OSLER

Pleins feux sur l'interprétation des lois et l'évitement fiscal : trois décisions clés en 2021

13 DÉCEMBRE 2021 19 MIN DE LECTURE

Expertises Connexes

- Litiges fiscaux

Auteur: Mary Paterson

En 2021, la Cour suprême du Canada (CSC) a entendu deux affaires portant sur les limites permises en matière de planification fiscale internationale, ce qui lui a donné l'occasion de clarifier le processus d'interprétation des lois dans le contexte fiscal. L'exercice d'interprétation d'une disposition fiscale implique l'examen de trois facteurs interdépendants : le texte de la disposition, le contexte dans lequel le texte apparaît et l'objet du régime législatif auquel la disposition est rattachée. Les tribunaux canadiens ont à plusieurs reprises qualifié cet exercice d'analyse « textuelle, contextuelle et téléologique ». La façon dont cette analyse est effectuée présente un intérêt particulier dans les cas d'allégations d'évitement fiscal.

La première des deux affaires examinées par la CSC, *Canada c. Alta Energy Luxembourg S.A.R.L.*, portait sur l'application de la règle générale anti-évitement (RGAÉ) aux dispositions d'une convention en matière d'impôts sur le revenu. La Cour a rendu sa décision dans cette affaire le 26 novembre 2021. La deuxième affaire, *Canada c. Loblaw Financial Holdings Inc.*, portait sur l'interprétation d'une disposition particulière des règles sur le revenu étranger accumulé, tiré de biens (REATB) de la *Loi de l'impôt sur le revenu* (la *Loi de l'impôt*). La décision a été publiée le 3 décembre 2021. La Cour pourrait entendre une troisième affaire en 2022 concernant l'application de la RGAÉ à la planification fiscale entreprise dans le contexte national.

Les décisions *Alta Energy* et *Loblow Financial* fournissent des recommandations de la part de notre plus haut tribunal sur la RGAÉ et les règles d'interprétation ordinaire des lois, ce qui donne une orientation importante aux contribuables pour leur planification fiscale future.

Canada c. Alta Energy Luxembourg S.A.R.L.

Dans l'affaire *Alta Energy*, une majorité des juges de la CSC a confirmé la décision de la Cour d'appel fédérale (CAF) selon laquelle la RGAÉ ne s'appliquait pas lorsque le contribuable, une société résidente du Luxembourg, s'est appuyé sur la convention fiscale entre le Canada et le Luxembourg (la Convention) pour exonérer un gain en capital de l'impôt sur le revenu canadien. Le juge en chef Wagner et les juges Rowe et Martin ont exprimé leur dissidence en faveur de la Couronne.

Dans cette affaire, la CAF a conclu que l'objectif des dispositions pertinentes de la Convention

était clairement indiqué dans son texte et que les résidents du Luxembourg qui remplissaient autrement les conditions requises par la Convention devraient pouvoir se prévaloir de l'avantage prévu par la Convention (dans ce cas, l'exonération d'impôt au Canada sur le gain en capital). La CAF a refusé l'invitation de la Couronne à considérer la Convention comme incluant des exigences supplémentaires non fondées sur le texte et qui pourraient en théorie empêcher certains résidents d'obtenir les avantages prévus par la Convention.

En appel devant la CSC, la Couronne a allégué que la CAF avait commis une erreur dans son application de la RGAÉ, en fondant son analyse sur le texte des dispositions pertinentes de la Convention plutôt que sur leur justification sous-jacente. La Couronne a soutenu que la politique ou la justification sous-jacente des dispositions de la Convention était de répartir les droits d'imposition en fonction des liens économiques avec chaque État contractant. Bien que la Couronne ait admis que le contribuable était un résident du Luxembourg aux fins de la Convention, elle a néanmoins soutenu que le contribuable avait des liens économiques ou commerciaux limités avec le Luxembourg et qu'il s'était donc livré à un « chalandage fiscal », contraire à la justification politique des dispositions de la Convention dont le contribuable s'était prévalu.

