
La règle de la primauté du fond par rapport à la forme en droit fiscal canadien

Sylvie Beaulieu

ABSTRACT

This article tries to delimit the substance-over-form doctrine developed by the courts and to define it rigorously in order to eliminate any uncertainty regarding its specific meaning in Canadian tax law. It also aims to describe the development of the doctrine in case law, and to assess its significance as an interpretive principle in Canada, both before and after the introduction of the general anti-avoidance rule.

The author analyzes leading decisions of the Supreme Court of Canada to determine whether this judicial doctrine is an interpretive principle used to establish, in the interpretation and application of tax laws, the true nature of legal relationships created between parties (“legal substance over form”), or rather an anti-avoidance doctrine applicable, for example, to sham or wash transactions—allowing tax authorities and courts to recharacterize transactions entered into by taxpayers according to their economic result (“economic substance over legal substance”). In addition, the author discusses the “commercial and economic realities” of transactions and “the true commercial and practical nature of transactions.”

PRÉCIS

Cet article cherche à circonscrire la règle de la primauté du fond sur la forme (*substance over form doctrine*) élaborée par les tribunaux et à la définir avec rigueur de façon à dissiper toute incertitude quant à sa signification exacte en droit fiscal canadien. Il a aussi pour objet de faire état de son évolution jurisprudentielle et d’en mesurer l’importance comme principe d’interprétation au Canada, tant avant qu’après l’introduction de la règle générale anti-évitement.

L’auteure analyse certains arrêts clés de la Cour suprême du Canada afin d’établir si cette règle jurisprudentielle consiste en un principe interprétatif qui permet de déterminer la nature véritable des rapports juridiques créés entre les parties (*legal substance over*

* Notaire, M. Fisc. L’auteure est à l’emploi de Revenu Québec. Cet article consiste en une version abrégée de l’essai intitulé « La règle de la primauté du fond par rapport à la forme (*substance over form doctrine*) en droit fiscal canadien » que l’auteure a présenté en octobre 2003 au programme de maîtrise en fiscalité de l’Université de Sherbrooke. L’auteure tient à remercier M^e Marc Duval, directeur de l’essai, pour ses commentaires judiciaires formulés lors de la rédaction de l’essai. Les opinions exprimées dans cet article n’engagent que l’auteure, et ne représentent en aucune façon celles de Revenu Québec.

legal form) ou si elle est plutôt une doctrine judiciaire visant à contrer l'évitement fiscal tels le trompe-l'œil et les opérations sans effet, mais qui donne la possibilité au fisc et aux tribunaux de caractériser à nouveau les opérations menées par les contribuables selon le résultat économique qui en découle (*economic substance over legal substance*). De plus, l'auteure discute des « réalités commerciales et économiques des opérations » ainsi que de « la véritable nature commerciale et pratique des opérations ».

MOTS CLÉS : FOND/FORME ■ DOCTRINE JUDICIAIRE ■ RÉALITÉ ÉCONOMIQUE ■ RÈGLE GÉNÉRALE ANTI-ÉVITEMENT ■ *SUBSTANCE OVER FORM*

SOMMAIRE

Introduction	421
L'arrêt Duke of Westminster	423
De la règle de l'efficacité juridique	423
Le fond d'une opération : L'effet juridique qui en découle	424
De la dissidence de Lord Atkin quant à l'effet juridique des contrats	427
De l'intégration de la règle de l'efficacité juridique au droit fiscal canadien	428
Le courant jurisprudentiel dominant antérieur à l'arrêt Bronfman Trust	429
L'arrêt Bronfman Trust	430
Des obiter dictums relatifs à la caractérisation des opérations	430
La détermination de la véritable nature commerciale et pratique des opérations	431
Le trompe-l'œil élargi et l'approbation de la décision Zwaig	434
L'arrêt Shell	437
De la caractérisation des rapports juridiques véritables	438
Le respect obligatoire des rapports juridiques véritables	439
De l'invalidation partielle du premier obiter dictum du juge Dickson	440
L'arrêt Singleton	444
De la caractérisation des rapports juridiques véritables	444
Le respect obligatoire des rapports juridiques véritables	444
Du désaveu de l'obiter dictum final du juge Dickson	445
De la dissidence du juge LeBel	447
La règle générale anti-évitement	452
De la « recaractérisation » des opérations	453
L'arrêt Canadien Pacifique	453
L'arrêt OSFC Holdings	456
Conclusion	457

INTRODUCTION

Le fond et la forme d'une opération, intrinsèquement liés à l'interprétation de la Loi de l'impôt sur le revenu¹, à son application à une situation factuelle donnée et à la détermination des conséquences fiscales qui y sont rattachées, font figure de

1 LRC (1985), c. 1 (5^e suppl.), telle que modifiée (« LIR » ou « la Loi »). À moins d'indication contraire, les renvois législatifs dans cet article sont à la Loi.

composantes fondamentales de l'évitement fiscal². Mais qu'est-ce au juste que le fond d'une opération ? Et la forme ? La règle de la primauté du fond par rapport à la forme (*substance over form doctrine*) constitue une réponse judiciaire à ces questions essentielles.

Doctrine judiciaire amphibologique, la règle du fond par rapport à la forme suscite, au premier abord, la confusion. En fait, son caractère équivoque tient de l'ambiguïté qui découle de la juxtaposition des termes fond/forme (*substance/form*) dans sa formulation. Pour ajouter à la confusion, les tribunaux utilisent parfois les expressions « privilégier le fond sur la forme », « le fond l'emporte sur la forme » et « la règle du fond par opposition à celle de la forme ».

Plus particulièrement, l'auteure examine la question de savoir si le fond d'une opération donnée s'entend, au Canada, de ses effets juridiques (*legal substance*) ou de ses effets économiques (*economic substance*). De même, l'auteure se demande si les rapports de droit établis entre les parties peuvent être écartés et caractérisés à nouveau, par le fisc ou les tribunaux, aux fins d'en déterminer les conséquences fiscales et, le cas échéant, dans quelles circonstances précises.

Le point de départ de l'analyse jurisprudentielle consiste en la célèbre affaire britannique *Inland Revenue Commissioners v. Westminster (Duke)*³, un arrêt de grande importance quant à la caractérisation de l'essence d'une opération. Ensuite, l'auteure passe en revue trois jugements rendus par la Cour suprême du Canada : *Bronfman Trust c. La Reine*⁴, *Shell Canada c. Canada*⁵ et *Singleton c. Canada*⁶, et met en relief soit le *ratio decidendi*, soit l'*obiter dictum* énoncé par le plus haut tribunal du pays concernant la substance d'une opération.

Accessoirement, l'auteure étudie ce que le juge LeBel de la Cour suprême du Canada a désigné, dans l'opinion incidente rédigée dans l'arrêt *Singleton*⁷, comme la « jurisprudence relative à la réalité économique » et certaines de ses expressions consacrées telles « les réalités commerciales et économiques des opérations » ainsi que « la véritable nature commerciale des opérations ».

2 Dès 1962, dans « Form and Substance Revisited » (1962) vol. 10, n° 3 *Canadian Tax Journal* 179-84, à la p. 179, George T. Tamaki soutenait que « [t]he question of form and substance is at the root of one of the most discussed tax problems of today—that of legal tax avoidance. »

3 [1936] AC 1 (HL).

4 [1987] 1 RCS 32.

5 [1999] 3 RCS 622.

6 [2001] 2 RCS 1046. Dans le texte intégral de son essai, l'auteure a également analysé les arrêts suivants : *Stuart Investments Ltd. c. La Reine*, [1984] 1 RCS 536; *McClurg c. Canada*, [1990] 3 RCS 1020; *La Reine c. Friedberg*, 92 DTC 6031 (CAF); *Québec (Communauté urbaine) c. Corp. Notre-Dame de Bon-Secours*, [1994] 3 RCS 3; *Buanderie centrale de Montréal c. Ville de Montréal*, [1994] 3 RCS 29; *Tennant c. MRN*, [1996] 1 RCS 305; *Canada c. Central Supply Company (1972) Ltd.*, [1997] 3 CF 674 (CAF) et *Continental Bank Leasing Corp. c. Canada*, [1998] 2 RCS 298.

7 Ibid.

Enfin, l'auteure dresse un bref parallèle entre la règle de la primauté du fond par rapport à la forme et la règle générale anti-évitement⁸ introduite en 1988 dans la législation fiscale canadienne.

L'ARRÊT DUKE OF WESTMINSTER

Étant donné la récente histoire de la fiscalité canadienne⁹, le jugement britannique rendu dans l'affaire *Westminster*¹⁰ s'impose naturellement pour amorcer l'examen de ce qui constitue, selon le droit fiscal en application au Canada, le fond (*substance*) d'une opération. Le 7 mai 1935, en plus de réaffirmer le principe d'interprétation stricte et littérale des lois fiscales et le droit du contribuable d'organiser ses affaires de manière à réduire ses impôts, la Chambre des lords adopte la règle de l'efficacité juridique d'une opération (*rule of legal effect*) et confirme le courant jurisprudentiel majoritaire au Royaume-Uni au début du siècle quant à la détermination, aux fins fiscales, de la nature d'une opération.

De la règle de l'efficacité juridique

Hugh Richard Arthur, duc de Westminster, était assujéti à une surtaxe calculée sur son revenu total. La législation applicable prévoyait que les montants versés par le duc au titre de salaire ou de traitement ne pouvaient faire l'objet d'une déduction dans le calcul de son revenu total, tandis que les annuités ou autres paiements annuels étaient déductibles. Pendant l'été 1930, le duc de Westminster avait conclu des ententes avec une centaine de ses fidèles domestiques, dont Frank Allman, ayant pour effet de minimiser sa surtaxe.

Jardinier de son état, Frank Allman avait reçu, le 6 août, un engagement écrit type, déjà signé et portant la date du 14 août, en vertu duquel le duc convenait de lui verser, sous la forme d'une rente, la somme de 1£, 18s. par semaine (soit 38s.) pour une période d'au plus 7 ans, en reconnaissance de ses bons et loyaux services. Cet engagement contenait aussi une clause stipulant que le versement hebdomadaire serait effectué sans préjudice à la rémunération à laquelle le jardinier pourrait avoir droit à l'égard de services rendus au duc dans le futur.

Le 13 août, avant que la convention ne prenne effet, l'avoué du duc avait fait parvenir au jardinier une singulière correspondance. Le duc y précisait que, même si rien n'empêchait le jardinier de réclamer une rémunération à l'égard des services futurs, il était entendu que ce dernier se satisferait du montant de la rente

8 Le nouvel article 245 LIR (« RGAÉ »).

9 La Loi de l'impôt de guerre sur le revenu, SC 1917, c. 28, introduite au cours de la Première Guerre mondiale, autorisait le gouvernement fédéral à lever temporairement un impôt sur le revenu des particuliers et des sociétés.

10 Supra, note 3. Pour une analyse de la jurisprudence britannique antérieure, consulter Guy Laperrière, « Substance c. forme : Où en sommes-nous ? » (1994) vol. 16, n° 4 *Revue de planification fiscale et successorale* 737-93, aux pp. 740-47.

versée, à laquelle pourrait s'ajouter toute somme additionnelle nécessaire pour égaliser, tant qu'il serait à son service, le montant du salaire ou du traitement reçu auparavant. En outre, le duc proposait de tenir le 6 août comme date de conclusion de l'entente et souhaitait que ce dernier signe l'accusé de réception au bas de la lettre pour confirmer son acceptation. Le jardinier est demeuré au service du duc et a continué de recevoir exactement le même montant qu'il touchait préalablement comme traitement ou salaire.

Le duc avait déduit, dans le calcul de son revenu total, tous les paiements effectués suivant les engagements écrits conclus avec ses domestiques, y compris le jardinier. Cependant, les *Commissioners of Inland Revenue* ont considéré que ces paiements étaient en substance des paiements au titre de traitement ou de salaire et en ont refusé la déduction au duc dans la détermination de la surtaxe. Ils soutenaient que l'entente écrite, tenue pour véritable, devait être lue conjointement avec l'acceptation écrite du jardinier et qu'elle n'était qu'une façon pour le duc de verser un traitement ou un salaire en tout ou en partie au jardinier. Selon les *Commissioners*, la documentation mise en preuve démontrait que les parties avaient conclu, le 6 août 1930, une entente matérialisée tant par le contrat écrit que par la lettre explicative assortie de l'accusé de réception.

Le fond d'une opération : L'effet juridique qui en découle

La Chambre des lords confirme, dans un jugement majoritaire, la décision de la Cour d'appel¹¹ qui avait accueilli les prétentions du duc. Quatre des cinq lords présents, incluant Lord Atkin, dissident, exposent clairement, dans des jugements concourants, que la substance de l'arrangement entre le duc et son jardinier correspond aux droits et obligations juridiques des parties en résultant déterminés conformément aux principes juridiques ordinaires¹². Toutefois, il est entendu que la recherche de la substance d'une opération ne permet pas, pour établir les conséquences fiscales, d'écarter des conventions valides en droit — exception faite du simulacre — ni de faire abstraction des droits et obligations juridiques respectifs des parties en découlant¹³.

LES RÈGLES USUELLES D'INTERPRÉTATION EN MATIÈRE CONTRACTUELLE

Les principes juridiques ordinaires auxquels renvoie la Chambre des lords sont les règles usuelles d'interprétation en matière contractuelle élaborées par les tribunaux dans le contexte du système de droit anglo-saxon. Parmi celles-ci, il faut signaler

11 *Duke of Westminster v. Commissioners of Inland Revenue* (1934), 19 TC 501 (CR).

12 *Supra*, note 3, aux pp. 15 (Lord Atkin), 20-21 (Lord Tomlin), 25 (Lord Russell of Killowen) et 31 (Lord Wright).

13 *Ibid.*, aux pp. 21 (Lord Tomlin) et 25 (Lord Russell of Killowen).

trois règles jurisprudentielles importantes¹⁴. Premièrement, la forme juridique ou la qualification donnée par les parties à une opération n'est pas concluante quant à sa nature véritable en droit. Deuxièmement, les droits et obligations juridiques doivent être établis en interprétant les clauses d'un contrat ou autre écrit les unes par rapport aux autres, de façon à donner à chacune le sens qui découle de l'ensemble du contrat. Troisièmement, les circonstances dans lesquelles le contrat a été conclu doivent être prises en considération aux fins de son interprétation.

Lord Tomlin, à l'instar de Lord Russell of Killowen, considère que la correspondance subséquente ne modifie en rien le contrat du 6 août 1930, dont l'effet juridique, conclut-il, est le paiement au jardinier d'une rente hebdomadaire au montant de 38s. Il soutient que, si tel était le cas, les termes de ce nouveau contrat, en vertu duquel le jardinier se satisferait d'un salaire moindre que celui reçu par le passé, iraient à l'encontre de la lettre explicative, laquelle ne l'empêchait pas de réclamer une rémunération à l'égard des services futurs, et du contrat du 6 août 1930, qui prévoyait qu'il avait le droit de recevoir sa rémunération complète malgré la rente.

