

Cour d'appel fédérale



Federal Court of Appeal

Date : 20190403

Dossier : A-276-17

Référence : 2019 CAF 62

[TRADUCTION FRANÇAISE]

**CORAM : LE JUGE WEBB
LE JUGE NEAR
LA JUGE WOODS**

ENTRE :

DON GILLEN

appellant

et

SA MAJESTÉ LA REINE

intimée

Audience tenue à Saskatoon (Saskatchewan), le 5 novembre 2018.

Jugement rendu à Ottawa (Ontario), le 3 avril 2019.

MOTIFS DU JUGEMENT :

LE JUGE WEBB

Y ONT SOUSCRIT :

**LE JUGE NEAR
LA JUGE WOODS**

Cour d'appel fédérale



Federal Court of Appeal

Date : 20190403

Dossier : A-276-17

Référence : 2019 CAF 62

**CORAM : LE JUGE WEBB
LE JUGE NEAR
LA JUGE WOODS**

ENTRE :

DON GILLEN

appellant

et

SA MAJESTÉ LA REINE

intimée

MOTIFS DU JUGEMENT

LE JUGE WEBB

[1] La Cour est saisie d'un appel d'un jugement rendu par le juge D'Arcy de la Cour canadienne de l'impôt le 30 août 2017 (2017 CCI 163). M. Don Gillen s'était vu refuser une déduction pour gains en capital relativement à la disposition de certaines actions en 2008. Son appel à la Cour canadienne de l'impôt a été rejeté.

[2] Pour les motifs qui suivent, je rejetterais l'appel.

I. Les faits

[3] Le juge de la Cour canadienne de l'impôt a tiré plusieurs conclusions de fait qui ne sont pas contestées en l'espèce.

[4] M. Gillen et son épouse détenaient toutes les actions de Kinderock Resources Limited (« Kinderock »). Le 4 octobre 2007, Kinderock a présenté au gouvernement de la Saskatchewan quatre demandes de permis d'exploration de gisements de potasse couvrant un total de 340 960 acres. Le 17 octobre 2007, Kinderock a présenté sept demandes supplémentaires couvrant environ 647 000 acres au total. Kinderock a donc présenté 11 demandes de permis d'exploration de gisements de potasse couvrant environ un million d'acres. Les demandes de permis d'exploration de gisements de potasse déposées par Kinderock seront ci-après appelées les « demandes ».

[5] À cette période, M. Gillen a décidé de créer une équipe de gestion pour le projet de potasse, à laquelle M. Brad Devine et M. Bruce Carson se sont joints.

[6] Puisque Kinderock avait exercé d'autres activités par le passé, il a été établi qu'une nouvelle société devrait être créée, qui détiendrait les permis lorsqu'ils seraient délivrés. À cette fin, Devonian Potash Inc. (« Devonian ») a été constituée le 22 novembre 2007. Il a également été déterminé qu'une société en commandite devrait être constituée pour détenir les actions de Devonian. La société en commandite GDC Potash Holdings a donc été constituée le

7 décembre 2007. Kinderock en était la commanditée et trois fiducies familiales en étaient les commanditaires.

[7] Les trois fiducies familiales ont acquis les parts de la société en commandite de la manière suivante :

<u>Fiducie familiale</u>	<u>Nombre de parts</u>	<u>Pourcentage de parts</u>
Fiducie familiale Gillen	2 000	67 %
Fiducie familiale Devine	300	10 %
Fiducie familiale Carson	700	23 %
Total :	3 000	100 %

[8] Le seul acte de fiducie au dossier est celui de la fiducie familiale Gillen, selon lequel celle-ci a été établie le 7 décembre 2007.

[9] Le même jour, soit le 7 décembre 2007, la société en commandite a conclu avec Devonian une convention de souscription et de roulement prévoyant que la société en commandite ferait l'acquisition de 999 actions de Devonian pour 675 000 \$. La société en commandite paierait le prix de souscription en transférant à Devonian tous les permis délivrés et toutes les demandes en traitement, en plus de lui fournir certains services.

[10] Le gouvernement de la Saskatchewan a annulé deux des demandes le 21 novembre 2007. Toutefois, le 14 février 2008, Kinderock a déposé deux nouvelles demandes en remplacement de celles qui avaient été annulées. Dans chacune des demandes déposées en février 2008, le demandeur est Kinderock et rien dans les demandes n'indique que la société présente ses demandes de permis autrement qu'en son propre nom.

