

Dossier : 2005-1640(IT)G

ENTRE :

TONY DeCICCO,

appellant,

et

SA MAJESTÉ LA REINE,

intimée.

[TRADUCTION FRANÇAISE OFFICIELLE]

Appel entendu le 10 octobre 2006, à Toronto (Ontario)

Devant : L'honorable juge Judith Woods

Comparutions :

Avocat de l'appelant : M^e Emilio Bisceglia

Avocate de l'intimée : M^e Nimanthika Kaneira

JUGEMENT

L'appel à l'encontre de la cotisation établie en application de la *Loi de l'impôt sur le revenu* à l'égard de l'année d'imposition 2000 est rejeté.

L'intimée a droit aux dépens.

Signé à Toronto (Ontario), ce 26^e jour de janvier 2007.

« J. Woods »

Le juge Woods

Traduction certifiée conforme
ce 5^e jour d'août 2008.

Yves Bellefeuille, réviseur

Référence : 2007CCI67
Date : 20070126
Dossier : 2005-1640(IT)G

ENTRE :

TONY DeCICCO,

appelant,

et

SA MAJESTÉ LA REINE,

intimée.

[TRADUCTION FRANÇAISE OFFICIELLE]

MOTIFS DU JUGEMENT

Le juge Woods

[1] L'appelant, Tony DeCicco, a payé, en sa qualité de caution, un montant de 87 500 \$ à La Compagnie d'Assurance-Vie Manufacturers (la « Manuvie ») relativement au refinancement d'un mail linéaire dans lequel une société liée à l'appelant détenait une participation de 25 pour 100.

[2] L'appelant veut déduire ce montant à titre de dépense d'entreprise dans le calcul de son revenu pour l'année d'imposition 2000. Dans un avis de nouvelle cotisation daté du 1^{er} juin 2005, le ministre du Revenu national a refusé la déduction telle quelle, mais l'a plutôt admise au titre de perte en capital.

I. Les faits

[3] Les conclusions de fait énoncées ci-dessous sont fondées sur le témoignage de l'appelant, sur un exposé conjoint des faits et sur un recueil conjoint de documents.

[4] L'appelant est âgé de 49 ans et travaille comme gestionnaire immobilier. Pendant toute la période visée par l'appel, il détenait 25 pour 100 des actions de A & L DeCicco Ltd. (la « société ») et en était un administrateur. Le père, la mère et le frère de l'appelant détenaient les 75 pour 100 restants des actions, en parts égales.

[5] Aux alentours de 1989 ou 1990, la société a acquis une participation de 75 pour 100 dans un mail linéaire (le « bien ») situé à Kitchener, en Ontario. Ce mail était exploité en coentreprise avec Tony Greco, qui n'a aucun lien avec la famille DeCicco. La coentreprise faisait affaire sous la raison sociale Zellagate Holdings Inc. (que je désignerai comme « Zellagate » dans les présents motifs), et cette société détenait aussi le bien à titre de nue-fiduciaire au nom des deux coentrepreneurs.

[6] L'appelant et M. Greco ont garanti par des cautionnements personnels le remboursement d'une hypothèque existant sur le bien afin qu'elle puisse être prise en charge au moment de l'achat du bien. L'appelant a fourni une garantie couvrant 75 pour 100 de la créance, ce qui correspondait à la participation de la société dans Zellagate.

[7] La coentreprise a échoué. Bien qu'on ne connaisse pas vraiment le détail de l'affaire, il semble que l'échec de la coentreprise puisse être en partie attribuable à de fausses déclarations faites par les anciens propriétaires du bien en ce qui a trait aux locataires. Dans son témoignage, l'appelant a affirmé que la situation allait de mal en pis.

