

Le 3 janvier 2012
N° 2012-01

Décision de la Cour suprême dans l'affaire *Copthorne* — d'importantes questions relatives à la RGAÉ subsistent

La Cour suprême du Canada (« **CSC** ») a récemment rendu une décision longuement attendue dans l'affaire *Copthorne Holdings Ltd. c. Canada*, 2011 CSC 63. KPMG est heureux de vous présenter une analyse de la décision et de ses répercussions sur les mesures de planification fiscale au Canada.

Ce numéro spécial de *FlashImpôt-Canada* a été rédigé par Evy Moskowitz et Mark Meredith, associés et avocats-fiscalistes du cabinet d'avocats Moskowitz & Meredith affilié à KPMG.

Webémission de KPMG

Pour une analyse plus détaillée de la décision rendue dans l'affaire *Copthorne*, assistez à notre [webémission](#) qui sera diffusée le 5 janvier 2012.

Comme nous le mentionnions dans notre édition du bulletin *FlashImpôt-Canada*¹ daté du 16 décembre 2011, la CSC a rendu une décision en faveur de l'Agence du revenu du Canada (« **ARC** ») en ce qui concerne l'application de la règle générale anti-évitement (« **RGAÉ** »)² aux opérations entreprises par les contribuables (les « **opérations** »). Le jugement de la CSC confirme les décisions rendues en faveur de l'ARC tant par la Cour canadienne de l'impôt que par la Cour d'appel fédérale.

Après analyse des points de vue exprimés par la CSC, nous avons conclu que la décision comporte des forces ainsi que des faiblesses que nous analysons ci-après.

Contexte — Les opérations

La présente analyse ne vise pas à exposer les faits de l'affaire en cause, puisque des analyses plus détaillées peuvent être consultées à bon nombre d'endroits.³ Elle ne fournit donc qu'un sommaire général des opérations, qui ont été simplifiées pour que le lecteur s'attarde aux questions traitées par la CSC.

Avant 1992, un groupe de non-résidents appartenant à une même famille détenait des actions, directement ou indirectement, dans deux chaînes de sociétés, dont chacune a donné lieu ultimement à la détention d'un placement canadien.

- Une chaîne de sociétés (« **Chaîne à pertes** ») était composée d'une société de portefeuille canadienne chef de file (« **Placements** »), laquelle détenait une filiale canadienne en propriété exclusive (« **Portefeuille** »). Les actionnaires non résidents ont financé Placements au moyen de souscriptions d'actions totalisant environ 97 millions de dollars, dont une tranche de 67 millions de dollars a été affectée par Placements à l'achat d'actions de Portefeuille. Les souscriptions d'actions ont donné lieu respectivement à un capital versé aux fins fiscales de quelque 97 millions de dollars et de quelque 67 millions de dollars au titre des actions de Placements et de Portefeuille. L'ARC n'a pas contesté la validité des chiffres présentés au titre du capital versé.
- L'autre chaîne de sociétés (« **Chaîne à gains** ») incluait une participation dans une société canadienne chef de file (« **Copthorne** »), dont les actions étaient aussi détenues par des non-résidents du Canada. Avant les opérations, le capital versé des actions de Copthorne était négligeable.

Portefeuille a investi le produit de son émission d'actions dans l'achat d'actions d'une société ouverte canadienne, tandis que Copthorne l'a investi dans des biens immobiliers. La valeur des placements de Portefeuille a par la suite baissé. Par conséquent, à leur disposition, les placements auraient donné lieu à une perte aux fins fiscales. La valeur du placement immobilier détenu par Copthorne a augmenté, et la disposition de ce placement aurait, quant à elle, donné lieu à la réalisation d'un gain appréciable aux fins fiscales.

En 1992, dans le cadre d'une série de mesures mises en place pour transférer la perte inhérente de Chaîne à pertes à Chaîne à gains (et par conséquent mettre le gain réalisé par cette dernière à l'abri de l'impôt), Placements a vendu les actions de Portefeuille à Copthorne. À ce moment, la juste valeur marchande (« **JVM** ») des actions de Portefeuille était négligeable, mais le capital versé au titre de ces actions s'établissait encore à 67 millions de dollars.

En 1993, après la mise en place des mesures de transfert de la perte susmentionnées (qui ne posaient aucun problème à l'ARC), il a été décidé que Copthorne et Portefeuille devraient fusionner. Si l'on avait eu recours à une fusion verticale des deux sociétés (soit, à ce stade, la société mère et sa filiale), le capital versé de 67 millions de dollars au titre des actions de Portefeuille aurait été éliminé par application des dispositions pertinentes du droit des sociétés et du paragraphe 87(3) de la *Loi de l'impôt sur le revenu* (Canada) (la « **Loi** »).⁴ Étant donné, toutefois, que le montant du capital versé pouvait être remis aux actionnaires non résidents en franchise d'impôt canadien, Copthorne a reconnu l'utilité de maintenir un tel attribut fiscal, et ce, même si aucun plan de distribution n'avait été établi à ce moment-là.

