

À propos d'effeuilleuses

Où le lecteur verra comment les mêmes opérations peuvent tantôt avoir des effets et tantôt n'en avoir pas; et comment le législateur risque de parler pour ne rien dire.

L'affaire *Smythe v. M.N.R.* et l'imposition de la distribution des surplus corporatifs.

Loi de l'impôt sur le revenu, 1952 S.R.C., c. 148, art. 81(1), 105B, 137(2).

Les analystes s'en purlèchaient déjà les babines, les conseillers juridiques en maudissaient d'avance la tendance oppressionniste et tous l'attendaient avec anxiété: quel sort allait la Cour suprême du Canada réserver à cette impudique effeuilleuse de ses surplus connue sous le nom de C. Smythe Limited, et qui semblait avoir trouvé le moyen de se débarrasser d'un surplus de \$728,652. Le fait que les personnes impliquées dans cette affaire fussent connues du public (sportif tout au moins) y ajoutait encore du piquant; et déjà le jugement de la cour de l'échiquier¹ avait préparé les esprits à une royale décision de la Cour suprême sur l'article 137(2) de la *Loi de l'impôt sur le revenu* et éventuellement sur l'article 138A et sur la question du dépouillement des surplus.

Puis vint, le sept octobre mil neuf cent soixante-neuf, la décision de la Cour suprême, et l'écroulement de tous ces espoirs et de toutes ces craintes. Se détournant de l'article 138A et de l'article 137(2) (paiements et transferts indirects), la prude Cour suprême préféra ne pas voir l'effeuilleuse dans son activité vivante pour se raccrocher à l'article 81 de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, ne voyant alors en elle que le cadavre décharné et sans vie d'une corporation déchue dont on ne faisait que se partager ses vêtements après qu'elle eût cessé, sinon d'exister, du moins d'exercer son commerce. A ce *post mortem* peu réjouissant, il nous faut maintenant ajouter un *post-scriptum*.

Les faits de cette cause sont quasi-notoires quoiqu'ils donnent lieu à bien des interprétations hâtives. Certains faits semblent en effet assez difficiles à expliquer à moins d'être replacés dans le contexte global de l'opération. L'observateur peut aussi se demander pourquoi les parties ont choisi la méthode utilisée plutôt que de se soumettre à l'application de certaines dispositions de la loi qui

¹ *Smythe & al v. M.N.R.* (Cour de l'échiquier) 67 D.T.C. 5334.

auraient pu leur être avantageuses : il y a là une question du jugement pratique en face d'une situation comportant un risque calculé.

Les faits de la cause sont très bien exposés dans les notes des juges des deux cours : résumons-les aussi brièvement que possible.

1. La compagnie C. Smythe Ltd. avait pour principaux actionnaires Conn Smythe (52% des actions), Conn Stafford Smythe (30.8% des actions), Clarence H. Day (16% des actions) et A.M. Boyd (1.2% des actions, mais qui cependant n'est pas impliqué dans cette cause). En décembre 1961, cette compagnie disposait de \$728,652 en surplus gagnés mais non distribués, et de gains en capital non réalisés d'une valeur de \$1,800,000.

2. Par suite d'une série d'opérations, le surplus gagné s'est trouvé payé ou attribué aux actionnaires de la compagnie, sous forme de montants comptants (\$275,336) et de débentures sans intérêts au montant de \$453,316 émises par une nouvelle compagnie créée à cet effet : «C. Smythe For Sand Ltd.». L'une des questions en litige était de déterminer l'utilité, pour des fins d'affaires, de la création de cette compagnie («la nouvelle compagnie»), créée en décembre 1961 et dont les actionnaires étaient les mêmes que dans l'autre compagnie («l'ancienne compagnie») et dans les mêmes proportions.

3. Le 15 décembre 1961, les administrateurs de l'ancienne compagnie autorisent la vente par cette dernière de tout son actif à la nouvelle compagnie; la considération de la vente était l'émission d'un billet à ordre par la nouvelle compagnie au montant de \$2,611,769.

4. Le 15 décembre 1961, les administrateurs de la nouvelle compagnie : (a) autorisent l'allocation de 10,000 actions ordinaires de la compagnie aux actionnaires de l'ancienne compagnie, dans la même proportion que dans cette dernière; (b) autorisent la création de débentures sans intérêt pour un montant maximum de \$2,750,000 échéant le 15 décembre 1981; et (c) approuvent l'achat de tout l'actif de l'ancienne compagnie.

5. Le 20 décembre 1961, deux compagnies faisant affaires à Vancouver (F. H. Cameron Ltd. et Dabne Enterprises Ltd.) conviennent d'acheter toutes les actions émises de l'ancienne compagnie pour un prix comptant basé sur l'entière valeur quant au capital (dollar pour dollar) et sur une valeur de 95% quant au revenu non distribué. Cette opération devait être conclue définitivement à Vancouver, le 28 décembre 1961.

6. Les valeurs respectives furent fixées ainsi qu'il suit, le 27 décembre 1961 :

Actif total de la compagnie C. Smythe Ltd. (ancienne cie) y compris le revenu non distribué au montant de \$728,652		\$2,611,769
Escompte de 5% quant à l'achat du revenu non distribué	\$36,433	
Frais encourus par les compagnies acheteuses	5,000	41,433
Prix d'achat des actions		\$2,570,336

7. Le 27 décembre 1961, la nouvelle compagnie obtient un prêt temporaire de la banque Toronto-Dominion à Toronto, au montant de \$316,769, remboursable le 2 janvier 1962 (prêt garanti par un dépôt de \$800,000 transféré à la nouvelle compagnie par l'ancienne).

8. Le 28 décembre 1961, les arrangements nécessaires sont conclus avec la banque Toronto-Dominion à Toronto pour qu'une traite au montant de \$2,611,769 soit tirée sur la banque Toronto-Dominion à Vancouver au débit de la nouvelle compagnie et payable à l'ancienne compagnie.

9. Le 28 décembre 1961, la Banque de Montréal à Vancouver : (a) ouvrit un compte au nom de l'ancienne compagnie, (b) prêta un total de \$2,565,000 aux deux compagnies de Vancouver et (c) se vit tirer deux traites au montant total de \$2,570,336, payables à la banque Toronto-Dominion à Vancouver.