[8] À un certain moment, la participation de la société dans Zellagate est passée de 75 à 25 pour 100. Il s'agit là d'une transaction qui n'est pas très bien explicitée. Tout ce qu'on en sait, c'est que deux nouveaux coentrepreneurs, détenant chacun une participation de 25 pour 100, se sont ajoutés. Ces derniers étaient des sociétés appartenant à des personnes liées à l'appelant. Cette transaction a sûrement eu lieu avant le refinancement expliqué ci-dessous.

[9] En 1992, le bien a été refinancé par Manuvie. Le principal du nouveau prêt était de 1 150 000 \$, et 987 185 \$ de ce montant ont été utilisés pour payer l'hypothèque initiale. Un représentant de chacun des quatre coentrepreneurs devait fournir un cautionnement personnel à l'occasion du refinancement. C'est l'appelant qui a fourni le cautionnement correspondant à la participation de 25 pour 100 de la société. De plus, Manuvie avait une sûreté sur le bien, et sa créance était garantie par une cession de loyers.

[10] À titre de rétribution pour le cautionnement fourni par l'appelant à l'égard de l'hypothèque de Manuvie, la société a convenu de verser à l'appelant 20 pour 100 de sa part de 25 pour 100 du revenu net de Zellagate.

[11] Quelque temps après, il y a eu un manquement à l'obligation de rembourser l'hypothèque de Manuvie. En 1996, le prêteur a donc réalisé la sûreté qui lui avait été consentie. Il restait encore un montant important à rembourser après la vente du bien, qui a été effectuée aux termes d'un pouvoir de vente. Manuvie a donc engagé une poursuite contre les cautions en 1997.

[12] En août ou en septembre 2000, la poursuite contre les cautions a été réglée pour un montant global de 350 000 \$. Les quatre cautions se sont partagé le montant du règlement à parts égales. L'appelant a donc versé à Manuvie un montant de 87 500 \$, représentant sa part de 25 pour 100.

[13] L'appelant n'a pas demandé à la société de lui rembourser ce montant, bien qu'il semble que la société détenait d'autres éléments d'actif à ce moment-là.

II. Analyse

[14] L'appelant veut déduire le montant versé à Manuvie au titre de simple dépense d'entreprise.

[15] Les principes généraux qui s'appliquent lorsqu'une société omet de rembourser un de ses actionnaires qui s'était porté caution sont énoncés dans l'arrêt *Easton c. La Reine*, n° A-196-92, 3 octobre 1997, 97 D.T.C. 5464 (C.A.F.). À la page 10, le juge Robertson indique qu'une perte subie par un actionnaire est habituellement réputée être une perte en capital, soit parce que la garantie est traitée comme un prêt différé, soit parce qu'elle est consentie dans le but d'augmenter la valeur des actions. Cependant, il poursuit en disant qu'il existe seulement une présomption réfutable à cet égard et que les tribunaux ont reconnu deux exceptions à cette règle. La première concerne les cas où la garantie est fournie dans le cours normal des activités d'une entreprise. La deuxième concerne les cas où le contribuable possède des actions d'une société comme un actif commercial.

[16] L'appelant soutient que son cas correspond à la première exception. Bien qu'il admette ne pas exploiter habituellement une entreprise de financement, il

affirme que le cautionnement était une affaire de caractère commercial ayant pour but d'arrondir ses revenus grâce à la commission de cautionnement.

[17] Avant d'examiner cette observation, je souligne que les faits du présent appel engendrent une question additionnelle.

[18] Normalement, lorsque la caution est appelée à honorer son engagement, elle a le droit de se faire rembourser par le débiteur principal. La caution subit une perte non seulement parce qu'elle a effectué un paiement aux termes du cautionnement, mais aussi parce que la dette du débiteur principal ne peut pas être récupérée – elle est irrécouvrable.

[19] Ce qui est inhabituel dans le présent appel, c'est que rien ne vient prouver qu'il s'agit d'une créance irrécouvrable. Il semble plutôt que la société avait les éléments d'actif nécessaires pour rembourser l'appelant, au moins en partie. De surcroît, l'appelant admet ne pas avoir fait de démarches auprès de la société pour recouvrer le montant.