Copthorne a donc décidé de préserver le capital versé des actions de Portefeuille en procédant d'abord à la vente des actions de Portefeuille à la société mère non résidente de Copthorne pour une contrepartie correspondant à leur JVM (la « **vente des actions** »).

de 1993 »), opération au terme de laquelle Copthorne et Portefeuille sont devenues des sociétés sœurs, puis à la fusion horizontale de Copthorne et de Portefeuille (la « **fusion horizontale** »), au lieu d'une fusion verticale. La règle visant l'élimination du capital versé dans le cas d'une fusion verticale qui est applicable aux termes des dispositions pertinentes du droit des sociétés et du paragraphe 87(3) (la « **règle visant l'élimination du capital versé** ») ne s'applique pas aux fusions horizontales; par conséquent, le capital versé global de la société issue de la fusion (appelée ci-après, **Copthorne II**) correspondait au total du capital versé (préservé) des actions de Portefeuille (67 millions de dollars) et du capital versé des actions de Copthorne (montant négligeable) — soit un total de 67 millions de dollars.

En 1995, Copthorne II et Placements ont aussi fait l'objet d'une fusion horizontale (la « **deuxième fusion** »), au terme de laquelle le capital versé de la société issue de la fusion (appelée ci-après, **Copthorne III**) correspondait au total du capital versé (préservé) des actions de Copthorne II (67 millions de dollars) et du capital versé des actions de Placements (97 millions de dollars) — soit un total de 164 millions de dollars.

Par suite de la deuxième fusion, un montant d'environ 142 millions de dollars des bénéfices des autres entités appartenant à la Chaîne à gains a été distribué en amont de cette chaîne de sociétés et, en bout de ligne, par Copthorne III à son actionnaire non résident au moyen du rachat d'une partie des actions en circulation de Copthorne III (le « **rachat** »). Copthorne III a adopté la position que, conformément aux dispositions de la Loi (autres que celles énoncées dans la RGAÉ), cette distribution pouvait se faire sans déduction à la source d'impôt canadien (la « **distribution** ») jusqu'à concurrence du capital versé des actions rachetées.

L'ARC a toutefois allégué que la vente des actions de 1993, qui a donné lieu à la fusion horizontale et à la préservation du capital versé de 67 millions de dollars attribuable aux actions de Portefeuille (le « **capital versé préservé** »), constituait un abus du paragraphe 87(3) de la Loi et, plus particulièrement, de la règle visant l'élimination du capital versé qui y est énoncée.

Décision rendue par la Cour suprême

Pour que la RGAÉ s'applique à une opération spécifique, l'opération elle-même, ou une série d'opérations dont fait partie l'opération spécifique, doit donner lieu à un « avantage fiscal ». L'avantage fiscal sera supprimé en application de la RGAÉ si :

- l'opération est une « opération d'évitement », ce qui signifie qu'elle a été principalement effectuée pour l'obtention de l'avantage fiscal;
- s'il donne lieu à un abus d'une disposition particulière de la Loi.

La CSC a conclu que la vente des actions de 1993 avait donné lieu à un avantage fiscal (soit, la distribution en franchise d'impôt d'un montant correspondant au capital versé préservé), et que cet avantage fiscal a été réalisé au moment du rachat. La CSC a aussi conclu que la vente des actions de 1993 :

- faisait partie de la série d'opérations incluant le rachat, même si, au moment de la vente des actions de 1993, aucun plan spécifique n'était en place en vue d'un rachat éventuel;
- avait été entreprise principalement dans le but d'obtenir l'avantage fiscal découlant de la distribution en franchise d'impôt susmentionnée, et qu'elle constituait par conséquent une opération d'évitement;
- a donné lieu à un abus de la règle d'élimination du capital versé énoncée au paragraphe 87(3).

Depuis qu'elle a été rendue, la décision de la CSC a été résumée dans bon nombre de publications. Nous proposons donc de ne pas retenir cette approche. En effet, nous avons pensé qu'il serait plus intéressant de souligner ce que nous considérons comme les « bons » et les « moins bons » aspects de la décision.

Décision rendue par la Cour suprême — les « bons » aspects

Observations générales

Les deux aspects « positifs » qui sautent aux yeux sont le fait que la décision est unanime et que la CSC s'est attachée à étudier formellement chaque étape exigée dans le cadre d'une analyse de la RGAÉ, c'est-à-dire l'avantage fiscal, l'opération d'évitement et l'abus. Nous nous attendons à ce que la communauté fiscale accueille favorablement ces aspects de la décision à la suite de celle rendue par la CSC où les juges étaient partagés à quatre contre deux contre un quant à l'application de la RGAÉ dans l'affaire *Lipson*.⁵

Réaffirmation des principes de la RGAÉ

La Cour a aussi reformulé les principes de la RGAÉ ci-après, qui avaient été énoncés dans l'affaire *Trustco Canada*⁶, mais qui ont pu avoir été interprétés comme dilués par la décision rendue dans l'affaire *Lipson*.