10. Le 28 décembre, à la mi-journée, plusieurs assemblées furent tenues simultanément au bureau chef de la banque Toronto-Dominion, à Toronto et à sa succursale principale de Vancouver. Le résultat de ces assemblées fut que : (a) tous les actionnaires de l'ancienne compagnie donnèrent leur démission comme administrateurs et officiers, et les dossiers, sceau et actions de l'ancienne compagnie furent remis à F.H. Cameron (représentant les compagnies de Vancouver); (b) les traites pré-citées furent échangées, celle sur la banque Toronto-Dominion au montant de \$2,611,769 fut créditée au compte de l'ancienne compagnie, à la Banque de Montréal à Vancouver et celles sur la Banque de Montréal au montant total de \$2,570,336 furent déposées à la Banque Toronto-Dominion, à Vancouver; (c) à Toronto, la banque Toronto-Dominion crédita un montant de \$2,295,000 au compte de la nouvelle compagnie, et paya les montants suivants à ses actionnaires: Conn Smythe, \$143,175, C. Stafford Smythe, \$84,763, C.H. Day, \$44,054 et A.M. Boyd, \$3,344.

11. Le bilan de la nouvelle compagnie comprenait donc les éléments suivants : un découvert de banque au montant de \$316,769 (*supra*, par. 7), un capital actions émis et payé au montant de \$10,000, et des débetures sans intérêt, détenues par les actionnaires au montant de \$2,285,000 (total de \$2,611,769).

12. Le 2 janvier, les administrateurs de l'ancienne compagnie l'autorisent à investir un montant de \$2,611,200 en actions privilégiées des deux compagnies de Vancouver.

13. Le 2 janvier 1962, deux chèques au montant de \$1,305,600 chacun furent tirés contre le compte de l'ancienne compagnie à la Banque de Montréal à Vancouver par Cameron et cie. Ces chèques furent déposés aux comptes respectifs des deux compagnies de Vancouver et utilisés pour rembourser les prêts faits par la banque (*supra*, par. 9).

14. Ainsi, les deux emprunts bancaires furent remboursés l'un par la nouvelle compagnie, l'autre par les deux compagnies de Vancouver.

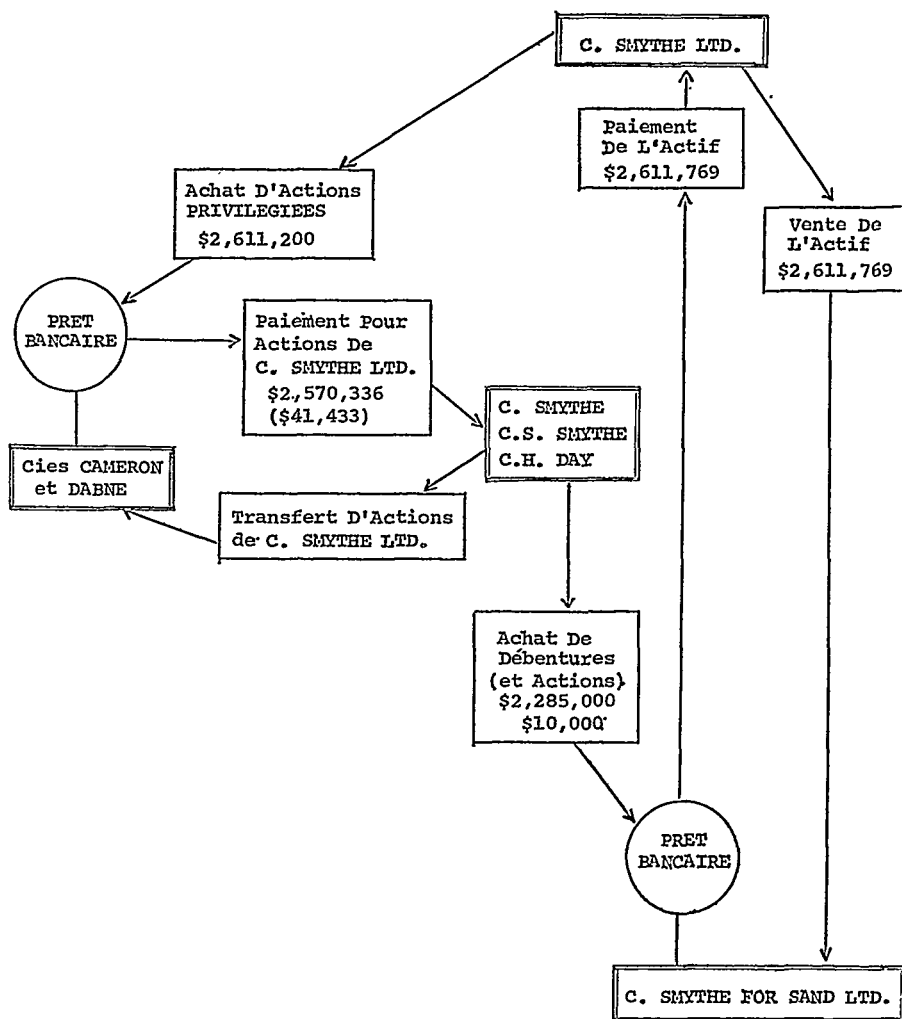
15. La situation des parties, avant et après cette série d'opérations, se résume ainsi (voir les notes du juge Judson p. 5363).