Dans une remarque incidente, Lord Tomlin rejette ce qu'il appelle la supposée doctrine « *the substance of the matter* » qui permettrait « de substituer, aux fins fiscales, une relation juridique valide à une autre relation de laquelle découlerait un montant d'impôt plus élevé à payer. » Lord Tomlin présume que les *Commissioners* ont appliqué cette supposée doctrine sans tenir compte de la relation contractuelle véritable qui liait le duc et son jardinier. Une telle doctrine, observe-t-il, irait à l'encontre du principe d'interprétation voulant qu'un contribuable puisse organiser ses affaires de manière à payer le moins d'impôt possible :

[I]t is said that in revenue cases there is a doctrine that the Court may ignore the legal position and regard what is called "the substance of the matter," and that here the substance of the matter is that the annuitant was serving the Duke for something equal to his former salary or wages, and that therefore, while he is so serving, the annuity must be treated as salary or wages. This supposed doctrine (upon which the Commissioners apparently acted) seems to rest for its support upon a misunderstanding of language used in some earlier cases. The sooner this misunderstanding is dispelled, and the supposed doctrine given its quietus, the better it will be for all concerned [...]. Every man is entitled if he can to order his affairs so as that the tax attaching under the appropriate Acts is less than it otherwise would be. If he succeeds in ordering them so as to secure this result, then, however unappreciative the Commissioners of Inland Revenue or his fellow taxpayers may be of his ingenuity, he

14 En droit civil québécois, des règles similaires à celles développées par les tribunaux de *common law* pour l'interprétation des contrats ont été codifiées aux articles 1013 et suivants du Code civil du Bas-Canada (Acte concernant le Code Civil du Bas-Canada, LC 1865, c. 41), remplacés lors de la réforme du 1^{er} janvier 1994, par les articles 1425 et suivants du Code civil du Québec, LQ 1991, c. 6, tel que modifié.

cannot be compelled to pay an increased tax. This so-called doctrine of “the substance” seems to me to be nothing more than an attempt to make a man pay notwithstanding that he has so ordered his affairs that the amount of tax sought from him is not legally claimable¹⁵. [soulignements de l’auteure]

Lord Tomlin n’explicite pas sa pensée sur la signification de la doctrine de la « *substance of the matter* ». L’idée qu’il paraît refuser catégoriquement est que, dans le cas où un même résultat économique peut être obtenu indifféremment au moyen de l’une ou l’autre de deux opérations juridiques valides mais comportant une incidence fiscale différente, les tribunaux ne peuvent écarter l’opération effectuée par le contribuable — dont la nature véritable est établie (*legal effect of the transaction*) — pour la remplacer par un autre rapport de droit duquel résulte une charge fiscale plus lourde (*substance of the matter*).

En d’autres termes, Lord Tomlin semble indiquer que les *Commissioners* ont, à tort, imposé le duc selon le résultat économique découlant de l’un ou l’autre des contrats de rente et d’emploi, à savoir le paiement du salaire des domestiques, et qu’ils n’ont pas tenu compte de l’effet juridique des contrats de rente conclus avec les domestiques qui donnait au duc le droit à une déduction dans le calcul de son revenu aux fins de la détermination de la surtaxe¹⁶. À tout le moins, les remarques formulées subséquemment par le vicomte Simon le dénotent-elles dans l’arrêt *Commissioners of Inland Revenue v. Wesleyan and General Assurance Society* :

As the Master of the Rolls said in the present case [...]: “In dealing with income tax questions it frequently happens that there are two methods at least of achieving a particular financial result. If one of those methods is adopted, tax will be payable. If the other method is adopted, tax will not be payable... The net result from the financial point of view is precisely the same in each case, but one method of achieving it attracts tax and the other method does not. There have been cases in the past where what has been called the substance of the transaction has been thought to enable the Court to construe a document in such a way as to attract tax. That particular doctrine of substance as distinct from form was, I hope, finally exploded by the decision of the House of Lords in the case of *Duke of Westminster v. Commissioners of Inland Revenue*, 19 T.C. 490¹⁷. [soulignements de l’auteure]

15 *Supra*, note 3, aux pp. 19 et 20. Ce principe classique avait déjà été énoncé dans les arrêts *Inland Revenue Commissioners v. Fisher’s Executors*, [1926] AC 395, à la p. 412 (HL) et *Ayrshire Pullman Motor Services v. Inland Revenue Commissioners* (1929) 14 TC 754, aux pp. 763-64 (Scot. Ct. of Sess.).

16 Au même effet, voir Tamaki, *supra*, note 2, à la p. 180; David A. Dodge, « A New and More Coherent Approach to Tax Avoidance » (1988) vol. 36, n^o 1 *Revue fiscale canadienne* 1-22, à la p. 12 et Brian J. Arnold, « Reflections on the Relationship Between Statutory Interpretation and Tax Avoidance » (2001) vol. 49, n^o 1 *Revue fiscale canadienne* 1-39, à la p. 4.

17 (1948), 30 TC 11, à la p. 25 (HL).

De la dissidence de Lord Atkin quant à l'effet juridique des contrats

La dissidence de Lord Atkin met en évidence une sérieuse lacune dans l'interprétation du contrat de rente effectuée par Lord Tomlin et les trois autres lords. Bien qu'ils aient tous convenu, sur le plan théorique, que l'effet juridique de l'opération devait être déterminé selon les règles jurisprudentielles d'interprétation établies en matière contractuelle, il s'avère que la majorité n'a pas tenu compte de la preuve objective de la manifestation de l'intention des parties. Le jardinier était déjà à l'emploi du duc, en vertu d'un contrat d'emploi, au moment de la conclusion de l'entente. Quoique ni le duc ni le jardinier n'aient témoigné au cours des procédures judiciaires, il est admis qu'à la suite de l'entente, le duc a continué à payer et le jardinier à recevoir chaque semaine le montant de 60s¹⁸.

De l'avis de Lord Atkin, les parties n'entendaient pas, dans le cas où le jardinier demeurait à l'emploi du duc, qu'il cumule à chaque semaine la rente de 38s. et son salaire de 60s. La lettre explicative et l'accusé de réception dûment signé par le jardinier ont donné naissance, selon Lord Atkin, à un contrat ayant un effet sur le contrat d'emploi déjà existant entre le duc et son jardinier. À cet égard, Lord Atkin retient l'hypothèse que ce nouveau contrat maintient le contrat d'emploi existant, c'est-à-dire que le jardinier continue à servir le duc au même salaire global versé en partie sous la forme d'une rente de 38s. et en partie sous la forme d'un salaire de 22s. :

I do not myself see any difficulty in the view taken by the Commissioners and Finlay J. that the substance of the transaction was that what was being paid was remuneration. Both the Commissioners and Finlay J. took the document of August 13 into consideration as part of the whole transaction, and in my opinion rightly. I agree that you must not go beyond the legal effect of the agreements and conveyances made, construed in accordance with ordinary rules in reference to all the surrounding circumstances. So construed the correct view of the legal effect of the documents appears to me to be the result I have mentioned¹⁹. [soulignement de l'auteure]

Comme il paraît invraisemblable qu'une centaine d'employés aient consenti à une réduction de salaire, Lord Atkin ne peut qu'écarter l'idée que ce nouveau contrat ait pu modifier radicalement les termes du contrat d'emploi existant de façon à établir un nouveau salaire réduit ou, encore plus étonnamment, que le jardinier ait travaillé gratuitement pour le duc. Comme le fait remarquer Lord Atkin, la conclusion inverse mènerait à une position étrange : les employés qui n'avaient pas été partie à une entente relative au versement d'une rente par le duc

18 Supra, note 3, à la p. 10. Il s'agit du salaire hypothétique du jardinier, son salaire réel n'ayant pas été divulgué.

19 Ibid., à la p. 15.

auraient travaillé pour un salaire non réduit qui aurait été plus élevé que le salaire de ceux qui, tout en continuant d'être à l'emploi du duc, auraient reçu une rente.

Pour toutes ces raisons, il semble que la dissidence exprimée par Lord Atkin se différencie exceptionnellement du jugement majoritaire par la justesse de sa détermination des effets juridiques de l'entente convenue entre le duc et son jardinier. Or, la justesse de la caractérisation par Lord Atkin de la substance de l'entente a été reconnue par la Chambre des lords, plus d'un demi-siècle plus tard, dans l'arrêt *Ensign Tankers (Leasing) Ltd. v. Stokes (Inspector of Taxes)*²⁰. Quoique, dans les affaires d'évitement fiscal comportant plus d'une opération, la Chambre des lords ait atténué, voire érodé, le principe d'interprétation énoncé dans l'affaire *Westminster*, Lord Templeton, aux motifs duquel souscrit la majorité de la Chambre, y approuve néanmoins l'opinion dissidente de Lord Atkin :

In the *Duke of Westminster* case there was two rival explanations of the transactions between the Duke and his gardener. The first explanation is that the gardener voluntarily worked full-time for the Duke for half wages and enjoyed the annuity given to him by the Duke. This explanation was accepted by the majority. Lord Atkin however in his dissenting speech pointed out [at 10-11], that assuming the gardener was content to draw half wages, the Duke would remain at all times liable to pay the gardener the arrears of the contractual wages [...].

The second explanation of the facts in the *Duke of Westminster* case is that the gardener worked full-time for full wages and volunteered or agreed that he would not take his annuity until he had retired. Lord Atkin thought this was the true effect in law of the facts. I agree with Lord Atkin; gardeners do not work for dukes on half-wages²¹.
[soulignement de l'auteure]

DE L'INTÉGRATION DE LA RÈGLE DE L'EFFICACITÉ JURIDIQUE AU DROIT FISCAL CANADIEN

Dès 1939, la règle de l'efficacité juridique énoncée dans l'affaire *Westminster*²² est formellement intégrée au droit fiscal canadien de par l'arrêt *Pioneer Laundry & Dry Cleaners Ltd. c. MRN*²³. De même, dans l'arrêt *Dominion Telegraph Securities Ltd. c. MRN*²⁴, le juge Kellock de la Cour suprême du Canada a rejeté, le 1^{er} octobre 1946, le pourvoi de la contribuable et, dans ses motifs distincts, a fait référence au principe d'interprétation de l'efficacité juridique exprimé dans l'arrêt *Westminster*²⁵.

20 [1992] 2 All ER 275 (HL).

21 Ibid., à la p. 285.

22 Supra, note 3.

23 (1939), 1 DTC 499-69 (CP).

24 *Dominion Tel. Sec. Ltd. c. MRN* (1946), 2 DTC 875 (CSC).

25 Supra, note 3.

Quoique l'arrêt *Dominion Taxicab Association c. MRN*²⁶, rendu au cours de l'année 1954, soit présenté comme l'autorité en droit fiscal canadien quant à l'application de la règle jurisprudentielle de la primauté de l'effet juridique d'une opération sur sa forme juridique ou sur sa nomenclature²⁷, il ne contient aucun renvoi exprès à l'affaire *Westminster*²⁸.

Le courant jurisprudentiel dominant antérieur à l'arrêt Bronfman Trust

La jurisprudence subséquente²⁹ à l'arrêt *Pioneer Laundry & Dry Cleaners Ltd.*³⁰ démontre bien que la règle jurisprudentielle formulée dans l'affaire *Westminster*³¹ a été appliquée avec constance au Canada. Exception faite de quelques rarissimes jugements dont, notamment, la décision *Zwaig c. MRN*³² et de certaines remarques incidentes équivoques énoncées dans l'arrêt *Bronfman Trust*³³, les tribunaux ont, de façon générale et dans le contexte de la propension grandissante à l'évitement fiscal³⁴ pendant et après la Seconde Guerre mondiale, déterminé les conséquences fiscales rattachées à une opération en fonction de son effet juridique tel qu'établi à la suite de l'examen des conventions écrites et de l'évaluation objective de la

26 54 DTC 1020 (CSC).

27 Voir George W. Ainslie, « Judicial Approaches to Tax Avoidance », dans *Report of Proceedings of the Eighteenth Tax Conference*, 1964 Conference Report (Toronto : Association canadienne d'études fiscales, 1965), 76-88, à la p. 77; John W. Durnford, « The Corporate Veil in Tax Law » (1979) vol. 27, n° 3 *Revue fiscale canadienne* 281-326, à la p. 303; Joseph T. Thorson, « Form and Substance » (1966) vol. 14, n° 1, *Revue fiscale canadienne* 59-64, à la p. 63 et David A. Ward, « The Judicial Approach to Tax Avoidance », dans *Report of Proceedings of the Twenty-Fifth Tax Conference*, 1973 Conference Report (Toronto : Association canadienne d'études fiscales, 1974), 408-24, à la p. 416.

28 Supra, note 3.

29 Pour une étude de la jurisprudence canadienne concernant la substance d'une opération durant la période de 1939 à 1992, consulter Brian A. Felesky et Sandra E. Jack, « Is There Substance to "Substance Over Form" in Canada? », dans *Report of Proceedings of the Forty-Fourth Tax Conference*, 1992 Conference Report (Toronto : Association canadienne d'études fiscales, 1993), 50:1-63, aux pp. 50:47-63.

30 Supra, note 23.

31 Supra, note 3.

32 *Dunn c. MRN* (sous-nommé *Zwaig c. MRN*), 74 DTC 1121 (TRB). Melvin Zwaig agissait comme syndic à la faillite de John Dunn, le contribuable. Voir, infra, le texte sous la rubrique « Le trompe-l'œil élargi et l'approbation de la décision *Zwaig* ».

33 Supra, note 4.

34 Dès 1966, Kenneth Carter comparait le phénomène de l'évitement fiscal à l'hydre de Lerne, un animal fabuleux de la mythologie grecque en forme d'un serpent d'eau à sept têtes, dont chacune repoussait aussitôt qu'elle était tranchée : Canada, *Rapport de la Commission royale d'enquête sur la fiscalité*, tome 3 (Ottawa : Imprimeur de la Reine et Contrôleur de la Papeterie, 1966), à la p. 118.

conduite manifeste des parties. Le fameux arrêt *Stuart Investments Ltd. c. La Reine*³⁵ en constitue d'ailleurs une éloquente illustration.

L'ARRÊT BRONFMAN TRUST

Arrêt incontournable, l'affaire *Bronfman Trust*³⁶ est à la source du quiproquo relatif à la portée du critère de la réalité économique aux fins de la caractérisation des opérations en matière fiscale canadienne. Ce quiproquo tire son origine d'une des nombreuses remarques incidentes exprimées par le juge en chef Dickson dans le jugement unanime rendu par la Cour suprême du Canada, le 29 janvier 1987, quant à l'interprétation de l'alinéa 20(1)c) LIR.