Droit de réduire ses impôts – La Cour a clairement réaffirmé le principe de longue date exprimé dans l'affaire *Duke of Westminster*, à savoir que le contribuable a le droit d'organiser ses affaires de façon à réduire le plus possible l'impôt qu'il lui faut payer. Dans l'affaire *Copthorne*, la Cour est allée plus loin, en établissant clairement que même si une telle planification fiscale donne lieu à un « abus » aux fins de la RGAÉ, cela ne laisse pas sous-entendre que le comportement est réprouvé ou inapproprié. La Cour a stipulé ce qui suit :

On pourrait voir dans le mot « abus » la réprobation morale du contribuable qui, afin de réduire son obligation fiscale, se montre ingénieux pour faire jouer la *Loi de l'impôt sur le revenu* en sa faveur. On aurait tort, car le contribuable peut opter pour les avenues ou les opérations qui sont propres à réduire son obligation fiscale (voir l'affaire *Duke of Westminster*).⁷

La Cour a, en outre, stipulé ce qui suit :

Il ne faut cependant pas confondre la détermination de la raison d'être des dispositions applicables de la Loi avec le jugement de valeur quant à ce qui est bien ou mal, non plus qu'avec les conjectures sur ce que devrait être une loi fiscale ou sur l'effet qu'elle

devrait avoir.⁸

La RGAÉ est une disposition de dernier recours – Dans la même veine, la Cour a reformulé le principe compensatoire exprimé dans l'affaire *Canada Trustco* à savoir que, bien que le Parlement ait eu l'intention de donner une certaine marge de manœuvre à la Cour quant à l'application de la RGAÉ pour contourner le résultat de l'application de dispositions spécifiques de la Loi, la règle demeure une « disposition de dernier recours », et il faut considérer que le législateur cherche à offrir aux contribuables « l'uniformité, la prévisibilité et l'équité en matière de droit fiscal ».⁹

L'ARC a le fardeau de démontrer qu'il y a clairement « abus » – Pour renforcer les objectifs d'uniformité, de prévisibilité et d'équité en matière de droit fiscal, la Cour a réitéré ce qu'elle avait déterminé dans l'affaire *Canada Trustco*, à savoir que l'« abus » en cause doit être clair et que le Ministre a le fardeau d'établir la politique fiscale dont le non-respect constitue clairement un abus. La Cour a aussi réaffirmé que « le contribuable a le bénéfice du doute » à cet égard.¹⁰

Le texte a parfois préséance – La Cour a reconnu que, dans certains cas, le libellé d'une disposition particulière de la Loi pouvait constituer un énoncé complet du régime établi par la Loi, et qu'il pourrait n'y avoir aucune autre raison d'être à cette disposition que celle indiquée par ce libellé.¹¹

Aucune règle générale contre le dépouillement de surplus dans la Loi

Malgré sa conclusion que la RGAÉ s'applique à la planification relative au capital versé entreprise dans l'affaire *Copthorne*, la CSC a conclu que la Loi ne contenait pas d'« énoncé de principe général - contre le dépouillement de surplus ».¹² La CSC a plutôt déclaré que sa décision était fondée sur un régime relativement restreint portant plus particulièrement sur le traitement du capital versé dans le cadre d'une fusion.

Nous sommes, par conséquent, d'avis que la Cour a clairement établi que sa décision devrait avoir une portée relativement restreinte et, plus précisément, qu'elle ne devrait pas permettre à l'ARC d'affirmer qu'il existe un énoncé de principe général contre le dépouillement de surplus dans la Loi susceptible de l'inciter à s'attaquer à d'autres types de planification du capital versé.

Capital versé dans le cas de vente à un tiers

La CSC a confirmé l'interprétation générale à savoir que le capital versé est un attribut inhérent aux actions, peu importe s'il y a des changements au niveau des détenteurs de ces actions. Dans ce contexte, la Cour tentait, à tout le moins, de traiter des incertitudes qui pourraient découler de ses conclusions dans cette affaire, notamment dans le cas de la vente à un tiers d'actions ayant un capital versé supérieur à leur valeur.¹³

Décision rendue par la Cour suprême — les « moins bons » aspects

Malgré cette réaffirmation des principes, la décision de la CSC soulève un certain nombre de questions à l'égard de la RGAÉ. Certaines portent plus particulièrement sur la planification du capital versé en cause, d'autres relèvent davantage de l'application de la RGAÉ. Même si l'on comprend que la CSC ne souhaitait pas examiner certaines des

questions hypothétiques exposées ci-après, étant donné que l'affaire *Copthorne* sera vraisemblablement le dernier cas de RGAÉ qui sera porté à l'attention de la CSC avant un bon moment, on aurait souhaité que ces questions soient davantage débattues devant la Cour.