TABLEAU I

<i>Personnes</i>	<i>Avant les opérations</i>	<i>Après les opérations</i>
1. C. Smythe, C.S. Smythe, C.H. Day	Contrôlent presque toutes les actions (sauf 1.2%) de l'ancienne compagnie et encourent une responsabilité fiscale éventuelle quant à la distribution du surplus.	Ont reçu \$275,336, comptant plus des actions payées et des débetures dans la nouvelle compagnie (\$10,000 en actions et \$2,285,000 en débetures).
2. C. Smythe Ltd. (ancienne compagnie)	Avait un actif, une entreprise active et un revenu non distribué de \$728,652.	N'a plus d'entreprise, a changé de siège social et a des actions privilégiées dans les deux compagnies de Vancouver.
3. C. Smythe For Sand Ltd. (nouvelle compagnie)	N'existait pas: créée le 15 décembre 1961.	A acquis tout l'actif et l'entreprise active de l'ancienne compagnie; doit \$2,285,000 à ses détenteurs de débetures (actionnaires).
4. F.H. Cameron Ltd., Dabne Enterprises Ltd. (compagnie de Vancouver)	Nil (pour les fins de ces opérations).	A reçu un honoraire de \$41,433; a acquis les actions de l'ancienne compagnie dont le seul actif est les actions privilégiée dans ces mêmes compagnies de Vancouver.

16. Schématiquement, le mouvement des capitaux, des actions et de l'actif entre les personnes impliquées peut se décrire comme suit (tableau II):

TABLEAU II



17. Les actionnaires n'ont pas considéré que les montants qui leur avaient été payés à même le surplus devaient être traités comme un revenu imposable aux termes de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, et ne les ont en conséquence pas déclaré pour l'année 1961, d'où la présente cause, lorsque le ministre a cotisé les trois actionnaires principaux pour des montants respectifs de \$238,827, \$123,084 et \$55,044 chacun. Etant donné que la cotisation était établie en vertu des articles 137(2) et 81(1) de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, ces contribuables jouissaient du crédit d'impôt en raison de dividendes reçus, au termes de l'article 38(1)(a) de cette *Loi*, ce dont il fut tenu compte dans la cotisation finale.

La Cour suprême du Canada, en appel, le rejette et reconnaît le bien fondé de la cotisation du ministre, et décide de la cause d'après les seuls termes de l'article 81(1) de la *Loi de l'impôt*.

La Cour de l'échiquier avait aussi maintenu la cotisation du ministre, mais en se fondant tant sur l'article 137(2) que sur l'article 81(1) de la *Loi*, comme le faisait la cotisation. Le juge Gibson avait cependant indiqué que s'il avait eu lui-même à faire la cotisation, il l'aurait basée sur les articles 137(2) et 8(1) de la *Loi*, et non pas sur les articles 137(2) et 81(1).

Plusieurs conséquences résultent de ce jugement. D'abord la question des faits : pourquoi les parties ont-elles procédé ainsi plutôt qu'en vertu de l'article 105, ou de l'article 105B ? Quels étaient l'intention des parties, le but de l'opération et le résultat obtenu ? Quel est l'effet et le sens de l'article 137(2) ? Quand doit-on appliquer l'article 81(1) ? Qu'est-ce qu'une dissolution ou une réorganisation ? N'aurait-on pas dû appliquer l'article 6(1)(a) plutôt que l'article 81(1), ou même l'article 81(1) comme le suggère le juge Gibson ? Doit-on interpréter l'article 137(2) dans le contexte de l'article 105B, ou indépendamment ? Quel est le sens des mots « affaires » et « dans un but d'affaires » ? S'agit-il là d'un jugement d'équité plutôt que d'une stricte interprétation de la loi ? Et, bien sûr, qu'attend-on pour réformer cette partie de la *Loi de l'impôt sur le revenu* ?

Quant aux faits, il semble que les parties étaient parfaitement au courant des possibilités qui s'offraient à eux, tant en vertu de la *Loi de l'impôt* qu'au delà de ses termes. Cette conclusion s'impose du seul examen des faits, nous dit le juge Judson :

There is only one possible conclusion from an examination of these artificial transactions and that must be that their purpose was to distribute or appropriate to the shareholder the 'undistributed income on hand' of the old company. No oral or other documentary evidence is needed to supplement this examination.²

La multitude des documents soumis à la cour de l'échiquier prouvent hors de tout doute que les parties savaient les conséquences de leurs actes et qu'ils connaissaient les autres moyens à leur disposition.

Les faits les plus indiscutables de la cause révèlent que les contribuables avaient tenté, pendant près d'un an, de trouver quelque moyen d'extraire les profits de l'ancienne compagnie tout en encourageant le plus léger fardeau fiscal possible. Alors que ce but a été jugé parfaitement légitime par les tribunaux — et depuis très longtemps d'ailleurs — il ressort cependant de la cause que les parties, restées insatisfaites des propositions « légales » que leur avait faites leur

² (S.C.R.) 69 D.T.C. 5362, à la p. 5363.

conseiller financier (M. Smith, de la firme Price Waterhouse & Co.),³ et désirant par surcroît réaménager leurs affaires personnelles aux fins de planification successorale⁴ ont cherché quelque autre moyen de réaliser une distribution des revenus non distribués qui put se faire sans qu'aucun impôt soit payé. Il ressort définitivement de ces faits que les contribuables savaient qu'il n'y avait pas de moyen légal de distribuer ces profits en ne payant aucun impôt, que certaines méthodes utilisées étaient probablement illégales et seraient vraisemblablement attaquées par le ministre⁵ et que les moyens légaux disponibles supposaient l'accomplissement de certaines formalités (comme dans le cas des articles 105 et 105B de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, par exemple).⁶ Il ressort tout aussi clairement que les contribuables ont refusé d'utiliser les moyens légaux de procéder, pour le motif qu'il leur en coûterait trop cher en impôts (quelque \$150,000), et qu'ils savaient que les intermédiaires qu'ils ont finalement retenus (F.H. Cameron et Cie) pour leurs opérations étaient des «effeuilleurs» notoires (surplus strippers), à qui ils se sont d'ailleurs trouvé à payer un honoraire de \$41,433 pour leurs services. La question de la connaissance acquise de ces faits ne laisse aucun doute: la connaissance résultait soit de l'information directe que les contribuables ont reçu dans le cours des conversations et de la correspondance avec les divers intermédiaires, soit de l'information soumise à leurs représentants (M. Smith, en particulier).