Des obiter dictums relatifs à la caractérisation des opérations

Au cours des mois de décembre 1969 et mars 1970, les fiduciaires avaient versé à la bénéficiaire d'une fiducie constituée par donation, Phyllis Barbara Bronfman, les montants de 500 000 \$US et de 2 000 000 \$CAN à titre de prélèvements sur le capital. Ayant jugé inopportun de liquider certains éléments de l'actif de la fiducie, les fiduciaires avaient alors préféré financer la quasi-totalité des versements par deux emprunts, contractés auprès de la Banque de Montréal, qui avaient été remboursés en 1972.

Dans le calcul du revenu de la fiducie, le fisc avait refusé la déduction des intérêts payés sur les fonds empruntés. Selon le fisc, ces fonds n'avaient pas été utilisés en vue de tirer un revenu d'entreprise ou de biens conformément au sous-alinéa 11(1)c)(i) LIR [devenu, en 1972, l'alinéa 20(1)c) LIR], compte tenu qu'ils avaient servi à effectuer des versements à la bénéficiaire. Pour sa part, la fiducie prétendait que les fonds empruntés avaient été utilisés en vue de gagner un revenu de biens en ce qu'ils lui avaient permis de conserver des biens productifs de revenu, qui autrement auraient pu être liquidés, afin de les vendre à un moment propice.

Dans les motifs de son jugement, le juge en chef de la Cour suprême du Canada énonce que le texte de l'alinéa 20(1)c) LIR exige que les fonds empruntés fassent l'objet d'une utilisation admissible : ils doivent être utilisés en vue de tirer un revenu imposable d'une entreprise ou d'un bien. Puisque le produit des emprunts a été employé pour verser des prélèvements de capital à Phyllis Bronfman, le juge

35 Supra, note 6. Dans une opinion incidente, à la p. 574, le juge Estey rejette implicitement comme outil pour contrecarrer l'évitement fiscal au Canada la doctrine judiciaire de la règle du fond par opposition à celle de la forme (*substance over form*) qui est utilisée aux États-Unis pour « recaractériser » une opération ou une série d'opérations selon le résultat économique qui en découle. Pour une étude en droit américain du critère de l'objet commercial souvent appliqué avec l'une ou l'autre des versions américaines des doctrines judiciaires du trompe-l'œil, des opérations en série et de la substance sur la forme (*sham, step transactions* et *substance over form*), voir Angelo C. Falcone et David G. Mann, « Tax Report and the Anti-Avoidance Proposals: The U.S. Experience with the Business Purpose Doctrine », dans 1987 British Columbia Tax Conference (Toronto : Association canadienne d'études fiscales, 1987), aux pp. 5:1-38.

36 Supra, note 4.

Dickson conclut à une utilisation inadmissible des fonds empruntés, ce qui ne donnait pas droit à la fiducie de déduire les intérêts. Tout comme dans l'arrêt *Stubart*³⁷, la Cour suprême du Canada ne fait donc que déterminer les conséquences fiscales qui résultent de l'application de la Loi à la relation contractuelle réelle qui liait la fiducie à la banque et prenait la forme, en droit, d'un emprunt.

La détermination de la véritable nature commerciale et pratique des opérations

À la question de savoir si l'utilisation indirecte des emprunts pour gagner un revenu suffisait en droit pour que la fiducie puisse néanmoins déduire les intérêts, le juge Dickson répond par la négative. Les tribunaux, souligne-t-il, sont habituellement peu enclins, en cette matière, à accueillir les réclamations fondées sur une utilisation indirecte admissible des fonds empruntés tout en faisant abstraction de leur utilisation inadmissible directe. Dans la remarque incidente qui suit, le juge en chef exprime son assentiment à l'adoption, dans l'arrêt *Stubart*³⁸, de la règle moderne d'interprétation des lois fiscales et acquiesce à la récente tendance jurisprudentielle canadienne et étrangère à la détermination de la véritable nature commerciale et pratique des opérations :

Je reconnais toutefois que, tout comme il y a eu tendance dernièrement à s'éloigner d'une interprétation stricte des lois fiscales (voir *Stubart Investments Ltd. c. La Reine*, [1984] 1 R.C.S. 536, aux pp. 573 à 579 et *La Reine c. Golden*, [1986] 1 R.C.S. 209, aux pp. 214 et 215), de même la jurisprudence récente en matière fiscale a tendance à essayer de déterminer la véritable nature commerciale et pratique des opérations du contribuable. En effet, au Canada et ailleurs, les critères fondés sur la forme des opérations sont laissés de côté en faveur de critère fondés sur ce que lord Pearce a appelé une [TRADUCTION] « appréciation saine de toutes les caractéristiques directrices » des événements en question : *B.P. Australia Ltd. v. Commissioner of Taxation of Australia*, [1966] A.C. 224 (P.C.), à la p. 264. Voir aussi *F.H. Jones Tobacco Sales Co.*, [1973] C.F. 825 (D.P.I.), à la p. 834, [1973] C.T.C. 784, à la p. 790 le juge en chef adjoint Noël; *Hallstroms Pty. Ltd. v. Federal Commissioner of Taxation* (1946), 8 A.T.D. 190 (High Ct.), à la p. 196, le juge Dixon; et *Cochrane (Succession) c. Ministre du Revenu national*, 76 D.T.C. 1154 (C.R.I.), M^e A.W. Prociuk, c.r.

Il s'agit là, je crois, d'une tendance louable, pourvu qu'elle soit compatible avec le texte et l'objet de la loi fiscale. Si, en appréciant les opérations des contribuables, on a présent à l'esprit les réalités commerciales et économiques plutôt que quelque critère juridique formel, cela aidera peut-être à éviter que l'assujettissement à l'impôt dépende, ce qui serait injuste, de l'habileté avec laquelle le contribuable peut se servir d'une série d'événements pour créer une illusion de conformité avec les conditions apparentes d'admissibilité à une déduction d'impôt³⁹. [soulignements de l'auteure]

37 Supra, note 6.

38 Ibid.

39 *Bronfman Trust*, supra, note 4, aux pp. 52 et 53.

Le commentaire incident du juge Dickson concernant la tendance des tribunaux à déterminer, en droit fiscal, la « véritable nature pratique et commerciale des opérations », associé à sa remarque relative à l'appréciation des opérations en tenant compte « des réalités commerciales et économiques », a conduit d'aucuns à croire que la Cour suprême tentait d'introduire au Canada la règle jurisprudentielle de la primauté de la substance économique des opérations selon laquelle les conséquences fiscales sont déterminées conformément à l'effet économique résultant des opérations⁴⁰. Encore que le choix des expressions du juge Dickson ait pu créer une certaine confusion, l'examen de la jurisprudence à laquelle il fait référence ne soutient cependant pas ce point de vue.

LES AFFAIRES HALLSTROMS, B.P. AUSTRALIA, F.H. JONES TOBACCO SALES ET COCHRANE

Aucune des décisions mentionnées dans l'*obiter dictum* du juge Dickson ne discute de l'application d'une telle règle jurisprudentielle. Deux d'entre elles traitent de la question de droit relative à la distinction entre une dépense courante et une dépense de nature capitale : *Hallstroms Pty. Ltd. v. Federal Commissioner of Taxation*⁴¹ et *B.P. Australia Ltd. v. Comr. of Taxation of the Commonwealth of Australia*⁴². Le litige dans l'affaire *La Reine c. F.H. Jones Tobacco Sales Co. Ltd.*⁴³ porte sur la nature de la perte subie par la contribuable : perte d'opération ou en capital. Quant à la décision *Estate of Cochrane c. MRN*⁴⁴, elle concerne, tout comme l'arrêt *Bronfman Trust*⁴⁵, la déductibilité des intérêts fondée sur une utilisation indirecte de l'argent emprunté.

Dans l'affaire *Cochrane*⁴⁶, les exécuteurs testamentaires avaient, faute de liquidité, contracté un emprunt à court terme afin d'acquitter, outre les droits successoraux, l'impôt de la succession de feu W.C. Cochrane. Le seul actif de la succession qui aurait pu être utilisé à cette fin était un dépôt à terme dont le remboursement, avant échéance, aurait entraîné une perte d'intérêts courus d'environ 26 000 \$. Ayant accueilli l'appel de la succession, la Commission de révision de l'impôt a cité le juge en chef Noël de la Cour fédérale de première instance, qui s'était exprimé

40 Brian J. Arnold, « In Praise of the Business Purpose Test », dans *Report of Proceedings of the Thirty-Ninth Tax Conference*, 1987 Conference Report (Toronto : Association canadienne d'études fiscales, 1988), 10:1-34, à la p. 10:5; Arnold, supra, note 16, à la p. 17 et Brian J. Arnold et James R. Wilson, « The General Anti-Avoidance Rule—Part I » (1988) vol. 36, n° 4 *Revue fiscale canadienne* 829-87, aux pp. 858-89.

41 (1946), 72 CLR 634.

42 [1966] AC 224 (CP).

43 73 DTC 5577 (CF 1^{re} inst.).

44 76 DTC 1154 (TRB).

45 Supra, note 4.

46 Supra, note 44.

dans l'arrêt *F.H. Jones Tobacco Sales Co. Ltd.*⁴⁷, en rapportant un court extrait des motifs de Lord Pearce énoncés dans l'arrêt *B.P. Australia Ltd.*⁴⁸, un jugement unanime du Conseil Privé :

The solution to the problem is not to be found by any rigid test or description. It has to be derived from many aspects of the whole set of circumstances some of which may point in one direction, some in the other. One consideration may point so clearly that it dominates other and vaguer indications in the contrary direction. It is the commonsense appreciation of all the guiding features which must provide the ultimate answer⁴⁹. [soulignement de l'auteure]

En fait, l'opinion formulée par Lord Pearce s'appuyait sur le passage du juge Dixon, dissident, dans l'arrêt *Hallstroms Pty. Ltd.*⁵⁰ Dans cette affaire, Hallstroms Proprietary Limited cherchait à déduire les honoraires juridiques qu'elle avait encourus en s'opposant à la demande de prorogation du brevet d'un moteur à refroidissement par air présentée par son compétiteur Electrolux Pty. Ltd. La contribuable, qui jusqu'alors fabriquait et vendait des réfrigérateurs munis d'un moteur à refroidissement d'eau, avait décidé, afin de relancer son entreprise, de mettre sur le marché un nouveau modèle de réfrigérateurs munis d'un moteur à refroidissement par air. Le jugement majoritaire de la Haute Cour d'Australie a fait droit aux prétentions de la contribuable et a alloué la déduction des honoraires juridiques au titre de dépenses d'opération encourues en vue de gagner du revenu. De l'opinion de la Haute Cour d'Australie, une dépense effectuée pour défendre un droit dont jouissaient tous les sujets de Sa Majesté, en l'occurrence fabriquer et vendre des réfrigérateurs à l'expiration du brevet, ne constituait pas une dépense engagée afin d'obtenir quelle que chose que ce soit, y compris un droit.

Toutefois, la dissidence du juge Dixon a exprimé l'idée que la distinction entre une dépense de nature capitale et une dépense courante repose sur l'objet visé, d'un point de vue pratique et commercial, plutôt que sur une classification juridique des droits légaux, le cas échéant, obtenus, employés ou épuisés dans le processus par cette dépense. Le juge Dixon a donc considéré que le but de la dépense encourue par Hallstroms était plutôt de lui permettre d'effectuer la réorganisation de son entreprise, de sa production et de ses ventes sur une autre base : la fabrication et la vente d'un tout nouveau réfrigérateur. Pour le juge Dixon, cette dépense était de nature capitale puisque relative à l'établissement même du processus générateur du revenu de l'entreprise.

47 Supra, note 43.

48 Supra, note 42.

49 Supra, note 44, aux pp. 1156-57.

50 Supra, note 41.

LES RÉALITÉS COMMERCIALES ET ÉCONOMIQUES

De la jurisprudence susmentionnée et citée par le juge Dickson dans l'arrêt *Bronfman Trust*⁵¹, il ressort que la tendance à examiner la véritable nature pratique et commerciale d'une opération signifie que les conséquences fiscales rattachées aux droits et obligations juridiques qui résultent d'une opération effectuée par un contribuable sont déterminées, lorsque le commandent le texte et l'objet d'une disposition fiscale dont l'application est demandée, en prenant en considération la réalité commerciale et économique de cette opération. La remarque incidente du juge Dickson semble donc s'inscrire dans la continuité de l'arrêt *Stubart*⁵² et de sa règle moderne d'interprétation des lois fiscales fondée sur l'objet et l'esprit de la loi et n'en constituer qu'une application plus fine.

Dans le contexte précis de l'analyse de l'admissibilité de l'utilisation indirecte par la fiducie des fonds empruntés, le juge Dickson étudie la véritable nature pratique et commerciale des emprunts afin de déterminer si la conservation de biens productifs de revenus satisfait l'objet de l'alinéa 20(1)c) LIR ainsi que le critère de l'objet commercial contenu dans le texte de cet alinéa. Il estime que l'utilisation indirecte que fait la fiducie des fonds empruntés est contraire au but visé par l'alinéa 20(1)c) LIR. Selon lui, une telle utilisation entraîne la diminution du capital de la fiducie et des frais de financement, alors que l'alinéa 20(1)c) LIR cherche à encourager les contribuables à améliorer leurs possibilités de produire des revenus. Le juge Dickson ajoute qu'il n'existe pas, à l'égard de la fiducie Bronfman, de circonstances exceptionnelles qui démontrent, suivant une appréciation réaliste des opérations, un effet indirect sur sa capacité de gagner des revenus pouvant lui donner droit à la déduction des intérêts. À cet égard, la réalité commerciale inhérente aux taux d'intérêt sur les placements par opposition à ceux sur les emprunts amène le juge Dickson à conclure que la fiducie n'avait aucune attente raisonnable que le rendement de l'ensemble de son portefeuille soit supérieur à l'intérêt payable sur sa dette.

Le trompe-l'œil élargi et l'approbation de la décision Zwaig

Dans un argument subsidiaire, la fiducie Bronfman soutient avoir obtenu le même résultat financier en empruntant directement à la banque pour verser les prélèvements de capital que si elle avait d'abord vendu les biens productifs de revenu afin de verser les prélèvements de capital et, ensuite, emprunté pour les remplacer. Dans cette hypothèse, allègue-t-elle, les intérêts auraient été déductibles.

Le juge en chef de la Cour suprême du Canada repousse d'emblée l'argument de la fiducie en déclarant succinctement que « les tribunaux doivent tenir compte de ce que le contribuable a réellement fait et non pas de ce qu'il aurait pu faire »⁵³.