Avantage fiscal et comparaison raisonnable

Il est parfois très facile de déterminer, d'après les faits, si une opération spécifique ou une série d'opérations spécifiques donne lieu à un avantage fiscal. D'autres fois, l'existence d'un avantage fiscal ne peut être établie qu'en comparant une autre opération ou une autre série d'opérations que le contribuable pourrait avoir raisonnablement effectuée pour parvenir au même résultat commercial que celui atteint par l'opération ou la série d'opérations à l'étude.

Dans l'affaire *Copthorne*, la CSC a eu recours à la comparaison pour conclure que la planification aux fins de la préservation du capital versé avait donné lieu à un avantage fiscal (soit la remise en franchise d'impôt de la partie de la distribution attribuable au capital versé préservé). *Copthorne* avait notamment soutenu que la fusion horizontale (précédée de la vente des actions de 1993) avait pour objectif de rationaliser la structure de *Copthorne* et de porter les pertes inhérentes subies par *Portefeuille* en réduction du gain réalisé par *Chaîne* à gains.

En rejetant cette assertion relative à l'objectif, la CSC a néanmoins déclaré que cet objectif commercial aurait pu être atteint plus facilement par la fusion verticale de *Copthorne* et de *Portefeuille*, et que cette autre façon de procéder n'aurait pas donné lieu à l'économie découlant de la distribution en franchise d'impôt. Par conséquent, la vente des actions de 1993 et la fusion horizontale ont clairement donné lieu à un avantage fiscal.

Compte tenu des faits relatifs à l'affaire *Copthorne*, le choix de la fusion verticale comme mécanisme de comparaison approprié ne surprend pas. Avant la vente des actions de 1993, la structure de l'entreprise convenait parfaitement pour une fusion verticale — la vente des actions de 1993 a été « ajoutée » uniquement pour atteindre l'objectif de préservation du capital versé au moyen de la fusion horizontale; par conséquent, la « simple » fusion verticale comme mécanisme de comparaison s'impose manifestement.

En revanche, malheureusement, pour ceux qui désiraient obtenir des précisions sur le critère de « comparaison raisonnable », la CSC n'était pas tenue de répondre à la question générale plus complexe à savoir comment choisir parmi différentes opérations comparatives possibles si plusieurs d'entre elles semblent également « raisonnables ». Par exemple, l'analyse de l'avantage fiscal par la CSC aurait pu être beaucoup plus difficile si *Portefeuille* n'avait jamais été une filiale de *Copthorne* et que *Placements* avait vendu les actions de *Portefeuille* en 1992 directement à l'actionnaire non résident de *Copthorne*¹⁴. Dans de telles circonstances, la CSC aurait-elle conclu qu'il aurait été « raisonnable » d'exiger que l'actionnaire non résident renonce à une fusion horizontale, ce qui aurait été l'étape suivante habituelle de la simplification de la structure d'entreprise, et transfère plutôt les actions de *Portefeuille* détenues par *Copthorne* avant de procéder à une fusion verticale?

Il reviendra à la CSC, dans les arrêts à venir, de fournir davantage de précisions sur le critère de « comparaison raisonnable » et de déterminer si le choix entre différentes

opérations comparatives raisonnables doit être fondé sur des principes de droit ou simplement les faits en question.

Opération d'évitement et concept de « série »

Comme il a été mentionné, une opération est dite d'évitement si elle est effectuée principalement pour obtenir un avantage fiscal et si elle génère elle-même l'avantage fiscal ou est incluse dans une série d'opérations donnant lieu à cet avantage fiscal.

L'ARC a allégué, ce que la CSC a avaisé, que la vente d'actions de 1993 était l'opération clé ayant généré l'avantage fiscal et que cette opération avait été effectuée principalement pour obtenir cet avantage. En revanche, le problème est que la vente d'actions de 1993 n'avait pas *généré* elle-même cet avantage fiscal. Ce dernier n'a été réalisé qu'au moment du rachat¹⁵. Par conséquent, avant de décider que la vente d'actions de 1993 était une opération d'évitement, la CSC devait d'abord déterminer si le rachat faisait partie de la même série d'opérations que la vente d'actions de 1993.