It may also appear obvious, that Mr. Russell, the "tax expert" of Price Waterhouse & Co. at Vancouver, B.C. did not know of any "magic" whereby the undistributed earned income of any company could be got out and distributed legally to the shareholders without paying income tax. Mr. Russell said so in evidence. And it is a reasonable inference and I make it, that Mr. Russell knew that Mr. Cameron, F.H. Cameron Limited or Dabne Enterprises Limited did not know of any such method either.⁷

Les décisions récentes des tribunaux en matière fiscale montrent que les juges sont souvent disposés à être influencés par la crédibilité des contribuables, et à décider selon l'opinion qu'ils retirent de leurs témoignages. La certitude des faits de la présente cause rendait cette analyse superflue.

La Cour suprême n'a cependant pas fait spécialement état de ces circonstances: elle s'est plutôt contentée d'y voir un résultat final, soit la distribution du revenu non distribué aux actionnaires; elle

³ Voir la lettre de ce dernier au dossier de la Cour de l'échiquier et les autres documents à cet effet: 67 D.T.C. 5334, aux pp. 5341 *et seq.*

⁴ Spécialement Conn Smythe: *Ibid.*, aux pp. 5343 *et seq.*

⁵ *Ibid.*, à la p. 5348.

⁶ *Ibid.*, à la p. 5341.

⁷ *Ibid.*, à la p. 5365.

rejette aussi l'hypothèse de la Cour de l'échiquier à savoir que la question devrait être tranchée d'abord d'après l'article 137(2), puis selon les articles 8(1) ou 81(1).⁸

Les notes du juge Gibson, de la Cour de l'échiquier, offrent au lecteur une leçon gratuite de planification corporative et de l'utilisation de l'article 105B de la *Loi de l'impôt sur le revenu*.⁹ Les deux principales méthodes légales qui s'offraient aux contribuables en vertu de la *Loi de l'impôt* étaient celles des articles 105 et 105B. En gros, l'article 105 permet de libérer une partie du surplus d'une corporation en payant, sur une somme n'excédant pas le total des dividendes distribués, un taux préférentiel de 15% : lorsque ce surplus, libéré par le paiement de l'impôt au taux de 15%, est distribué aux actionnaires par la suite, aucun impôt n'est exigible entre leurs mains. L'application de cet article suppose évidemment la distribution préalable de dividendes réguliers, et donc le paiement de certains impôts réguliers (en vertu de l'article 6(1)(a)) qui s'ajoutent au montant calculé au taux de 15% ; elle suppose en outre que si la corporation continue d'accumuler des surplus, il faudra recommencer cette double opération, qui requiert du temps additionnel et ne permet pas de «geler» la situation à un moment donné (*e.g.* problèmes de planification successorale).

L'article 105B permet à une corporation de faire en sorte qu'elle transfère son contrôle soit à une corporation non résidente, soit à un courtier en valeurs mobilières;¹⁰ alors, suivant les conditions prescrites, l'impôt payable ne sera que de 15% du montant payé à même le surplus désigné si le contrôle est aux mains d'une corporation non résidente, ou de 20% de ce montant si le contrôle appartient à un courtier en valeurs. Puisque cet impôt est calculé à même le montant du dividende et payable par la corporation, le taux réel de l'impôt est d'environ 13% au lieu de 15% dans le premier cas, et de 16⅔% au lieu de 20% dans le second. Plusieurs corporations se sont déjà prévaluées de cet article, mais les parties à cette cause ne trouvaient pas encore suffisantes les économies réalisées ici.

L'article 105B a reçu une application encore plus grande que celle que ses termes laissaient entrevoir lorsque le ministère du revenu national a entrepris une campagne d'assainissement contre les «effeuilleuses corporatives». Dans bon nombre de cas, évalués en argent à au-delà de \$200 millions avant 1963, il était évident que

⁸ Cour suprême, 69 D.T.C. 5362 à la p. 5364.

⁹ Voir 67 D.T.C. 5334, aux pp. 5341 *et seq.*

¹⁰ Ou encore à l'une des personnes exemptées en vertu de l'article 62: art. 105(1)(6).

bien des programmes de dépouillement des surplus corporatifs avaient été conclus, et que même là où les procédures utilisés étaient en apparence légales, il en ressortait que la distribution des surplus résultait d'opérations artificielles. Devant l'ampleur de la situation et dans le but d'offrir une solution raisonnable à ce problème, le ministre offrit la possibilité de payer le taux réduit de 20% (en pratique 16 $\frac{2}{3}$ %) en vertu de l'article 105B. Cette «aubaine du sous-sol» était annulée si les tribunaux jugeaient que la distribution aux actionnaires était imposable; elle était remboursable si les tribunaux jugeaient qu'aucun impôt n'était payable. L'adoption de l'article 138A modifia cependant cette pratique accommodante et, à toutes fins utiles, l'article 105B doit désormais s'interpréter plus strictement. Si cependant les parties en remplissent les conditions, il continue de l'appliquer.

Alors que certains pourront prétendre que les articles 137 et 138A, par exemple, ne sont pas justifiés dans notre système fiscal,¹¹ la logique de l'article 105B laisse aussi à désirer. S'il était vrai que cet article ne vise à couvrir que les cas qui y sont apparemment énumérés, la disposition pourrait s'entendre: mais il est évident que la disposition ne favorise qu'une minorité de contribuables qui se trouvent en position de transférer le contrôle d'une corporation et d'en distribuer les profits à un coût fiscal minime. Il se peut trouver bien des corporations qui, en raison de la nature de leurs affaires, de leur structure interne ou de la distribution du contrôle entre les actionnaires, ne puissent pas s'en prévaloir. Le nombre des exceptions et des traitements favorables des corporations a pris une ampleur qui semble injustifiée, non pas tant en soi que par rapport aux autres domaines d'application de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, comme les biens immobiliers, le revenu d'emploi ou celui des professionnels. Même si l'on tient que la compagnie privée ne jouit pas d'un marché sur lequel les actionnaires puissent vendre leurs actions sans encourir d'impôt grâce à l'exemption des gains en capital, la règle de l'article 105B apparaît comme injuste à cause des limites de son application, malgré l'application libérale qu'en a fait le ministère, et eu égard aux autres dispositions de la *Loi*.

Le but des parties était donc d'échapper à l'application de l'une des dispositions de la *Loi* et de ne payer aucun impôt tout en distribuant le revenu de la corporation: l'article 137(2) doit-il s'appliquer à cette série d'opérations? L'article 137(2) est-il un article qui crée un impôt relativement à une opération?