[11] Le 15 février 2008, une offre d'achat des actions de Devonian a été reçue d'une société à numéro n'ayant aucun lien de dépendance avec Devonian ou ses actionnaires. L'offre a donné lieu à d'autres discussions qui ont conduit à une option d'achat d'actions également datée du 15 février 2008. L'option prévoyait l'achat par l'acquéreur des actions de Devonian pour un prix d'achat de 15 millions de dollars. L'article 3.2 de la convention d'option stipulait que l'option [TRADUCTION] « est réputée avoir été exercée sur tous les permis (à l'exception du permis demandé tardivement) délivrés à [Devonian] par le gouvernement de la Saskatchewan » et que l'acquéreur en avait reçu avis. Le permis demandé tardivement est défini comme s'entendant des permis devant être délivrés par suite des demandes déposées par Kinderock en février 2008.

[12] Le 31 mars 2008, le gouvernement de la Saskatchewan a délivré des permis pour six des demandes déposées. Le même jour, la société en commandite a signé un acte de vente en faveur de Devonian. Selon l'acte de vente, la société en commandite transférait à Devonian, en date du 31 mars 2008, les éléments d'actif achetés. Bien que l'année 2007 ait été indiquée sur l'acte de vente, le juge de la Cour de l'impôt a convenu qu'il s'agissait d'une erreur. Dans l'acte de vente, la définition du terme [traduction] « éléments d'actif achetés » est identique à celle qui se trouve dans la convention de souscription et de roulement et vise essentiellement tous les permis délivrés et en traitement. Le 31 mars 2008 également, Devonian a émis un certificat d'actions au nom de la société en commandite pour 999 actions ordinaires de Devonian.

[13] Le 9 avril 2008, le gouvernement de la Saskatchewan a délivré trois permis supplémentaires. Le 25 avril 2008, la société à numéro a acheté les actions de Devonian. La

vente des actions de Devonian pour 15 millions de dollars a eu lieu moins de 7 mois après le dépôt par Kinderock de sa première demande.

[14] La société en commandite a déclaré un gain de 14 386 399 \$ découlant de la disposition des actions de Devonian. Un montant de 9 221 643 \$ du gain a été attribué à la fiducie familiale Gillen. À son tour, la fiducie familiale Gillen a attribué le gain à M. Gillen et à d'autres membres de sa famille. M. Gillen a demandé une déduction pour gains en capital à l'égard de la part du gain qui lui avait été attribuée.

II. Les dispositions légales pertinentes

[15] Aux termes de l'article 110.6 de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, L.R.C 1985, ch. 1 (5^e suppl.) [la Loi], les particuliers peuvent déduire de gains en capital réalisés par la disposition de biens une somme déterminée conformément à cet article.

[16] Le particulier doit respecter plusieurs conditions pour avoir droit à la déduction pour gains en capital. Plus précisément, l'alinéa b) de la définition d'« action admissible de petite entreprise » du paragraphe 110.6(1) de la Loi est rédigé ainsi :

action admissible de petite entreprise
S'agissant d'une action admissible de petite entreprise d'un particulier (à l'exception d'une fiducie qui n'est pas une fiducie personnelle) à un moment donné, action du capital-actions d'une société qui, à la fois:

[...]

b) tout au long de la période de 24

qualified small business corporation share of an individual (other than a trust that is not a personal trust) at any time (in this definition referred to as the "determination time") means a share of the capital stock of a corporation that,

[...]

(b) throughout the 24 months

mois qui précède le moment donné, n'est la propriété de nul autre que le particulier ou une personne ou société de personnes qui lui est liée;

[...]

immediately preceding the determination time, was not owned by anyone other than the individual or a person or partnership related to the individual, and

[...]

[17] Du fait de cette disposition, les actions d'une société donnée ne seront pas considérées comme étant des actions admissibles de petite entreprise si ces actions, à un moment de la période de 24 mois qui précède la disposition de ces actions, étaient la propriété de quiconque autre que le particulier ou une personne ou une société de personnes qui lui est liée.

L'alinéa 110.6(14)f) de la Loi impose certaines règles relatives à cette détermination :

(14) Pour l'application de la définition de *action admissible de petite entreprise* au paragraphe (1):

[...]

f) les actions émises après le 13 juin 1988 par une société en faveur d'une personne ou société de personnes donnée sont réputées avoir été la propriété, immédiatement avant leur émission, d'une personne qui n'était pas liée à la personne ou société de personnes donnée, sauf si les actions ont été émises :

(i) soit en contrepartie d'autres actions,

(ii) soit dans le cadre d'une opération ou d'une série d'opérations dans laquelle la personne ou société de personnes donnée a disposé, en faveur de la société, de biens qui

(14) For the purposes of the definition *qualified small business corporation share* in subsection 110.6(1),

[...]