51 Supra, note 4.

52 Supra, note 6.

53 Supra, note 4, à la p. 55.

Cependant, il note, dans un *obiter dictum* prolixe, qu'il est pour le moins douteux que les intérêts soient déductibles, au motif que la vente et le rachat des biens productifs de revenu pourraient être considérés comme un simulacre ou trompe-l'œil (*sham*) masquant le véritable caractère commercial et pratique des opérations, en l'occurrence un emprunt aux fins de financer le versement des prélèvements de capital à Phyllis Bronfman :

Avant de terminer, je veux aborder un dernier argument invoqué par l'avocat de la fiducie. On a soutenu — et Sa Majesté en a généreusement convenu — que la fiducie aurait obtenu une déduction au titre d'intérêts si elle avait vendu des biens en vue de payer le prélèvement sur le capital et avait ensuite emprunté pour remplacer ces biens [...]. Par conséquent, selon ce point de vue, on ne devrait pas refuser à la fiducie une déduction au titre d'intérêts simplement parce qu'elle a obtenu le même résultat sans les formalités d'une vente et d'un rachat de biens... Quoiqu'il en soit, j'avoue que j'ai des doutes sur la prémisse admise par Sa Majesté. Si, par exemple, la fiducie avait dans un court laps de temps vendu un bien précis productif de revenu, payé le prélèvement sur le capital à la bénéficiaire et racheté le même bien, les tribunaux auraient bien pu estimer que la vente et le rachat constituaient une formalité ou un simulacre conçu pour dissimuler le caractère essentiel de l'opération, c'est-à-dire que de l'argent a été emprunté et utilisé pour financer le paiement d'un prélèvement sur le capital à la bénéficiaire. Sur ce point, voir l'affaire *Zwaig c. Ministre du Revenu national*, [1974] C.T.C. 2172 (C.R.I.) [...]. C'est donc à bon droit que la Commission de révision de l'impôt a refusé d'accorder la déduction réclamée à l'égard de l'intérêt payé, quoique la forme des opérations du contribuable ait été de nature à créer une apparence de conformité avec les exigences de la disposition prévoyant la déduction au titre d'intérêts. Les contribuables ne sont pas toujours favorisés quand on qualifie leurs opérations selon leur véritable caractère commercial et pratique⁵⁴. [soulignements de l'auteure]

Curieusement, le juge Dickson illustre l'application potentielle de la règle jurisprudentielle du trompe-l'œil au scénario hypothétique proposé par la fiducie en faisant référence à la décision *Zwaig*⁵⁵, également relative à l'alinéa 20(1)c) LIR, dont il approuve expressément le jugement rendu par la Commission de révision de l'impôt. Dans ses motifs, la Commission n'invoque pas explicitement le trompe-l'œil. En fait, elle ne fait état d'aucune autorité jurisprudentielle afin de justifier sa décision. À première vue, ce jugement peut d'ailleurs sembler constituer un cas isolé d'application de la règle jurisprudentielle de la primauté de la substance économique des opérations sur la substance juridique en ce que le tribunal de première instance a fait abstraction, dans sa quête du but de cet emprunt, de l'effet juridique et économique de la dernière opération, un emprunt contracté pour racheter des actions. Néanmoins, il paraît plus approprié de

54 Ibid., aux pp. 54 et 55.

55 *Supra*, note 32.

prétendre que cette décision consiste en l'application de ce que les tribunaux qualifieront de critère juridique de la véritable fin économique des opérations⁵⁶.

Dans l'affaire *Zwaig*⁵⁷, le contribuable Dunn avait vendu ses actions à un courtier en valeurs mobilières après avoir pris conseil d'un certain Faust. De façon concomitante, il avait acheté, à l'aide du produit de la vente des actions, une police d'assurance sur sa vie. Puis, quelques jours plus tard, il avait emprunté auprès de l'assureur en offrant en garantie la police d'assurance nouvellement acquise et avait ainsi pu racheter les actions qu'il avait vendues. Pour la Commission de révision de l'impôt, la substance de ces opérations, similaires à celles du scénario hypothétique soumis par la fiducie Bronfman, s'entendait de leur effet économique global, soit un emprunt pour acquérir une police d'assurance sur la vie :

[A]ccording to the form of the transaction, it [the borrowed money] was used to re-purchase the securities that had just been sold and, according to the substance of the transaction, to purchase a life insurance policy. [...]

Mr. Dunn did not have to borrow money to get the securities in question because they were his and, if the money was borrowed, it was in fact to acquire the life insurance policy — that is the substance of the transaction⁵⁸. [soulignement de l'auteure]

Il est difficile de justifier l'allusion explicite au trompe-l'œil par le juge Dickson à l'égard des opérations hypothétiques proposées par la fiducie Bronfman. Cette allusion fait renaître l'incertitude quant à la portée concrète de cette règle jurisprudentielle au Canada, alors que le juge Estey, dans l'arrêt *Stuart*⁵⁹ rendu quelques années auparavant, en avait restreint l'application à la définition classique énoncée dans l'arrêt *Snook*⁶⁰. En entérinant *Zwaig*⁶¹, le juge Dickson laisse entendre que la véritable nature commerciale et pratique des opérations, à laquelle il renvoie dans son *obiter dictum*, désigne leur substance économique. Il semble donc élargir la règle jurisprudentielle du trompe-l'œil au cas où les relations contractuelles véritables en droit — la vente et le rachat des placements — dissimuleraient ce qu'il considère constituer la nature réelle des opérations de la fiducie, c'est-à-dire leur effet ou substance économique, en l'occurrence le financement des versements des prélèvements de capital.

56 Voir, infra, le texte sous la rubrique « La “recharacterisation” selon la réalité économique des rapports juridiques non véritables ».

57 Supra, note 32.

58 Ibid., à la p. 1123.

59 Supra, note 6.

60 *Snook c. London & W. Riding Invest., Ltd.*, [1967] 1 All ER 518, à la p. 528 (CA). Selon le scénario hypothétique de la fiducie Bronfman, comme dans l'affaire *Zwaig*, supra, note 32, chacune des opérations aurait donné lieu à des rapports juridiques réels et non fictifs qui n'auraient pu être écartés et remplacés par d'autres aux fins de l'application de la Loi, l'élément de tromperie ne s'y trouvant pas.

61 Supra, note 32.

Compte tenu que le juge Dickson a également employé l'expression « la véritable nature commerciale et pratique des opérations » dans la première remarque incidente de l'arrêt *Bronfman Trust*⁶², il est permis de croire que cette expression pourrait peut-être avoir le même sens que celui induit de l'*obiter dictum*, reproduit ci-dessus, concernant le scénario hypothétique. Aussi, l'interprétation du premier *obiter dictum*, lorsque la signification du second *obiter dictum* est prise en compte, peut donner la fausse impression que la Cour suprême du Canada se démarque du jugement rendu dans l'arrêt *Stubar*⁶³ en ce qui a trait au fond d'une opération et manifeste la volonté d'implanter une règle jurisprudentielle autorisant la qualification des opérations en fonction de leur effet économique plutôt que juridique.

Quoique les remarques incidentes du juge Dickson à l'égard de la caractérisation des opérations soient la source d'une confusion certaine, la lecture attentive du *ratio decidendi* du jugement rendu dans l'affaire *Bronfman Trust*⁶⁴ permet de conclure à l'application tacite, par la Cour suprême du Canada, de la règle de l'efficacité juridique énoncée dans l'arrêt *Westminster*⁶⁵, laquelle a été intégrée au droit fiscal canadien⁶⁶. Il s'écoulera plus de dix années avant que le plus haut tribunal du pays n'exprime, dans l'arrêt *Shell*⁶⁷, sa position quant à la portée du premier *obiter dictum* énoncé par le juge Dickson⁶⁸.

L'ARRÊT SHELL

Le 15 octobre 1999, la Cour suprême du Canada a de nouveau été appelée à analyser l'alinéa 20(1)c) LIR et ses conditions d'application. Dans le jugement unanime rendu dans l'affaire *Shell*⁶⁹, elle apporte enfin des précisions relatives à la pertinence de la

62 Supra, note 4, aux pp. 52-53. Voir également, supra, le texte sous la rubrique « La détermination de la véritable nature commerciale et pratique des opérations ».

63 Supra, note 6.

64 Supra, note 4.

65 Supra, note 3.

66 Voir, supra, le texte sous la rubrique « De l'intégration de la règle de l'efficacité juridique au droit fiscal canadien ».

67 Supra, note 5.

68 L'*obiter* final du juge Dickson a aussi été invalidé dans l'arrêt *Singleton*, supra, note 6. Voir également, infra, le texte sous la rubrique « De la dissidence du juge LeBel ».

69 Supra, note 5. À la suite de ce jugement, le ministre des Finances du Canada a annoncé, dans le budget fédéral du 28 février 2000, l'introduction de règles relatives à des emprunts en devises faibles. Elles sont prévues au nouvel article 20.3 LIR, ajouté par LC 2001, c. 17, article 14(1), applicable aux années d'imposition se terminant après le 27 février 2000. L'Agence des douanes et du revenu du Canada a également annulé le *Bulletin d'interprétation* IT-233R, « Conventions de bail avec option; conventions de vente et de relocation », le 11 février 1983, étant maintenant d'avis que « la question de savoir si un contrat est une convention de bail ou un contrat de vente doit être résolue sur la base des rapports juridiques créés par les termes d'une entente, plutôt que par l'appréciation de la réalité économique sous-jacente ». (Agence des douanes et

réalité économique au soutien de la nouvelle caractérisation de la nature véritable des opérations menées par un contribuable. En outre, elle désavoue en partie le fameux *obiter dictum* formulé par le juge en chef dans l'affaire *Bronfman Trust*⁷⁰ au sujet de la véritable nature commerciale et pratique des opérations.

De la caractérisation des rapports juridiques véritables

Shell Canada Ltée (« Shell ») cherchait à obtenir, au moindre coût possible après impôt, un montant d'environ 102 000 000 \$ américains à titre de fond de roulement pour son entreprise. Pour y arriver, elle avait mis en œuvre une stratégie de financement en deux temps. D'abord, le 10 mai 1988, la contribuable avait conclu des contrats d'achat de débentures avec trois banques étrangères. Elle avait emprunté un montant de 150 000 000 \$ néo-zélandais, au taux d'intérêt annuel de 15,4 pour cent, payable semestriellement jusqu'au 10 mai 1993 et, en contrepartie, avait émis aux banques des débentures totalisant 153 000 000 \$ néo-zélandais.

Ce même jour de mai 1988, un contrat d'opérations de couverture était également intervenu entre la contribuable et la société Sumitomo Bank Ltd. (« Sumitomo ») selon lequel cette dernière convenait d'acheter immédiatement 151 875 000 \$ néo-zélandais à la contribuable — le produit net découlant des contrats d'achat de débentures une fois la commission payée au courtier — en échange de 102 014 438 \$ américains. En retour de montants prédéterminés en dollars américains, Sumitomo s'obligeait à vendre à la contribuable les sommes en dollars néo-zélandais nécessaires pour effectuer les versements d'intérêts semestriels aux prêteurs étrangers au cours du terme de cinq ans ainsi que pour rembourser, à l'échéance, l'emprunt de 150 000 000 \$ néo-zélandais. Dès ce jour, la contribuable avait tenu pour acquis qu'elle réaliserait en 1993 un gain sur change étranger de 21 165 000 \$ américains, la valeur future exprimée en dollars américains de l'emprunt de 150 000 000 \$ néo-zélandais qu'elle devait rembourser aux prêteurs étrangers à l'échéance du terme étant inférieure, eu égard à la dépréciation de la devise néo-zélandaise, à la valeur courante, également exprimée en dollars américains, de ces mêmes fonds au moment du prêt.

En vertu de l'alinéa 20(1)c) LIR, Shell avait déduit les intérêts payables sur les prêts. Toutefois, pour les années d'imposition 1992 et 1993, le fisc avait refusé d'allouer les intérêts calculés en sus du taux du marché établi à 9,1 pour cent qui aurait été applicable à un prêt consenti directement en dollars américains. Pour le ministre du Revenu national, les contrats d'achat des débentures et le contrat

du revenu du Canada : *Nouvelles techniques sur l'impôt sur le revenu* n° 21, « Annulation du bulletin d'interprétation IT-233R », le 14 juin 2001). Voir également « Table ronde sur la fiscalité fédérale », dans *Congrès 2000* (Montréal : Association de planification fiscale et financière, 2001), 51:1-44, question 9.2, aux pp. 51:42-44, et Roy Shultis, Michael Hiltz, Vance Sider et Judith Woods, « Judicial and Administrative Developments », dans *Report of Proceedings of the Fifty-Second Tax Conference*, 2000 Conference Report (Toronto : Association canadienne d'études fiscales, 2001), 36:1-21, aux pp. 36:7-9.

70 *Supra*, note 4, aux pp. 52 et 53.

d'opérations de couverture ne constituaient qu'une seule opération aux fins de l'application de l'alinéa 20(1)c) LIR. Il soutenait que Shell avait, en réalité, emprunté des dollars américains et qu'en conséquence, le taux d'intérêt de 15,4 pour cent n'était pas raisonnable.

Le respect obligatoire des rapports juridiques véritables

En rejetant l'attitude adoptée tant par la Cour d'appel fédérale que par le fisc, le plus haut tribunal du pays établit clairement que les relations juridiques véritables créées par les parties ne peuvent faire l'objet d'une nouvelle caractérisation aux fins fiscales. Le juge McLachlin, sous la plume de laquelle le jugement de la Cour suprême du Canada a été rendu, réitère le principe d'interprétation énoncé, un an auparavant, dans l'arrêt *Continental Bank Leasing*⁷¹, mettant ainsi derechef l'accent, en matière fiscale, sur le respect essentiel des droits et obligations juridiques établis entre les parties, sauf en présence d'un trompe-l'œil ou d'une disposition expresse de la Loi à l'effet contraire :

Notre Cour a statué à maintes reprises que les tribunaux doivent tenir compte de la réalité économique qui sous-tend l'opération et ne pas se sentir liés par la forme juridique apparente de celle-ci : *Bronfman Trust*, précité, aux pp. 52 et 53, le juge en chef Dickson; *Tennant*, précité, au par. 26, le juge Iacobucci. Cependant, deux précisions à tout le moins doivent être apportées. Premièrement, notre Cour n'a jamais statué que la réalité économique d'une situation pouvait justifier une nouvelle qualification des rapports juridiques véritables établis par le contribuable. Au contraire, nous avons décidé qu'en l'absence d'une disposition expresse contraire de la Loi ou d'une conclusion selon laquelle l'opération en cause est un trompe-l'œil, les rapports juridiques établis par le contribuable doivent être respectés en matière fiscale. Une nouvelle qualification n'est possible que lorsque la désignation de l'opération par le contribuable ne reflète pas convenablement ses effets juridiques véritables : *Continental Bank Leasing Corp. c. Canada*, [1998] 2 R.C.S. 298, au par. 21, le juge Bastarache.