¹¹ *Infra.*

L'article 137(2), partie d'un article sur les opérations factices et inclus dans la Partie VI sur «l'évasion» fiscale, vise les bénéfices qui résultent d'une ou plusieurs ventes (et autres opérations) et qui sont conférés par une personne à un contribuable. Selon les circonstances, ce bénéfice doit être inclus dans le revenu de ce contribuable en vertu de la partie I ou, selon le cas, traité selon les Parties III ou IV de la *Loi*.

Comme tempérament aux dispositions de l'article 137(2), l'article 137(3) prévoit qu'il ne s'applique pas aux opérations qui ont été effectuées à distance, de bonne foi, sans insertion dans un plan d'ensemble (ce qui ne s'applique pas à la présente cause).

Le juge Judson, de la Cour suprême, a déclaré qu'il était «non nécessaire et indésirable» de considérer la cause de *Smythe et al.* selon l'hypothèse de la Cour de l'échiquier. Malheureusement, aucune raison n'a été donnée pour cette décision d'extrême importance. Par contre, l'opinion élaborée du juge Gibson (de la Cour de l'échiquier) mérite de s'y arrêter quelque peu.

L'article 137(2) n'est certes pas facile d'application. Il faut de plus le resituer dans le contexte général de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, et en particulier dans celui de la distribution des surplus d'une corporation. Les articles 6, sur la réception de dividendes, 8, sur les bénéfices conférés aux actionnaires, 81, sur la distribution des surplus, 105 et 105B, dont il a été traité plus haut, et 138A, sur le «stripping», s'ajoutent en quelque sorte à l'article 137(2); bien que le but ultime du législateur soit bien compris dans cet article, les moyens de le mettre en application n'ont pas été suffisamment explorés. Plus particulièrement, le sens du mot «bénéfice» et la façon de calculer ce bénéfice ne ressortent pas clairement de la disposition.

Eu égard aux autres articles de la *Loi* et étant donné le titre de l'article et de la Partie VI, il faut sans doute aussi prendre pour base d'interprétation l'idée qu'il s'agit ici de dispositions complémentaires qui ne visent normalement pas à imposer un plus lourd fardeau sur le contribuable, mais à rattraper des cas qui auraient échappé à l'application des autres dispositions tout en étant manifestement des cas d'évasion fiscale. C'est probablement pourquoi la Cour suprême a préféré tenir que la présente situation tombe sous l'un des autres articles [*e.g.* art. 81(1)] plutôt que de recourir à l'article 137(2): tant que les autres s'appliquent, on peut ne voir dans l'article 137(2) qu'un moyen de prévenir l'évasion fiscale plutôt qu'un sérieux remède. En effet, même si l'on décidait que l'article 137(2) devait s'appliquer, il resterait encore à définir ce qu'est le bénéfice et à en établir la valeur: la Cour de l'échiquier a à cet effet recouru aux articles 8(1)

et 81(1), mais devrait-il en être ainsi dans tous les cas? Rien n'est moins certain: c'est d'ailleurs ce qui a soutenu le même juge (Gibson, de la Cour de l'échiquier) dans l'affaire *Craddock et Atkinson* (qui sera examinée plus loin) où la cotisation avait été fondée sur l'article 137(2) et non pas sur l'article 81(1): la cour a décidé que l'article 137(2) était une disposition à charge et que comme telle, elle n'avait pas besoin de se référer aux articles 8 ou 81. Mais revenons à l'affaire *Smythe*, qui fût amorcée autrement.

Malgré leurs divergences de vues, la Cour de l'échiquier et la Cour suprême rejoignent quand même des résultats identiques: les paiements ont été faits par l'ancienne compagnie dans le cours d'un réorganisation,¹² malgré les réticences du juge Gibson de la Cour de l'échiquier à accepter ce résultat, alors que s'il en avait eu le choix, il aurait cotisé en vertu de l'article 8(1). Sa décision doit cependant être prise à sa face même. Dans le cas de la Cour de l'échiquier, cette conclusion est plus normale et logique, puisque l'article 137(2) permet de voir la suite totale des opérations et d'établir que le «bénéfice» conféré aux contribuables était le «résultat» de plusieurs opérations (*e.g.* ventes), nonobstant leur forme ou leur effet légal normal. Il suffisait alors, comme l'a démontré le juge Gibson, d'établir que le résultat final était de faire passer le surplus non distribué de l'ancienne compagnie aux contribuables (moins l'honoraire payé à Cameron et Cie), pour que ce transfert constitue un bénéfice et que celui-ci ait été conféré selon les conditions requises par l'article 137(2).¹³

L'option de la Cour suprême est plus difficile à étayer. En effet, elle suppose une étude des faits sur la base de l'article 81(1), qui ne couvre pas le résultat final d'une série d'opérations, mais suppose que les fonds d'une corporation qui a un revenu non distribué sont transférés à ses actionnaires. Les mots «de quelque manière» (art. 81(1)) laisseraient supposer le cas de plusieurs opérations, mais en matière de corporation, il pourrait être délicat d'ignorer toute la structure corporative à l'occasion d'une seule opération. Ainsi donc, si l'article 81(1) devait s'appliquer, il faudrait que ce soit la corporation elle-même qui fasse passer son profit à ses actionnaires: ceci suppose que la corporation subsiste suffisamment longtemps pour effectuer ce transfert, et aussi que les personnes qui le reçoivent soient encore actionnaires de la corporation.

La Cour suprême n'a pas semblé accorder d'importance aux conséquences de son interprétation de l'article 81(1). Alors qu'il

¹² L'article 81(1) traite de liquidation, cessation et réorganisation.