(f) shares issued after June 13, 1988 by a corporation to a particular person or partnership shall be deemed to have been owned immediately before their issue by a person who was not related to the particular person or partnership unless the shares were issued

(i) as consideration for other shares,

(ii) as part of a transaction or series of transactions in which the person or partnership disposed of property to the corporation that consisted of

représentent:

(A) soit la totalité, ou presque, des éléments d'actif utilisés dans une entreprise exploitée activement par cette personne ou par les associés de cette société de personnes,

(A) all or substantially all the assets used in an active business carried on by that person or the members of that partnership, or

(B) soit une participation dans une société de personnes dont la totalité, ou presque, des éléments d'actif sont utilisés dans une entreprise exploitée activement par les associés de la société de personnes;

(B) an interest in a partnership all or substantially all the assets of which were used in an active business carried on by the members of the partnership, or

(iii) soit en paiement d'un dividende en actions;

(iii) as payment of a stock dividend; and

[...]

[...]

[18] L'alinéa 110.6(14)f) de la Loi dispose que les actions émises en faveur d'une personne sont réputées avoir été la propriété, immédiatement avant leur émission, d'une personne non liée, sauf si l'une des exceptions prévues aux sous-alinéas (i), (ii) ou (iii) s'applique. Les exceptions prévues aux sous-alinéas (i) et (iii) ne sont pas applicables en l'espèce puisque les actions de Devonian n'ont pas été émises en contrepartie d'autres actions ni à titre de dividende en actions. La seule exception applicable dans le présent appel serait celle prévue à la division 110.6(14)f)(ii)(A) de la Loi. Par conséquent, puisque les actions en l'espèce ont été émises par Devonian en faveur de la société en commandite le 31 mars 2008 et qu'elles ont été vendues le 25 avril 2008, ces actions ne satisferaient pas à la condition prévue à l'alinéa b) de la définition du terme « action admissible de petite entreprise », sauf si elles ont été émises dans le cadre d'une opération ou d'une série d'opérations dans laquelle la totalité, ou presque, des

éléments d'actifs utilisés par la société en commandite exploitant activement une entreprise a été transférée à Devonian.

[19] Le paragraphe 248(1) de la Loi définit ce qu'est une « entreprise exploitée activement » :

entreprise exploitée activement

Relativement à toute entreprise exploitée par un contribuable résidant au Canada, toute entreprise exploitée par le contribuable autre qu'une entreprise de placement déterminée ou une entreprise de prestation de services personnels.

active business, in relation to any business carried on by a taxpayer resident in Canada, means any business carried on by the taxpayer other than a specified investment business or a personal services business;

[20] Le terme « entreprise » est aussi défini au paragraphe 248(1) de la Loi :

entreprise Sont compris parmi les entreprises les professions, métiers, commerces, industries ou activités de quelque genre que ce soit et, sauf pour l'application de l'alinéa 18(2)c), de l'article 54.2, du paragraphe 95(1) et de l'alinéa 110.6(14)f), les projets comportant un risque ou les affaires de caractère commercial, à l'exclusion toutefois d'une charge ou d'un emploi.

(Non souligné dans l'original.)

business includes a profession, calling, trade, manufacture or undertaking of any kind whatever and, except for the purposes of paragraph 18(2)(c), section 54.2, subsection 95(1) and paragraph 110.6(14)(f), an adventure or concern in the nature of trade but does not include an office or employment;

(emphasis added)

[21] Ainsi, selon cette définition d'« entreprise », pour établir si un particulier ou une société de personnes exploite activement une entreprise pour l'application de l'alinéa 110.6(14)f) de la Loi, les projets comportant un risque ou les affaires de caractère commercial ne constituent pas une entreprise et ne peuvent donc pas constituer une entreprise exploitée activement.

III. La décision de la Cour canadienne de l'impôt

[22] La seule question que devait trancher la Cour canadienne de l'impôt était celle de savoir si l'exception du sous-alinéa 110.6(14)f)(ii) de la Loi s'appliquait en l'espèce. Le juge de la Cour canadienne de l'impôt a examiné les divers contrats et conventions produits par les parties ainsi que les témoignages des témoins. Il a conclu que le droit de bénéficiaire à l'égard des demandes avait été transféré à Devonian par la société en commandite au moment même de la création de la société en commandite. Par conséquent, la société en commandite n'a pas utilisé ces éléments d'actif dans le cadre d'une entreprise exploitée activement et n'est donc pas visée par l'exception prévue au sous-alinéa 110.6(14)f)(ii) de la Loi. Il s'ensuit que le gain réalisé lors de la disposition des actions de Devonian ne peut faire l'objet de la déduction pour gains en capital.

IV. La question en litige et la norme de contrôle

[23] La question en litige en l'espèce est celle de savoir si le juge de la Cour canadienne de l'impôt a commis une erreur en concluant que l'exception prévue à la division 110.6(14)f)(ii)(A) de la Loi ne s'appliquait pas et, plus précisément, s'il a commis une erreur en concluant que la société en commandite avait transféré son droit de bénéficiaire à l'égard des demandes à Devonian le 7 décembre 2007, immédiatement après l'avoir acquis. Il résulte de cette conclusion que la société en commandite n'a pas utilisé les éléments d'actif transférés à Devonian dans une entreprise exploitée activement.