Le contribuable a fait valoir qu'une opération donnée (le rachat dans le cas présent) ne pouvait faire partie d'une série d'opérations antérieures (la vente des actions de 1993 et la fusion horizontale dans le cas présent) que si cette opération avait été « envisagée » au moment où les opérations antérieures ont été effectuées. Puisque Copthorne n'avait pas de plan précis en vue de racheter les actions de Copthorne II au moment de la vente des actions de 1993, le rachat ne pouvait pas être considéré comme faisant partie de la même série d'opérations que celle dont faisait partie la vente des actions de 1993. Par conséquent, puisque la vente des actions de 1993 ne faisait pas partie de la série d'opérations ayant généré l'avantage fiscal que constitue la distribution aux non-résidents en franchise d'impôt, elle ne pouvait pas constituer une opération d'évitement, de sorte que la RGAÉ ne pouvait pas s'appliquer.

Cependant, la CSC n'a pas été du même avis.

Le sens de « série » est élargi par une disposition précise¹⁶ de la Loi en vertu de laquelle une série est réputée inclure les « opérations liées » terminées « en vue de » réaliser une série particulière d'opérations.

Même si cela peut sembler quelque peu étonnant sur le plan grammatical, selon l'interprétation antérieure de cette phrase par la CSC, une opération donnée peut être terminée « en vue de » réaliser une série si cette opération *précède* ou *suit* la série¹⁷. Par conséquent, il ne faut pas s'étonner de constater que la CSC a reconfirmé cette interprétation dans l'affaire *Copthorne*. De plus, selon les faits dans l'affaire *Copthorne*, il semblait assez clair que, même si aucun plan précis n'avait été élaboré au moment de la vente des actions de 1993 en vue de rapatrier en franchise d'impôt le capital versé préservé à l'intention de l'actionnaire non résident de Copthorne, la CSC a conclu que la préservation de ce capital versé ne visait raisonnablement qu'à permettre une telle fin.

La raison de notre déception à l'égard des conclusions de la CSC quant au sens d'une « série » n'est pas la conclusion particulière de la CSC dans l'affaire *Copthorne*, mais le fait que la CSC a évité de fournir des précisions sur le niveau du lien qu'il doit y avoir entre une

opération donnée et une série pour que cette opération soit considérée comme une « opération liée » terminée « en vue de » réaliser cette série. La CSC a simplement réitéré des décisions antérieures au sujet du critère de « série »¹⁸ (ce qui, avec tout notre respect, ne nous aide pas beaucoup à améliorer notre compréhension du critère) et a suggéré, sans fournir d'analyse, que l'écoulement du temps ou la survenance d'événements entre une série d'opérations et une opération donnée « peut » être un facteur pertinent avant de conclure de manière générale qu'une série doit être jugée en fonction des faits qui lui sont propres.

Même s'il n'est peut-être pas étonnant que la CSC ait choisi de ne pas examiner ouvertement de facteurs hypothétiques pour évaluer les limites du critère selon lequel l'opération doit être terminée « en vue » (*in contemplation*, dans la version anglaise du jugement) d'une série subséquente, la communauté fiscale espérait certainement que la CSC fournisse des directives plus précises à cet égard.

Abus et démarcation nette

Comme il a été mentionné, la CSC a conclu que la planification relative au capital versé en question allait à l'encontre de la règle de l'élimination du capital versé énoncé au paragraphe 87(3) et constituait donc un abus aux fins de la RGAÉ. Cette planification prévoyait que l'actionnaire non résident de Copthorne recevrait, en franchise d'impôt, un montant excédant les fonds libérés d'impôt qui avaient été investis dans Copthorne ou, plus exactement, dans Chaîne à pertes et Chaîne à gains. Plus précisément, les fonds libérés d'impôt investis par l'actionnaire non résident dans les deux chaînes de sociétés totalisaient environ 97 millions de dollars (soit le montant de 97 millions de dollars investi dans les actions de Placements et un montant négligeable investi dans Copthorne), alors que le montant disponible pour versement à l'actionnaire non résident totalisait 164 millions de dollars (soit le montant susmentionné de 97 millions de dollars et le capital versé préservé de 67 millions de dollars), dont une tranche de 142 millions de dollars avait été versée à l'actionnaire non résident, en franchise d'impôt, au moment du rachat.

Même si on peut débattre l'analyse par la CSC de la raison qui sous-tend la règle de l'élimination du capital versé, nous ne contestons pas tant cette analyse que le fait que cette analyse (et la règle de l'élimination du capital versé) n'est pertinente que pour les fusions verticales. Dans l'affaire *Copthorne*, la fusion était horizontale. Ce n'est qu'à partir des cinq derniers paragraphes de l'arrêt que la CSC s'interroge sur ce fait dans son analyse de l'abus et indique simplement que la vente des actions de 1993 (qui permettait la réalisation de la fusion horizontale) a été entreprise pour contourner une fusion verticale et, par conséquent, l'application de la règle de l'élimination du capital versé. Ainsi, la vente des actions de 1993 était abusive, de sorte que la RGAÉ s'appliquait.

