINE

LIEU DE L'AUDIENCE : TORONTO

DATE DE L'AUDIENCE : LE 12 MARS 2007

MOTIFS DU JUGEMENT : LE JUGE MALONE

Y ONT SOUSCRIT : LE JUGE NADON
LA JUGE SHARLOW

DATE DES MOTIFS : LE 30 AVRIL 2007

COMPARUTIONS :

Roger Taylor POUR L'APPELANTE
Al-Nawaz Nanji

Daniel Bourgeois POUR L'INTIMÉE
Carole Benoit

AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER :

Couzin Taylor LLP POUR L'APPELANTE
Avocats
Ottawa (Ontario)

John H. Sims, c.r. POUR L'INTIMÉE
Sous-procureur général du Canada
Ottawa (Ontario)