[24] La norme de contrôle applicable à l'égard des questions de fait et de questions mixtes de fait et de droit est celle de l'erreur manifeste et dominante, et celle applicable à l'égard des

questions de droit (y compris les questions de droit susceptibles d'être isolées) est la décision correcte (*Housen c. Nikolaisen*, 2002 CSC 33, [2002] 2 R.C.S. 235).

[25] L'erreur manifeste et dominante est une norme rigoureuse. Comme la Cour suprême du Canada l'a fait observer dans l'arrêt *Benhaim c. St - Germain*, 2016 CSC 48, [2016] 2 R.C.S.

352 :

[38] Il est tout aussi utile de rappeler ce qu'on entend par « erreur manifeste et dominante ». Le juge Stratas décrit la norme déferente en ces termes dans l'arrêt *South Yukon Forest Corp. c. R.*, 2012 CAF 165, 4 B.L.R. (5th) 31, par. 46 :

L'erreur manifeste et dominante constitue une norme de contrôle appelant un degré élevé de retenue [...] Par erreur « manifeste », on entend une erreur évidente, et par erreur « dominante », une erreur qui touche directement à l'issue de l'affaire. Lorsque l'on invoque une erreur manifeste et dominante, on ne peut se contenter de tirer sur les feuilles et les branches et laisser l'arbre debout. On doit faire tomber l'arbre tout entier.

[39] Ou, comme le dit le juge Morissette dans l'arrêt *J.G. c. Nadeau*, 2016 QCCA 167, par. 77 (CanLII), « une erreur manifeste et dominante tient, non pas de l'aiguille dans une botte de foin, mais de la poutre dans l'œil. Et il est impossible de confondre ces deux dernières notions. »

V. Analyse

[26] Bien que M. Gillen ait tenté de caractériser les erreurs alléguées d'erreur de droit, à mon avis, il conteste en réalité les conclusions de fait, ou mixtes de fait et de droit, tirées par le juge de la Cour canadienne de l'impôt relativement à la date à laquelle le droit de bénéficiaire à l'égard des éléments d'actif a été transféré à Devonian. Pour tirer ces conclusions, le juge a

interprété plusieurs contrats. Comme l'a affirmé la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *Sattva Capital Corp. c. Creston Moly Corp.*, 2014 CSC 53, [2014] 2 R.C.S. 633 :

[50] Avec tout le respect que je dois aux tenants de l'opinion contraire, à mon avis, il faut rompre avec l'approche historique. L'interprétation contractuelle soulève des questions mixtes de fait et de droit, car il s'agit d'en appliquer les principes aux termes figurant dans le contrat écrit, à la lumière du fondement factuel.

[27] Puisque l'interprétation des contrats soulève des questions mixtes de fait et de droit, la norme de contrôle à appliquer à l'interprétation qu'a donnée à ces contrats le juge de la Cour canadienne de l'impôt est la norme de l'erreur manifeste et dominante, qui constitue, comme il a été dit ci-dessus, une « norme de contrôle appelant un degré élevé de retenue ».

[28] La thèse de M. Gillen est que la société en commandite n'a transféré aucun élément d'actif à Devonian lors de sa constitution le 7 décembre 2007, puisque les éléments d'actif lui ont uniquement été transférés le 31 mars 2008, après l'octroi des premiers permis par le gouvernement de la Saskatchewan. Par conséquent, selon ses observations, la société en commandite a utilisé son droit à l'égard des demandes dans une entreprise exploitée activement du 7 décembre 2007 au 31 mars 2008.

[29] La convention de souscription et de roulement datée du 7 décembre 2007 constitue un document clé en l'espèce. Cette convention stipule que la société en commandite souscrit et convient d'acheter 999 actions de Devonian au prix de souscription total de 675 000 \$.

L'article 2.2 de cette convention est rédigé ainsi :

[TRADUCTION]

Le prix de souscription sera acquitté par [la société en commandite] :

- a) en transférant à [Devonian] à la date de clôture tous les permis délivrés à cette date ou avant cette date et toutes les demandes de permis alors en traitement et pour lesquelles le permis n'a pas encore été délivré à cette date;
- b) en effectuant ou en fournissant tous les travaux, études, rapports, relevés, renseignements et autres services de génie, de géologie ou d'un autre domaine qui sont raisonnablement nécessaires ou souhaitables pour la préparation ou le dépôt des demandes ou qui sont autrement nécessaires ou souhaitables pour l'obtention des permis, ainsi que de tous les autres services qui sont raisonnablement nécessaires ou souhaitables relativement à la constitution et à l'organisation de [Devonian] et à l'administration de l'entreprise et des affaires de [Devonian] jusqu'à la date de clôture – ou en retenant aux frais de [la société en commandite] les services de géologues, d'ingénieurs, d'arpenteurs-géomètres, d'avocats, de comptables ou de tout autre fournisseur de services qui les effectueront ou les fourniront.