En réponse, le contribuable a fait valoir que le fondement sous-jacent des dispositions pertinentes de la Convention n'avait pas été interprété plus largement que le texte lui-même et qu'une analyse textuelle, contextuelle et téléologique de ces dispositions ne démontrait aucune intention de s'écarter des critères soigneusement définis qui avaient été négociés et acceptés par les partenaires de la Convention. Le contribuable a également soutenu qu'en cherchant à faire appliquer la RGAÉ, la Couronne ajoutait en fait une condition non exprimée au critère de résidence prévu par la Convention (c.-à-d., des liens économiques suffisants).

La juge Côté, écrivant au nom d'une majorité de six membres de la CSC, a convenu avec le contribuable que la politique des dispositions pertinentes du traité ressortait clairement du texte et était soutenue par le contexte et l'objectif de ces dispositions. La majorité a donc conclu que l'avantage du traité en question ne devrait pas être refusé à un résident du Luxembourg qui a par ailleurs rempli les conditions requises par le traité au motif que ses liens avec le Luxembourg sont en quelque sorte insuffisants.

La majorité a mis en garde sur le fait que dans l'application de la RGAÉ, les tribunaux ne devraient pas confondre une opération principalement (ou même uniquement) motivée par des raisons fiscales avec une opération abusive. L'analyse de la RGAÉ ne doit pas non plus être confondue avec des jugements de valeur. Elle doit être fondée sur les dispositions spécifiques en cause plutôt que sur des énoncés de politique plus généraux.

La majorité a également rejeté l'argument de la Couronne selon lequel le chalandage fiscal est intrinsèquement abusif et a décliné l'invitation de la Couronne à ajouter des exigences supplémentaires qui ne sont pas fondées sur le texte du traité et qui permettent effectivement au Canada de « revoir son entente » avec le Luxembourg de sorte que certains résidents pourraient être empêchés d'obtenir les avantages du traité.

S'exprimant au nom de trois juges dissidents, les juges Rowe et Martin ont soutenu que le chalandage fiscal est abusif en l'absence d'un « lien économique véritable avec l'État de résidence ». Les juges dissidents ont conclu à l'absence d'un tel lien « véritable » dans cette affaire.

Au moment où le Canada a conclu le traité, la communauté internationale n'avait pas fait d'efforts importants pour freiner le chalandage fiscal. De tels efforts ont été déployés plus récemment, notamment dans le cadre de la Convention multilatérale pour la mise en œuvre des mesures relatives aux conventions fiscales pour prévenir l'érosion de la base d'imposition

et le transfert de bénéfices (l'IM), que le Canada, le Luxembourg et de nombreux autres partenaires conventionnels du Canada ont signée et ratifiée.

L'incidence de la décision de la CSC sur les opérations futures a été tempérée par l'introduction de l'IM et, en particulier, par l'introduction du critère de l'objectif principal, ainsi que par le préambule modifié (qui indique que les conventions ne sont pas destinées à créer des possibilités de non-imposition ou de réduction de l'imposition par le biais d'ententes de chalandage fiscal). Le critère d'objectif principal est une règle anti-évitement générale qui s'applique à de nombreuses conventions bilatérales du Canada en vertu de l'IM. Largement similaire à la RGAÉ, le critère de l'objectif principal refuse un avantage conventionnel lorsqu'il est raisonnable de conclure que l'un des principaux objectifs de l'entente ou de l'opération en question était d'obtenir cet avantage, à moins qu'il ne soit établi que l'octroi de cet avantage serait conforme à l'objet et aux objectifs des dispositions pertinentes du traité.

À l'avenir, l'interaction entre la RGAÉ et le critère de l'objectif principal sera une question clé à mesure que des différends fiscaux surviendront concernant des conventions couvertes par l'IM. De plus, le Budget 2021 a confirmé que le gouvernement prendrait des mesures pour renforcer et moderniser la RGAÉ, comme cela avait été annoncé dans l'Énoncé économique de l'automne 2020. Il reste à voir quelles modifications, le cas échéant, seront apportées en réponse à *Alta Energy* et à d'autres décisions récentes concernant la RGAÉ.

Canada c. Loblaw Financial Holdings Inc.