[20] Tout ceci a donc soulevé la question préliminaire de savoir comment traiter la perte de l'appelant. Si l'appelant avait le droit de se faire rembourser par la société, et si la société avait les éléments d'actif nécessaires pour s'acquitter de son obligation, la dépense de l'appelant ne constituerait alors pas une dépense d'entreprise. Je souligne qu'une question semblable a été examinée dans l'arrêt *The Cadillac Fairview Corporation Limited c. La Reine*, n° A-282-96, 25 janvier 1999, 99 D.T.C. 5121 (C.A.F.), même si les faits de cette affaire sont très différents de ceux en l'espèce.

[21] L'avocat de l'appelant fait valoir que son client n'avait pas le droit de se faire rembourser par la société, ni d'un point de vue juridique, ni d'un point de vue factuel. L'argument factuel est fondé sur le témoignage de l'appelant, où il a indiqué s'être entendu d'entrée de jeu avec la société pour assumer lui-même les pertes à l'égard du cautionnement. Pour ce qui est de l'argument juridique, l'avocat de l'appelant soutient qu'il n'existe aucun principe juridique général accordant à la caution le droit de se faire rembourser par le débiteur principal.

[22] Je ne peux pas accepter le deuxième argument de l'avocat. Le principe juridique qui s'applique a été énoncé dans l'arrêt *Cadillac Fairview*, précité, au paragraphe 22 :

Suivant les règles de droit régissant la subrogation, lorsqu'une garantie est donnée pour garantir l'exécution de l'obligation du débiteur principal et qu'en vertu de la garantie, le garant est tenu de payer et paie effectivement le créancier, le garant est normalement subrogé aux droits du créancier. Lorsque le garant n'a pas expressément ou implicitement renoncé à ces droits de subrogation, le débiteur principal devient obligé envers le garant pour le plein montant qui a été payé en exécution de la garantie.

[23] Il me semble ici que la véritable question soit d'ordre factuel. Elle est de savoir si l'appelant, au moment de fournir le cautionnement, a consenti à assumer le risque de perte et à ne pas demander un remboursement à la société.

[24] Il y a donc deux choses essentielles à déterminer quant aux faits. D'abord, il faut déterminer ce qui a motivé l'appelant à fournir le cautionnement. Avait-il l'intention d'arrondir ses revenus grâce à la commission de cautionnement, comme il l'a affirmé dans son témoignage? Ensuite, avait-il convenu d'assumer le risque de perte au moment de fournir le cautionnement, comme il l'a aussi affirmé dans son témoignage?

[25] À première vue, le témoignage de l'appelant semble raisonnable. Le cautionnement qu'il fournissait profitait probablement plus aux autres actionnaires de la société, collectivement, qu'il ne lui profitait. Il était donc logique que la société verse une commission à l'appelant et que cette commission soit la principale motivation de l'appelant, étant donné que sa participation dans la société était relativement petite. Il semble aussi logique que l'appelant ait accepté d'assumer le risque de perte, étant donné l'importante commission de cautionnement qui avait été négociée.

[26] Par contre, la position de l'appelant présente un bon nombre d'aspects douteux. Mes réserves quant à cette position sont énoncées ci-dessous, sans aucun ordre particulier.

[27] D'abord, le témoignage de l'appelant concernant une entente qui aurait été conclue d'entrée de jeu voulant qu'il assume le risque de perte entre en contradiction avec la position que l'appelant avait adoptée auparavant. Notamment, dans sa déclaration de revenus pour l'année 2000, l'appelant a demandé la déduction de 87 500 \$ au titre de dépense pour créance irrécouvrable. C'est aussi la position qu'il a adoptée dans l'avis d'appel qui, je le souligne, a été rédigé en son nom par un avocat. Le fait que l'appelant reconnaisse qu'il existait une dette n'est pas compatible avec ce qu'il a affirmé à l'audience, soit qu'il n'avait pas le droit de se faire rembourser par la société.