L'ensemble de ces demandes et permis ainsi que les avantages y étant rattachés sont désignés aux présentes par les termes « **éléments d'actif** » ou « **éléments d'actif achetés** ». Les parties reconnaissent et conviennent que la valeur de ces éléments d'actif achetés n'est pas moindre que la valeur du prix de souscription.

[Caractère gras dans l'original.]

[30] Le terme [TRADUCTION] « date de clôture » est défini à l'article 1.1 de cette convention comme s'entendant de [TRADUCTION] « la date à laquelle le premier des permis est délivré ou toute autre date dont ont convenu les parties ». Au paragraphe 66 de son mémoire, M. Gillen fait valoir que [TRADUCTION] « les éléments d'actif achetés ne peuvent être déterminés qu'à la date de clôture conformément à l'article 2.2 » et que cette date de clôture correspond à la date où le gouvernement de la Saskatchewan délivre le premier permis, soit le 31 mars 2008. Il soutient que la délivrance du premier permis était une [TRADUCTION] « condition préalable » au transfert de tout élément d'actif de la société en commandite à Devonian.

[31] Lier la date de clôture à la délivrance du premier permis est conforme à la première partie de la définition du terme date de clôture. Toutefois, cette définition prévoit que les parties peuvent convenir d'une autre date. M. Gillen a signé la convention de souscription et de roulement à titre de président de Devonian ainsi que de Kinderock. On peut présumer que, puisqu'il était le président des deux parties à la convention, il pouvait également convenir d'une date de clôture différente pour le compte de ces deux parties.

[32] Si la date de clôture était la date de délivrance du premier permis (le 31 mars 2008), alors ces dispositions montrent que les demandes en traitement n'auraient pas été transférées avant cette date et que, par conséquent, la société en commandite aurait conservé tout droit qu'elle avait à l'égard des demandes jusqu'au 31 mars 2008.

[33] Cette thèse est toutefois incompatible avec l'article 2.3 de la convention de souscription et de roulement et avec divers autres documents au dossier.

A. *L'article 2.3 de la convention de souscription et de roulement*

[34] L'article 2.3 de la convention de souscription et de roulement stipule ce qui suit :

[TRADUCTION]

À compter de la date des présentes et jusqu'à la date de clôture, [la société en commandite] détient et, par les présentes, reconnaît et déclare qu'elle détient les demandes et tous les autres éléments d'actif achetés qui existent maintenant ou qui découlent de l'exécution de ses obligations aux termes de l'article 2.2, au profit de [Devonian] et à titre de fiduciaire et de mandataire de celle-ci, et que [la société en commandite] n'a aucun droit, titre ou intérêt à l'égard de l'un ou l'autre de ces éléments d'actif achetés, sauf le droit de recevoir les actions achetées conformément aux modalités de la présente convention, et [la Société en

commandite] reconnaît et accepte également que, agissant en cette qualité de fiduciaire et de mandataire, elle détient le titre de propriété des éléments d'actif achetés, sous réserve des instructions de [Devonian] en tant que mandante et personne ayant la propriété effective de ceux-ci, et elle ne doit pas, de quelque façon que ce soit, transporter, consentir une sûreté ou autrement grever d'une charge quelconque ou conclure des opérations touchant les éléments d'actif achetés, sauf en conformité avec les directives de [Devonian], et elle doit transporter, consentir une sûreté ou autrement grever d'une charge quelconque ou conclure des opérations touchant les éléments d'actif achetés selon les directives de [Devonian].

[Non souligné dans l'original.]

[35] Les éléments d'actif achetés, tels qu'ils sont définis à l'article 2.2, sont constitués de tous les permis délivrés à la date de clôture ou avant cette date, de toutes les demandes en traitement et de certains services. Les parties pouvaient établir en tout temps quels permis avaient été délivrés et quelles demandes étaient encore en traitement. En date du 7 décembre 2007, aucun permis n'avait encore été délivré et aucun service n'avait été rendu par la société en commandite (qui a été constituée ce jour-là). Par conséquent, à cette date, les seuls éléments d'actif qui existaient et qui pouvaient être transférés par la société en commandite à Devonian étaient les demandes.

[36] L'article 2.3 établit expressément que les demandes constituent des éléments d'actifs détenus en fiducie pour Devonian. Les deux mêmes parties qui ont convenu que la date de clôture serait soit la date de délivrance du premier permis, soit toute autre date convenue entre elles, ont également convenu qu'à partir de la date de la convention (le 7 décembre 2007), la société en commandite détiendrait les demandes en fiducie pour Devonian et que la société en commandite ne posséderait aucun droit, titre ou intérêt à l'égard des éléments d'actif achetés, [TRADUCTION] « sauf le droit de recevoir les actions achetées ».