La CSC a tiré cette conclusion sans expliquer pourquoi il n'était pas possible pour Copthorne de profiter de la distinction claire faite par le Parlement en vertu du paragraphe 87(3) entre une fusion verticale et une fusion horizontale. Le fait de simplement dire qu'il était abusif d'agir d'une certaine manière laisse présumer que si une disposition de la Loi établit une « démarcation nette » avant d'imposer le contribuable, ce contribuable doit structurer ses opérations de façon à respecter ou à ne pas dépasser cette démarcation.

Ainsi, par exemple, si une disposition ne s'applique que si les actions sont détenues à la fin d'une période de 30 jours (comme c'est le cas pour la règle de la minimisation des pertes énoncée au paragraphe 40(3.3)) ou si l'actionnaire détient plus de 10 % des actions participantes à droit de vote d'une société (comme c'est le cas pour la règle de la réduction du capital versé énoncées aux articles 84.1 et 212.1), y a-t-il abus si l'actionnaire, respectivement, vend ses actions le 29^e jour ou achète tout juste moins de 10 % des actions dans le but précis d'éviter l'application de ces dispositions? Si oui, quelle est la raison d'inclure la période de 30 jours ou le pourcentage de 10 % dans les dispositions? Si non, pourquoi était-ce un abus de la part de Copthorne d'éviter la démarcation nette (c.-à-d. une fusion verticale) en vertu du paragraphe 87(3)? Est-ce parce que le résultat, soit la possibilité de retirer, en franchise d'impôt, un montant supérieur aux fonds libérés d'impôt investis dans la société, est si choquant? Dans l'affirmative, il semble que la CSC soit allée à l'encontre de son propre argument exposé plus tôt dans l'arrêt, à savoir qu'il « ne faut cependant pas confondre la détermination de la raison d'être des dispositions applicables de la Loi avec le jugement de valeur quant à ce qui est bien ou mal non plus qu'avec les conjectures sur ce que devrait être une loi fiscale ou sur l'effet qu'elle devrait avoir ».

En indiquant simplement que Copthorne a commis un abus en choisissant de procéder à une fusion horizontale plutôt qu'à une fusion verticale sans préciser exactement ce qui l'empêchait de le faire, la CSC, avec tout notre respect, donne témérairement l'impression d'avoir rendu une décision fondée sur l'intuition. De plus, ce faisant, il est devenu très difficile pour les contribuables d'évaluer comment et quand la RGAÉ s'applique lorsqu'il y a des critères réglementaires de démarcation nette.

Abus et droit de choisir

L'analyse de l'abus par la CSC soulève aussi la question de savoir dans quel cas un contribuable a le droit de choisir parmi diverses options relativement à une opération donnée. Le contribuable doit-il toujours choisir l'option qui entraîne le montant d'impôt le plus élevé? En fonction des commentaires de la CSC concernant le principe issu de l'affaire *Duke of Westminster*, nous présumons que la réponse à cette question doit être négative. En revanche, si c'est le cas, nous nous demandons encore pourquoi Copthorne ne pouvait pas choisir une fusion horizontale plutôt qu'une fusion verticale. Est-ce parce que la structure d'entreprise avant la vente des actions de 1993, comme il a été mentionné, était propice à une fusion verticale et que la vente des actions de 1993 n'a été simplement ajoutée à la structure que pour atteindre l'objectif de la préservation du capital versé? Dans l'affirmative, une fusion horizontale aurait-elle été abusive si Portefeuille n'était jamais devenue une filiale de Copthorne, mais avait plutôt été intégrée dès le départ à Chaîne à gains en tant que société-sœur de Copthorne¹⁹? Si aucun abus n'avait été commis dans ce dernier cas, cela laisse présumer que Copthorne, après avoir choisi un plan d'action particulier concernant l'intégration de Portefeuille dans Chaîne à gains (c.-à-d. en tant que filiale de Copthorne), n'avait plus jamais la possibilité, en raison de la RGAÉ, de faire en sorte que cette société devienne sa sœur par la suite, même si elle avait pu choisir cette option au départ.

Cela dit, la CSC ne s'est pas opposée aux arguments du contribuable à savoir qu'il n'y avait aucune politique dans la Loi stipulant qu'une société mère et sa filiale devaient toujours le

demeurer et qu'il n'y avait pas non plus de politique générale excluant les réorganisations de sociétés, même à des fins fiscales²⁰. En revanche, la CSC a précisé qu'une réorganisation entreprise principalement à des fins fiscales et réalisée de manière à contourner une disposition de la Loi pouvait être jugée abusive. Cela nous incite à poser de nouveau la question à savoir comment déterminer si un contribuable commet un abus en changeant d'avis et en choisissant un plan d'action qui était permis au départ, mais qu'il n'a pas retenu à ce moment-là pour une raison ou une autre? Malheureusement, l'arrêt *Copthorne* fournit très peu de directives à cet égard.