[28] Ensuite, lors de l'audience, l'avocate de l'intimée m'a informée qu'on ne l'avait pas avisée au préalable que l'appelant adoptait la position voulant qu'il n'existât pas de dette. Si c'est bel et bien le cas, il s'agit d'une situation donnant lieu à une atteinte à l'équité, vu que l'avocate de l'intimée n'a pas disposé d'assez de temps pour préparer sa réponse ou pour traiter de la question au moment de l'interrogatoire préalable. Si on avait demandé un ajournement, il est fort probable que je l'aurais accordé.

[29] Néanmoins, le défaut d'aviser l'intimée du changement de position est une question d'ordre procédural qui n'a rien à voir avec le fond de l'appel. Cependant, le fait que l'appelant ait changé de position a une incidence sur l'appréciation de son témoignage.

[30] De plus, je suis assez déconcertée par le fait que, lors de l'interrogatoire principal, l'appelant n'a pas exposé de façon détaillée et complète les circonstances de sa décision de fournir le cautionnement. Au début de son témoignage, l'appelant a indiqué être d'accord avec son avocat pour dire que le mail linéaire avait été acheté [TRADUCTION] « aux alentours de 1992 ». Dans les faits, 1992 est plutôt le moment où Manuvie a refinancé l'hypothèque, non pas le moment de l'achat du bien. Tout le reste de l'interrogatoire principal m'a amenée à croire que le cautionnement avait été fourni à Manuvie au moment de l'achat du bien. C'est seulement lors du contre-interrogatoire que j'ai pu comprendre que le bien avait été acheté plus tôt, qu'un prêt hypothécaire avait déjà été contracté, et que l'appelant avait fourni un cautionnement personnel couvrant 75 pour 100 de l'hypothèque initiale antérieurement au refinancement.

[31] Au cours de l'interrogatoire principal, l'appelant a affirmé avoir été motivé par l'obtention d'une commission de cautionnement, parce qu'il était persuadé que l'entreprise pouvait générer des revenus. Il s'agit là d'une explication rationnelle dans la mesure où le cautionnement a été fourni au moment de l'achat. Cependant, elle perd de son sens si le cautionnement a été fourni ultérieurement.

[32] Le témoignage était trompeur, d'autant plus qu'il n'existait aucune preuve tangible qui aurait pu appuyer l'argument selon lequel l'appelant avait raison de s'attendre, au moment de fournir le cautionnement à Manuvie, à ce que Zellagate génère des revenus. Les états financiers se rapportant à la période en cause auraient pu venir appuyer quelque peu l'argument, mais ils n'ont pas été présentés en preuve. En outre, l'appelant lui-même a indiqué dans son témoignage que l'entreprise allait de mal en pis et que l'on avait poursuivi avec succès les anciens

propriétaires pour fausses déclarations. Il semble donc fort possible que les perspectives financières de Zellagate n'étaient pas très bonnes au moment où l'appelant a fourni le cautionnement à Manuvie.

[33] Le fait que personne n'a été appelé à témoigner pour corroborer les dires de l'appelant suscite lui aussi des doutes dans mon esprit. Il aurait été logique d'appeler le père de l'appelant, qui était le président de la société. Ce dernier aurait pu venir corroborer le témoignage de l'appelant.

[34] Enfin, le témoignage de l'appelant en ce qui a trait à ces éléments clés a été très bref et ne permettait pas de bien comprendre les discussions qui ont eu lieu au moment pertinent.

[35] Compte tenu de tous ces facteurs, je ne suis pas convaincue que le témoignage de l'appelant sur ces questions soit fiable. Plus précisément, je ne suis pas convaincue qu'il ait réussi à établir, même à première vue, qu'il avait, d'entrée de jeu, conclu une entente avec la société voulant qu'il assumât le risque de perte. Je ne suis pas davantage convaincue qu'il avait fourni le cautionnement principalement pour gagner une commission.