Deuxièmement, la jurisprudence fiscale de notre Cour est bien établie : l'examen de la « réalité économique » d'une opération donnée ou de l'objet général et de l'esprit de la disposition en cause ne peut jamais soustraire le tribunal à l'obligation d'appliquer une disposition non équivoque de la Loi à une opération du contribuable. Lorsque la disposition en cause est claire et non équivoque, elle doit simplement être appliquée : *Continental Bank*, précité, au par. 51, le juge Bastarache; *Tennant*, précité, au par. 16, le juge Iacobucci; *Canada c. Antosko*, [1994] 2 R.C.S. 312, aux pp. 326, 327 et 330, le juge Iacobucci; *Friesen c. Canada*, [1995] 3 R.C.S. 103, au par. 11, le juge Major; *Alberta (Treasury Branches) c. M.R.N.*, [1996] 1 R.C.S. 963, au par. 15, le juge Cory⁷². [soulignements de l'auteure]

Respectant les rapports de droit véritables créés entre la contribuable et les banques étrangères, la Cour suprême du Canada rejette l'idée de fondre les contrats

71 Supra, note 6.

72 Supra, note 5, aux paragraphes 39 et 40.

d'achat de débetures et les opérations de couverture, quoique incontestablement liés, en une seule et même opération équivalant au résultat économique obtenu par la mise en œuvre des opérations relatives à la stratégie de financement. Partant, le juge McLachlin signale l'erreur de droit commise par la Cour d'appel fédérale relativement à la caractérisation des rapports de droit en cause :

[J]'estime avec égards que le ministre et la Cour d'appel ont commis une erreur. Tout d'abord, la Cour d'appel fédérale a en effet requalifié, aux fins de l'impôt, la relation juridique établie par Shell avec les prêteurs étrangers. Le juge Linden a conclu que si le contrat de change à terme liant Shell et Sumitomo était considéré de pair avec les contrats d'achat de débetures conclus par Shell et les prêteurs étrangers, « [l]e taux d'intérêt plus élevé et le taux à terme escompté combinés donnaient lieu à un paiement confondu des intérêts et du principal » (par. 58). Avec égards, cette conclusion fait fi de la véritable relation créée entre Shell et les prêteurs étrangers, une relation à laquelle Sumitomo était étrangère. Dans le contexte de la relation entre Shell et les prêteurs étrangers, la totalité des versements semestriels étaient des « intérêts » payés en contrepartie du prêt de 150 000 000 \$NZ. Cette qualification ne saurait être modifiée par les autres rapports juridiques que Shell a pu établir avec des tiers ni par son utilisation des fonds empruntés qu'elle a obtenus des prêteurs étrangers⁷³. [soulignements de l'auteure]

L'interprétation que fait la Cour suprême du Canada des contrats d'achat de débetures l'amène à conclure à l'existence, en droit, d'un prêt par les banques étrangères en faveur de la contribuable, au montant de 150 000 000 \$ néo-zélandais, en contrepartie de versements semestriels représentant un intérêt calculé à un taux annuel de 15,4 pour cent. Elle arrive également à la conclusion que Sumitomo n'était pas juridiquement partie prenante à ce prêt, bien qu'il ait été admis que les fonds néo-zélandais avaient d'abord été transférés par Sumitomo aux banques étrangères avant d'être prêtés à la contribuable pour ensuite être vendus par cette dernière à Sumitomo en échange de devises américaines. Ainsi, la Cour suprême du Canada pose apparemment le principe que, dans le contexte de l'inapplication de la RGAÉ, les opérations juridiques véritables menées par un contribuable doivent être considérées et analysées distinctement, peu importe l'étroitesse des liens économiques ou commerciaux existant entre elles.

De l'invalidation partielle du premier obiter dictum du juge Dickson

En statuant que la réalité économique d'une situation ou que le résultat économique qui découle des opérations conclues ne pouvait justifier, en l'absence d'une disposition expresse contraire de la Loi, une nouvelle caractérisation des rapports véritables de droit, le juge McLachlin, à l'instar du juge Estey dans l'arrêt

73 Ibid., au paragraphe 41.

*Stuart*⁷⁴, confirme tacitement à nouveau l'inapplication, en droit fiscal canadien, de la règle jurisprudentielle contre l'évitement fiscal de la primauté du résultat économique d'une opération sur son effet juridique.

En outre, la Cour suprême du Canada reconnaît, pour la première fois, dans le jugement unanime rédigé par le juge McLachlin, que le premier *obiter dictum* sur la véritable nature commerciale et pratique des opérations énoncé par le juge Dickson, alors juge en chef de la Cour suprême du Canada, dans l'arrêt *Bronfman Trust*⁷⁵, a vraisemblablement motivé la perspective adoptée par la Cour d'appel fédérale à l'égard de l'alinéa 20(1)c) LIR. Cet *obiter dictum*, explique le juge McLachlin, aurait encouragé le rôle de surveillance endossé par la Cour d'appel fédérale quant à la détermination des conséquences fiscales des opérations selon leur résultat économique, concourant à limiter l'évitement fiscal qui résulte de l'utilisation de stratégies complexes par les contribuables habiles.

Toutefois, le juge McLachlin désapprouve l'activisme judiciaire de la Cour d'appel fédérale, affirmant que la jurisprudence subséquente, particulièrement les arrêts *Duba Printers (Western) Ltd. c. Canada*⁷⁶ et *Neuman c. MRN*⁷⁷, a invalidé le dernier paragraphe de la première remarque incidente énoncée quelque douze années plus tôt dans l'affaire *Bronfman Trust*⁷⁸. Désormais sans force contraignante à l'égard des tribunaux inférieurs, le second paragraphe de l'*obiter dictum* formulé par le juge Dickson ne peut plus être invoqué au soutien d'une nouvelle caractérisation des opérations en fonction du résultat économique. L'attitude préconisée par la Cour suprême du Canada en matière d'évitement fiscal dans les arrêts récents *Duba Printers*⁷⁹ et *Neuman*⁸⁰ remplace celle proposée par le juge Dickson⁸¹. Compte tenu de l'adoption de cette nouvelle attitude, le juge McLachlin conclut que les tribunaux ne peuvent s'autoriser, sauf dans les cas où la RGAÉ s'applique, à empêcher les contribuables d'user de stratégies complexes dont les opérations juridiques respectent par ailleurs les dispositions de la Loi mais

74 *Supra*, note 6.

75 *Supra*, note 4, aux pp. 52 et 53.

76 [1998] 1 RCS 795.

77 [1998] 1 RCS 770.

78 *Supra*, note 4, à la p. 53.

79 *Supra*, note 76.

80 *Supra*, note 77.

81 Il appert des arrêts *Duba Printers*, *supra*, note 76, et *Neuman*, *supra*, note 77, qu'au moins deux principes d'interprétation sous-tendent vraisemblablement la nouvelle attitude adoptée par la Cour suprême du Canada en matière d'évitement fiscal : le respect obligatoire, en l'absence d'un trompe-l'œil, des rapports de droit véritables, même si l'objet de l'opération consiste à réduire l'impôt à payer, et le principe selon lequel un contribuable peut diriger ses affaires de façon à payer le moins d'impôt possible. Quoique la Cour suprême du Canada ne l'ait jamais formellement exprimé, il semble manifeste que la doctrine judiciaire « *economic substance over legal form* » déroge à la ligne de conduite récemment dictée en matière d'évitement fiscal.

minimisent l'impôt à payer, en invoquant le souci d'équité envers les contribuables qui n'y ont pas recours :

Bien que le sous-al. 20(1)e(i) soit clair, la Cour d'appel fédérale semble y avoir décelé l'intention du législateur que les tribunaux, afin d'être équitables envers les contribuables moins habiles, fassent preuve de vigilance pour empêcher les contribuables de recourir à des opérations complexes visant à réduire leur obligation fiscale. Ainsi, les tribunaux devaient en quelque sorte analyser les opérations et déterminer l'obligation fiscale en fonction des effets véritables des opérations sur les plans économique et commercial. On peut soutenir que des remarques incidentes formulées dans certaines affaires appuient ce point de vue : *Bronfman Trust*, précité, à la p. 53, le juge en chef Dickson; *Stuart Investments Ltd. c. La Reine*, [1984] 1 R.C.S. 536, à la p. 576, le juge Estey.

Cependant, il ressort des arrêts plus récents de notre Cour qu'en l'absence d'une disposition expresse contraire, il n'appartient pas aux tribunaux d'empêcher les contribuables de recourir, dans le cadre de leurs opérations, à des stratégies complexes qui respectent les dispositions pertinentes de la Loi, pour le motif que ce serait inéquitable à l'égard des contribuables qui n'ont pas opté pour cette solution. [...] Il incombe aux tribunaux d'interpréter et d'appliquer la Loi telle qu'elle a été adoptée par le Parlement. Les remarques incidentes formulées dans des arrêts antérieurs dont on peut dire qu'elles appuient un principe d'interprétation plus large et moins certain ont donc été supplantées par les arrêts que notre Cour a rendus depuis en matière fiscale. Sauf disposition contraire de la Loi, le contribuable a le droit d'être imposé en fonction de ce qu'il a fait, et non de ce qu'il aurait pu faire et encore moins de ce qu'un contribuable moins habile aurait fait⁸². » [soulignements de l'auteure]

Dans le même élan, le juge McLachlin répète, dans une formulation différente, les commentaires exprimés, plus d'un demi-siècle auparavant, par Lord Tomlin, dans l'arrêt *Westminster*⁸³, à l'égard de la soi-disant « *substance of the matter* ». Elle souligne ainsi que l'adoption sans restriction par les tribunaux d'une démarche fondée sur le résultat économique va à l'encontre du principe d'interprétation en vertu duquel un contribuable peut, en l'absence d'une disposition contraire expresse de la Loi, diriger ses affaires de façon à payer le moins d'impôt possible :

Examiner la « réalité économique » d'une situation donnée, au lieu d'appliquer simplement une disposition claire et non équivoque de la Loi aux opérations juridiques effectuées par le contribuable a des répercussions regrettables en pratique. Cette démarche favorise à tort l'application d'une règle voulant que, s'il existe deux manières de structurer une opération pour produire le même effet économique, le tribunal doive ne tenir compte que de l'option qui ne confère aucun avantage fiscal. Avec égards, cette démarche n'accorde pas l'importance voulue à la jurisprudence de notre Cour selon laquelle, en l'absence de dispositions législatives expresses contraires,

82 Supra, note 5, aux paragraphes 44 et 45.

83 Supra, note 3.

le contribuable peut diriger ses affaires de façon à réduire son obligation fiscale. [...] Le tribunal qui adopte sans réserve une démarche fondée sur « l'effet économique » fait indirectement ce que, selon la jurisprudence constante de notre Cour, le législateur n'a pas voulu que la Loi fasse directement⁸⁴. [soulignement du juge McLachlin]

Bien que, dans l'arrêt *Shell*⁸⁵, la Cour suprême du Canada ait mis un frein à la nouvelle caractérisation des relations juridiques véritables en fonction du résultat économique perçu en découler, la première partie de l'*obiter dictum* du juge Dickson⁸⁶ conserve toujours son caractère jurisprudentiel contraignant en droit fiscal canadien. En effet, dans son court exposé sur la réalité économique⁸⁷, la Cour suprême du Canada faisait expressément référence aux arrêts *Bronfman Trust*⁸⁸ et *Tennant*⁸⁹ pour rappeler que les tribunaux ne sont pas liés par la forme juridique ostensible des opérations et qu'ils doivent prendre en compte la réalité économique dans le processus de la caractérisation des rapports juridiques véritables. Il s'ensuit donc que la réalité économique à la base des opérations demeure, comme élément factuel, toujours pertinente pour établir les effets juridiques réels produits par les opérations en question.

Tout bien considéré, l'importance notoire de l'arrêt *Shell*⁹⁰ émane de la consécration, en droit fiscal canadien, du respect obligatoire des rapports de droit véritables et exécutoires, confirmant ainsi tacitement l'arrêt *Westminster*⁹¹ et sa règle de l'efficacité juridique. Il faut aussi souligner le rejet exprès, par la Cour suprême du Canada, de la possibilité d'effectuer une nouvelle caractérisation des rapports de droit véritablement créés entre les parties en conséquence de l'effet économique perçu résulter des opérations. Ce faisant, le plus haut tribunal du pays répudie implicitement l'application, au Canada, de la règle jurisprudentielle de la primauté de l'effet économique d'une opération sur son effet juridique utilisée par les tribunaux américains. La position exposée par la Cour suprême du Canada quant à la caractérisation des relations juridiques est d'ailleurs confirmée expressément dans l'affaire *Singleton*⁹².

84 Supra, note 5, au paragraphe 46.

85 Ibid.

86 Voir, supra, le texte sous la rubrique « La détermination de la véritable nature commerciale et pratique des opérations ».

87 Voir, supra, le texte sous la rubrique « Le respect obligatoire des rapports juridiques véritables » de l'arrêt *Shell*.

88 Supra, note 4, aux pp. 52 et 53.

89 Supra, note 6.

90 Supra, note 5.

91 Supra, note 3.

92 Supra, note 6.

L'ARRÊT SINGLETON

Encore que l'arrêt *Singleton*⁹³, dont le jugement a été rendu le 28 septembre 2001, ait trait à la déductibilité des intérêts, il concerne en particulier la détermination de l'usage auquel a été consacré l'argent emprunté. La question soulevée dans le pourvoi à l'égard de l'usage des fonds empruntés oppose la réalité économique des opérations considérées dans leur ensemble — position adoptée en l'espèce par la Cour canadienne de l'impôt et le juge Linden de la Cour d'appel fédérale, dissident — et la réalité juridique des opérations considérées indépendamment les unes des autres.

De la caractérisation des rapports juridiques véritables

John Singleton était l'un de deux associés d'un cabinet d'avocats qui avait des bureaux à Vancouver et à Calgary. Le 27 octobre 1988, il avait retiré de son compte capital dans la société en nom collectif un montant de 300 000 \$, investi initialement à l'aide de fonds personnels, afin d'acquérir une propriété résidentielle. Le même jour, John Singleton avait contracté, conjointement avec son épouse, un emprunt de 400 000 \$ à la Bank of British Columbia, garanti par une hypothèque immobilière. Ensuite, il avait immédiatement versé dans son compte capital, à titre d'apport, un montant totalisant 300 000 \$ composé d'une partie des fonds empruntés, soit 298 750 \$, et de fonds personnels, soit 1 250 \$.

La déduction prévue à l'alinéa 20(1)c) LIR à l'égard des intérêts payés sur l'emprunt avait été refusée au contribuable par le ministre du Revenu national qui soutenait que les fonds empruntés avaient servi à financer l'achat d'une maison, non à gagner du revenu. Quant à John Singleton, il alléguait avoir effectué un apport de capital afin de regarnir son compte capital de la société en nom collectif. Quoique le fisc et le contribuable aient convenu que le montant du compte capital n'avait ni augmenté ni diminué à la fin de cette journée d'octobre 1988, l'ordre dans lequel les opérations susmentionnées s'étaient déroulées n'était pas admis par les parties, d'où une certaine confusion. La situation factuelle exposée ci-dessus reprend celle retenue par la Cour d'appel fédérale, tandis que la Cour canadienne de l'impôt rapportait plutôt que le contribuable avait d'abord contracté l'emprunt, fait un apport de capital de 300 000 \$ à la société en nom collectif et effectué, subséquemment, un retrait de ce même montant. Toutefois, dans ses motifs, la Cour suprême du Canada a affirmé d'emblée que l'ordre des opérations n'avait pas de conséquence pratique sur la conclusion de l'affaire.