¹³ 67 D.T.C. 5334, aux pp. 5370-5371.

pouvait être relativement facile de considérer que le transfert par l'ancienne compagnie de ses fonds au groupe Cameron en échange d'actions privilégiées était une opération artificielle et qu'elle ne servait qu'à substituer un intermédiaire à l'ancienne compagnie, toute la question était de savoir si les contribuables visés étaient de fait actionnaires de l'ancienne compagnie au moment où le paiement a été fait. Puisqu'en dernier lieu les actions de l'ancienne compagnie étaient aux mains du groupe Cameron, il a bien fallu qu'elles soient vendues à quelque moment dans le temps. Cependant, et sans le dire de façon très claire, la Cour suprême a dans ce cas aussi négligé de considérer cette vente comme une vente véritable : alors qu'elle parle de «*purchase*»,¹⁴ elle précise par la suite qu'il ne s'agissait que d'un «*transfert*» d'actions au groupe Cameron pour un simple honoraire de \$41,433, et non pas pour le prix de \$2,570,336, tel que décrit dans la suite des opérations¹⁵ qui n'aurait été fait que «*for the purpose of enabling them to perform certain shuffles with the cheques and bank drafts to produce the result stated in those reasons.*»¹⁶

Ainsi, la Cour suprême est disposée à ignorer totalement l'effet des transferts de biens et d'actions au groupe Cameron et à le traiter comme un simple intermédiaire. Cette attitude de la Cour s'explique en soi, mais s'entend mal lorsque la cour soumet que cette interprétation doit prévaloir puisqu'il est «*indésirable*» de recourir à l'article 137(2). La logique de la Cour devrait la porter à accepter le traitement global de l'article 137(2) comme valable lorsque le résultat final est le seul qui importe, plutôt que de s'en rapporter à l'article 81(1), après avoir jugé fictives et inopérantes certaines opérations de la corporation et des actionnaires relatives aux transferts d'actif et d'actions à Cameron et Cie. Il n'y a pas plus de logique à introduire un test d'interprétation fondé sur le caractère «*d'affaires*» (*business purpose test*) des opérations lorsque l'application de ce test oblige à négliger l'effet de certaines opérations, à considérer l'ensemble de ces opérations et à en apprécier le résultat final (*e.g.* 137(2)).

Le raisonnement de la Cour suprême peut s'expliquer en termes d'équité, si telle chose existe encore dans ce domaine du droit fiscal. Bien que les faits aient été établis de telle façon qu'il était évident que les parties n'étaient pas de bonne foi¹⁷ et qu'elles n'avaient pour

¹⁴ 69 D.T.C. 5362.

¹⁵ 67 D.T.C. 5334, à la p. 5338.

¹⁶ 69 D.T.C. 5362, à la p. 5365.

¹⁷ Cf. art. 137(3) et les notes de la Cour de l'échiquier, 67 D.T.C. 5334, à la p. 5368.

but que d'éviter l'application des dispositions de la *Loi de l'impôt* relatives à la distribution du revenu corporatif,¹⁸ il n'en restait pas moins des doutes quant au champ d'application de l'article 137(2), qui a déjà été critiqué en de multiples occasions;¹⁹ de plus, étant donné que l'article 105B de la *Loi de l'impôt sur le revenu* permettait aux corporations (dans bien des cas tout au moins) d'effectuer la distribution de leurs revenus à des taux de 13% ou de 16% (et que les actionnaires de corporations publiques peuvent réaliser leurs actions sur le marché et ainsi jouir des profits de façon indirecte par le moyen de gains en capital), étant donné que l'article 81(1) imposait aux contribuables une charge plus lourde que celle de l'article 105B et considérant l'incertitude qui pouvait résulter de l'application de l'article 137(2), il est concevable que la Cour suprême ait préféré ne pas engager le débat sur l'article 137(2) et s'en remettre aux dispositions régulières de l'article 81(1). Le fait que l'article 81(1) permette aux contribuables de jouir du crédit d'impôt en raison de dividendes de l'article 38(1), alors que l'article 8(1) sur les autres bénéfices conférés aux actionnaires ne le permet pas, peut aussi expliquer le choix du ministre de cotiser en vertu de cet article 81(1) et celui de la Cour suprême de le confirmer : la différence nette entre l'effet de 81(1) et celui de l'article 105B est moindre que celle qui existe entre les articles 8(1) et 105B.

La décision de la Cour suprême laisse cependant subsister quelques doutes quant à son effet réel : ainsi, la cour soutient que l'utilisation du groupe Cameron de Vancouver n'a pas donné un effet véritable aux transferts d'actif et d'actions survenus mais que le but réel était de permettre la conclusion de certains réarrangements et échanges de traites bancaires afin de produire le résultat final prévu (soit la distribution des surplus) : si tel est le cas, la cour se trouve à inférer directement que les parties n'ont jamais eu d'autre but que de distribuer les surplus. Deux points d'interrogation se soulèvent alors : (a) étant donné ce but avoué, y a-t-il encore place pour le test du but d'affaires qui semble vouloir être appliqué ? (b) si les parties ont véritablement poursuivi ce but, ne devrait-il pas y avoir une conséquence pénale qui découlerait du fait que les parties n'ont pas déclaré un revenu qu'ils savaient obtenir en vertu d'un moyen tombant sous le coup de l'article 81(1) ?

¹⁸ Cf. *supra*, et art. 105, 105B; 67 D.T.C. 5334, à la p. 5367.

¹⁹ Voir le rapport de la *Commission Royale d'Enquête sur la fiscalité* (Carter) vol. 3, p. 560, où la Commission tient que la disposition (137(2)) est loin d'être claire et qu'il lui semble que l'étendue de ses termes fait en sorte qu'elle ne serait appliquée que dans des cas extrêmes.

Quant à la première question (a), ni l'une ni l'autre des deux cours n'y ont apporté de solution suffisante. La raison principale en est sans doute que le cotiseur lui-même s'est fondé sur l'article 81(1) de la *Loi de l'impôt sur le revenu* afin d'établir la cotisation. Il s'agissait alors pour la cour de pouvoir se situer en deçà de l'article 81(1) afin d'accepter le choix du cotiseur.

Le juge Gibson de la Cour de l'échiquier aurait plutôt, s'il avait été cotiseur lui-même, fondé la cotisation sur l'article 8(1) au lieu de 81(1), puisqu'il en venait à la conclusion qu'il n'y avait pas eu de réorganisation ou interruption des affaires de l'ancienne corporation.²⁰ Son opinion n'est malheureusement pas explicitée plus avant, et ne constitue qu'un *obiter dictum* sans conséquence (bien qu'il ait repris la question dans l'affaire *Craddock et Atkinson* mais sans là non plus ébranler l'opinion de la Cour suprême).