[36] À vrai dire, il m'est difficile de cerner ce qui s'est véritablement passé.

[37] Il se peut très bien que la commission de cautionnement n'ait été qu'un simple maquillage ajouté dans le but d'appuyer la déduction demandée par l'appelant. Je constate que c'était le cas dans un arrêt auquel on m'a renvoyée, soit l'arrêt *McLaws c. M.R.N.*, [1974] R.C.S. 887, 72 D.T.C. 6149 (C.S.C.).

[38] Il se peut aussi que l'appelant n'ait pas discuté avec son père du risque de perte lorsqu'il a fourni le cautionnement. L'appelant a peut-être choisi d'assumer le risque seulement après avoir payé Manuvie en 2000. Il semble qu'à ce moment-là, les relations familiales étaient tendues, étant donné les difficultés auxquelles a donné lieu l'investissement. En guise de réponse à une question que je lui avais posée au sujet d'un recouvrement grâce à un dividende qui devenait payable le 31 janvier 2001, l'appelant a répondu ce qui suit (à la page 44 de la transcription) :

[TRADUCTION]

Je pense qu'à ce moment-là, les choses n'allaient pas vraiment bien dans la famille, et l'investissement n'allait pas bien non plus. J'ai donc choisi, pour des raisons familiales, de ne pas insister [pour recouvrer grâce au dividende], Madame le juge.

[39] Vu toutes les circonstances de la présente affaire, la preuve n'est pas suffisante pour me permettre de conclure que l'appelant avait accepté, d'entrée de jeu, d'assumer le risque de perte, ou qu'il avait fourni le cautionnement principalement pour gagner une commission.

[40] Avant de terminer, je tiens à souligner un point qui n'est pas ressorti lors de l'audience. Au moment de rédiger les présents motifs, j'ai remarqué que la réponse déposée par l'intimée n'énonçait pas les hypothèses du ministre à l'égard de ce qui aurait pu motiver l'appelant à fournir le cautionnement. Selon le rapport de vérification, il semble qu'une hypothèse ait bel et bien été formulée. Il y aurait donc eu une omission lors de l'établissement de la réponse.

[41] Je tiens à le souligner, parce qu'une telle omission dans un acte de procédure peut avoir une incidence sur le fardeau de la preuve. Cependant, l'issue du présent appel n'est pas tributaire de cette question, étant donné qu'il est clair que le fardeau reposait sur l'appelant en ce qui a trait à l'autre question de fait, soit celle de savoir si l'appelant avait accepté d'assumer le risque de perte.

[42] L'appel est rejeté, et l'intimée a droit aux dépens.

Signé à Toronto (Ontario), ce 26^e jour de janvier 2007.

« J. Woods »

Le juge Woods

Traduction certifiée conforme
ce 5^e jour d'août 2008.

Yves Bellefeuille, réviseur

RÉFÉRENCE : 2007CCI67

N° DU DOSSIER : 2005-1640(IT)G

INTITULÉ : Tony DeCicco et Sa Majesté la Reine

LIEU DE L'AUDIENCE : Toronto (Ontario)

DATE DE L'AUDIENCE : Le 10 octobre 2006

MOTIFS DU JUGEMENT PAR : L'honorable juge Judith Woods

DATE DU JUGEMENT : Le 26 janvier 2007

COMPARUTIONS :

Avocat de l'appelant : M^e Emilio Bisceglia

Avocate de l'intimée : M^e Nimanthika Kaneira

AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER :

Pour l'appelant :

Nom : M^e Emilio Bisceglia

Cabinet : Bisceglia & Associates
Toronto (Ontario)

Pour l'intimée : John H. Sims, c.r.
Sous-procureur général du Canada
Ottawa, Canada