Dans l'affaire *Loblaw Financial*, la CSC a confirmé à l'unanimité la décision de la CAF selon laquelle le régime canadien concernant le REATB ne s'appliquait pas pour assujettir Loblaw Financial Holdings Inc. au Canada à l'impôt sur le revenu gagné par sa filiale résidente de la Barbade, Glenhuron Bank Limited.

La décision fournit une orientation rare de notre plus haut tribunal sur la façon d'interpréter et d'appliquer des éléments importants des règles relatives aux sociétés étrangères affiliées dans la Loi de l'impôt. La décision est directement pertinente pour les institutions financières canadiennes et les autres sociétés canadiennes ayant des filiales qui exercent des activités bancaires et d'autres activités financières à l'extérieur du Canada. Toutefois, la décision a des répercussions plus larges sur la planification fiscale, particulièrement dans le contexte de dispositions législatives complexes comme celles qui s'appliquent au régime canadien d'imposition des étrangers.

Dans cette affaire, le ministre du Revenu national (le ministre) a établi les cotisations de Loblaw en tenant compte du fait que Glenhuron agissait en tant qu'« entreprise de placement », conformément à la définition du paragraphe 95 (1) de la *Loi de l'impôt*, et que son revenu était donc un REATB. Aux termes du régime de REATB, un contribuable résident canadien peut être tenu de payer de l'impôt au Canada sur certains revenus gagnés dans une filiale étrangère. La position du ministre était que Loblaw n'était pas admissible à l'exclusion visant les institutions financières aux termes de cette définition. Comme solution de rechange à son premier établissement des cotisations, le ministre s'est également appuyé sur la RGAÉ.

La Cour canadienne de l'impôt (CCI) a conclu que Glenhuron satisfaisait à toutes les conditions, sauf une, pour être admissible à l'exclusion visant les institutions financières, soit l'exigence d'exercer ses activités principalement avec des personnes sans lien de dépendance avec elle (à savoir, le critère d'une relation sans lien de dépendance). Glenhuron ne pouvait donc pas se prévaloir de cette exclusion. La CCI a également conclu, dans une remarque incidente, que la RGAÉ ne s'appliquait pas, étant donné l'absence d'opération d'évitement.

En appel, la CAF a conclu que la CCI avait commis une erreur dans son interprétation du critère de relation sans lien de dépendance en y introduisant des conditions qui ne sont pas fondées sur le texte, le contexte et l'objet de l'exclusion. La CAF a appliqué le sens ordinaire de l'expression « affaires menées … avec » et a jugé que l'accent devait être mis sur les relations d'affaires, et non sur la réception et l'utilisation des fonds. La CAF a donc conclu que Glenhuron menait ses activités commerciales principalement avec des personnes sans lien de dépendance avec elle.

Bien que la Couronne n'ait pas invoqué la RGAÉ dans son appel, elle a fait valoir, entre autres, que le critère de relation sans lien de dépendance devrait être interprété en sa faveur parce que le revenu de Glenhuron ne serait autrement pas assujetti à l'impôt au Canada. En réponse à cet argument, la CAF a fait remarquer que de telles préoccupations ne permettent pas aux tribunaux de donner aux dispositions législatives une interprétation plus large que celle que l'on peut raisonnablement leur prêter. Les lacunes législatives, s'il en existe, doivent être comblées par le Parlement.

La thèse fondamentale sur laquelle reposait la cause de la Couronne devant la CSC était que le Parlement *voulait* que le revenu d'entreprise de Glenhuron soit assujetti à l'impôt au Canada à titre de REATB. Selon la Couronne, l'exclusion visant les institutions financières ne concernait que les sociétés étrangères affiliées qui se font concurrence pour obtenir des capitaux ou des clients, et non les sociétés étrangères affiliées qui utilisent leur propre capital et leurs bénéfices non répartis pour générer des revenus. La Couronne a fait valoir que Glenhuron ne faisait pas concurrence pour obtenir des capitaux et qu'elle gérait essentiellement un portefeuille de placements pour son propre compte et qu'elle ne devrait donc pas être admissible à l'exclusion.

