

DESTINATAIRE :**EXPÉDITEUR** : SERVICE DE L'INTERPRÉTATION RELATIF AUX ENTREPRISES**DATE** : LE 15 AVRIL 2002**OBJET** : QUÉBEC SHUFFLE
N/RÉF. : 02-0102620

Dans une note transmise le ** **** ** par le Service des oppositions C, il est fait référence à l'application de la règle générale anti-évitement (ci-après la « RGAÉ ») en raison d'une série d'opérations comportant une opération communément connue sous le vocable de « shuffle ».

Dans le mémoire transmis avec la note, il y est précisé que le contribuable a aliéné des actions d'une société publique américaine en faveur d'une société nouvellement constituée sous le régime de la loi corporative ontarienne (ci-après la « société ontarienne ») dont le contribuable est l'unique actionnaire. Pour éviter l'imposition en vertu de la *Loi sur les impôts* (ci-après la « loi ») du gain accumulé sur les actions de la société publique américaine, le contribuable a exercé, tant en 1995 et 1996, le choix prévu à l'article 518 de la loi afin que le transfert de ces actions en faveur de la société ontarienne s'effectue à leur coût fiscal, ce qui a eu pour effet de reporter l'imposition du gain accumulé sur ces actions. De plus, le choix correspondant dans la législation fiscale fédérale n'a pas été exercé et de ce fait, le transfert s'est effectué pour les fins de cette législation à la juste valeur marchande des actions au moment du transfert. Ceci a eu pour effet, d'une part, de permettre à la société ontarienne, lors de l'aliénation ultérieure des actions de la société publique américaine de ne pas être redevable d'un impôt en vertu de la loi et, d'autre part, d'avoir, pour les fins de l'impôt corporatif ontarien, un coût fiscal pour les actions égal à la juste valeur marchande des actions.

Quoique le Comité - Règle générale anti-évitement (ci-après le « Comité ») se soit déjà prononcé à plusieurs reprises sur l'application de la RGAÉ lorsque le Ministère était confronté à une opération qui consiste en un shuffle, il y aurait lieu dans le présent cas de s'assurer que la position du Comité est toujours valable compte tenu des dernières décisions des tribunaux sur l'application de la RGAÉ au niveau fédéral, et plus particulièrement, la décision de la Cour fédérale d'appel dans l'affaire OSFC Holdings Ltd¹ (ci-après « OSFC Holdings »).

¹ 2001 DTC 5471.

D'entrée de jeu, il faut préciser que les opérations qui étaient en cause dans l'affaire OSFC Holdings concernaient le transfert de pertes autres que des pertes en capital entre personnes non liées. L'intérêt de cette cause réside dans le fait que la Cour fédérale d'appel a procédé à une revue complète des composantes de la RGAÉ fédérale afin de déterminer leur applicabilité ou non à une situation factuelle et plus particulièrement sur les circonstances d'application de la notion d'abus dans l'application de la loi lue dans son ensemble.

ANALYSE DU JUGEMENT OSFC HOLDING REGARD D'UN SHUFFLE

Opération ou série d'opérations

Selon la Cour fédérale d'appel, afin de déterminer si une opération constitue une opération d'évitement aux fins du paragraphe 245 (3) de la *Loi de l'impôt sur le revenu* (ci-après la « loi fédérale »), il faut satisfaire à deux critères. Le premier est un critère de résultat qui exige la présence d'un avantage fiscal découlant d'une opération ou d'une série d'opération (result test). Le deuxième critère est un test de l'objet principal de l'opération ou de chacune des opérations de la série d'opérations (purpose test). Aussi, le deuxième critère ne sera analysé que si seulement le premier critère est rencontré (i.e. qu'il y a un avantage fiscal).

Relativement à la notion « série d'opérations » mentionné l'alinéa 245(3)b) de la loi fédérale, la Cour fédérale d'appel considère que pour qu'il y ait une série d'opérations il faut que chaque opération de la série soit déterminée d'avance pour produire un résultat final. Une opération sera considérée comme étant déterminée d'avance lorsque la première opération de la série est réalisée, si tous les éléments essentiels de l'opération ou les opérations à suivre sont envisagés par les personnes qui, à la fois, sont en mesure et ont la ferme intention de les réaliser sans qu'il soit, à toutes fins pratiques, possible que cette opération ou ces opérations ne se réalisent pas².