[37] L'article 2.3 stipule également que la société en commandite détient [TRADUCTION] « tous les autres éléments d'actif achetés qui existent maintenant ou qui découlent de l'exécution de ses obligations aux termes de l'article 2.2, au profit de » Devonian. Cette disposition précisant que la société en commandite détient en fiducie pour Devonian tout élément d'actif acheté après le 7 décembre 2007 contredit la thèse selon laquelle aucun élément d'actif n'a été transféré par la société en commandite à Devonian avant le 31 mars 2008.

B. *L'article 2.9 de la convention de société en commandite de GDC Potash Holdings*

[38] M. Gillen fait valoir que l'article 2.3 de la convention de souscription et de roulement est insuffisant pour transférer tout droit à l'égard des demandes que pouvait avoir la société en commandite à Devonian en date du 7 décembre 2007. Il est toutefois important de souligner que les demandes ont été présentées par Kinderock avant la constitution de la société en commandite. Ce n'est qu'après le dépôt des demandes qu'il a été décidé de créer une structure par laquelle Devonian ferait l'acquisition des permis alors que ses actions seraient détenues par la société en commandite (dont les commanditaires seraient les trois fiducies familiales).

[39] On ne retrouve dans le dossier aucune convention de roulement ou de transfert ni formulaire de choix concernant le transfert d'éléments d'actif de Kinderock à la société en commandite. Lorsque le juge de la Cour canadienne de l'impôt a soulevé la question du manque de documentation concernant ce transfert, le seul document auquel a renvoyé l'avocat a été l'article 2.9 de la convention de société en commandite de GDC Potash Holdings. Ce transfert d'éléments d'actif de Kinderock à la société en commandite est crucial puisqu'il s'agit des éléments d'actif qui, selon M. Gillen, ont été utilisés par la société en commandite dans une

entreprise exploitée activement et qui ont ensuite été transférés à Devonian. L'article 2.9 de la convention de société en commandite de GDC Potash Holdings est rédigé ainsi :

[TRADUCTION]

Les commanditaires conviennent que la société de personnes sera liée par tout contrat conclu en faveur de la société de personnes ou en lien avec celle-ci avant la date des présentes ou avant l'enregistrement dûment conforme de la société de personnes en application de la loi intitulée *Registration Act* à titre de société en commandite, au même titre que si les contrats avaient été conclus par la société de personnes elle-même. Les commanditaires conviennent également que les éléments de passif et les dépenses de la société de personnes comprennent tous les éléments de passif et les dépenses engagés dans le cadre des activités exercées au profit de la société de personnes avant la date des présentes ou avant l'enregistrement dûment conforme de la société de personnes sous le régime de la loi *Registration Act*.

Sans que soit limitée la portée générale de ce qui précède, les commanditaires reconnaissent et conviennent de ce qui suit :

- a) les demandes ont été présentées par le commandité pour le compte et au profit de la société de personnes; le commandité détiendra, et par les présentes reconnaît et déclare qu'il détient, les demandes et tous les droits et intérêts y afférents ou pouvant en découler, au profit de la société de personnes et à titre de fiduciaire et mandataire de celle-ci (sous réserve des dispositions de la convention de souscription et de roulement);
- b) le commandité sera remboursé de tous les frais et dépenses qu'il aura payés dans le cadre des demandes ou relativement aux terrains visés par ces demandes avant toute distribution de revenu ou d'entrée de fonds nette aux commanditaires;
- c) le commandité ne possède ni ne conserve pour son propre compte aucun droit ni aucun intérêt à l'égard des demandes ou en découlant, mis à part le droit d'être remboursé des frais et dépenses susmentionnés.

[Non souligné dans l'original.]

[40] La partie de l'article 2.9 établissant que le commandité détient les demandes [TRADUCTION] « au profit de la société de personnes et à titre de fiduciaire et de mandataire de celle-ci » est libellée de façon identique à la partie de l'article 2.3 de la convention de souscription et de roulement établissant que la société en commandite détient les demandes [TRADUCTION] « au profit de [Devonian] et à titre de fiduciaire et de mandataire de celle-ci ».

[41] Puisque le seul document au dossier concernant le transfert d'éléments d'actif de Kinderock à la société en commandite est l'article 2.9 de la convention de société en commandite de GDC Potash Holdings, M. Gillen doit se fonder sur le libellé de cette disposition pour confirmer que le droit de bénéficiaire à l'égard des demandes a été transféré par Kinderock à la société en commandite. Étant donné que ce libellé est utilisé pour confirmer le transfert, le même libellé devrait donc confirmer le transfert du droit de bénéficiaires de la société en commandite à Devonian en date du 7 décembre 2007. Sinon, il n'est pas possible de concilier ces deux dispositions (l'article 2.9 de la convention de société en commandite de GDC Potash Holdings et l'article 2.3 de la convention de souscription et de roulement).