Le juge Judson de la Cour suprême estime que l'opinion du juge Gibson manque de consistance et s'en rapporte à l'article 81(1) selon l'interprétation de la Cour suprême elle-même.²¹ L'opinion du juge Judson semble à peine plus logique que l'autre. Bien que les tribunaux aient accepté une définition assez large des termes liquidation et réorganisation, il reste que l'interprétation de chaque situation dépend des faits et de l'intention des parties dans chaque cas. L'interprétation de la Cour suprême dans le cas présent est contradictoire en ce qu'elle considère que l'ancienne corporation a été dissoute par l'effet des opérations conclues. Par contre, elle affirme aussi que le seul but des parties était de distribuer aux actionnaires le revenu de l'ancienne corporation; chemin faisant, elle tient aussi que le transfert des actions au groupe Cameron ne doit pas être considéré comme ayant un effet positif.

Il en résulte donc que la cour rejette l'effet de certaines opérations pour en accepter d'autres; ou bien le groupe Cameron n'est qu'un tiers mandataire qui n'acquiert pas d'intérêt réel dans les biens et sert donc à faire passer les profits de l'ancienne corporation à ses actionnaires: dans ce cas, la distribution ne surviendrait pas vraiment dans le cadre d'une réorganisation ou d'une liquidation; ou bien le but est d'exécuter la liquidation de l'ancienne corporation, ce qui n'a de sens que si les transferts au groupe Cameron ont un effet juridique, et alors on peut se demander si le paiement fait à *Smythe et al*, a été fait après qu'ils eussent cessé

²⁰ 67 D.T.C. 5334, à la p. 5371, il aurait appliqué l'article 8(1) et n'aurait pas accordé le crédit d'impôt de 38(1).

²¹ *Merritt v. M.N.R.* [1942] S.C.R. 269, à la p. 272 citant *MacLean, J.*, de la Cour de l'échiquier, [1941] Ex. C.R. 175, à la p. 181.

d'être actionnaires de l'ancienne corporation. L'application de l'article 137(2) ne donnait pas lieu à ce dilemme.²²

Si l'on considère que la Cour suprême accepte l'idée d'une liquidation de l'ancienne compagnie comme faisant partie d'une opération commerciale régulière²³ on peut se demander comment la cour peut concevoir qu'une opération, qu'elle même traite de fictive, peut avoir l'effet d'une opération commerciale légitime lorsque la même entreprise commerciale (*sand and gravel business*) se retrouve intacte sous le chapeau d'une autre corporation comprenant les mêmes actionnaires que l'ancienne corporation et dans exactement les mêmes proportions. On chercherait en vain la légitimation d'une série d'opérations dont le but avoué et prouvé était le dépouillement sans impôt des vastes surplus d'une corporation alors qu'en pratique la distribution n'a rien changé ni à l'entreprise, ni à ses affaires sauf le profit personnel que les actionnaires en ont retiré.

Le résultat net n'est probablement pas différent de ce qu'il aurait été selon l'opinion de la Cour de l'échiquier fondée sur les articles 137(2) et 81(1) ou de ce qu'il aurait pu être aux termes de l'article 6(1)(a) si l'ancienne corporation avait tout simplement distribué son surplus sous forme de dividendes réguliers;²⁴ mais les conséquences possibles de cette décision quant à la notion de liquidation et réorganisation, quant au but d'affaires poursuivi par les parties et quant aux effets d'opérations artificielles et fictives ne sont pas rassurantes du point de vue de la logique juridique. Même si l'effet de l'article 137(2) semble être considérablement réduit pour l'avenir immédiat²⁵ une certaine incertitude subsiste quant à l'application du test du but d'affaires et à l'intention des parties en matières corporatives. Les «aubaines» offertes par la décision ou du ministre d'accepter une application libérale de l'article 105B ont de beaucoup réduit le nombre de causes en cette matière.

En admettant l'existence d'une distribution des surplus de la corporation (à l'occasion d'une réorganisation ou non, puisqu'il ne s'agissait pas ici d'un rachat, conversion ou annulation d'actions) on peut se demander si la cour n'aurait pas dû aussi tenir compte de la distribution potentielle des gains en capital relativement aux biens détenus par l'ancienne compagnie. Dans le cas qui nous occupe,

²² *Supra* et les notes de Gibson, J., 67 D.T.C. 5334, (Cour de l'échiquier).

²³ Voir la citation dans 69 D.T.C. 5362, à la p. 5364, (Cour suprême).

²⁴ Avec le crédit d'impôt sous l'article 38(1) dans tous les cas, opposé au «bénéfice» accordé sous l'article 8(1).

²⁵ *Infra*, *Craddock & al. v. M.N.R.* 68 D.T.C. 5254, (Cour de l'échiquier), 69 D.T.C. 5369 (Cour suprême).

la vente de l'actif se fit pour un prix global, mais si l'ancienne compagnie avait réalisé un gain en capital avant de procéder à la distribution par le moyen d'intermédiaires, il aurait aussi fallu tenir que non seulement les surplus non distribués devaient faire l'objet d'une imposition mais également le gain en capital, qu'on ne doit pas distinguer lorsqu'il y a distribution aux actionnaires, selon les principes établis dans les arrêts *Robson v. M.N.R.*²⁶ et *Crassweller v. M.N.R.*²⁷ Pour être logique, on peut se demander aussi si la vente par l'ancienne compagnie à la nouvelle de son actif ne constituait pas une réalisation de gain en capital et que la distribution effective aux actionnaires devait alors inclure non seulement le surplus non distribué mais en outre la portion afférente aux gains en capital. La «logique» de la Cour suprême l'entraîne ici encore à ne pas considérer les effets réels de la vente d'actif; mais cette conséquence n'est pas à exclure de l'effet des opérations. Ces gains en capital étant de près de \$1,800,000 dans cette cause, on s'imagine les répercussions possibles.