Quoique dans le cas d'un shuffle le transfert des actions à fort potentiel de gain à une société non assujettie survient dans le cadre de la série d'opérations et qu'il était moins que probable que ce transfert en franchise d'impôt pour les seules fins de l'impôt québécois ne survienne pas, il convient de mentionner que la Cour fédérale d'appel a eu à se prononcer sur le fait que la dernière opération dans l'affaire OSFC Holdings LTD ne soit survenue que plus tard (environ 6 mois plus tard). Aussi, la Cour constate que cette opération n'était pas déterminée d'avance et qu'il n'y avait pas de certitude quant à la réalisation de cette opération. Or, la Cour en s'appuyant sur la définition de

² 2001 D.T.C. 5471, page 5479, au paragraphe 24.

l'expression « série d'opérations » prévue au paragraphe 248(10) de la loi fédérale, considère que cette disposition étant déterminative, i.e. qu'elle implique un élargissement de l'expression « série » se trouvant à l'alinéa 245(3)b) de la loi fédérale, n'exige pas que l'opération liée soit déterminée d'avance et par le fait même élargit la notion « série » qui est interprétée selon son sens en common law³.

Dans le cadre d'un shuffle, un ensemble d'opérations s'opère pour concrétiser l'aliénation des actions à fort potentiel de gain. En règle générale, lorsque l'aliénation d'actions à fort potentiel de gain est, au préalable, subordonnée au transfert en franchise de l'impôt québécois (sans que le choix correspondant pour les fins de la fiscalité fédérale soit exercé) de ces actions à une société qui n'est pas assujettie à la loi, il y a lieu de croire que le transfert des actions en franchise d'impôt à la société non assujettie s'inscrit dans le cadre de l'ensemble des opérations visant l'aliénation de ces actions à un tiers. En effet, il est difficilement concevable que le contribuable ait effectué un transfert d'actions à fort potentiel de gain à leur coût fiscal pour les seules fins de la législation fiscale québécoise si une vente de ces actions n'était pas plus que probable, puisque sans cette vente à un tiers, le contribuable devrait supporter le paiement d'un impôt fédéral sur le gain sans avoir nécessairement les liquidités nécessaires pour ce faire. Par conséquent, on peut conclure que l'opération qui consiste à transférer en franchise d'impôt pour les seules fins de l'impôt québécois des actions à fort potentiel de gain en faveur d'une société qui n'est pas assujettie à la loi constitue un avantage pour le contribuable⁴.

Objet principal des opérations faisant partie de la série

Selon la Cour fédérale d'appel, lorsqu'il est déterminé qu'une série d'opérations résulte en un avantage fiscal, chacune des opérations de la série peut être considérée comme constituant une opération d'évitement. Dès lors, la question qui se pose est de déterminer le principal objectif de chacune des opérations. Dans l'éventualité où le principal objectif de l'une de ces opérations est l'obtention d'un avantage fiscal, alors il s'agit d'une opération d'évitement⁵ (l'on comprend évidemment que cette détermination se situe avant que l'on ait à apprécier s'il y a ou non un abus de la loi lue dans son

³ 2001 DTC 5471, page 5481, paragraphe 36.

⁴ Il est intéressant de noter que la Cour fédérale d'appel s'est prononcée sur l'importance ou non pour les fins de l'application de la RGAÉ de celui qui bénéficie de l'avantage fiscal. Dans le cas du shuffle sous étude, il pourrait être argumenté que le contribuable ne profite pas directement du transfert en franchise de l'impôt québécois mais que c'est plutôt la société non assujettie à l'impôt québécois qui en profite. La Cour précise que les dispositions du paragraphe 245(3) de la loi fédérale n'indiquent pas que la personne qui obtient l'avantage fiscal doit nécessairement être celle qui effectue l'opération (voir 2001 DTC 5471, page 5481, paragraphe 41.)