Abus et fardeau de la preuve

Comme il a été mentionné, dans l'arrêt *Copthorne*, la CSC a réitéré sa conclusion antérieure selon laquelle un abus doit être clair et l'ARC a le fardeau de la preuve. En revanche, dans son analyse, la CSC ne cite aucun argument de l'ARC à l'appui de sa position que la vente des actions de 1993 était abusive. En effet, dans l'ensemble de son analyse, la CSC rejette un par un les arguments du contribuable selon lequel aucun abus n'a été commis et, tel qu'il a été mentionné, indique simplement que la vente des actions de 1993 était abusive parce qu'elle a permis à Copthorne de contourner la règle de l'élimination du capital versé et donc de verser en franchise d'impôt un montant supérieur aux fonds libérés d'impôt investis. Ce faisant, malgré ses commentaires à l'effet du contraire, la CSC semble implicitement avoir attribué le fardeau de la preuve directement au contribuable.

Abus — Que serait-il advenu sans la fusion horizontale?

Outre les questions plus générales abordées ci-dessus au sujet de l'abus, on peut prétendre, avec tout notre respect, que la conclusion sur l'abus tirée par la CSC au sujet des faits particuliers dans l'affaire *Copthorne* ne résiste pas à un examen minutieux. Plus précisément, tel qu'il a été mentionné, cette conclusion est entièrement fondée sur la règle de l'élimination du capital versé énoncée au paragraphe 87(3) qui s'applique aux fusions. En revanche, que serait-il advenu sans la fusion horizontale? Que serait-il arrivé si le contribuable avait simplement procédé à la vente des actions de 1993, avait ensuite financé Placements et Portefeuille de n'importe quelle façon nécessaire pour leur permettre de racheter une partie ou la totalité de leurs actions et avait versé en franchise d'impôt une partie ou la totalité de leur capital versé (y compris le capital versé préservé de 67 millions de dollars)? Dans de telles circonstances, en l'absence de toute fusion, comment la règle de l'élimination du capital versé aurait-elle pu être pertinente ou être contournée, et comment la CSC aurait-elle pu conclure qu'un abus avait été commis, même si le contribuable avait atteint le même résultat (compte non tenu de la RGAÉ) que celui réalisé dans l'affaire *Copthorne*, à savoir le versement en franchise d'impôt d'un montant supérieur aux fonds libérés d'impôt investis?

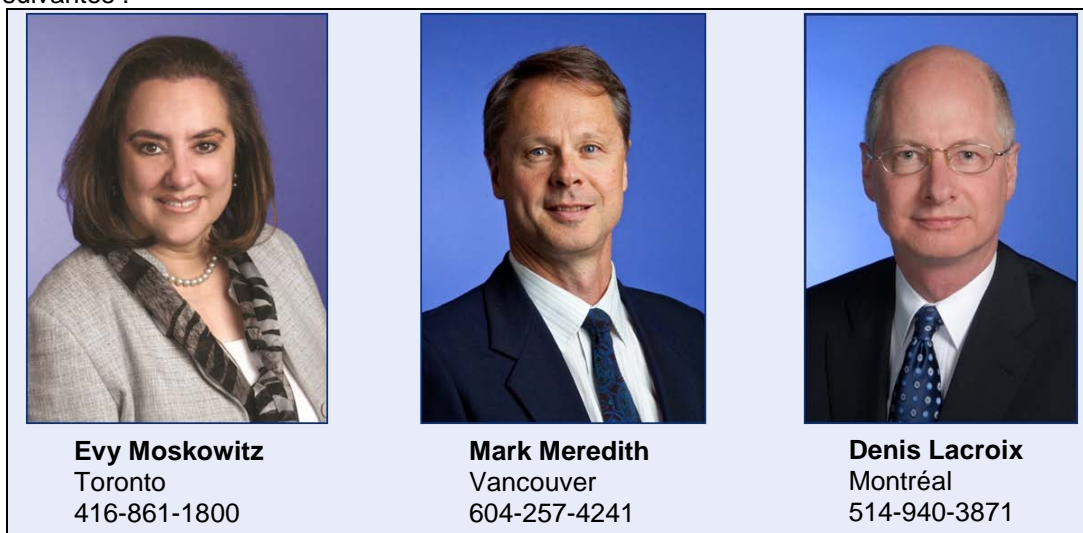
RGAÉ — Quelle direction faut-il prendre?

Comme il a été mentionné, il semble peu probable que la CSC se penche à nouveau sur ces questions dans un avenir prévisible, de sorte qu'il incombe à l'ARC, aux praticiens privés, aux contribuables et aux tribunaux inférieurs de trouver des réponses. À notre avis, la seule conclusion claire qu'il est possible de tirer de l'arrêt *Copthorne* est que ces questions demeurent difficiles à résoudre.