C. *La réglementation provinciale applicable*

[42] M. Gillen a aussi soutenu, pour étayer sa thèse selon laquelle l'article 2.3 de la convention de souscription et de roulement n'avait pas pour effet de transférer les droits à l'égard des demandes à Devonian, que la réglementation provinciale applicable aux demandes ne permettait pas leur transfert. Par conséquent, aucun droit ne pouvait être transféré de la société en commandite à Devonian avant que les permis ne soient délivrés. Toutefois, cet argument ne lui est d'aucune aide. Cette même restriction s'appliquerait à tout prétendu transfert de droit à

l'égard des demandes de Kinderock à la société en commandite. Soit le droit de bénéficiaire à l'égard des demandes peut être transféré, soit il ne le peut pas. Si le droit de bénéficiaire pouvait être transféré de Kinderock à la société en commandite avant que les permis ne soient délivrés, ce même droit de bénéficiaire pouvait également être transféré de la société en commandite à Devonian. Si le droit de bénéficiaire à l'égard des demandes ne pouvait pas être transféré, alors il ne pouvait non plus l'être de Kinderock à la société en commandite, qui n'aurait acquis aucun élément d'actif de Kinderock. Cet argument n'aiderait donc pas M. Gillen à démontrer que la société en commandite a transféré à Devonian la totalité, ou presque, des éléments d'actif qu'elle utilisait dans une entreprise exploitée activement puisque, dans ce cas, la société en commandite n'aurait possédé aucun élément d'actif utilisé dans une entreprise exploitée activement.

[43] Si l'on considère les opérations comme étant uniquement le transfert des permis de Kinderock à la société en commandite, puis de la société en commandite à Devonian, une fois de plus les permis n'auraient pas été utilisés par la société en commandite dans une entreprise exploitée activement puisqu'elle les aurait transférés dès leur réception. En outre, les documents relatifs au transfert des permis font uniquement état du transfert de Kinderock à Devonian. Rien dans le formulaire de transfert n'indique que les permis auraient été transférés de Kinderock à la société en commandite, puis de la société en commandite à Devonian.

D. *L'article 4.14 de l'option d'achat des actions*

[44] Pour illustrer davantage l'incohérence entre les documents et la thèse de M. Gillen selon laquelle la société en commandite, et non Devonian, détenait le droit de bénéficiaire à l'égard des

demandes entre le 7 décembre 2007 et le 31 mars 2008, l'article 4.14 de l'option d'achat des actions intervenue entre M. Gillen, Kinderock et la société à numéro stipule ce qui suit :

[TRADUCTION]

Les seuls éléments d'actif de [Devonian] sont les demandes de permis. [Devonian] est la personne ayant la propriété effective de ces demandes de permis et, à la date de clôture, est le propriétaire légal et la personne ayant la propriété effective de ces demandes de permis (ou des permis délivrés au titre de celles-ci), franchises et quittes de toute charge, de toute réclamation, de tout grèvement ou de tout privilège, quels qu'ils soient.

[Non souligné dans l'original.]

[45] L'option d'achat des actions définit comme suit la notion de « demandes de permis » :

[TRADUCTION]

Les « demandes de permis » s'entendent des demandes, décrites en détail à l'annexe A des présentes, présentées par Kinderock au gouvernement de la Saskatchewan pour la délivrance de permis.

[46] L'observation selon laquelle Devonian était, à la date de l'option d'achat des actions (le 15 février 2008), la personne ayant la propriété effective des demandes de permis est contraire à la thèse que défend M. Gillen selon laquelle, à cette date, c'était la société en commandite qui était propriétaire bénéficiaire de ces demandes. En outre, rien ne démontre que Kinderock agissait à titre de commanditée de la société en commandite pour ces demandes.

E. *Le formulaire de choix relatif au transfert des éléments d'actif de Devonian*

[47] Une autre incohérence ressort du formulaire de choix relatif au transfert des éléments d'actif de la société en commandite à Devonian. Ce formulaire concerne le transfert des permis

et des demandes à Devonian. Il y est indiqué que le transfert a été effectué par la société en commandite à Devonian le 31 mars 2008. Toutefois, le formulaire établit la juste valeur marchande du bien transféré à 675 000 \$. Au 31 mars 2008, six permis avaient été délivrés par le gouvernement de la Saskatchewan et une option d'achat des actions de Devonian pour 15 millions de dollars avait été présentée. Cette option devait devenir une convention d'achat des actions après la délivrance de tous les permis (sauf les permis visés par les demandes déposées en février 2008). Puisqu'au moment du choix, la moitié des permis étaient déjà délivrés, la raison pour laquelle la juste valeur marchande du bien transféré aurait été de 675 000 \$ à ce moment-là n'est pas claire du tout.