⁵ 2001 DTC 5471, page 5482, paragraphe 45.

ensemble). La Cour poursuit en indiquant que les mots « il est raisonnable de considérer que l'opération est principalement effectuée pour ... » au paragraphe 245(3) de la loi fédérale, suppose que l'appréciation du principal objectif d'une opération est un critère objectif et il est apprécié au moment où l'opération en question est effectuée⁶.

Dans le cas du transfert des actions à la société non assujettie, pour les raisons mentionnées plus haut et compte tenu des prises de position de la Direction des impôts en matière de shuffle⁷, il s'agit d'une opération d'évitement au sens donné à cette expression à l'article 1079.11 de la loi.

Abus

À la position de la Cour suprême dans l'affaire Shell⁸ voulant que les dispositions de la loi doivent être appliquées lorsqu'elles sont claires, la Cour fédérale d'appel précise que la Cour suprême n'a pas exprimé son point de vue sur les dispositions de l'article 245 de la loi fédérale dans sa version actuelle et, de surcroît, cette position de la Cour suprême ne devrait pas s'appliquer aux fins de l'analyse du concept d'abus au paragraphe 245(4) de la loi fédérale. Le contraire emporterait que les dispositions relatives à la RGAÉ seraient inutiles puisque dans l'éventualité où une opération est conforme à la lettre de la loi (comme c'est le cas lors d'un transfert sans conséquences fiscales lors d'un shuffle) et qu'il ne s'agit pas d'un trompe-l'œil (sham) la cour conclura toujours que les dispositions sont respectées et, par conséquent, qu'il n'y a pas d'abus.

Selon la Cour fédérale d'appel, la détermination à savoir s'il y a eu ou non un abus dans l'application des dispositions de la loi s'effectue en deux étapes. Premièrement, il faut identifier la politique pertinente qui sous-tend les dispositions de la loi dans son ensemble. Deuxièmement, il faut apprécier les faits en cause afin de déterminer si l'opération d'évitement constitue un abus en regard de la politique applicable⁹. Toutefois, il convient de noter que le refus d'accorder un avantage fiscal sur la base de l'abus, lorsque la loi a été vigoureusement respectée, repose nécessairement sur une politique claire et sans équivoque, autrement il ne saurait y avoir abus¹⁰.

Dans le dossier # 96-011409, la Direction des impôts a eu à se prononcer sur la présence d'un abus dans le cadre d'un shuffle. Il est indiqué dans la note au dossier que la

⁶ 2001 DTC 5471, page 5482, paragraphe 46.

⁷ Voir plus particulièrement le dossier #96-011409 traitant de l'affaire XXXXX où, pour la première fois, la Direction des impôts a pris position en la matière.

⁸ Shell Canada Ltd v. Her Majesty the Queen, 99 DTC 5669.

⁹ 2001 DTC 5471, page 5485, paragraphe 67.

¹⁰ 2001 DTC 5471, page 5486, paragraphe 69.

« politique fiscale en matière de transfert de bien à une société est de permettre à un contribuable, sous réserve de l'exercice par lui du choix prévu à cet effet, de transférer ce bien en reportant, en tout ou en partie, l'imposition du gain accumulé sur ce bien ». Aussi, l'utilisation des dispositions permettant un transfert en franchise d'impôt afin d'éviter l'imposition du gain en capital lors de l'aliénation « définitive » des actions plutôt que son report, est un abus de la loi. Il convient de préciser qu'un shuffle ne constitue pas le transfert du gain potentiel d'une juridiction provinciale à une autre. En effet, tant la juridiction qui subit le transfert des actions que la juridiction provinciale qui en « bénéficie » sont privées d'un impôt se rapportant à ce gain.

Pour les motifs invoqués dans la présente note, nous soumettons au Comité que la RGAÉ devrait s'appliquer en ignorant les conséquences fiscales qui découlent de l'application du choix prévu à l'article 518 de la loi lors du transfert des actions de la société publique américaine à la société ontarienne.

À la lumière des faits présentés au Comité - Règle générale anti-évitement le 15 avril 2002, ce dernier partage les conclusions du présent dossier.