Le respect obligatoire des rapports juridiques véritables

Appelée à déterminer l'usage des fonds empruntés, la Cour suprême du Canada se fonde sur l'arrêt *Shell*⁹⁴ pour réaffirmer, dans un jugement majoritaire, l'obligation dans l'application de l'alinéa 20(1)c) LIR de donner effet aux rapports de droit

93 Ibid.

94 *Supra*, note 5.

véritables liant les parties. Le juge Major réitère, au nom de la majorité, que le respect des rapports juridiques véritables commande de caractériser distinctement l'une et l'autre des opérations :

Dans l'application du sous-al. 20(1)c(i) en l'espèce, la question pertinente est la suivante : De quelle façon l'argent emprunté a-t-il été utilisé ? Le juge de la Cour de l'impôt a conclu que l'argent avait été utilisé dans le but d'acheter une maison et que « l'échange de chèques » (par. 12) survenu le 27 octobre 1988 ne changeait rien à cet objectif. En toute déférence, je ne partage pas cet avis. C'est cet « échange de chèques » qui définit les rapports juridiques auxquels il faut donner effet. L'intimé détenait dans le cabinet un capital d'au moins 300 000 \$ constitué de fonds propres. Il s'ensuit que les 300 000 \$ investis dans le cabinet n'étaient pas figés à jamais sous la forme dans laquelle ils avaient été investis initialement. L'intimé était libre de changer d'idée et de décider d'utiliser soit son propre argent soit de l'argent emprunté pour financer l'entreprise de son cabinet. Il ressort clairement des actes de l'intimé que les chèques pertinents ont été déposés et honorés. Rien n'indique que l'opération constituait un artifice. Eu égard aux rapports juridiques qui existent en l'espèce, il est clair que l'intimé a utilisé l'argent emprunté pour renflouer son compte de capital.

Cette qualification de l'usage des fonds n'est pas changée du fait que l'intimé a utilisé l'argent qu'il a retiré du cabinet pour acheter une maison. Le fait que les opérations se soient produites le même jour n'y change rien non plus.

En toute déférence, il est erroné de considérer ces démarches comme une seule et même opération. Pour donner effet aux rapports juridiques, il faut considérer les opérations comme des opérations distinctes⁹⁵. [soulignements de l'auteur]

En confirmation des deux précisions énoncées quelques années plus tôt dans l'arrêt *Shell*⁹⁶ relativement à la caractérisation des rapports juridiques véritables, la Cour suprême du Canada refuse à nouveau d'écarter l'effet juridique de chacune des opérations réelles en cause et, aux fins fiscales, de considérer le résultat économique qui découlerait de la chaîne d'opérations liées vue comme une seule opération, soit acquérir une maison. Au contraire, indique-t-elle, les opérations s'examinent indépendamment les unes des autres de façon à prendre en compte l'effet juridique véritable résultant de chacune d'elles. En l'espèce, la réalité juridique et commerciale de la seconde opération amène les juges majoritaires de la Cour suprême du Canada à conclure, sous la plume du juge Major, que John Singleton a utilisé l'argent emprunté pour réinvestir dans son compte capital de la société en nom collectif, laquelle exploitait un cabinet d'avocats.

Du désaveu de l'obiter dictum final du juge Dickson

Dans l'affaire *Singleton*⁹⁷, le fisc invoquait expressément la remarque incidente finale formulée par le juge Dickson quant à la situation hypothétique soumise par

95 Supra, note 6, aux paragraphes 32, 33 et 34.

96 Supra, note 5.

97 Supra, note 6.

la fiducie dans l'arrêt *Bronfman Trust*⁹⁸, dont la séquence des opérations était similaire à celle de la présente affaire⁹⁹, pour appuyer l'argument selon lequel les intérêts sur les fonds empruntés ne pouvaient, en l'occurrence, être déduits conformément à l'alinéa 20(1)c) LIR. S'exprimant au nom de la majorité de la Cour suprême du Canada, le juge Major réduit la portée de cette remarque incidente à celle de simples réflexions auxquelles il n'adhère manifestement pas :

L'appelante a exagéré l'importance de cet énoncé. Il est clair que le juge en chef Dickson ne faisait que répondre, avec une certaine réserve, à une question hypothétique. Il s'agissait davantage de réflexions que d'un énoncé jurisprudentiel. Il convient également de souligner que, bien qu'elle ait été invitée à le faire dans l'arrêt *Shell*, notre Cour a refusé de suivre certaines autres remarques incidentes faites dans l'arrêt *Bronfman Trust* et suggérant elles aussi qu'il ne fallait pas donner effet aux opérations complexes conçues pour réduire les obligations fiscales¹⁰⁰. [soulignement de l'auteure]

Sans plus de précision, la Cour suprême du Canada justifie simplement son refus d'approuver la dernière remarque incidente du juge Dickson — tout comme elle l'avait fait dans l'arrêt *Shell*¹⁰¹, à l'égard de la seconde partie du premier *obiter dictum* énoncé dans l'affaire *Bronfman Trust*¹⁰² relativement à la véritable nature commerciale et pratique des opérations — en invoquant le fait que cette remarque propose, contrairement à l'attitude judiciaire récente préconisée en matière d'évitement fiscal, de ne pas tenir compte des opérations réelles et exécutoires en droit. L'auteure estime toutefois qu'il eût été intéressant que la Cour suprême discute enfin, entre autres, du rapport entre cette remarque incidente et le *ratio decidendi* de l'affaire *Bronfman Trust*¹⁰³ et, plus particulièrement, du bien-fondé du concept élargi de la doctrine judiciaire du trompe-l'œil vraisemblablement suggéré par le juge Dickson, ainsi que de l'approbation ostensible, par ce dernier, du jugement rendu par la Commission de révision de l'impôt dans la décision *Zwaig*¹⁰⁴. À tout le moins, le désaveu complet de l'*obiter dictum* final du juge Dickson par les juges majoritaires de la Cour suprême du Canada paraît sonner le glas de la décision *Zwaig*¹⁰⁵ comme précédent jurisprudentiel au Canada et, incidemment, de la règle jurisprudentielle de la primauté de l'effet économique des opérations.

98 Supra, note 4. L'hypothèse formulée par la fiducie Bronfman comprenait une vente de biens productifs de revenu, un paiement des prélèvements sur le capital et un emprunt pour remplacer les biens productifs.

99 Un retrait de l'apport de capital de la société en nom collectif, l'achat d'une résidence personnelle et un emprunt pour renflouer le compte capital.

100 Supra, note 6, au paragraphe 42.

101 Supra, note 5.

102 Supra, note 4, à la p. 53.

103 Ibid.

104 Supra, note 32.

105 Ibid.

De la dissidence du juge LeBel

En désapprobation avec les motifs du jugement majoritaire, le juge LeBel s'emploie, dans une longue dissidence, à commenter dans l'arrêt *Singleton*¹⁰⁶ le principe d'interprétation énoncé dans l'arrêt *Shell*¹⁰⁷ en vertu duquel la réalité économique de la situation ne peut soutenir une nouvelle caractérisation des rapports juridiques véritables créés par les parties¹⁰⁸. De l'opinion du juge LeBel, partagée par le juge Bastarache, l'affaire *Shell*¹⁰⁹ a tempéré, concède-t-il, la jurisprudence relative à la réalité économique, sans toutefois la rejeter totalement :

Il est vrai que, dans l'arrêt *Shell Canada*, notre Cour a nuancé la jurisprudence relative à la « réalité économique » qu'elle avait mis de nombreuses années à élaborer. Dans une longue série d'arrêts de notre Cour, de *Bronfman Trust c. La Reine*, [1987] 1 R.C.S. 32 jusqu'à *Tennant c. M.R.N.*, [1996] 1 R.C.S. 305, ainsi que dans un certain nombre de décisions importantes émanant de juridictions inférieures, [...], on en était venu à accepter, comme principe jurisprudentiel, que les tribunaux saisis d'affaires fiscales doivent prendre en compte la réalité économique de la situation et non pas simplement le procédé juridique adopté par le contribuable. Dans *Shell Canada*, aux par. 39 et 40, notre Cour a apporté deux précisions à ce principe général, qui peuvent être résumées ainsi :

106 Supra, note 6.

107 Supra, note 5.

108 Autrefois juge à la Cour d'appel du Québec, le juge LeBel a rendu, le 2 février 1994, le jugement unanime dans l'affaire *General Motors Acceptance Corp. of Canada Ltd. c. SMRQ*, [1994] RDFQ 7 (CA). Le tribunal devait déterminer si, dans le calcul de la taxe sur le capital, il y avait lieu de considérer la contribuable comme une « corporation de prêts », une expression non définie dans la Loi sur les impôts, LRQ, c. I-3, telle que modifiée, ou comme une société ordinaire, le taux et l'assiette de la taxe n'étant pas les mêmes pour l'une et pour l'autre. S'appuyant principalement sur l'*obiter dictum* du juge Dickson, aux pp. 52 et 53 de l'arrêt *Bronfman Trust*, supra, note 4, le juge LeBel a alors cru, à tort selon l'auteure, que la tendance récente de la Cour suprême du Canada obligeait le tribunal, en l'absence de la définition de l'expression « corporation de prêts » dans la loi fiscale québécoise, à caractériser le statut de la société sur la base de la réalité économique et commerciale de ses activités. Ce jugement relatif à la réalité économique n'a pas fait l'objet d'une demande d'autorisation d'en appeler auprès de la Cour suprême du Canada. Dans le discours sur le budget prononcé le 12 mai 1994, le ministre des Finances du Québec a annoncé l'introduction, dans la Loi sur les impôts, d'une définition de l'expression « corporation de prêts ». Quoique la conclusion du juge LeBel — GMAC était une corporation de prêts — soit bien fondée en droit, l'auteure est d'avis qu'il n'avait pas à accorder une telle importance à la réalité économique des opérations, reléguant ainsi au second plan leur effet juridique. En effet, l'examen de la forme et de la nature juridiques des divers contrats de financement de gros des concessionnaires et de financement de détail des consommateurs, ainsi que la prise en compte de la conduite des parties de façon à déterminer si ces contrats régissaient véritablement leur relations d'affaires, suffisaient pour en arriver à la conclusion tirée par le juge LeBel. En outre, les arrêts récents *Shell*, supra, note 5, et *Singleton*, supra, note 6, plus explicites, abondent aussi dans ce sens, atténuant indubitablement l'autorité du jugement rendu par le plus haut tribunal de la province de Québec comme précédent jurisprudentiel.

109 Supra, note 5.

(1) la réalité économique ne saurait justifier une nouvelle qualification des rapports juridiques véritables;

(2) l'examen de la réalité économique [d'une opération donnée] ne peut pas soustraire le tribunal à l'obligation d'appliquer des dispositions légales claires et non équivoques.

Bien qu'il soit possible de considérer que ces deux précisions apportent des tempéraments à la jurisprudence de notre Cour relative à [la] « réalité économique », elles n'ont pas pour effet de la rejeter en bloc. La première précision ne fait que formuler différemment une difficile question normative. Plutôt que de nous interroger sur la réalité économique, d'affirmer le juge McLachlin, nous devons nous demander si le contribuable a créé des rapports juridiques véritables. Pour répondre à cette question, il va de soi que les tribunaux doivent encore aller au-delà des instruments juridiques utilisés par le contribuable. On ne procède à cet examen que dans les affaires où les rapports juridiques n'ont pas un caractère véritable, par exemple lorsque les opérations ne constituent qu'un artifice, comme dans l'arrêt *Backman c. Canada*, [2001] 1 R.C.S. 367, 2001 CSC 10. Comme il est loin d'être certain que des rapports juridiques véritables ont été créés en l'espèce, il s'agit d'une considération importante¹¹⁰. [soulignements de l'auteur]

De fait, le juge LeBel soutient que l'arrêt *Bronfman Trust*¹¹¹ — dont les deux remarques incidentes énoncées par le juge Dickson ont établi, souligne-t-il, la « règle de la réalité économique » — et, plus spécialement, la décision *Zwaig*¹¹², sont toujours en application au Canada. Quoiqu'il ne discute pas de l'invalidation partielle du premier *obiter dictum* du juge Dickson par la Cour suprême du Canada dans l'arrêt unanime *Shell*¹¹³, le magistrat manifeste toutefois son désaccord avec le désaveu de la remarque incidente finale du juge Dickson tel qu'exprimé par la majorité de la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *Singleton*¹¹⁴. Le juge LeBel précise ainsi :

[L]'arrêt *Shell Canada* n'a pas écarté la règle de la réalité économique. Cette règle générale a été adoptée en ces termes par le juge en chef Dickson dans l'arrêt *Bronfman Trust*, précité, à la p. 53 :

Si, en appréciant les opérations des contribuables, on a présent à l'esprit les réalités commerciales et économiques plutôt que quelquel critère juridique formel, cela aidera peut-être à éviter que l'assujettissement à l'impôt dépende, ce qui serait injuste, de l'habileté avec laquelle le contribuable peut se servir d'une série d'événements pour créer une illusion de conformité avec les conditions apparentes d'admissibilité à une déduction d'impôt.

110 Supra, note 6, aux paragraphes 51 et 52.

111 Supra, note 4, aux pp. 53 et 55.

112 Supra, note 32. Pour une discussion relative à cette décision, voir, supra, le texte sous la rubrique « Le trompe-l'œil élargi et l'approbation de la décision *Zwaig* ».

113 Supra, note 5.

114 Supra, note 6.

Dans cet arrêt, à la p. 55, le juge en chef Dickson a présenté une opération — d'ailleurs analogue à celle qui nous intéresse en l'espèce — qui serait selon lui vraisemblablement refusée, possiblement parce qu'il s'agirait d'un artifice, mais également pour d'autres motifs :

Si, par exemple, la fiducie avait dans un court laps de temps vendu un bien précis productif de revenu, payé le prélèvement sur le capital à la bénéficiaire et racheté le même bien, les tribunaux auraient bien pu estimer que la vente et le rachat constituaient une formalité ou un simulacre conçu pour dissimuler le caractère essentiel de l'opération, c'est-à-dire que de l'argent a été emprunté et utilisé pour financer le paiement d'un prélèvement sur le capital à la bénéficiaire.

Les motifs du juge en chef Dickson sont très pertinents et ne devraient pas être écartés parce qu'ils ne représenteraient que de simples remarques incidentes sur une question hypothétique. Il semble que l'ancien Juge en chef ait précisément envisagé ce scénario et conclu que la réalité économique de la situation exigeait que les deux opérations soient considérées comme une seule et même opération.