[48] Le juge de la Cour canadienne de l'impôt a conclu que la somme de 675 000 \$, qui représente le prix de souscription fixé dans la convention de souscription du 7 décembre 2007, a été établie par M. Carson (comptable agréé) [TRADUCTION] « en fonction de l'argent dépensé pour les demandes achetées et de l'acquisition d'autres éléments d'actif ainsi que de son estimation de la valeur économique des demandes achetées et des permis achetés le 7 décembre 2007 » (motifs de la Cour canadienne de l'impôt, au paragraphe 48). L'utilisation de la valeur établie au 7 décembre 2007 est logique si le transfert du droit de bénéficiaire à l'égard des demandes a eu lieu le 7 décembre 2007. L'utilisation de cette valeur n'est pas logique si le transfert des six permis délivrés et des demandes toujours en traitement a eu lieu le 31 mars 2008, après la présentation par un tiers sans lien de dépendance d'une offre d'achat des actions de Devonian pour 15 millions de dollars.

F. *Conclusion*

[49] Les incohérences dans les documents sont trop nombreuses pour que l'on conclue que le juge de la Cour canadienne de l'impôt a commis une erreur manifeste et dominante en concluant que la société en commandite a transféré à Devonian son droit de bénéficiaire à l'égard des demandes le 7 décembre 2007. Le fait d'en venir à cette conclusion tout en reconnaissant que les actions de Devonian n'ont pas été émises avant le 31 mars 2008 signifie simplement que la société en commandite a payé le prix de souscription de ces actions près de quatre mois avant leur émission. Il est vrai que certaines lois sur les sociétés interdisent aux sociétés d'émettre des actions avant d'en avoir reçu le paiement (voir par exemple les paragraphes 25(3) et 25(5) de *The Business Corporations Act*, R.S.S. 1978, ch. B-10, art. 25), mais rien n'interdit aux sociétés de recevoir le paiement d'actions qui n'ont pas encore été émises.

[50] Vers la fin de ses motifs, le juge de la Cour canadienne de l'impôt renvoie à la [TRADUCTION] « théorie de la rétroactivité ». Comme il le mentionne au paragraphe 124 de ses motifs, il a conclu que la société en commandite avait transféré le droit de bénéficiaire à l'égard des demandes le 7 décembre 2007, sans tenir compte de la [TRADUCTION] « théorie de la rétroactivité ». Puisque le juge de la Cour canadienne de l'impôt n'a pas commis d'erreur manifeste et dominante en concluant, sur le fondement de son examen des contrats et des autres éléments de preuve, que la propriété effective des actifs a été transférée le 7 décembre 2007, il n'est pas nécessaire à mon avis d'examiner ses observations relatives à la [TRADUCTION] « théorie de la rétroactivité » et je m'abstiendrai donc de le faire.

[51] Par conséquent, M. Gillen n'a pas démontré que le juge de la Cour canadienne de l'impôt a commis une erreur en concluant que le droit de bénéficiaire à l'égard des demandes a été transféré par la société en commandite à Devonian le 7 décembre 2007. Puisque le seul droit que possédait la société en commandite (ou qu'elle aurait pu posséder) au 7 décembre 2007 était un droit de bénéficiaire à l'égard des demandes (puisque, comme l'a fait observer M. Gillen, les demandes ne pouvaient pas être transférées à la société en commandite), la société en commandite, après le transfert de son droit bénéficiaire à l'égard de ces éléments d'actif, ne possédait aucun autre élément d'actif qu'elle aurait pu utiliser dans une entreprise exploitée activement.

[52] Par conséquent, je rejeterais le présent appel avec dépens.

« Wyman W. Webb »

j.c.a.

« Je suis d'accord.

D.G. Near, j.c.a. »

« Je suis d'accord.

Judith Woods, j.c.a. »

Traduction certifiée conforme
Elisabeth Ross, jurilinguiste

COUR D'APPEL FÉDÉRALE

AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER

**APPEL D'UN JUGEMENT DE LA COUR CANADIENNE DE L'IMPÔT RENDU
LE 30 AOÛT 2017, RÉFÉRENCE N^O 2017 CCI 163 (DOSSIER N^O 2014-2991(IT)G)**

DOSSIER : A-276-17

INTITULÉ : DON GILLEN c.
SA MAJESTÉ LA REINE

LIEU DE L'AUDIENCE : SASKATOON
(SASKATCHEWAN)

DATE DE L'AUDIENCE : LE 5 NOVEMBRE 2018

MOTIFS DU JUGEMENT : LE JUGE WEBB

Y ONT SOUSCRIT : LE JUGE NEAR
LA JUGE WOODS

DATE DES MOTIFS : LE 3 AVRIL 2019

COMPARUTIONS :

Kurt G. Wintermute POUR L'APPELANT

Brooke Sittler POUR L'INTIMÉE

AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER :

MLT Aikins LLP POUR L'APPELANT
Saskatoon (Saskatchewan)

Nathalie G. Drouin POUR L'INTIMÉE
Sous-procureure générale du Canada