En réponse, Loblaw Financial a allégué que le Parlement avait fait des choix explicites en matière de politique fiscale et avait adopté des dispositions particulières dans les règles sur le REATB pour s'assurer que le type précis de revenu gagné par des sociétés étrangères affiliées comme Glenhuron ne serait pas imposé au Canada. Loblaw Financial a fait valoir que l'interprétation par la Couronne du critère de relation sans lien de dépendance allait à l'encontre de cette orientation législative explicite. Osler représentait Loblaw Financial.

La juge Côté, écrivant au nom de la Cour, a qualifié le régime du REATB de « l'un des régimes fiscaux les plus complexes : il comporte des centaines de définitions, de règles et d'exceptions qui sont régulièrement modifiées. » Compte tenu de la particularité des dispositions que l'on retrouve dans ce régime, la juge Côté a affirmé que les tribunaux devraient « se concentrer attentivement sur le texte et le contexte de la loi pour cerner l'objectif général du régime. »

Appliquant cette approche à l'exception relative aux institutions financières en cause, le juge Côté a conclu qu'une société mère ne fait pas affaire avec sa société étrangère affiliée contrôlée lorsqu'elle fournit du capital et exerce une surveillance de l'entreprise. La CSC a également rejeté l'argument de la Couronne selon lequel l'exception relative aux institutions financières avait un objectif anti-évitement ou imposait une exigence de compétitivité. Reconnaissant qu'il n'y avait pas de preuve directe concernant l'objectif de l'exigence de pleine concurrence, la Cour a conclu que l'objectif était le même que celui du régime concernant le REATB en général : une tentative d'équilibrer les objectifs contradictoires de préserver la capacité des sociétés canadiennes de faire concurrence à l'étranger et de prévenir l'érosion de l'assiette fiscale du Canada.

Cette décision est conforme aux précédents de longue date de la CSC et à la pratique administrative antérieure publiée par l'ARC pour interpréter l'exception relative aux institutions financières. L'approche interprétative adoptée par la Cour fait également écho aux motifs de la majorité dans le contexte de l'interprétation des conventions fiscales dans la

décision Alta Energy. Les deux décisions mettent l'accent sur la prévisibilité et la certitude comme composantes essentielles d'un régime fiscal qui fonctionne bien. Les décisions soulignent également la nécessité de respecter les choix politiques délibérés du Parlement, tels que reflétés dans le texte et le contexte des dispositions pertinentes.

L'exception relative aux institutions financières a été modifiée depuis les années d'imposition en cause dans cette affaire afin de restreindre la catégorie de contribuables canadiens qui peuvent se prévaloir de l'exception. Toutefois, la décision a des répercussions plus larges sur la planification fiscale, car elle offre des conseils sur la façon d'aborder la tension entre l'interprétation téléologique des dispositions fiscales et le respect de leur libellé précis. La décision rassure également les contribuables sur le fait que les tribunaux peuvent tenir compte des pratiques administratives antérieures publiées par l'ARC dans des situations où l'ARC tente de les rejeter à une date ultérieure.

Canada c. Deans Knight Income Corporation

Plus récemment, le 4 octobre 2021, le contribuable a demandé l'autorisation d'interjeter appel de la décision de la CAF dans l'affaire *Canada c. Deans Knight Income Corporation*. Cette troisième affaire concernait l'application de la RGAÉ à un arrangement de monétisation de pertes fiscales. La demande d'autorisation d'interjeter appel était accompagnée d'une lettre d'appui du Tax Executives Institute qui visait à ajouter une [TRADUCTION] « voix interprofessionnelle à celles des entreprises contribuables préoccupées par la nouvelle incertitude » créée par la décision de la CAF.

L'affaire porte sur l'application des règles concernant la restriction des pertes énoncées au paragraphe 111 (5) de la *Loi de l'impôt sur le revenu* ainsi que sur l'application de la RGAÉ. Selon la règle du paragraphe 111 (5), si une personne ou un groupe de personnes acquiert le contrôle de plein droit d'une société, l'utilisation par la société des pertes subies avant ce moment est restreinte. Les tribunaux canadiens ont confirmé que le contrôle de plein droit, également connu sous le nom de contrôle effectif, signifie l'acquisition d'une majorité d'actions avec droit de vote par des personnes en mesure d'exercer ensemble les droits de vote afférents à ces actions.