Quant à la seconde question (6), il semble bien que la conclusion qui s'impose du jugement de la Cour suprême à l'effet que le seul but des parties était de réaliser une distribution des surplus de l'ancienne compagnie tout en assurant la liquidation de cette dernière, est que le défaut des contribuables de déclarer cette distribution en vertu de l'article 81(1) constitue une offense en vertu de l'article 56 de la *Loi de l'impôt sur le revenu*. En raison de l'interprétation favorable donnée à l'article 105B par le ministère du revenu, il est possible de concevoir que des pénalités n'aient pas été cotisées dans ce cas; mais la logique de la Cour suprême suggère que cette conséquence est normale.

Craddock et Atkinson v. M.N.R., modifiant la décision du juge Gibson de la Cour de l'échiquier dans la cause de *Craddock et al v. M.N.R.*²⁸ aurait pu faire jurisprudence n'eût été de la décision de la Cour suprême dans l'affaire *Smythe*,²⁹ qui a été suivie lors de l'appel de l'affaire *Craddock*. A cause de l'orientation différente des jugements de la Cour de l'échiquier dans ces deux causes, il est préférable de ne pas mêler les commentaires qu'on peut y apporter. La cause de *Craddock et Atkinson* se fonde sur des faits quasi-identiques à ceux de l'affaire *Smythe*:³⁰ il est inutile de les relater ici. Le ministère du revenu a établi cependant la cotisation d'une façon

²⁶ 52 D.T.C. 1088 (Cour suprême); 51 D.T.C. 500 (Cour de l'échiquier).

²⁷ 49 D.T.C. 1.

²⁸ *Supra*, n. 25.

²⁹ *Smythe & al. v. M.N.R.* 69 D.T.C. 5362.

³⁰ Voir 68 D.T.C. 5254, aux pp. 5255 *et seq.*

différente, se basant sur le jugement de la Cour de l'échiquier dans l'affaire *Smythe* et sur l'article 137(2) de la *Loi de l'impôt sur le revenu*.

Le juge Gibson, qui n'avait dans *Smythe* qu'exprimé un *obiter*, profita de l'occasion pour préciser sa pensée sur l'article 137(2) et le sens du mot bénéfice. Le procédé analytique du juge Gibson peut se résumer ainsi. Le « résultat » mentionné à l'article 137(2) doit être recherché, à savoir le « bénéfice » conféré à une personne: ce bénéfice existe si une somme d'argent ou d'autres biens qui appartenaient à une compagnie avant les opérations cessent maintenant de lui appartenir. Les conditions de l'article 137(3) doivent se retrouver, c'est à dire que les opérations fassent partie d'un plan d'ensemble, que les parties ne soient pas de bonne foi (leur seul but étant d'éviter l'impôt) et que les parties ne traitent pas à distance. Le point crucial de son raisonnement est que l'effet de l'article 137(2) est de constituer une source d'impôt en vertu de l'article 3 de la *Loi de l'impôt sur le revenu* et qu'à ce titre l'article 137(2) est une disposition à charge (*charging provision*) tout comme les articles 6, 8, 16 et 81 de la *Loi*, mais qu'il n'était dépendant d'aucun de ces articles pour son application. Evidemment, le bénéfice reçu en vertu de l'article 137(2) ne fait pas l'objet d'un crédit d'impôt sous l'article 38(1).³¹

Les conditions d'application de l'article 137(2) peuvent demeurer ambiguës, particulièrement en ce qui a trait à l'évaluation du bénéfice. Le juge Gibson ne semble pas accepter l'article 105B comme base de calcul, et il en résulterait que les critères d'évaluation du bénéfice soient les mêmes qu'en matière de revenu d'emploi, par exemple, où il s'agit non seulement de valeur reçue mais de valeur réelle dans les mains du bénéficiaire.

Le juge Judson, parlant pour la Cour suprême, a tout simplement rejeté la décision de la Cour de l'échiquier de même que ses motifs pour rendre jugement en vertu de l'article 81(1) et des raisons exposées dans l'affaire *Smythe*. A toutes fins utiles, c'est l'arrêt *Smythe* qui subsistera, et il est peu probable que le ministère du revenu cotise d'autres affaires de ce genre en vertu de l'article 137(2); les notes du juge Gibson sur cet article³² sont cependant dignes d'attention et devraient être gardées en l'esprit pour usage ultérieur.

³¹ Le ministre s'est engagé, lors de l'appel à la Cour suprême à accorder le crédit d'impôt pour dividendes. Voir 69 D.T.C. 5369, à la p. 5371.

³² 68 D.T.C. 5254, aux pp. 5253-5259.

Statuant sur la procédure, le juge Gibson a déclaré dans les deux causes que le ministre n'est pas tenu par les conclusions tirées par les cotiseurs ni par les raisons et motifs ou les articles de la *Loi* mentionnés dans les différents avis de cotisation. Le ministre du revenu national peut, dans les diverses procédures, alléguer d'autres faits et d'autres articles de la *Loi* dans le but de défendre la cotisation; s'il le fait, cependant, il porte le fardeau d'en faire la preuve.³³

Les imperfections de la *Loi de l'impôt sur le revenu* dans le domaine de l'impôt sur le revenu des corporations et la distribution de ces profits aux actionnaires ne sont pas à démontrer; l'affaire *Smythe* cristallise plusieurs de ces défauts et souligne l'absurdité non seulement de la loi et des situations qui en résultent, mais aussi des solutions qu'il faut adopter dans le but de donner une apparence de justice aux problèmes qui se soulèvent, alors qu'on sait le nombre de cas qui peuvent échapper au contrôle de la *Loi* et des officiers du ministère du revenu national. En pleine période de réforme fiscale, il serait bon de se rappeler ces causes et d'éviter les corrections faites au compte-goutte ou à l'aveuglette, sans plan d'ensemble applicable à toutes les situations.

Yves CARON*

³³ *Smythe v. M.N.R.* 67 D.T.C. 5384, à la p. 5340; *Craddock & al. v. M.N.R.* 68 D.T.C. 5254, à la p. 5259.

* D. Phil. (oxon), Professeur à la Faculté de Droit, Université McGill.