Nous pouvons vous aider

Moskowitz & Meredith LLP (« M+M »), cabinet d'avocats-fiscalistes affilié à KPMG s.r.l./S.E.N.C.R.L. qui compte des bureaux dans les grandes villes du Canada, partage ses connaissances et son expérience non seulement en matière d'impôt sur le revenu des sociétés au Canada, mais aussi de fiscalité internationale, d'établissement des prix de transfert, de taxes indirectes et d'impôt des sociétés aux États-Unis.

Pour obtenir de plus amples renseignements, veuillez communiquer avec les personnes suivantes :



¹ *FlashImpôt-Canada* 2011-37, « La décision de la Cour suprême sur la RGAÉ s'applique dans l'affaire *Copthorne* », publié le 16 décembre 2011.

² Article 245 de la *Loi de l'impôt sur le revenu* (Canada)

³ Mark Meredith et Nancy Diep, « Duplication of Tax Attributes », dans le rapport sur la conférence de 2010 de la Fondation canadienne de fiscalité, publication à paraître.

⁴ Tous les renvois législatifs se rapportent aux dispositions pertinentes de la Loi.

⁵ *Lipson c. Canada*, 2009 CSC 1.

⁶ *Canada Trustco Mortgage Co c. Canada*, 2005 CSC 54

⁷ *Copthorne*, paragraphe 65

⁸ *Ibid.*, paragraphe 70.

⁹ *Ibid.*, paragraphe 67.

¹⁰ *Ibid.*, paragraphes 68 et 72.

¹¹ *Ibid.*, paragraphe 110.

¹² *Ibid.*, paragraphe 118. Cette conclusion est conforme à la teneur des décisions plus récentes des tribunaux inférieurs dans ce domaine, comme *Evans c. Canada*, 2005 CCI 684, paragraphe 34, et *Collins & Aikman Products Co. c. Canada*, 2009 CCI 299, paragraphes 73 et suivants; elle confirme l'arrêt 2010 CAF 251, qui s'était éloigné des assertions faites dans des affaires précédentes comme dans *RMM Canadian Enterprises Ltd c. Canada*, 1997 JCI 302

¹³ *Ibid.*, paragraphes 119 et suivants.

¹⁴ Il est présumé que le transfert envisagé de la perte aurait pu être atteint de cette manière; en revanche, cette nuance n'est pas pertinente pour la question soulevée.

¹⁵ *Copthorne*, paragraphe 42.

¹⁶ Paragraphe 248(10).

¹⁷ *Canada Trustco*, note 6 ci-dessus, paragraphe 20, et les références susmentionnées.

¹⁸ En fait, le terme « en vue de » doit être interprété comme étant équivalent à « relativement à » ou « en raison de », et ces termes signifient plus qu'une « simple possibilité » ou qu'un « lien d'un degré d'éloignement extrême » (paragraphe 47 de la décision).

¹⁹ Note 14 ci-dessus.

²⁰ *Copthorne*, paragraphe 121.

Information à jour au 2 janvier 2012. L'information publiée dans le présent document est de nature générale. Elle ne vise pas à tenir compte des circonstances de quelque personne ou entité particulière. Bien que nous fassions tous les efforts nécessaires pour assurer l'exactitude de cette information et pour vous la communiquer rapidement, rien ne garantit qu'elle sera exacte à la date à laquelle vous la recevrez ni qu'elle continuera d'être exacte dans l'avenir. Vous ne devez pas y donner suite à moins d'avoir d'abord obtenu un avis professionnel se fondant sur un examen approfondi des faits et de leur contexte. Pour plus de renseignements, veuillez communiquer avec un membre du groupe Fiscalité de KPMG, au 514-840-2100.

KPMG s.r.l./S.E.N.C.R.L., cabinet d'audit, de fiscalité et de services-conseils (kpmg.ca) et société canadienne à responsabilité limitée constituée en vertu des lois de l'Ontario, est le cabinet canadien membre de KPMG International Cooperative (« KPMG International »). Les cabinets membres de KPMG International comptent 140 000 professionnels, dont plus de 7 900 associés, dans 146 pays.

Les cabinets indépendants membres du réseau KPMG sont affiliés à KPMG International, entité suisse. Chaque cabinet membre est une personne morale distincte et indépendante, et se décrit comme tel.

L'adresse du site Web de KPMG Canada est <http://www.kpmg.ca>.

© 2012 KPMG s.r.l./S.E.N.C.R.L., société canadienne à responsabilité limitée et cabinet membre du réseau KPMG de cabinets indépendants affiliés à KPMG International Cooperative (« KPMG International »), entité suisse. Tous droits réservés.

KPMG, le logo de KPMG et le slogan « simplifier la complexité » sont des marques déposées ou des marques de commerce de KPMG International.