D'ailleurs, dans ses motifs de dissidence réfléchis et solidement argumentés, le juge Linden de la Cour d'appel fédérale indique clairement que les observations du juge en chef Dickson doivent être considérés *[sic]* comme rejetant un tel scénario, non seulement parce qu'il s'agirait d'un artifice, mais également pour d'autres motifs. De plus, la Commission de révision de l'impôt a rejeté un scénario de cette nature dans l'affaire *Dunn* [ou *Zwaig*] c. *M.R.N.*, 74 D.T.C. 1121, non parce qu'on se trouvait devant un artifice, mais simplement parce que, si l'on considérait l'essence de l'opération, les fonds n'avaient pas été utilisés en vue de tirer un revenu¹¹⁵. [soulignements de l'auteure]

LA « RECARACTÉRISATION » SELON LA RÉALITÉ ÉCONOMIQUE DES RAPPORTS JURIDIQUES NON VÉRITABLES

Tentant de rapprocher la première précision apportée par le juge McLachlin quant à la réalité économique dans l'affaire *Shell*¹¹⁶ et la remarque incidente finale formulée par le juge Dickson dans l'arrêt *Bronfman Trust*¹¹⁷, le juge LeBel laisse entendre que, lorsque les rapports juridiques ne possèdent pas un caractère véritable, comme dans le cas du scénario hypothétique présenté au juge Dickson, les tribunaux peuvent effectuer une nouvelle caractérisation des rapports juridiques selon la réalité économique de la situation. À cet effet, il énonce ce qui suit :

Puisque [...] l'arrêt *Shell Canada* n'a pas pour effet d'écarter la jurisprudence de notre Cour sur la « réalité économique », il faut considérer que ces décisions continuent d'exposer le droit applicable. Il est possible de concilier l'analyse du juge en chef Dickson avec la première précision formulée par le juge McLachlin : le juge en

115 Ibid., aux paragraphes 54, 55 et 56.

116 Supra, note 5.

117 Supra, note 4.

chef Dickson affirme simplement que les rapports juridiques hypothétiques qu'il présente dans l'arrêt *Bronfman* n'ont pas un caractère véritable. Par conséquent, il est encore approprié de considérer les deux étapes comme faisant partie d'une seule et même opération aux fins d'établissement de la cotisation fiscale [...] ¹¹⁸. [soulignement de l'auteur]

De l'opinion du juge LeBel, la chaîne d'opérations en cause, qu'elle soit ou non qualifiée de trompe-l'œil, ne donne pas lieu à des relations juridiques véritables. Car, affirme-t-il, le but réel de l'emprunt contracté conjointement par John Singleton et son épouse n'était pas, selon la réalité économique et commerciale des opérations, de tirer un revenu de sa participation dans la société en nom collectif :

Dans l'arrêt *Shell Canada*, précité, le juge McLachlin n'a jamais exclu entièrement la requalification des rapports juridiques créés par les contribuables, elle a seulement écarté cette possibilité dans le cas des rapports juridiques véritables. [...]

Il ressort clairement de la décision du juge en chef Dickson dans l'arrêt *Bronfman Trust*, précité, qu'une situation comme celle qui nous occupe est suspecte. Qu'une telle série d'opérations constitue ou non un artifice, ces opérations ne constituent manifestement pas un ensemble de rapports juridiques véritables. Personne ne conteste le fait que l'intimé a fait transiter des fonds par son cabinet d'avocats simplement en vue d'obtenir un avantage fiscal; il n'a pas emprunté dans le but véritable de tirer un revenu de son entreprise...

Puisqu'elle [madame le juge McLachlin] affirme que seules les rapports juridiques véritables doivent bénéficier de la déférence des tribunaux, il reste sûrement des rapports que les tribunaux continuent de considérer non véritables. Il est certes difficile d'imaginer exemple plus concret de rapports juridiques non véritables que les faits de la présente espèce. Un emprunt a été obtenu en vue de financer l'achat d'une résidence privée. Les intérêts payés sur un tel emprunt ne devraient pas être réclamés à titre de déduction du revenu imposable ¹¹⁹. [soulignements de l'auteur]

Pour le juge LeBel, le but véritable poursuivi par le contribuable en utilisant l'argent emprunté consistait à financer l'achat d'une maison. Ce but, note-t-il, va à l'encontre de l'objet de l'alinéa 20(1)c) LIR qui est de « favoriser l'accumulation de capitaux productifs de revenus imposables ¹²⁰ ». Sans l'exprimer précisément, le juge LeBel paraît d'ailleurs appliquer, pour déterminer la fin relative à l'utilisation des fonds empruntés, le critère juridique de la véritable fin économique des opérations, lequel a pourtant été rejeté par la Cour suprême du Canada dans l'affaire *Les Entreprises Ludco Ltée c. Canada* ¹²¹ :

La Loi exige que le tribunal tienne compte de la fin réelle à laquelle l'argent emprunté a été utilisé. La question qu'il faut se poser pour déterminer cette fin est, selon moi,

118 Supra, note 6, au paragraphe 58.

119 Ibid., aux paragraphes 70, 71 et 87.

120 Ibid., au paragraphe 74.

121 [2001] 2 RCS 1082.

assez simple : Quel changement [du point de vue économique] les opérations ont-elles entraîné ? En l'occurrence, ce fut l'acquisition d'une maison. Le capital du cabinet d'avocats est resté le même¹²². [premier soulignement du juge LeBel, autres de l'auteure]

À l'instar des tribunaux qui avaient adhéré au courant jurisprudentiel relatif au critère juridique de la véritable fin économique des opérations, le juge LeBel retient, aux fins de l'application de l'alinéa 20(1)c) LIR, l'effet juridique et commercial découlant de la mise en œuvre des opérations considérées comme une seule et même opération (un emprunt afin de financer l'achat d'une maison) plutôt que l'effet juridique et commercial de l'opération par laquelle le contribuable a utilisé directement l'argent emprunté (un emprunt pour renflouer le compte capital). L'auteure croit saisir qu'il prend en considération la réalité économique pour déterminer la fin réelle à laquelle l'argent emprunté a été affecté, ce qui l'amène ainsi à conclure que les rapports de droit n'avaient pas de caractère véritable et qu'en conséquence, la réalité économique peut en justifier une nouvelle caractérisation.

Avec déférence, l'auteure est d'avis que la dissidence du juge LeBel, fondée sur une remarque incidente inexplicée, paraît plutôt discutable. D'abord, le juge LeBel nie le caractère véritable des rapports de droit sans qu'aucune preuve ne démontre l'existence d'un trompe-l'œil. En outre, son effort pour dissiper l'antinomie apparente opposant la première précision formulée par le juge McLachlin, dans l'arrêt *Shell*¹²³, et la remarque incidente finale du juge Dickson, dans l'arrêt *Bronfman Trust*¹²⁴, s'avère peu convaincant. Bien que les juges majoritaires de la Cour suprême du Canada aient décidé, dans l'arrêt *Singleton*¹²⁵, de désapprouver cette remarque incidente sans toutefois en analyser les fondements, il demeure qu'aucun élément de fait relaté à l'égard du scénario hypothétique proposé par la fiducie dans l'arrêt *Bronfman Trust*¹²⁶ ne permettait de conclure à l'existence d'un trompe-l'œil tel que défini dans l'arrêt *Snook*¹²⁷.

Sous réserve de l'application vraisemblable par le juge Dickson d'une règle jurisprudentielle du trompe-l'œil élargi, les rapports juridiques hypothétiques avaient, en droit privé, des effets juridiques véritables en vertu desquels l'auteure estime que les conséquences fiscales devaient normalement être déterminées. Si le juge Dickson a plutôt appliqué le critère juridique de la fin véritable économique des opérations, comme la Commission de révision de l'impôt paraît l'avoir fait dans la décision *Zwaig*¹²⁸, le constat de l'auteure à l'égard des rapports juridiques

122 Supra, note 6, au paragraphe 82.

123 Supra, note 5.

124 Supra, note 4.

125 Supra, note 6.

126 Supra, note 4.

127 Supra, note 60.

128 Supra, note 32.

hypothétiques serait le même. Le fait que, pour l'application de l'alinéa 20(1)c LIR, la Commission de révision de l'impôt ait considéré l'effet juridique et commercial global de la chaîne d'opérations, au lieu de l'effet juridique et commercial de l'opération relative à l'utilisation directe des fonds empruntés, n'a pas altéré le caractère véritable du rapport de droit résultant de cette opération.

En somme, l'arrêt *Singleton*¹²⁹ est une réaffirmation, par la majorité de la Cour suprême du Canada, de l'application du principe du respect obligatoire des rapports juridiques véritables énoncé avec fermeté dans l'arrêt *Shell*¹³⁰ aux fins de déterminer, au Canada, les conséquences fiscales des opérations. Ce principe jurisprudentiel, qui n'est en fait que la réitération implicite de la règle de l'efficacité juridique exprimée dans l'affaire *Westminster*¹³¹, oblige la Cour suprême du Canada, lorsqu'elle est en présence d'une chaîne d'opérations, à tenir compte de la réalité juridique de chacune des opérations considérées distinctement et indépendamment les unes des autres. De plus, l'arrêt *Singleton*¹³² marque le désaveu, par la majorité de la Cour suprême du Canada, de l'*obiter dictum* énoncé par le juge Dickson dans l'arrêt *Bronfman Trust*¹³³ à l'égard de la décision *Zwaig*¹³⁴ et du trompe-l'œil, donnant vraisemblablement le coup de grâce, nonobstant la dissidence vigoureuse du juge Lebel, à la règle de la primauté de l'effet économique des opérations en matière fiscale canadienne. Il faut cependant garder à l'esprit que les affaires *Shell*¹³⁵ et *Singleton*¹³⁶ ont toutes deux été décidées sans que la Cour suprême du Canada n'ait à se prononcer sur l'application de la RGAÉ.

LA RÈGLE GÉNÉRALE ANTI-ÉVITEMENT

En donnant suite aux mesures de réforme fiscale annoncées dans le Livre blanc du 18 juin 1987, le ministère des Finances du Canada a finalement introduit dans la législation fiscale fédérale une version révisée de la RGAÉ initialement proposée. En vigueur depuis le 13 septembre 1988, le nouvel article 245 LIR « vise à distinguer la planification fiscale légitime et l'évitement abusif de l'impôt, de manière à établir un équilibre convenable entre la protection de l'assiette fiscale et le besoin de certitude des contribuables pour la planification de leurs activités¹³⁷. » Disposition fiscale complexe, ce nouvel article 245 LIR paraît intégrer en quelque sorte les règles

129 Supra, note 6.

130 Supra, note 5.

131 Supra, note 3.

132 Supra, note 6.

133 Supra, note 4.

134 Supra, note 32.

135 Supra, note 5.

136 Supra, note 6.

137 Canada, ministère des Finances, *Notes explicatives sur le projet de loi C-139* (Ottawa : le Ministère, juin 1988), à la p. 492.

jurisprudentielles, version britannique, du critère strict de l'objet commercial (*strict business purpose test*) et de l'analyse des opérations en série (*step transactions doctrine*).

Le paragraphe 245(2) LIR permet au fisc de déterminer, de façon raisonnable, les « attributs fiscaux »¹³⁸ d'une personne afin de supprimer l'« avantage fiscal »¹³⁹ découlant, directement ou indirectement, d'une « opération d'évitement »¹⁴⁰ ou d'une « série d'opérations »¹⁴¹ dont cette opération d'évitement fait partie. Conformément au paragraphe 245(3) LIR, une opération d'évitement désigne l'« opération »¹⁴², qu'elle fasse ou non partie d'une série d'opérations, dont découlerait, en l'absence de l'article 245 LIR, un avantage fiscal, sauf s'il est raisonnable de considérer que l'opération est effectuée principalement pour des objets véritables autres que l'obtention d'un avantage fiscal. Même s'il en découle un avantage fiscal et qu'elle est effectuée principalement pour obtenir cet avantage, une opération dont il est raisonnable de considérer qu'elle n'entraîne pas d'abus dans l'application d'une disposition précise ou de plusieurs dispositions de la Loi ni dans l'application des dispositions de la Loi lue dans son ensemble, exception faite de l'article 245 LIR, ne constitue cependant pas, suivant le paragraphe 245(4) LIR, une opération d'évitement.

De la « recaractérisation » des opérations

Les arrêts récents *Shell*¹⁴³ et *Singleton*¹⁴⁴, dont les jugements ont été rendus par la Cour suprême du Canada dans le contexte où le nouvel article 245 LIR ne s'appliquait pas, rejettent toute nouvelle caractérisation des relations juridiques véritables qui serait fondée sur l'effet économique des opérations. Mais qu'en est-il de la RGAÉ ? Autorise-t-elle le fisc et les tribunaux à effectuer une telle « recaractérisation » ? A-t-elle pour effet de sanctionner l'application, en droit fiscal canadien, de la règle de la primauté de la substance économique des opérations ?

L'arrêt Canadien Pacifique

Il faut souligner que les notes explicatives relatives au paragraphe 245(3) LIR écartent catégoriquement la possibilité de caractériser à nouveau une opération de façon à établir qu'elle consiste en une opération d'évitement¹⁴⁵. Quant à la jurisprudence relative au nouvel article 245 LIR, elle demeure à ce jour peu

138 Voir la définition au paragraphe 245(5) LIR.

139 Voir la définition au paragraphe 245(1) LIR.

140 Voir la définition au paragraphe 245(3) LIR.

141 Voir la définition au paragraphe 248(10) LIR.

142 Voir la définition au paragraphe 245(1) LIR.

143 *Supra*, note 5.

144 *Supra*, note 6.

145 *Supra*, note 137, à la p. 495 : « Le paragraphe 245(3) ne permet pas de “requalifier” une opération afin de déterminer s'il s'agit ou non d'une opération d'évitement. Autrement dit, il ne permet pas de considérer une opération comme une opération d'évitement parce qu'une autre opération, qui aurait pu permettre d'obtenir un résultat équivalent, se serait traduite par des impôts plus élevés. »

abondante. Néanmoins, la Cour canadienne de l'impôt a refusé, dans la décision *Canadien Pacifique Limitée c. La Reine*¹⁴⁶, toute nouvelle caractérisation d'une opération aux fins de déterminer si le paragraphe 245(2) LIR s'y appliquait.

Dans cette affaire aux faits similaires à ceux de l'arrêt *Shell*¹⁴⁷, le fisc avançait à nouveau, en se fondant sur le résultat économique produit par la série d'opérations, qu'une partie des montants d'intérêt payés ou payables par la société Canadien Pacifique Limitée sur l'emprunt contracté en devises australiennes ne constituait pas réellement de l'intérêt, mais plutôt des remboursements de capital en dollars canadiens. Notamment, le ministère du Revenu national prétendait que l'opération relative à l'obtention des dollars australiens entraînait une réduction d'impôt supérieure au montant d'intérêt véritablement payé ou payable et donnait lieu à un avantage fiscal. Il alléguait également que chaque opération de la série avait été principalement effectuée pour obtenir un tel avantage fiscal et que, vu le résultat économique de la série d'opérations — la conversion des remboursements du principal des prêts en dollars canadiens en une dépense d'intérêts déductible qui augmentait le coût de l'emprunt aux fins fiscales — chacune d'entre elles entraînait un abus dans l'application des dispositions de la loi lue dans son ensemble. Le juge Bonner commentait ainsi la position du fisc :

L'article 245 ne permet pas qu'un événement soit qualifié autrement dans le but de déterminer si le paragraphe 245(2) s'applique. La nouvelle qualification n'est autorisée en vertu de l'alinéa 245(5)c) que lorsque l'on peut conclure que le paragraphe 245(2) s'applique en tenant compte d'opérations qui n'ont pas fait l'objet d'une nouvelle qualification. [...]