Le contribuable dans cette affaire était une société ouverte canadienne dotée d'attributs fiscaux comprenant des pertes autres qu'en capital non utilisées et d'autres déductions. Le contribuable a cherché à monétiser ces attributs fiscaux. Pour ce faire, il a procédé à une réorganisation qui a « confié les rênes » à une société de capital de risque, Matco Capital Ltd. (Matco). Toutefois, Matco n'a pas acquis le contrôle de plein droit du contribuable. Matco a pris des dispositions pour que le contribuable réalise un premier appel public à l'épargne (PAPE), le contribuable utilisant les fonds levés par le PAPE pour lancer une nouvelle entreprise qui a généré des bénéfices sur lesquels les pertes ont été imputées. À la suite du PAPE, le contribuable est devenu une société à grand nombre d'actionnaires et aucune personne ou aucun groupe de personnes n'a acquis le contrôle des voix du contribuable.

Le ministre a établi la cotisation du contribuable en refusant les pertes antérieures au PAPE au motif qu'elles avaient été subies à la suite d'une prise de contrôle du contribuable ou, subsidiairement, que la RGAÉ s'appliquait pour empêcher le contribuable de réclamer ces pertes. La CCI n'était pas d'accord avec cette pratique de cotisation. Elle a déterminé que la politique établie par le paragraphe 111 (5) consiste à [TRADUCTION] « cibler la manipulation des pertes d'une société par une nouvelle personne ou un nouveau groupe de personnes au moyen d'un contrôle effectif sur les actions de la société » et que Matco n'avait pas de contrôle effectif.

La CAF a accueilli l'appel de la Couronne et a infirmé la décision de la CCI. Bien qu'elle ait

reconnu que les tribunaux avaient déterminé que l'expression « acquisition du contrôle » au paragraphe 111 (5) signifiait un contrôle de plein droit,[1] la CAF a conclu qu'aux termes de cette disposition, la politique exigeait que l'expression s'applique également lorsqu'il y a eu acquisition du « contrôle effectif ». La CAF a donc « rédéfini » la politique du paragraphe 111 (5) comme restreignant « l'utilisation de pertes déterminées, y compris les pertes autres qu'en capital, si une personne ou un groupe de personnes a acquis un contrôle effectif sur les actions de la société, que ce soit par un contrôle de plein droit ou autrement ». Après avoir fait cette détermination, la CAF a conclu que Matco avait le « contrôle effectif » du contribuable et que, par conséquent, la RGAÉ s'appliquait.

Comme dans les affaires *Alta Energy* et *Loblaw Financial*, la décision rendue dans l'affaire *Deans Knight* tient compte des arguments selon lesquels la Couronne cherche à caractériser la raison d'être de certaines dispositions fiscales en faisant largement référence à des réalités économiques et à utiliser cette caractérisation pour interpréter le texte pertinent. La décision a été critiquée par la communauté fiscale pour l'incertitude causée par l'adoption par la CAF d'un concept nouveau et non défini de « contrôle effectif », distinct des deux autres concepts de contrôle – le contrôle de plein droit (légal) et le contrôle de fait (factuel) – qui sont utilisés dans l'ensemble de la *Loi de l'impôt* et dont le sens est généralement compris.

La CSC rendra probablement sa décision sur la pertinence d'accorder ou non une autorisation d'interjeter appel dans l'affaire *Deans Knight* en 2022.

Observations finales

Dans les décisions *Alta Energy* et *Loblaw Financial*, notre plus haut tribunal a fourni des orientations importantes sur les principes d'interprétation des lois, tant dans le contexte ordinaire que dans celui de la RGAÉ. Des orientations supplémentaires pourraient être fournies si une autorisation d'interjeter appel est accordée dans l'affaire *Deans Knight*. Étant donné le rôle fondamental de l'interprétation des lois dans les affaires fiscales, les orientations de la Cour auront une incidence sur la portée des différends et de la planification fiscale dans l'avenir.

---

[1] Cela signifie généralement la capacité, en vertu des actions détenues, d'élire la majorité des membres du conseil d'administration.