À mon avis, le ministre a placé la charrue avant les bœufs lorsqu'il a, comme on l'a déjà expliqué, tenté de qualifier autrement les événements en affirmant que l'émission d'un titre de créance en dollars australiens constituait un abus dans l'application de la *Loi* dans son ensemble parce que cela convertissait des remboursements de principal canadiens non déductibles en une dépense déductible¹⁴⁸. [soulignement de l'auteur]

Dans un jugement majoritaire¹⁴⁹ rendu le 21 décembre 2001, la Cour d'appel fédérale a confirmé la décision de la Cour canadienne de l'impôt, faisant ainsi droit aux prétentions de la contribuable. Le juge Sexton de la Cour d'appel fédérale, auquel ont souscrit les juges Strayer et Evans, a restreint la possibilité de « recaractériser » les opérations au seul cas de la détermination des attributs fiscaux prévue au paragraphe 245(5) LIR, l'étape finale de la mise en œuvre de la RGAÉ :

146 (le 13 octobre 2000), 95-3534(IT)G CCI.

147 *Supra*, note 5. Canadien Pacifique Limitée avait émis, en faveur d'institutions financières, des débetures en dollars australiens dont le principal avait été subséquentement échangé, conformément à un contrat d'opérations de couverture, pour des yens japonais et ensuite, pour des dollars canadiens.

148 *Supra*, note 146, aux paragraphes 10 et 16.

149 *Canada c. Canadien Pacifique Limitée*, 2001 CAF 398. Aucune permission d'en appeler à la Cour suprême du Canada n'a été demandée.

La nouvelle qualification d'une opération est expressément autorisée par l'article 245, mais uniquement après qu'il a été établi qu'il y a eu opération d'évitement et qu'il y aurait par ailleurs abus. Une opération ne peut être définie comme quelque chose qu'elle n'est pas, et elle ne peut non plus être requalifiée de manière à devenir une opération d'évitement¹⁵⁰. [soulignement de l'auteur]

En ce qui concerne particulièrement la question de déterminer s'il y avait, en vertu du paragraphe 245(4) LIR, abus ou non dans l'application de la Loi lue dans son ensemble, il appert des motifs qui sous-tendent le raisonnement de la Cour d'appel fédérale que, compte tenu de l'arrêt *Shell*¹⁵¹, elle « n'a[va]it pas le loisir d'ignorer la nature de la relation entre le CP [Canadien Pacifique Limitée] et le prêteur, ni d'ailleurs de reformuler les termes de leur entente¹⁵². » D'autre part, les notes explicatives sur le paragraphe 245(5) LIR¹⁵³, plus particulièrement les deux exemples qui en illustrent l'application, suggèrent que des contrats peuvent être qualifiés à nouveau selon leur effet juridique véritable et qu'il est possible de ne pas tenir compte de l'effet fiscal résultant de l'application de dispositions de la Loi. Même si le paragraphe 245(2) LIR prévoit que les attributs fiscaux doivent être déterminés à nouveau afin de refuser l'avantage fiscal qui aurait découlé de l'opération d'évitement ou, le cas échéant, de la série d'opérations dont fait partie cette opération d'évitement, il ne semble donc pas que, contrairement à la règle de la primauté de l'effet économique, le paragraphe 245(5) LIR permette, dans le cadre de la détermination des attributs fiscaux, de « recaractériser » une opération

150 Ibid., au paragraphe 33.

151 Supra, note 5.

152 Supra, note 149, au paragraphe 30.

153 Supra, note 137, à la p. 498 :

[O]n pourra notamment, en vertu du nouveau paragraphe 245(5),

- refuser tout ou partie d'une déduction dans le calcul du revenu, du revenu imposable, du revenu imposable gagné au Canada ou d'un impôt à payer,
- attribuer à une personne tout ou partie d'une déduction, d'un revenu, d'une perte ou d'un autre montant,
- requalifier un paiement ou un autre montant, ou
- ne pas tenir compte des effets fiscaux qu'entraîneraient [*sic*] autrement l'application d'autres dispositions de la Loi.

Par exemple, les paiements effectués aux termes d'une convention qui peut revêtir la forme juridique d'un bail pourraient être requalifiés de produit de disposition d'un bien lorsque, compte tenu de l'ensemble de la convention, il est raisonnable d'établir les résultats fiscaux de l'opération comme s'il s'agissait d'une vente.

Pour fournir un autre exemple, supposons que, en prévision d'une vente sans lien de dépendance, un élément d'actif soit transféré en franchise d'impôt, dans le cadre d'une disposition de roulement de la Loi, à une corporation liée dont les actions sont ensuite vendues. Le nouveau paragraphe 245(2) pourrait s'appliquer si l'on jugeait que la vente de la corporation liée constitue une opération d'évitement. On pourrait alors estimer que le contribuable doit être traité comme s'il avait vendu le bien directement à l'acheteur ultime. [...] [soulignement de l'auteur]

juridique véritable en fonction du résultat économique obtenu, qu'elle fasse ou non partie d'une série d'opérations.

L'arrêt OSFC Holdings

Contrairement au point de vue exprimé quelque trois mois plus tôt dans l'arrêt *Canadien Pacifique*¹⁵⁴, le jugement de la Cour d'appel fédérale rendu dans l'affaire *OSFC Holdings Ltd. c. Canada*¹⁵⁵ semble proposer une approche différente dans l'application de la RGAÉ à l'égard de l'analyse relative à l'abus.

OSFC Holdings Ltd. avait acquis de la Compagnie Standard Trust, alors en liquidation, une participation dans une société en nom collectif qui possédait un portefeuille de prêts hypothécaires dont les pertes fiscales potentielles se mesuraient en millions de dollars. La société en nom collectif avait été créée par la Compagnie Standard Trust et une filiale en propriété exclusive nouvellement constituée dans le contexte du plan élaboré par le liquidateur visant à optimiser la réalisation du portefeuille initialement détenu par la société en liquidation. Le fisc a invoqué la RGAÉ pour refuser à OFSC Holdings Ltd., qui était au courant du plan, la déduction, dans le calcul de son revenu pour les années d'imposition 1993, 1994 et suivantes, d'une perte autre qu'en capital au montant de 12 572 274 \$, laquelle correspondait à sa part comme associée. Dans l'analyse concernant l'abus sous le paragraphe 245(4) LIR, le juge Rothstein, appuyé par le juge Stone, approuve dans ses motifs la prise en considération du résultat économique découlant de la série d'opérations :

Ce n'est pas avec légèreté que je fais une distinction d'avec les propos directs tenus par la Cour suprême du Canada dans les arrêts tels que *Shell* [...] selon lesquels les dispositions de la *Loi de l'impôt sur le revenu* doivent être appliquées lorsqu'elles sont claires. Toutefois, le ministre n'a jamais invoqué l'article 245 dans sa version actuelle dans aucune des causes où la Cour suprême a exprimé ce point de vue. Je partage l'avis de l'intimée que ces propos de la Cour suprême ne sauraient s'appliquer à une analyse relative à l'abus sous le régime du paragraphe 245(4). [...]

J'estime donc que pour refuser un avantage fiscal, alors que la Loi a été rigoureusement respectée, pour le motif que l'opération d'évitement constitue un abus, il faut que la politique générale pertinente soit claire et non ambiguë. La Cour fera preuve de prudence en se déchargeant de la tâche habituelle qui lui est imposée par le paragraphe 245(4). Elle doit être certaine que même si les mots utilisés par le législateur autorisent l'opération d'évitement, la politique générale qui sous-tend les dispositions pertinentes de la Loi lue dans son ensemble est suffisamment claire pour permettre à la Cour de conclure sans danger que l'application de la disposition ou des dispositions par le contribuable constituait un abus. [...]

Toutefois, examiner les opérations d'évitement en l'espèce sans tenir compte du contexte plus large reviendrait à ignorer des faits pertinents et en particulier, le

154 *Supra*, note 149.

155 [2002] 2 CF 288. Le 20 juin 2002, la permission d'en appeler du jugement a été refusée à la contribuable.

résultat de la série d'opérations. Les opérations d'évitement ont eu pour résultat le transfert de la perte d'une société à une autre par le mécanisme du paragraphe 18(13) et des règles relatives aux sociétés de personnes. Compte tenu de la RGAÉ, ces opérations ont violé la politique générale qui sous-tend la Loi et interdit le transfert de pertes d'une société à une autre¹⁵⁶. [soulignement de l'auteure]

Force est de constater qu'aux paragraphes 245(2), (3), (4) ou (5) de la Loi, la RGAÉ n'instaure pas une règle de la primauté de la substance économique (*substance over form*)¹⁵⁷. Aux fins de son application, elle n'autorise aucune nouvelle caractérisation des relations juridiques véritables en conséquence du résultat économique perçu en résulter. Dans l'arrêt *OSFC Holdings Ltd.*¹⁵⁸, le fait que les juges majoritaires de la Cour d'appel fédérale aient été enclins à prendre en considération le résultat économique de la série d'opérations afin de déterminer si les opérations, dont la forme juridique est conforme à la lettre de la Loi, entraînent un abus au sens du paragraphe 245(4) LIR, n'altère pas cette conclusion. Tout au plus, une telle inclination dans l'interprétation judiciaire de la RGAÉ ne fait que rendre la RGAÉ plus efficace.

CONCLUSION

Il ressort de l'analyse de la jurisprudence pertinente que la règle de la primauté du fond par rapport à la forme comporte deux significations qui se distinguent l'une de l'autre par l'acception donnée au terme « fond ». D'abord, un principe

156 Ibid., aux paragraphes 65, 69 et 105. Au même effet, la position de l'Agence du revenu du Canada énoncée dans ARC, document n° 2000-0056505, le 28 décembre 2000, en réponse à la question de savoir si ses pratiques relatives à la cotisation en vertu de la RGAÉ et de la règle jurisprudentielle de la primauté de l'effet économique d'une opération (*substance over form*) avaient été modifiées à la suite de l'arrêt *Shell*, supra, note 5 :

It should be recognized that the *Shell* case did not deal with the current version of section 245 and thus has limited relevance to the interpretation of the General Anti-Avoidance Rule.

Whether or not a series of transactions results in a tax benefit under section 245(1) or in a misuse or abuse under subsection 245(4) will often involve, in our view, a consideration of the economic effect of the series of transactions. [soulignement de l'auteure]

Voir également la décision *McNichol et al. c. La Reine*, 97 DTC 111 (CCI), suivie par *RMM Canadian Enterprises Inc. et al. c. La Reine*, 97 DTC 302 (CCI), dans laquelle la Cour canadienne de l'impôt a considéré, aux fins de l'application du paragraphe 245(4) LIR, le résultat économique découlant de la vente des actions.

157 Dans le même sens, voir Arnold, supra, note 16, à la p. 30 : « The general anti-avoidance rule does not enact an economic substance over legal form doctrine; however, it requires or permits consideration of the economic substance or commercial reality of a transaction or a series of transactions as part of the determination of whether the transactions result in a misuse or an abuse of the Act under subsection 245(4). » Voir également J. Scott Wilkie et Heather Kerr, « Common Links Among Jurisdictions : Informing the GAAR Through Comparative Analysis », dans *Report of Proceedings of the Forty-Ninth Tax Conference*, 1997 Conference Report, (Toronto : Association canadienne d'études fiscales, 1998), 34:1-30.

158 Supra, note 155.

jurisprudentiel de *common law*, élaboré à l'origine par les tribunaux britanniques, permet de déterminer, dans le contexte de l'interprétation et de l'application des lois fiscales, l'effet juridique des rapports de droit véritables créés entre les parties. D'autre part, une doctrine judiciaire contre l'évitement fiscal, développée par les tribunaux américains, en vertu de laquelle les droits et obligations juridiques valides et exécutoires sont écartés et les conséquences fiscales rattachées à une opération sont établies conformément au résultat économique perçu en découler.

En droit fiscal canadien, la Cour suprême du Canada a retenu la première règle et rejeté formellement la seconde. Conformément à ce qu'il est convenu d'appeler, plus précisément, la règle de l'efficacité juridique — ou encore la règle de la primauté de l'effet juridique sur la forme juridique — le fond d'une opération désigne, au Canada, l'effet juridique produit par cette opération considérée distinctement, qu'elle fasse partie ou non d'une chaîne d'opérations interdépendantes. À cet égard, le duc de Westminster demeure, pour ainsi dire, toujours vivant en matière fiscale canadienne. Quant à l'effet juridique d'une opération, il se définit en vertu des règles usuelles de droit privé servant à caractériser les contrats ou autres écrits, eu égard toutefois au bijuridisme canadien : le droit civil s'applique au Québec tandis que la *common law* prévaut dans toutes les autres provinces du Canada.

La jurisprudence enseigne que les relations juridiques véritables, celles qui ne constituent pas un trompe-l'œil ou qui, en droit, ne sont pas incomplètes, ne peuvent faire l'objet, en matière fiscale canadienne, d'une nouvelle caractérisation fondée sur la réalité économique, même si leur but avoué est de réduire l'impôt à payer. L'attitude ferme adoptée par le plus haut tribunal du pays, spécialement dans l'arrêt *Shell*¹⁵⁹, repose sur l'un des principes jurisprudentiels d'importance en droit fiscal canadien, le respect des rapports de droit valides et exécutoires résultant des opérations menées par les contribuables. Pour ce qui est de la petite histoire des remarques incidentes formulées dans l'affaire *Bronfman Trust*¹⁶⁰ qui sont à la source de la « jurisprudence relative à la réalité économique », elle s'est terminée en queue de poisson, la Cour suprême du Canada ayant refusé d'adhérer, en trop peu de mots, aux *obiter dictums* formulés, plus d'une décennie auparavant par le juge Dickson.

Au demeurant, la certitude acquise, quant à la détermination des conséquences fiscales selon l'effet juridique résultant des opérations exécutées, ne vaut qu'au cas d'inapplication de la RGAÉ. En effet, une fois déterminée l'existence d'une opération d'évitement, la RGAÉ permet, entre autres, une nouvelle caractérisation juridique de certains paiements et la négation des effets fiscaux qui en auraient autrement découlé. Toutefois, la RGAÉ n'introduit pas une règle de la primauté de l'effet économique pour contrecarrer l'évitement fiscal. D'ailleurs, il faudra observer l'évolution de la jurisprudence relative à la RGAÉ, notamment les commentaires de la Cour suprême du Canada, qui confirmera si le résultat économique d'une série d'opérations, dont la forme juridique de chacune des opérations satisfait à la lettre de la Loi, doit être pris en compte dans l'approche relative à l'abus.

159 *Supra*, note 5.

160 *Supra*, note 4.